

PARECER JURÍDICO REFERENCIAL Nº 06/2024 – PLCC/PGE/AP

Processo [PRODOC] nº 0019.0723.4701.0011/2024 – PGE

Interessados: ÓRGÃOS E ENTIDADES DO ESTADO DO AMAPÁ.

Assunto: MANIFESTAÇÃO JURÍDICA REFERENCIAL. CONTRATAÇÃO POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. SERVIÇOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS DE NATUREZA PREDOMINANTEMENTE INTELECTUAL COM PROFISSIONAIS OU EMPRESAS DE NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO. TREINAMENTO E APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL. REGIME JURÍDICO DA LEI Nº 14.133/2021. REEDIÇÃO DE ORIENTAÇÃO REFERENCIAL, EM SUBSTITUIÇÃO AO PARECER JURÍDICO REFERENCIAL Nº 08/2023.

**HOMOLOGO O PARECER POR SEUS
PRÓPRIOS FUNDAMENTOS**

EMENTA: PARECER REFERENCIAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTRATAÇÃO DIRETA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. TREINAMENTO E APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL. REGIME JURÍDICO DA LEI Nº 14.133/2021. **1.** Contratação direta por Inexigibilidade de Licitação. **2.** Hipótese do art. 74, inciso III, alínea “f”, da Lei nº 14.133/2021. **3.** Manifestação referencial pela viabilidade jurídica da contratação, sem a necessidade de análise prévia individualizada. **4.** Imprescindibilidade de instrução processual adequada, inclusive com preenchimento e satisfação de Lista de Verificação específica para Inexigibilidade no âmbito da Lei nº 14.133/2021. **5.** Parecer Referencial. **6.** Reedição.

I- DO PARECER JURÍDICO REFERENCIAL

O parecer referencial é **peça jurídica voltada a orientar a Administração em processos e expedientes administrativos que tratam de situação idêntica ao paradigma, sob o ponto de vista das orientações jurídicas ali traçadas.**

Trata-se, assim, de instrumento de racionalização do trabalho consultivo desenvolvido, no âmbito deste Estado, pela Procuradoria-Geral do Estado do Amapá (PGE), devidamente regulamentado pelo Conselho Superior da Procuradoria-Geral do Estado – CONSUP, por meio da Resolução nº 006/2020-CONSUP/PGE.

O Parecer Referencial é admissível quando houver processos e expedientes administrativos com os mesmos pressupostos fáticos e jurídicos, para os quais seja possível



estabelecer orientação jurídica uniforme, cuja observância dependa de mera conferência de dados e/ou documentos constantes dos autos, nos termos do art. 1º da norma, que assim resolve:

Art. 1º - Autorizar a elaboração de Parecer Referencial, a critério da Chefia da Consultoria Jurídica e/ou Procuradoria Jurídica Especializada, **quando houver processos e expedientes administrativos com os mesmos pressupostos fáticos e jurídicos anteriormente exarados, para os quais seja possível estabelecer orientação jurídica uniforme, cuja observância dependa de mera conferência de dados e/ou documentos constantes dos autos.**

§1º Considera-se Parecer Referencial a **peça jurídica voltada a orientar a Administração em processos e expedientes administrativos que tratam de situação idêntica ao paradigma, sob o ponto de vista das orientações jurídicas ali traçadas, quando houver subsunção do conjunto fático ao contexto jurídico apresentado.**

(Grifos Nossos)

A adoção do modelo de manifestação jurídica referencial se coaduna com o propósito de efetivação do princípio da eficiência, previsto no art. 37 da Constituição Federal, haja vista que promove a racionalização dos trabalhos nas Procuradorias Jurídicas, conferindo maior celeridade aos procedimentos administrativos em trâmite e gerando, inclusive, economia aos cofres públicos, em consonância com a essência de Administração Pública em sua dimensão Gerencial.

A medida é providencial ao propósito da economicidade, dado que, ao realizar a divulgação do Parecer Referencial a toda Administração Pública, assim como o faz com as minutas padronizadas e as Listas de Verificação, a PGE fornece informação qualificada aos gestores. De modo que, além de agilizar a tramitação dos processos de contratação, ainda possui o condão de reduzir ou mesmo erradicar possíveis vícios e omissões que poderiam levar o procedimento à declaração de nulidade, gerando economia, celeridade e eficiência.

De antemão, informe-se que a hipótese referencial é a trazida do art. 74, inciso III, alínea “f”, da Lei nº 14.133/2021, que trata da contratação direta por inexigibilidade de licitação de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, para fins de treinamento e aperfeiçoamento de pessoal.

Cumprе ressaltar que o objeto gera elevado número de processos, porquanto é constante a necessidade de treinamento e aperfeiçoamento dos servidores no âmbito da Administração Pública, em prol da qualidade do serviço público e da eficiência.

Ademais, frente às particularidades do Estado do Amapá, cujos órgãos e entidades – muitas vezes – carecem de quadro próprio de servidores, consequentemente, existe uma maior rotatividade nos cargos e frequente necessidade de capacitação profissional adequada, de forma que a Procuradoria-Geral do Estado entende mais oportuna a adoção do Modelo Referencial, agilizando o trâmite processual sem descuidar da segurança jurídica necessária à contratação.

Insta destacar, ainda, que a matéria em epígrafe é dotada de baixa complexidade jurídica, porquanto, via de regra, restringe-se a conferência documental e adequada instrução processual, a qual será orientada por Lista de Verificação específica para a hipótese de Contratação Direta realizada nos moldes da Lei nº 14.133/2021, conforme será melhor abordado em tópico posterior.

De logo, por questão de segurança jurídica, ressalve-se a necessidade excepcional de remessa para opinativo individualizado nos casos de maior complexidade, a juízo do gestor, especialmente quando os serviços técnicos especializados, para fins de treinamento e aperfeiçoamento de pessoal, envolverem cursos de pós-graduação.

Nesse cenário, a Procuradoria-Geral do Estado concluiu ser oportuna a adoção do Instrumento Referencial, dinamizando o trâmite dos processos, mas sem descuidar da segurança jurídica necessária à contratação.

a) Do Paradigma.

A presente manifestação referencial tem como paradigma alinhar as orientações gerais e garantir diretrizes prévias para a instrução de processos administrativos relativos à **contratação direta por inexigibilidade de licitação** de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, para fins de **treinamento e aperfeiçoamento de pessoal**.

Não serão abrangidos pelo presente manifesto os casos de cursos de pós-graduação “*lato sensu*” (especializações) e “*stricto sensu*” (Mestrado e Doutorado), dada a maior duração, repercussão financeira e particularidade do objeto.

Logo ao seu início, precisamente no art. 2º, inciso V, a Lei nº 14.133/2021 trouxe previsão da aplicação de suas normas a “serviços técnicos-profissionais especializados”, de logo, atraindo o estatuto licitatório para o objeto paradigma.

Sabe-se que, nos termos art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, existe a obrigatoriedade de realização de procedimento licitatório para contratações feitas pelo Poder Público. No entanto, o próprio dispositivo constitucional também reconhece a existência de exceções a essa regra, ao registrar a ressalva dos casos especificados na legislação.

Desse modo, tal como admitiu o poder constituinte, a lei previu casos excepcionais que permitem à Administração Pública realizar contratações diretas, sendo nas hipóteses em que o procedimento licitatório é dispensado (art. 75) e naquelas em que ele é inexigível (art. 74), conforme dispõe a Lei nº. 14.133/2021.

A presente manifestação referencial, conforme alhures destacado, limitar-se-á à hipótese de **contratação direta por inexigibilidade de licitação** de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, para fins de **treinamento e aperfeiçoamento de pessoal**, nos termos do **art. 74, inciso III, alínea “f”, da Lei nº 14.133/2021**

Reitere-se que o paradigma é cabível na hipótese vertente por ser a matéria de instrução processual simples e padronizada, além de ser objeto de análise recorrente nesta PGE e possuir baixa complexidade jurídica.

A pertinência do recurso se evidencia, ainda, em decorrência do art. 4º, I e II da Resolução nº 006/2020-CONSUP/PGE, uma vez que o presente parecer abrangerá todas as questões jurídicas que possam envolver as matérias idênticas e recorrentes, cabendo à área técnica ou técnico-jurídica no órgão de origem atestar, de forma expressa, que o caso concreto se amolda aos termos do pronunciamento que serviu de referência.

b) Do Procedimento a ser adotado pelos órgãos e entidades.

Deve o órgão ou entidade contratante proceder à instrução processual conforme orientações do referencial e observar os requisitos legais contidos na Lista de Verificação

específica elaborada pela Procuradoria de Licitações Contratos e Convênios, disponível no sítio eletrônico da PGE.

O uso deste Parecer Referencial dispensará a elaboração de Parecer Jurídico individualizado, mas exige a remessa dos autos à Procuradoria de Licitações, Contratos e Convênios – PLCC para fins de verificação de conformidade orientativa e atendimento ao prescrito no art. 53, parágrafos 4º e 5º da Lei nº 14.133/2021 e art. 4º da Lei Complementar Estadual n.º 089/2015.

Insta ressaltar que a presente medida referencial tem prazo de validade não superior a um ano, contado a partir de sua publicação no sítio eletrônico da Procuradoria-Geral do Estado, no link (url): <https://pge.portal.ap.gov.br/>, em consonância com os arts. 6º e 11, §1º, da Resolução nº 006/2020-CONSUP/PGE.

Entretanto, resta garantida a atualidade das orientações, posto que, de acordo com o art. 6º, parágrafo único, do mesmo diploma, em caso de alteração da legislação que fundamentou o Parecer Referencial, o órgão/entidade da Administração deverá suscitar ao emissor eventual necessidade de substituição da orientação precedente, sem prejuízo do dever funcional dos Procuradores do Estado de se manterem atualizados com a legislação e regulamentos editados, bem assim de solicitar os ajustes pertinentes.

Além do mais, com a entrada em vigor da novel Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021), passaram a conviver simultaneamente dois regimes jurídicos, sendo um regido pelo novo diploma legislativo e o outro pelas leis então vigentes, dentre as quais a Lei nº 8.666/1993. Contudo, essa convivência simultânea é temporária, conforma determinam os artigos 191 e 193 da nova Lei de Licitações; de modo que, esgotado o prazo de vigência simultânea do antigo e do novo regime, estarão integralmente revogadas a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e os arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.

Portanto, **encerrando-se o período de transição de que tratam os art. 191 e 193 da Lei nº 14.133/2021, todas as contratações diretas e demais procedimentos licitatórios deverão pautar-se nos ditames da Lei nº 14.133/2021**, passando este parecer a reger de forma exclusiva as **contratações diretas por inexigibilidade de licitação** de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas

de notória especialização, para fins de **treinamento e aperfeiçoamento de pessoal**, nos termos do **art. 74, inciso III, alínea “f”, da Lei nº 14.133/2021**

II- DA OBRIGAÇÃO DE LICITAR E DA CONTRATAÇÃO DIRETA SOB A ÉGIDE DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

As contratações do Poder Público, em regra, se submetem à obrigatoriedade de realizar licitação, conforme dispõe o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal:

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, oralidade, publicidade e eficiência e, também, aos seguintes:

[...]

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.

Com efeito, o procedimento licitatório visa proteger o interesse público, o princípio da isonomia entre os participantes, e ainda, busca evitar atos imorais praticados no âmbito administrativo. Assim, as hipóteses em que não são obrigatórias a realização de licitação são verdadeiras exceções e estão previstas na Lei nº 14.133/2021, dentre elas a **contratação direta** (art. 72) por **inexigibilidade licitação** (art. 74).

Destaca-se que **a ausência de licitação não exime a Administração de observar a necessária formalização de um procedimento administrativo que respeite os princípios vetores da atividade administrativa** e, no que couber, as normas aplicáveis às licitações, ainda que no caso em comento esteja caracterizada uma das hipóteses de contratação direta.

No mesmo sentido, ensina Marçal Justen Filho¹:

[...] “Ausência de licitação” não significa desnecessidade de observar formalidades prévias (tais como verificação da necessidade e conveniência da contratação, disponibilidade recursos etc.). Devem ser observados os princípios fundamentais da

¹ FILHO, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 14.133/2021. Thomson Reuters Brasil, São Paulo, 2021, p. 945.

atividade administrativa, buscando selecionar a melhor contratação possível, segundo os princípios da licitação.

Sobre tal ponto, a Lei nº 14.133/2021 sujeitou as duas espécies de contratação direta ao que se pode denominar de um **procedimento comum** instituído pelo art. 72, com a indicação **minuciosa** dos documentos que devem instruí-lo, transcrito em sequência:

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;

VII- 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.

Denota-se, portanto, que a formalização dos procedimentos baseados na nova lei deve conciliar as exigências do art. 72 com as especificidades de cada processo de contratação direta que individualmente constam dos artigos 74 e 75.

Para tanto, no que se refere ao objeto paradigma, a Procuradoria-Geral do Estado elaborou um Manual de Contratações Diretas, disponível em seu sítio eletrônico, bem como uma Lista de Verificação, disponível no site da Procuradoria, a fim de subsidiar a correta instrução dos autos, detalhando minuciosamente as etapas para a formalização do procedimento, que deverão ser estritamente observadas para assegurar a lisura da contratação.

Diante desses aspectos, o modelo de contratação direta – aqui por inexigibilidade – deve ser adotado com a formalização, cautela e critério necessários, sob pena de sanções legais.

Aliás, dentre as sanções legais no contexto da contratação direta, informe-se que o art. 73 da Lei nº 14.133/2021 traz a seguinte dicção:

Art. 73. Na hipótese de contratação direta indevida ocorrida com dolo, fraude ou erro grosseiro, o contratado e o agente público responsável responderão solidariamente pelo dano causado ao erário, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

Além disso, vale lembrar que “admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei” constitui crime capitulado no Art. 337-E da Lei nº 14.133/2021, cuja sanção prevista é de reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa. **Portanto, é da máxima importância a adequada e criteriosa observância/formalização dos requisitos legais a viabilizar uma regular contratação direta, nos termos da presente Manifestação Referencial.**

III- DO PROCEDIMENTO DA CONTRATAÇÃO E DA FASE DE PLANEJAMENTO

a) Da fase de planejamento.

O novel Regime Jurídico Licitatório instituído pela Lei nº. 14.133/2021 exaltou a importância do **planejamento** ao lhe dar mais destaque na fase preparatória da contratação direta e elevá-lo ao status de **princípio licitatório**:

Art. 5º. Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, **do planejamento**, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). (Grifo nosso).

Vale lembrar que o planejamento é um dos princípios basilares da Administração Pública insertos no art. 6º, inciso I, do Decreto-Lei nº. 200/1967.

Para Marçal Justen Filho² o princípio do planejamento representa:

“[...] o dever de previsão das ações futuras, abrangendo inclusive eventos não relacionados diretamente à atuação administrativa, de modo a adotar as providências mais adequadas e satisfatórias para a realização das finalidades pretendidas [...]”.

² FILHO, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 14.133/2021. Thomson Reuters Brasil, São Paulo, 2021, p. 128.

O planejamento inaugura a fase preparatória da contratação direta, cujo principal objetivo é alcançar a melhor solução para atender as necessidades da Administração, mediante uma abordagem técnica, mercadológica e de gestão, valendo-se de sua natureza procedimental e de instrumentos como o Estudo Técnico Preliminar (ETP) e a Análise de Riscos para identificar, prevenir e remediar eventuais defeitos e insuficiências que possam existir em determinadas alternativas encontradas, a fim de se comprovar a viabilidade técnica e econômica da contratação pública, observando as formalidades estabelecidas no art. 72 da Lei nº 14.133/2021, anteriormente já transcrito.

O planejamento deve ser anual, visando coibir o fracionamento ilegal de despesas, bem como garantir melhor eficiência e economicidade na gestão dos recursos públicos, preferencialmente mediante agrupamento de demandas, observado o cronograma estabelecido pelo órgão ou entidade demandante e pela Central de Licitações e Contratos.

A realização de fracionamento indevido, inclusive, é conduta considerada crime de Contratação Direta Ilegal, assim estabelecido pelo art. 337-E do Código Penal, dispositivo incluído no ordenamento pela Lei nº 14.133/2021, a Nova Lei de Licitações e Contratos, pelo que merece grande atenção pelo ordenador de despesas responsável pela autorização da contratação, **exigindo-se deste que junte aos autos declaração de que a pretendida contratação não incidirá em fracionamento indevido, seja porque não existiram outras contratações de mesma natureza anteriormente ou, se existiram, porque a soma delas não ultrapassa o limite para contratação em razão do valor.**

Dessa forma, para assegurar a gestão eficiente dos recursos públicos, é essencial a realização de um planejamento da contratação pública, posto que é nesta fase da instrução processual que serão definidas as especificações do objeto, bem como suas quantidades e preços praticados pelo mercado, subsidiando a decisão da Administração quanto a sua necessidade, o tempo, as soluções possíveis, os riscos envolvidos, os recursos financeiros disponíveis e as variáveis previsíveis, atendidos os seguintes requisitos:

b) Identificação da necessidade e enquadramento no PAC.

De acordo com a IN 03/2022 – CLC/PGE, os órgãos e entidades devem elaborar seus respectivos **Planos Anuais de Contratação – PAC** e encaminhá-los à **Central de**

Licitações e Contratos – CLC para fins de elaboração do Plano Anual de Contratação do Estado do Amapá, estabelecendo-se o cronograma de contratações do Estado.

Dessa forma, devem os autos indicar se a contratação consta do PAC, ou justificar a ausência, quando for o caso, bem como se a contratação estiver ocorrendo em momento diverso do estabelecido no cronograma previsto.

Feito isso, deve-se dar início ao procedimento eletrônico da contratação, por intermédio do Sistema Integrado de Gestão Administrativa – SIGA, cuja utilização é obrigatória nos termos do Art. 5º do Decreto Estadual nº 3778, de 18 de outubro de 2021, que regula o funcionamento do referido sistema.

Ressalte-se que, conforme o art. 5º, §1º do referido Decreto, será possível a utilização de outro sistema eletrônico quando tratar-se de contratação direta realizada com recursos federais e cuja utilização seja obrigatória em decorrência de disposição legal, que deverá ser referenciada nos autos do respectivo processo administrativo.

c) Formalização de demanda.

De acordo com a Lei 14.133/2021, a materialização da formalização de demanda se dá por meio de **documento interno** que apresente **os elementos que justificam o pedido de contratação**, suas especificações e o fundamento legal, demonstrando o interesse público envolvido.

d) Designação do agente de contratação

O agente de contratação, nos termos do disposto no art. 6º, inciso LX, da Lei nº. 14.133/2021, é a “pessoa designada pela autoridade competente, entre servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração Pública, para tomar decisões, acompanhar o trâmite da licitação, dar impulso ao procedimento licitatório e executar quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento do certame até a homologação”.

Conforme se observa, há previsão legal para que a designação para exercer a função de agente de contratação recaia sobre servidores efetivos, contudo, a norma deve ser interpretada à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Sabe-se que em muitos órgãos e entidades do Estado do Amapá há um número considerável de agentes públicos que não detêm vínculo efetivo com o Estado, e no mais das vezes pode ocorrer de não dispor de servidores efetivos para o desempenho das funções essenciais à execução da lei.

No entanto, caso o órgão ou entidade disponha de recursos humanos suficientes, a designação necessariamente deve recair sobre servidores efetivos, devendo fundamentar a hipótese excepcional, se for o caso.

Ademais, o princípio da segregação de funções deverá também ser observado, sendo vedada a designação do mesmo agente público para atuação simultânea em funções mais suscetíveis a riscos, de modo a reduzir a possibilidade de ocultação de erros e de ocorrência de fraudes na respectiva contratação.

Cabe enfatizar que a autoridade máxima do órgão ou entidade designará formalmente agentes públicos para o desempenho das funções essenciais à execução da licitação e gestão do contrato.

Esta designação se dará pelo instrumento legal ou normativamente previsto, de acordo com a regulamentação específica de cada órgão ou entidade, o que pode ocorrer por atos como portarias, resoluções ou atos equivalentes.

Por fim, ressalta-se que a eventual falta de designação formal para atuar como agente de contratação não vicia de nulidade o processo licitatório nem o de contratação direta, **mas pode ensejar responsabilidade pessoal da autoridade responsável pela contratação.** Também não está isento de responsabilização o agente de contratação que, mesmo sem designação formal, comete irregularidades no exercício da função, como já deliberou o Tribunal de Contas da União:

“A ausência de designação formal não obsta a responsabilização do agente que tenha praticado atos concernentes à função de fiscal de contrato, como o atesto de notas fiscais” (Acórdão 12489/2019-TCU-Segunda Câmara).

e) Elaboração dos Estudos Técnicos Preliminares e Análise de Riscos, quando for o caso.

O Estudo Técnico Preliminar - ETP, de acordo com o art. 6º, XX da Lei nº 14.133/2021, é um “documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma

contratação que caracteriza o interesse público envolvido e a sua melhor solução e dá base ao anteprojeto, ao termo de referência ou ao projeto básico a serem elaborados caso se conclua pela viabilidade da contratação”.

Cumpra ao ETP evidenciar o problema a ser resolvido e a sua melhor solução, de modo a permitir a avaliação da viabilidade técnica e econômica da contratação, e será elaborado nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 18 da Lei nº 14.133/2021, veja-se:

Art. 18. [...].

§ 1º O estudo técnico preliminar a que se refere o inciso I do caput deste artigo deverá evidenciar o problema a ser resolvido e a sua melhor solução, de modo a permitir a avaliação da viabilidade técnica e econômica da contratação, e conterá os seguintes elementos:

I - descrição da necessidade da contratação, considerado o problema a ser resolvido sob a perspectiva do interesse público;

II - demonstração da previsão da contratação no plano de contratações anual, sempre que elaborado, de modo a indicar o seu alinhamento com o planejamento da Administração;

III - requisitos da contratação;

IV - estimativas das quantidades para a contratação, acompanhadas das memórias de cálculo e dos documentos que lhes dão suporte, que considerem interdependências com outras contratações, de modo a possibilitar economia de escala;

V - levantamento de mercado, que consiste na análise das alternativas possíveis, e justificativa técnica e econômica da escolha do tipo de solução a contratar;

VI - estimativa do valor da contratação, acompanhada dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, que poderão constar de anexo classificado, se a Administração optar por preservar o seu sigilo até a conclusão da licitação;

VII - descrição da solução como um todo, inclusive das exigências relacionadas à manutenção e à assistência técnica, quando for o caso;

VIII - justificativas para o parcelamento ou não da contratação;

IX - demonstrativo dos resultados pretendidos em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais e financeiros disponíveis;

X - providências a serem adotadas pela Administração previamente à celebração do contrato, inclusive quanto à capacitação de servidores ou de empregados para fiscalização e gestão contratual;

XI - contratações correlatas e/ou interdependentes;

XII - descrição de possíveis impactos ambientais e respectivas medidas mitigadoras, incluídos requisitos de baixo consumo de energia e de outros recursos, bem como logística reversa para desfazimento e reciclagem de bens e refugos, quando aplicável;

XIII - posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação para o atendimento da necessidade a que se destina.

§ 2º O estudo técnico preliminar deverá conter ao menos os elementos previstos nos incisos I, IV, VI, VIII e XIII do § 1º deste artigo e, quando não contemplar os demais elementos previstos no referido parágrafo, **apresentar as devidas justificativas.** (grifos nossos)

[...]

Trata-se, portanto, de importante instrumento de concretização do princípio do planejamento no âmbito das contratações públicas, mas a própria Lei deixa evidente que, em determinadas hipóteses, a sua elaboração será facultada. Veja-se o que dispõe o art. 72, I da norma supracitada:

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; (grifos nossos)
[...]

Apesar do que pode vir a transparecer do texto legal, este opinativo parte do pressuposto de que o Estudo Técnico Preliminar é instrumento que deve ser necessária e obrigatoriamente observado na hipótese do Art. 74, III, “f”, da Lei nº 14.133/2021.

Nesse mesmo sentido, a IN nº 58/2022, regulamento federal que dispõe acerca da elaboração dos Estudos Técnicos Preliminares, traz exceções ao ETP nos seguintes termos:

Art. 14. A elaboração do ETP:

I - é facultada nas hipóteses dos incisos I, II, VII e VIII do art. 75 e do § 7º do art. 90 da Lei nº 14.133, de 2021; e

II - é dispensada na hipótese do inciso III do art. 75 da Lei nº 14.133, de 2021, e nos casos de prorrogações dos contratos de serviços e fornecimentos contínuos.

Ora, se a IN nº 58/2022 apresentou específica e expressamente as exceções ao ETP, logo, é de se concluir que o ETP é uma obrigatoriedade em todas as demais hipóteses normativas.

Como princípio basilar de hermenêutica jurídica, a lei não contém palavras inúteis. No mesmo sentido, estão as lições de Carlos Maximiliano :

[...] 116 - Merecem especial menção alguns preceitos, orientadores da exegese literal: [...]

f) “presume-se que a lei não contenha palavras supérfluas, devem todas ser entendidas como escritas adrede para influir no sentido da frase respectiva”.

Desse modo, não obstante a margem de discricionariedade dada pelo legislador em determinadas hipóteses, entende-se que o estudo técnico preliminar deve ser obrigatório como regra geral, sobretudo na hipótese analisada neste referencial.

De toda sorte, visando a estimular e orientar a elaboração do ETP, a Procuradoria-Geral do Estado publicou em seu sítio eletrônico modelo do documento³, o qual poderá ser utilizado para facilitar o planejamento dos órgãos e entidades contratantes.

Quanto à realização da Análise de Riscos, leciona Joel Niehbur que “[...] pressupõe a identificação, a avaliação, a qualificação e o tratamento dos riscos e costuma se materializar em algum tipo de documento, mapa de riscos ou documento equivalente.”.

Em outras palavras, a análise de riscos é uma atividade de planejamento na qual se avalia a probabilidade de um evento acontecer e impactar negativa ou positivamente os objetivos da Administração.

Por também estar inserto no inciso I do art. 72 da Lei nº 14.133/2021, aplica-se o mesmo entendimento de que é necessário, porém, acaso não seja realizada a análise de riscos, o que pode ocorrer ante a baixa complexidade do objeto, torna-se necessária a apresentação de justificativa devidamente motivada para tanto.

f) Termo de Referência.

Sob a regência do art. 6º, incisos XXIII e XXV da Lei nº 14.133/2021, o Termo de Referência passou a ser o documento exigido nas contratações para compras e serviços, excepcionando obras e serviços de engenharia.

Desse modo, considerando que o objeto referencial não se refere a obras e nem serviços de engenharia, o Termo de Referência é o instrumento adequado para subsidiar a contratação nos moldes do art. 74, III, “f”, da nova lei de licitações e contratos administrativos.

Segundo o art. 6º, XXIII, da Lei nº 14.133/2021, o Termo de Referência deve conter os seguintes parâmetros e elementos descritivos:

XXIII – [...]:

- a) definição do objeto, incluídos sua natureza, os quantitativos, o prazo do contrato e, se for o caso, a possibilidade de sua prorrogação;
- b) fundamentação da contratação, que consiste na referência aos estudos técnicos preliminares correspondentes ou, quando não for possível divulgar esses estudos, no extrato das partes que não contiverem informações sigilosas;
- c) descrição da solução como um todo, considerado todo o ciclo de vida do objeto;

³ “<https://pge.portal.ap.gov.br/conteudo/licitacoes/modelos>”.

- d) requisitos da contratação;
- e) modelo de execução do objeto, que consiste na definição de como o contrato deverá produzir os resultados pretendidos desde o seu início até o seu encerramento;
- f) modelo de gestão do contrato, que descreve como a execução do objeto será acompanhada e fiscalizada pelo órgão ou entidade;
- g) critérios de medição e de pagamento;
- h) forma e critérios de seleção do fornecedor;
- i) estimativas do valor da contratação, acompanhadas dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, com os parâmetros utilizados para a obtenção dos preços e para os respectivos cálculos, que devem constar de documento separado e classificado;
- j) adequação orçamentária;

Em linhas gerais, ressalte-se que o Termo de Referência é o documento elaborado na etapa do planejamento da fase preliminar da licitação ou da contratação direta que, em regra, reunirá informações que possibilitará ao gestor a avaliação de viabilidade – técnica e econômica – da futura contratação pública para compras de bens e/ou prestação de serviço, a fim de atender às necessidades da Administração Pública.

h) Estimativa de despesa.

A estimativa de despesa consistente no procedimento por meio do qual se busca saber o valor aproximado a ser gasto em uma determinada contratação, deve ser realizado por intermédio de técnicas apropriadas, que envolvem, na maioria das vezes, a realização de **pesquisa de preços** à luz de certos parâmetros que buscam determinar o chamado **preço de referência** ou **valor orçado da contratação**.

A Lei nº 14.133/2021 estabelece que a estimativa de despesa para as contratações diretas deverá ser calculada nos moldes do art. 23, que trata da realização de estimativa de preços nos processos licitatórios.

Segundo o referido dispositivo, o valor estimado **deverá ser compatível com os valores praticados pelo mercado**, em uma comparação com os preços constantes de bancos de dados públicos, levando-se em conta as quantidades a serem contratadas, a potencial economia de escala e as peculiaridades locais.

Ocorre que essa premissa não pode ser levada às últimas consequências, porquanto não é todo objeto que se conforma aos métodos mais tradicionais de precificação. Nesse espectro, inclui-se a hipótese referencial do art. 74, III, “f” da Lei nº

14.133/2021, que, por sua natureza, nutre particularidades de ordem prática a ser consideradas quando da estimativa.

Nesse tocante, buscando uma adequada solução, é importante mencionar que em âmbito federal as pesquisas de preços para contratações realizadas com base na Lei nº. 14.133/2021 são disciplinadas pela **IN nº. 65/2021- SEGES/ME** e em âmbito estadual impera as regras insertas na **IN nº. 01/2021 – CLC/PGE/AP**.

E, em relação à estimativa na hipótese referencial, cumpre registrar a orientação constante na Lista de Verificação para Inexigibilidade na Lei nº 14.133/2021, acerca da qual se dará mais detalhes mais à frente, a qual informa que “não sendo possível estimar o valor na forma do art. art. 6º da IN 01/2021, a justificativa de preços fundamenta-se em base em valores de contratações de objetos idênticos, comercializados pela futura contratada, por meio da apresentação de notas fiscais emitidas para outros contratantes, públicos ou privados, no período de até 1 (um) ano anterior à data da contratação pela Administração, ou por outro meio idôneo”.

Portanto, o fato de se tratar de uma inexigibilidade de licitação de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização não afasta a necessidade de que haja a realização/formalização de estimativas para a contratação direta a ser realizada.

i) Recursos orçamentários e da estimativa do impacto orçamentário-financeiro.

A previsão de recursos, isto é, a disponibilidade de recursos orçamentários e financeiros, para pagamento dos encargos, no exercício financeiro, é imprescindível para a celebração do contrato, se consignando, portanto, em exigência legal prescrita tanto na Lei nº. 14.133/2021 quanto na Lei nº. 4.320/1962, senão veja-se:

Lei nº. 14.133/2021:

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:

[...]

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

[...]

Lei nº. 4.320/1964:

Art. 60. É vedada a realização de despesa sem prévio empenho.

Com efeito, a Administração Pública não poderá realizar nenhuma licitação nem celebrar contrato sem a demonstração da disponibilidade dos recursos, o que precisará estar documentalmente formalizado nos autos do processo.

g) Termo de contrato.

As contratações públicas, em regra, devem ser concretizadas por meio de instrumento contratual, no entanto, é possível que haja a sua substituição por outros instrumentos hábeis, conforme delineados no art. 95 e incisos da Lei nº 14.133/2021. Veja-se o texto legal:

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.

Apesar das exceções, as particularidades do objeto referencial denotam ser recomendável a adoção da regra do termo de contrato, justamente para melhor abarcar as especificidades da situação em concreto.

No mais, ressalte-se que a Lei nº 14.133/2021, em seu art. 105, prevê que a duração dos contratos deverá observar a disponibilidade de créditos orçamentários e, caso ultrapasse 1 (um) exercício financeiro, também deverá observar a previsão no plano plurianual. Trata-se da mesma regra já aplicada pela legislação anterior, ao definir que o prazo de vigência contratual deverá, em regra, respeitar a vigência do respectivo crédito orçamentário.

h) Termo de inexigibilidade.

Para fins de garantir maior segurança jurídica e celeridade na análise e controle do procedimento, deve constar nos autos Termo de Inexigibilidade condensando as

informações mais relevantes da contratação, ao qual será conferida ampla publicidade, junto aos demais instrumentos do procedimento.

Conforme estabelecido na Lista de Verificação, no Termo de Inexigibilidade deverão constar, no mínimo:

- o Órgão ou entidade contratante
- o Fornecedor contratado
- o Fundamento legal da contratação
- o Justificativa da necessidade da contratação, incluindo o quantitativo.
- o Prazo de vigência da contratação
- o Justificativas da escolha do fornecedor e do preço a ser pago.
- o Disponibilidade orçamentária
- o Autorização da contratação, na forma do art. 72, VIII da Lei nº 14.133/2021

h) Habilitação do fornecedor.

A Lei nº 14.133/2021, em seu art. 62, dispõe que a habilitação é a fase da licitação em que se verifica o conjunto de informações e documentos necessários e suficientes para demonstrar a capacidade do licitante de realizar o objeto do certame, abrangendo documentações jurídicas, técnicas, fiscais, sociais, trabalhistas e econômico-financeiras.

Por tratar-se de requisito indispensável para a plena regularidade das contratações celebradas pela Administração Pública, a habilitação dos futuros contratantes não pode servir para restringir a competitividade dos certames. Por esse motivo, a própria Constituição Federal determina que a lei somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (art. 37, inciso XXI, da CF/88).

Ainda que o art. 62 da Lei nº 14.133/2021 conceitue a habilitação como uma “fase da licitação”, esse mesmo diploma legislativo exige que o processo de contratação direta (incluindo dispensas e inexigibilidade) deverá ser instruído com a comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária (conforme teor do art. 72, inciso V).

Em qualquer caso, é de todo oportuno reforçar aos órgãos e entidades da necessidade de verificação da vigência e adequação dos documentos de habilitação, não permitindo que seja celebrado o contrato sem que seja comprovada, na totalidade, a manutenção das condições de habilitação.

i) Da Lista de Verificação LV.

A Procuradoria de Licitações Contratos e Convênios – PLCC, órgão integrante da estrutura organizacional da Procuradoria-Geral do Estado, disponibilizou aos órgãos e entidades da Administração Pública Direta e Indireta do Estado do Amapá, **Lista de Verificação** específica, que pode ser obtida em sua versão atualizada no **sítio eletrônico**⁴ da instituição, elaborada para orientar a adequada instrução de processos administrativos de contratação direta por **inexigibilidade de licitação**, amparada nas hipóteses que constam dos incisos do art. 74 da Lei nº. 14.133/2021, indicando pontualmente as formalidades legais tidas como basilares que devem ser observadas.

A finalidade de criação da sobredita Lista de Verificação foi aperfeiçoar a instrução das contratações diretas por inexigibilidade sob a égide da Lei nº 14.133/2021, reduzindo significativamente a presença de vícios repetitivos e corriqueiros; e, ainda, conferindo maior celeridade no exame dos processos administrativos de contratação pública, evitando a perda de recursos, em prestígio à celeridade e eficiência, sendo de uso obrigatório para os órgãos do Estado, tal como prescreve o art. 4º do Decreto Normativo nº. 2832/2012.

Dessarte, a utilização do sobredito documento – como referência no processo – é de extrema importância para **adequada instrução processual das contratações diretas por inexigibilidade**, o que inclui a hipótese de **inexigibilidade** fundamentada no **art. 74, inciso III, alínea “f”** da Lei nº 14.133/2021. Devendo, portanto, ser devidamente observados os requisitos legais apontados na Lista de Verificação, a par de tudo quanto apontado na presente manifestação referencial.

No preenchimento da LV, chama-se especial atenção para a justificativa da contratação, que não deve se limitar à mera referência aos prováveis benefícios gerados para o

⁴ “<https://pge.portal.ap.gov.br/conteudo/licitacoes/listas-de-verificacao>”.

interesse público, notadamente, diante da variedade de opções disponíveis no mercado, que poderão ensejar diferentes formas de prestar um mesmo serviço, inclusive pela mesma empresa.

Em especial deve-se considerar a opção do mesmo curso se houver no formato online em detrimento do curso presencial, avaliando-se a opção de reduzir os custos inerentes ao deslocamento e diárias dos servidores, avaliando-se o formato EAD, sempre que disponível, bem como os servidores selecionados para participarem da capacitação, observando-se a posição reiterada da PGE/AP quanto à importância de capacitar o corpo técnico dos órgãos, sendo mais adequado ao interesse público que os servidores participantes do curso sejam integrantes dos quadros de efetivos.

j) Do Portal Nacional de Contratações Públicas – PNCP.

Por fim, relevante destacar que o legislador criou, por intermédio do art. 174 da Lei nº 14.133/2021, o Portal Nacional de Contratações Públicas – PNCP. Trata-se de sítio eletrônico oficial destinado à divulgação centralizada e obrigatória dos atos exigidos por esta Lei e a realização facultativa das contratações pelos órgãos e entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todos os entes federativos, que será gerido pelo Comitê Gestor da Rede Nacional de Contratações Públicas.

A fim de garantir a concretização dos princípios da publicidade e transparência no âmbito das contratações públicas, a Lei nº. 14.133/2021 determina, por intermédio do seu art. 94, que a **divulgação no PNCP é condição indispensável para a eficácia do contrato e de seus aditamentos**, devendo ocorrer no prazo de 20 dias úteis (no caso de licitação) ou de 10 dias úteis (no caso de contratação direta), a contar da data da assinatura.

Informe-se que a hipótese de **inexigibilidade** fundamentada no **art. 74, inciso III, alínea “f”** da Lei nº 14.133/2021 consta adequadamente do SIGA e está integrada ao PNCP. Devendo, assim, a **Administração Pública zelar pela adequada divulgação por meio do Sistema SIGA, em observância do art. 94 da Lei nº 14.133/2021 e em homenagem ao Princípio Constitucional da Publicidade.**

IV- DA JUSTIFICATIVA E DO ENQUADRAMENTO NA HIPÓTESE DE INEXIGIBILIDADE DE

LICITAÇÃO DO ART. 74, III, “F”, DA LEI Nº 14.133/2021 – NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA SINGULARIDADE

A justificativa é um dos documentos mais relevantes da contratação, pois nesta se apresentará todos os elementos concretos e particularidades que fizeram o gestor entender pelo enquadramento e adequação à hipótese em referencial, isto é, precisamente a hipótese de contratação de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais e empresa de notória especialização, com fundamento no art. 74, inciso III, alínea “f” da Lei nº 14.133/2021, veja-se:

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:

[...]

f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;

Por sua vez, o art. 6º da Lei nº 14.133/2021 caracteriza serviço técnico especializado como aqueles realizados em trabalhos relativos a treinamento e aperfeiçoamento de pessoal, *in verbis*:

Art. 6º. Para os fins desta Lei, consideram-se:

[...]

XVIII - serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual: aqueles realizados em trabalhos relativos a:

[...]

f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;

De acordo com o art. 74 do novel estatuto licitatório, o legislador faz uma lista exemplificativa de situações que podem caracterizar essa ausência de competição, e, conseqüentemente, levar à inexigibilidade, incluindo-se aí as contratações de natureza predominantemente intelectual, cujo fornecedor tenha notória especialização na área, podendo ser comprovada conforme indicado no § 3º do mesmo dispositivo.

Considera-se de notória especialização o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência,

publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

Atente-se que o requisito da notória especialização exigido na Lei não é a especialização comum, mas a especialização notória, ou seja, diferenciada, dotada de qualidade mais reconhecida, consagrada no respectivo ramo da atuação, o que acarreta a necessidade de demonstrar experiência, credibilidade e confiança na prestação dos serviços contratados, motivo pelo qual não se verifica viável a competição.

A notória especialização não se trata de característica exclusiva da empresa, nem tampouco há necessidade de exposição pública da entidade prestadora do serviço. Tal característica é principalmente do corpo técnico, não devendo se confundir fama com notória especialização.

Os serviços previstos na lei podem ser prestados por vários especialistas, ou seja, não se faz necessário que somente uma pessoa disponha da técnica pretendida pela Administração Pública, outros também podem dominá-la; no entanto, todos eles a realizam com traço eminentemente subjetivo, em razão do que, repita-se, a inexigibilidade tem lugar pela falta de critérios objetivos para cotejá-los.

Por isso, precisa-se comentar a respeito da “notória especialização”, que reside na ideia da formação dos professores/palestrantes, em se tratando de contratação de serviço de treinamento e aperfeiçoamento de pessoal. Segundo o magistério de Hely Lopes Meirelles⁵:

“Serviços técnicos profissionais especializados, no consenso doutrinário, são os prestados por quem, além de habilitação técnica e profissional - exigida para os serviços técnicos profissionais em geral -, aprofundou-se nos estudos, no exercício da profissão, na pesquisa científica, ou através de cursos de pós-graduação ou de estágios de aperfeiçoamento”

A Lei 14.133/2021 faz remissão ao artigo 6º onde estão mencionados vários desses serviços, como pareceres, assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias, treinamento de pessoal etc. Portanto, o treinamento e aperfeiçoamento de pessoal estando incluído na lista para contratação direta.

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, p. 258.

A jurisprudência do Tribunal de Conta da União e a doutrina pátria consideram que as contratações de professores, conferencistas ou instrutores para ministrar cursos de treinamento ou aperfeiçoamento de pessoal, bem como a inscrição de servidores para participação de cursos abertos a terceiros, podem se enquadrar na hipótese de inexigibilidade de licitação, em que pese as decisões ocorrerem sob a égide da Lei 8.666/1993, considerando o momento histórico em que proferidos.

A respeito, transcrevem-se trechos da Decisão 439/1998 - Plenário do Tribunal de Contas da União, a qual é largamente utilizada pela doutrina e jurisprudência pátrias para justificar o enquadramento de despesa relacionada à contratação de profissionais especializados em treinamento e aperfeiçoamento de pessoal:

[...] que as contratações de professores ou conferencistas ou instrutores para ministrar cursos de treinamento ou aperfeiçoamento de pessoal, bem como a inscrição de servidores para participação de cursos abertos a terceiros, enquadram-se na hipótese de inexigibilidade de licitação prevista no inciso II do art. 25, combinado com o inciso VI do art. 13 da Lei nº 8.666/93

[...] há necessidade de assegurar ao Administrador ampla margem de discricionariedade para escolher e contratar professores ou instrutores. Discricionariedade essa que deve aliar a necessidade administrativa à qualidade perseguida, nunca a simples vontade do administrador. Pois, as contratações devem ser, mas do que nunca, bem lastreadas, pois não haverá como imputar à legislação, a culpa pelo insucesso das ações de treinamento do órgão sob sua responsabilidade.

Noutro giro, é preciso tratar da necessidade de ainda se demonstrar a “singularidade” do serviço especializado, tendo em vista que, a exemplo do que já tinha ocorrido na Lei nº 13.303/2016 (Lei das Estatais), foi eliminada a expressão de “natureza singular” com o advento da Lei nº 14.133/2021.

Em suma, a Nova Lei de Licitações e Contratos (Lei Nacional nº 14.133/2021) foi omissa quanto à necessidade de demonstração da singularidade das serventias, porquanto seu art. 74 estabeleceu que é inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial, dentre outros casos, na contratação de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização.

A omissão levou alguns doutrinadores a defender o fim da necessidade da evidência da singularidade nas contratações diretas mediante inexigibilidade.

Apesar de corrente doutrinária nesse sentido, há se observar a necessidade, **ao menos durante o prazo de vigência deste opinativo**, de se preencher o requisito da **singularidade**, mesmo que indiretamente no arcabouço da justificativa.

Dessa maneira, para haver singularidade, devem ser preenchidas as seguintes circunstâncias: 1) os serviços são específicos e possuem peculiaridades quanto à maneira e o modo de prestação, somente podendo ser realizados com confiabilidade por pessoas habilitadas e capacitadas; 2) os serviços apresentam complexidade técnica e devem ser feitos sob encomenda por um terceiro, devendo este reunir um conjunto de atributos que não podem ser mensurados por critérios objetivos; e 3) os serviços não devem ser padronizados, básicos e convencionais.

Com efeito, a demanda é singular quando possui peculiaridades que as diferenciam das demandas padrão, sendo que no caso concreto, a resposta que a licitada pode gerar à administração pública é específica, satisfazendo a necessidade inicialmente exigida.

Essa conclusão referencial foi obtida por critérios de segurança jurídica e hermenêutica, sobretudo no contexto de transição de regimes licitatórios, vivenciado em nossa atualidade.

Ora, há se presumir que a norma que regulamenta um dispositivo constitucional está em total sintonia com o sistema. Assim, a Lei no 14.133/2021, do mesmo modo que o regime anterior, constitui mecanismo de proteção do preceito constitucional que regulamenta, isto é, o Princípio da Licitação Pública (art. 37, XXI, CF).

Também se presume que os dispositivos de uma lei estão em um encadeamento lógico. O artigo é o fundamento jurídico principal, sendo o caput o seu enunciado. A cabeça do artigo é o preceito primordial; os parágrafos são o desdobramento de um artigo, podendo ser uma condição, exceção ou esclarecimento. Os incisos também são desdobramentos do enunciado no artigo, mas em um nível inferior, o mesmo ocorrendo com as alíneas em relação aos incisos.

Do acima exposto, decorre que é o caput de um artigo que submete os parágrafos, incisos e alíneas; não o contrário. Daí porque, a interpretação do teor de um inciso não pode ser isolada do artigo a que serve como complemento, tampouco tratado como norma autônoma; menos ainda, a ela contraditória. Logo, o caput do art. 74 é o ponto de partida para a interpretação de seus incisos e cuja linha de raciocínio deve se balizar pelo preceito constitucional que a Lei regula.

A regra constitucional é a de licitar. O afastamento pela inexigibilidade é exceção, a ser interpretada restritivamente. O caput do art. 74 é cristalino no sentido de que somente será inexigível a licitação quando inviável a competição. Portanto, os serviços listados nas alíneas do inciso III do referido artigo somente serão contratados sem licitação por este fundamento quando demonstrada a inviabilidade de competição.

Por isso, ainda persiste a necessidade de demonstrar a inviabilidade da competição, por meio da singularidade do objeto. Em resumo, a singularidade do serviço especializado ainda precisa ser devidamente demonstrada na justificativa e no termo de inexigibilidade, porquanto é esta natureza singular o maior caracterizador da inviabilidade de competição.

A jurista Gabriela Verona Pércio⁶ denotando muito precisão sobre o tema, trouxe os seguintes apontamentos:

Seguindo a mesma linha já adotada pela Lei nº 13.303/16, chamada Lei das Estatais, a Lei nº 14.133/2021 não traz como requisito explícito a singularidade do serviço a ser contratado com fundamento no inciso III do art. 74. Contudo, conforme entendemos, ele permanece, de forma implícita. Com efeito, parece óbvio que a contratação direta de um profissional ou empresa notoriamente especializada para execução de serviço ordinário ou que não exija, por suas peculiaridades, a expertise própria de um especialista, nos termos do §3º do art. 74, não se justifica. Aparentemente, não há razões para entendimento diverso no caso da Lei nº 14.133/2021. Desse modo, o que a nova Lei fez foi eliminar as dificuldades relacionadas à caracterização da singularidade do serviço, conceito cuja delimitação se demonstrou difícil na vigência da Lei nº 8.666/1993, deixando ao encargo da Administração estabelecer, suficientemente, a relação entre suas

⁶ PÉRCIO, Gabriela. A inviabilidade de competição relativa na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021): principais mudanças e proposta de interpretação para maximizar a eficiência da contratação direta. Observatório da Nova Lei de Licitações. Disponível em: <<https://www.novaleilicitacao.com.br/2021/07/01/a-inviabilidade-de-competicao-relativa-na-nova-lei-de-licitacoes-e-contratos-administrativos-lei-no-14-133-2021-principais-mudancas-e-proposta-de-interpretacao-para-maximizar-a-eficiencia-da-contr/>> Acesso em 18.05.2023.

peculiaridades e a necessidade da notória especialização para garantir uma execução satisfatória.

Nessa mesma dimensão de pensamento, Edgar Guimarães⁷ anota que:

Ora, se o fato de o objeto consistir em um serviço técnico especializado de natureza predominantemente intelectual dentre aqueles descritos nas alíneas do inciso III do art. 74 fosse suficiente para justificar a contratação direta por inexigibilidade de licitação, não faria sentido a Lei nº 14.133/2021 prever que a contratação desses serviços justifica a adoção preferencial do critério de julgamento de técnica e preço. [...] Com base nisso, insistimos, a contratação direta por inexigibilidade de licitação para serviço técnico especializado de natureza predominantemente intelectual somente se justifica quando preenchido o pressuposto para o cabimento da inexigibilidade de licitação, qual seja, a inviabilidade de competição.

É nesse sentido que este opinativo conclui que permanece a necessidade de demonstração da singularidade do serviço especializado, para que haja inviabilidade de competição, perfectibilizando a inexigibilidade de licitação, o que há de ser demonstrado também na justificativa de contratação direta.

V- DO PROCEDIMENTO DE ANÁLISE JURÍDICA E DE CONFORMIDADE

O art. 53 da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos dispõe sobre a necessidade de Manifestação Jurídica atestando a legalidade do procedimento licitatório. Contudo, o **§5º do mesmo dispositivo autoriza a dispensa do Parecer Jurídico em determinadas hipóteses**, dentre as quais a dispensa em razão do baixo valor.

Nesse sentido, como visto alhures, existe a **Resolução nº 006/2020-CONSUP/PGE** que permite – atendidos determinados requisitos – a utilização do mecanismo referencial. **Portanto, nas hipóteses de contratação direta abrangidas por esta Manifestação Referencial, a análise jurídica deverá seguir o seguinte procedimento:**

a) Da declaração de subsunção às orientações referenciais.

⁷ GUIMARÃES, Edgar. Dispensa e inexigibilidade de licitação: aspectos jurídicos à luz da Lei nº 14.133/2021, Rio de Janeiro: Forense, 2022.

A fim de identificar o enquadramento da situação concreta aos termos do presente opinativo referencial, é essencial que o gestor do órgão ou entidade declare nos autos, de modo objetivo, que a situação examinada está abrangida pelo contido neste Parecer Referencial. Note-se o que dispõe a Resolução nº 006/2020-CONSUP/PGE:

Art. 1º [...] §2º Ao fazer a recomendação ou a elaboração do parecer que sirva como referência, o Procurador deverá evidenciar **a necessidade de que o gestor ou o destinatário do parecer declare de modo objetivo que a situação examinada está abrangida pelo contido no parecer referencial.** (Grifos Nossos)

O site da PGE disponibiliza modelos de Anexo que a supracitada Resolução faz referência no <https://pge.portal.ap.gov.br/conteudo/licitacoes/modelos>, devendo constar nos autos a declaração da autoridade competente para a prática do ato pretendido, atestando que o quadro se adéqua aos parâmetros e pressupostos das orientações de referência e que serão seguidas as orientações jurídicas nele contidas.

A mencionada Declaração deverá constar no bojo da instrução processual com remessa dos autos à PLCC. A Declaração deverá estar acompanhada, ainda, da Lista de Verificação, já indicada nateriormente, disponível no site da Procuradoria-Geral do Estado, devidamente preenchida quanto às etapas de responsabilidade do órgão ou entidade demandante, e da análise prévia do setor jurídico responsável no âmbito interno do contratante.

b) Juntada do Parecer Referencial.

Considerando-se o seu intuito consultivo e orientativo, este Parecer Referencial deverá ser anexado aos autos e observado integralmente em cada fase do processo de contratação, visando à plena legalidade dos atos administrativos.

O art. 8º da Resolução nº 006/2020 – CONSUP/PGE fixa a obrigatoriedade de juntada da cópia integral deste Parecer Referencial com despacho de aprovação da Chefia da Procuradoria Especializada. Veja-se:

Art. 8º Para utilização do Parecer Referencial, a Administração deverá instruir os processos e expedientes administrativos congêneres com:

I- **Cópia integral do Parecer Referencial** com despacho de aprovação da Chefia da Procuradoria Especializada;

II- **Declaração da autoridade competente para a prática do ato pretendido, atestando que o quadro se enquadra nos parâmetros e pressupostos do Parecer Referencial e que serão seguidas as orientações jurídicas nele contidas, conforme anexo I desta Resolução; (Grifos Nossos)**

Por questão de segurança jurídica, como suscitado ao início, ressalve-se a necessidade de remessa para opinativo individualizado nos casos de maior complexidade, a juízo do gestor, especialmente quando os serviços técnicos especializados, para fins de treinamento e aperfeiçoamento de pessoal, envolverem cursos de pós-graduação “*lato sensu*” (especializações) e “*stricto sensu*” (Mestrado e Doutorado), dada a maior duração, repercussão financeira e particularidade do objeto.

Verifica-se, portanto, que o uso do presente Parecer Referencial evitará a elaboração de parecer jurídico individualizado, o que ocorrerá sem prejuízo do atendimento ao prescrito no art. 53 da Lei 14.133/2021 e art. 4º da Lei Complementar Estadual n.º 089/2015, quando for necessária manifestação individualizada nas hipóteses excepcionais de maior complexidade.

VI- DA CONCLUSÃO

Por todo o exposto, o presente Parecer Referencial deverá ser utilizado na instrução dos processos administrativos, para fins de orientar o procedimento de contratação direta por inexigibilidade de licitação de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, para fins de treinamento e aperfeiçoamento de pessoal, nos termos do art. 74, inciso III, alínea “f”, da Lei nº 14.133/2021

Em cumprimento ao art. 7º, III, da Resolução nº 006/2020-CONSUP/PGE, a utilização deste opinativo será condicionada à juntada de:

- a) Declaração da autoridade competente para a prática do ato pretendido, atestando que o caso se enquadra nos parâmetros e pressupostos do Parecer Referencial e que serão seguidas as orientações jurídicas nele contidas, conforme anexo I da Resolução nº 006/2020-CONSUP/PGE;

- b) Cópia integral deste Parecer Referencial, com despacho de aprovação da Chefia da Procuradoria Especializada;
- c) Lista de Verificação específica, devidamente preenchida e assinada pelo responsável pelo preenchimento, conforme modelo disponível no sítio eletrônico da PGE.

Inobstante todas as orientações emanadas deste Parecer Referencial, os processos cujo objeto seja fundamento no art. 74, inciso III, alínea “f”, da Lei nº 14.133/2021, ainda deverão, após a devida instrução, ser encaminhados à PGE para verificação de conformidade orientativa, nos termos do art. 4º, inciso IV, da Lei Complementar Estadual nº. 0089/2015, de modo que a análise jurídica será formalizada mediante despacho dispensando-se o envio à autoridade superior para ratificação, prevista na Instrução Normativa nº 001/2019- PGE/AP.

O presente instrumento passa a vigorar pelo prazo de 01 (um) ano, a partir de sua publicação no sítio eletrônico da Procuradoria-Geral do Estado do Amapá, no link (url): <https://pge.portal.ap.gov.br/>, em consonância com o art. 11, §1º da Resolução nº006/2020-CONSUP/PGE.

Este opinativo segue assinado eletronicamente, nos termos da Lei Federal nº. 14.063/2020 e artigos 6º e 10 do Decreto Estadual nº. 0829/2018.

À superior consideração.

Encaminhem-se o presente parecer aos órgãos e entidades estaduais.

Procuradoria-Geral do Estado do Amapá,

Macapá-AP, 27 de junho de 2024.

JEANE ALESSANDRA TELES MARTINS PAIVA

Procuradora do Estado do Amapá



Cód. verificador: 253871316. Cód. CRC: 59F4C37
Documento assinado eletronicamente por **JEANE ALESSANDRA TELES MARTINS**, PROCURADOR, em 27/06/2024, conforme decreto nº 0829/2018. A autenticidade do documento pode ser conferida no site: <https://sigdoc.ap.gov.br/autenticador>

