

PARECER JURÍDICO
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 130/2025

Ementa: Consulta jurídica. Administrativo. Contratação direta por inexigibilidade. Nova lei de licitações e contratos. Minuta contratual.

1. Relatório

Trata-se de pedido de análise jurídica (consulta) sobre a possibilidade de emissão de Parecer Jurídico, alusiva análise de contratação direta, por meio de inexigibilidade de licitação, para atender o objeto constante do processo administrativo nº 130/2025, nos termos do inciso III, C, do art. 74, da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.

Ressalta-se que o exame da matéria posta em debate restringe-se aos seus aspectos exclusivamente jurídicos, excluídos da análise qualquer questão técnica ou econômica, notadamente quanto à conveniência e oportunidade inerentes a qualquer acordo/ajuste, devendo a autoridade competente se municiar de todas as cautelas para que os atos do processo sejam prestados apenas por quem de direito.

É o breve relatório.

2. Fundamentação

2.1. Da caracterização da hipótese de contratação direta por inexigibilidade de licitação prevista no art. 74, inciso III, C, da Lei Federal n. 14.133/2021

Sobre a obrigatoriedade de licitação, o art. 37, XXI da CF/88 estabelece:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios

obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

Como se vê, a exigência de prévia licitação é requisito essencial, de índole constitucional, para a realização de contratos com a Administração. Com efeito, tal exigência se faz necessária para a efetiva concretização dos princípios basilares que regem a Administração pública, elencados no art. 37, caput, da CF/88.

No entanto, o próprio dispositivo constitucional admite a ocorrência de casos específicos, expressamente previstos pela legislação, em que se permitem exceções à regra geral da prévia licitação como requisito à celebração de contratos com a Administração. Tais exceções encontram-se previstas atualmente nos arts. 74 e 75 da Lei n. 14.133/2021, que tratam, respectivamente, de inexigibilidade e de dispensa de licitação.

A leitura dos dispositivos constitucionais e legais sobre o tema permite concluir que a validade da contratação direta está igualmente condicionada à observância dos princípios fundamentais norteadores da licitação – legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa e julgamento objetivo.

Especificamente acerca das hipóteses de inexigibilidade, a contratação direta será possível quando houver inviabilidade de competição, que decorre da falta de um pressuposto lógico da licitação: a própria concorrência. Ou seja, não se mostra razoável exigir da Administração Pública a realização de um procedimento licitatório se desde já é sabido a quem será direcionada a contratação.

Nos dizeres de Lucas Rocha Furtado:

sabe-se que a competição é um dos fundamentos básicos da licitação. Realiza-se esta a fim de que se possa obter a proposta que, nos termos da lei, seja considerada mais vantajosa para a Administração. A licitação não pode ser realizada quando não houver competitividade em relação ao objeto licitado.

No que interessa por ora, objetiva-se a elaboração de Parecer que abarque a inexigibilidade de licitação prevista no art. 74, inciso III, c, da Lei n. 14.133/2021, in verbis:

Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:

(...)

III - contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;

Primeiramente, para definição de serviços técnicos especializados, convém recorrer às lições do doutrinador Marçal Justen Filho, o qual, inclusive, realça a natureza exaustiva do rol legal, conforme se extrai das seguintes passagens dos seus “Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021”4:

O serviço técnico predominantemente intelectual é aquele que envolve uma habilidade individual, uma capacitação peculiar, relacionada com potenciais intelectuais personalíssimos. Promove-se uma espécie de “transformação” do conhecimento teórico em prático, o que envolve um processo intermediado pela capacidade

humana. (...) Embora a letra da Lei nº 14.133/2021 se refira a serviços de natureza predominantemente intelectual, o elenco do inc. III abrange também as atividades executivas daquelas derivadas. (...) O elenco do inc. III do art. 74 da Lei 14.133/2021 afigura-se claramente exaustivo. A redação legal não deixa dúvida quanto a isso, ao se valer de um demonstrativo (“seguintes”).

Nas situações de inviabilidade de competição, a disputa torna-se inviável não em virtude da exclusividade do profissional ou empresa para desempenhar os serviços técnicos especializados, mas pela impossibilidade de seleção objetiva dos prestadores. Isso decorre da subjetividade inerente às atividades técnicas especializadas de natureza predominantemente intelectual, que envolvem aspectos incompatíveis com os critérios de seleção de um certame licitatório, ou mesmo pela ausência de um 'mercado concorrencial' propriamente dito. Nesta hipótese de contratação, a técnica a ser empregada na prestação dos serviços e a habilidade do executor são interdependentes, o que impede a escolha a partir de uma seleção.

Em outras palavras: a hipótese de inviabilidade de competição em tela se respalda em aspectos de maior subjetividade, como a notória especialização do profissional ou da empresa na área de atuação ou a confiança da instituição no profissional ou na empresa, de modo que, conquanto possam existir diferentes alternativas para suprir a demanda administrativa, as características pessoais do profissional ou da empresa impedem a realização de um julgamento objetivo.

Nessa perspectiva, é vedada a subcontratação da empresa ou atuação de profissionais distintos daqueles em cuja expertise se fundou a inexigibilidade, à medida que as suas condições pessoais foram o fundamento para a própria contratação (Lei nº 14.333/2021, art. 74, § 4º). O intuito da norma é evitar que o especialista sirva apenas para justificar a notória especialização da empresa sem que participe diretamente da prestação do serviço. Isso não significa que serviços complementares ou de apoio ao desenvolvimento da atividade principal não possam ser subcontratados.

Da mesma forma, tal vedação não significa que, na contratação direta da empresa especialista, não possa haver substituição superveniente de seu corpo técnico, devendo ser aplicada por analogia, nesse caso, a regra do art. 67, §6º, da Lei nº 14.133/2021, de acordo com a qual pode haver a substituição por profissionais de experiência equivalente ou superior desde que

previamente aprovada pela administração contratante, conforme entendimento perfilhado pelo professor Ronny Charles.

Nesse trilhar, seguindo o raciocínio cristalizado no Parecer n. 00001/2023/CNLCA/CGU/AGU, será possível contratar o notório especialista por inexigibilidade de licitação sempre que sua escolha for indispensável para atender o interesse público, em função da confiança nele depositada. Deve, assim, o administrador público motivar a sua decisão na comprovação da confiança que tem no prestador de serviço por ela apontado.

Em que pesem os bem pontuados argumentos da AGU, convém acrescentar que a inviabilidade de competição, como pressuposto lógico para a inexigibilidade, não admite a contratação direta de serviços triviais ou ordinários, ainda que realizados por notório especialista.

Desse modo, para além de comprovar a confiança no notório especialista, faz-se necessária a demonstração de que os serviços técnicos especializados possuem uma complexidade que recomende o acompanhamento de um profissional de expertise consagrada.

Especificamente sobre a justificativa do preço (pesquisa de preços), para esse tipo de contratação, cite-se o que dispõe o art. 23 da Lei n. 14.133/2021 no tocante às contratações diretas por inexigibilidade de licitação:

Art. 23. O valor previamente estimado da contratação deverá ser compatível com os valores praticados pelo mercado, considerados os preços constantes de bancos de dados públicos e as quantidades a serem contratadas, observadas a potencial economia de escala e as peculiaridades do local de execução do objeto.

(...) § 4º Nas contratações diretas por inexigibilidade ou por dispensa, quando não for possível estimar o valor do objeto na forma estabelecida nos §§ 1º, 2º e 3º deste artigo, o contratado deverá comprovar previamente que os preços estão em conformidade com os praticados em contratações semelhantes de objetos de mesma

natureza, por meio da apresentação de notas fiscais emitidas para outros contratantes no período de até 1 (um) ano anterior à data da contratação pela Administração, ou por outro meio idôneo.

Nessa linha, no que tange aos valores da contratação, destaca-se que, em atenção à Orientação Normativa da Advocacia Geral da União nº 17, de 1º de abril de 2009, também replicada em diversos julgados do TCU, **“é obrigatória a justificativa de preço na inexigibilidade de licitação, que deverá ser realizada mediante a comparação da proposta apresentada com preços praticados pela futura contratada junto a outros órgãos públicos ou pessoas privadas”**.

3. Do procedimento

Os casos de contratação direta não dispensam a observância de um procedimento formal prévio, com a apuração e comprovação da hipótese de dispensa ou inexigibilidade de licitação, mediante procedimento administrativo que atenda o art. 72 da Lei nº 14.133/21:

Art. 72. O processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverá ser instruído com os seguintes documentos:

I - documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo;

II - estimativa de despesa, que deverá ser calculada na forma estabelecida no art. 23 desta Lei;

III - parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos;

IV - demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido;

V - comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária;

VI - razão da escolha do contratado;

VII - justificativa de preço;

VIII - autorização da autoridade competente.

Parágrafo único. O ato que autoriza a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial.

Para tanto, é elaborado por este órgão de assessoramento jurídico checklist, que já detalha, com o respectivo fundamento legal, os documentos necessários à regularidade formal do procedimento a ser adotado.

4. Considerações finais

No que concerne à formalização do instrumento jurídico contratual, deve ser analisado se o valor da contratação não extrapola os limites da dispensa de licitação em razão do valor ou se o prazo de execução/duração é de até 30 dias, de maneira a se admitir a utilização de outros instrumentos hábeis para a formação do contrato. Veja-se:

Art. 95. O instrumento de contrato é obrigatório, salvo nas seguintes hipóteses, em que a Administração poderá substituí-lo por outro instrumento hábil, como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço:

I - dispensa de licitação em razão de valor;

II - compras com entrega imediata e integral dos bens adquiridos e dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive quanto a assistência técnica, independentemente de seu valor.

§ 1º Às hipóteses de substituição do instrumento de contrato, aplica-se, no que couber, o disposto no art. 92 desta Lei.

§ 2º É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras ou o de prestação de serviços de pronto pagamento, assim entendidos aqueles de valor não superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Embora o inciso II do dispositivo supracitado se refira apenas à compra de bens, a doutrina indica que o texto legal admite interpretação ampliativa, com a possibilidade de substituição do instrumento de contrato por outros instrumentos hábeis também nas hipóteses de contratação de serviços de execução imediata. Nesse sentido, colaciona-se o posicionamento de Ronny Charles Lopes de Torres:

94.1 HIPÓTESES DE FACULTATIVIDADE DE USO DO INSTRUMENTO E INTERPRETAÇÃO AMPLIATIVA Como já dito, segundo o texto legal, a regra é adotar-se o instrumento contratual tradicional, excetuadas, apenas, as hipóteses de dispensa de licitação em razão de valor e as compras com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras (independentemente de seu valor). Com a devida venia, o texto parece não compreender o que é um contrato. A facultatividade de uso do instrumento contratual precisa ser compreendida em uma perspectiva mais funcional do que formal. A função do instrumento contratual é regular obrigações, alocar riscos e criar incentivos para facilitar as trocas (contratações). Em trocas (contratações) simples, o instrumento contratual não se justifica, pois sua exigência, per se, já amplia custos transacionais que podem superar os benefícios da contratação. Por isso, não exigimos um instrumento contratual, confeccionado por especialista, repleto de cláusulas e comprometido pelas partes, para comprar um refrigerante em uma lanchonete, mas dificilmente aceitaríamos comprar um imóvel a um estranho, sem instrumento desta espécie. Atualmente, adquirimos diversos serviços, sem exigir instrumento contratual, pois diante da padronização e dos baixos riscos envolvidos, os custos transacionais de instrumentalização da contratação através de um instrumento tradicional (contrato assinado pelas partes) simplesmente foram expurgados da praxe dessas contratações. Assim também ocorre em diversas contratações pela internet, assim ocorre em pequenas prestações. **Nesta feita, as hipóteses de facultatividade no uso do instrumento devem ser interpretadas de forma ampliativa, admitindo não apenas para compras que não resultem obrigações futuras, como também para serviços com**

características similares. Outrossim, é possível que as execuções decorrentes do procedimento auxiliar credenciamento, quando compatíveis com essas hipóteses, sejam prestadas mesmo sem elaboração de um instrumento contratual para cada execução, conforme, inclusive, já foi suscitado pela Advocacia Geral da União, no Parecer 003/2017/CNU/CGU/ AGU, ainda sob a égide da Lei no 8.666/93, ao se ponderar que as contratações, neste auxiliar, poderiam, em tese, ocorrer autonomamente a cada demanda pela seguindo a regra própria e, quando pertinente, adotando instrumentos aptos à substituição do contrato.

Percebe-se que a interpretação ampliativa proposta pelo citado autor está fundamentada na ideia de que a exigência de instrumento tradicional de contrato deve ocorrer apenas nas situações em que a complexidade do objeto e os riscos envolvidos na contratação assim recomendarem. Isso porque nas contratações simples, assim entendidas aquelas de baixo risco e complexidade, os custos adicionais com a formalização de instrumento contratual, via de regra, superam os benefícios a serem alcançados.

Ademais, em relação aos riscos da contratação, estes podem ser mitigados com a inserção de medidas preventivas e corretivas no próprio termo de referência da contratação, que deverá ser encaminhado ao futuro contratado para ciência e concordância.

Assim sendo, acaso não se enquadre na hipótese acima delimitada, deverá ser a contratualização ser formalizada mediante instrumento jurídico contratual.

Para tanto, já se junta em anexo minuta contratual, a qual encontra-se analisada juridicamente quanto ao controle prévio de legalidade.

5. Conclusão

Por todo exposto, observados os preceitos da legislação vigente, os apontamentos acima enumerados, tratando-se de contratação de serviço técnico de natureza predominantemente

intelectual, opina-se pela viabilidade jurídica de contratação direta de profissional de notória especialização, com fundamento no art. 74, III, C, da Lei n. 14.133/2021,

De todo modo, salienta-se que o presente exame limitou-se aos aspectos jurídicos, tomando por base exclusivamente, os elementos constantes dos autos até a presente data, não competindo adentrar na análise de aspectos técnicos e da conveniência e oportunidade que ficam a cargo dos órgãos competentes da entidade contratante.

Cumpre anotar que o “parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa”. (Celso Antônio Bandeira de Mello, “Curso de Direito Administrativo”, Malheiros Ed., 13ª. ed., p. 377). Ou seja, trata-se de ato meramente opinativo.

É o parecer.

Isto posto, submeto a presente manifestação à apreciação superior.

José da Penha-RN, 23 de abril de 2025

JUCIER DE OLIVEIRA JUNIOR
ASSESSOR JURÍDICO
OAB – RN 21.846