



ESTADO DE SERGIPE
Prefeitura Municipal de Itabaiana
Procuradoria Geral do Município

PARECER JURÍDICO Nº 15/2024

Trata-se de solicitação encaminhada a esta Procuradoria Geral do Município de análise do texto da minuta do Contrato a ser celebrado entre o **FUNDD MUNICIPAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL DE ITABAIANA/SE** e a senhora **Rafaella Santana Andrade**, visando a Locação de imóvel para sediar a Secretaria de Desenvolvimento Social do município de Itabaiana/Sergipe, nos moldes do tendo por fulcro o disposto no art. 74, inciso V, da Lei Federal n 14.133/21.

Ab initio, cumpre registrar que esse parecer jurídico possui caráter meramente opinativo, não vinculando a comissão de licitação ou o administrador na prática de atos ou no desfecho de processos administrativos.

É certo, que as normativas afirmam que alguns atos/processos administrativos devam ser precedidos de parecer jurídico para sua prática, sendo este apenas o requisito que o antecederá, obrigando o administrador a solicitá-lo, o que chamamos de parecer obrigatório.

Todavia, a obrigatoriedade da emissão do parecer jurídico não vincula o administrador à fundamentação ou conclusão sugerida pelo parecerista, forçando-o apenas a solicitá-lo da assessoria jurídica por força de lei, podendo ele, inclusive, agir de forma contrária ao sugerido por seu prolator.

Hely Lopes Meirelles leciona o seguinte sobre os pareceres:

"(...) Pareceres administrativos são manifestações de órgãos técnicos sobre assuntos submetidos à sua consideração. O parecer tem caráter meramente opinativo, não vinculando a Administração ou os particulares à sua motivação ou conclusões, salvo se aprovado por ato subsequente. Já, então, o que subsiste como ato administrativo não é o parecer, mas, sim, o ato de sua aprovação, que poderá revestir a modalidade normativa, ordinatória, negocial ou punitiva. (MEIRELLES, 2010, p. 197)".



ESTADO DE SERGIPE
Prefeitura Municipal de Itabaiana
Procuradoria Geral do Município

Atente-se ao teor da Súmula nº 05/2012/CAOP do Conselho Federal da OAB, que possui a seguinte redação:

"ADVOGADO. DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO. PODER PÚBLICO. Não poderá ser responsabilizado, civil ou criminalmente, o advogado que, no regular exercício do seu mister, emite parecer técnico opinando sobre dispensa ou inexigibilidade de licitação para contratação pelo Poder Público, porquanto inviolável nos seus atos e manifestações no exercício profissional, nos termos do art. 2º, § 3º, da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da OAB)."

Sendo assim, reforço que o presente Parecer Jurídico possui caráter meramente opinativo, não vinculando a decisão do Administrador.

Feita esta ressalva, passemos à análise doutrinária e jurisprudencial do pedido.

A Constituição Federal estabelece o regramento da Administração Pública no território nacional a partir de seu art. 37. Um dos temas que mereceu maior preocupação do constituinte de 1988 foram as contratações realizadas pelo Poder Público, por toda a repercussão financeira e social que envolve.

Por isso, pode-se dizer que a pretensão do constituinte foi reduzir, tanto quanto possível, a discricionariedade administrativa do campo das contratações governamentais. Sujeitou à legislação infraconstitucional de regência a regulamentação minuciosa de suas hipóteses, estabelecendo como princípio maior a existência de licitação pública como *conditio sine qua non* para a realização lícita e legítima de contratações públicas.

Entretanto, o legislador constituinte, ciente das dificuldades que a realidade apresenta, fez constar que a licitação é, em termos jurídicos, a regra geral para a celebração de



ESTADO DE SERGIPE
Prefeitura Municipal de Itabaiana
Procuradoria Geral do Município

contratos administrativos, *ressalvados os casos especificados na legislação*, quais sejam: dispensa e a inexigibilidade de licitação, situações estas nas quais a Administração Pública estará autorizada a celebrar contratações diretas sem a efetivação de certame licitatório.

Todavia, não se pode confundir dispensa com inexigibilidade de licitação. Para tanto, *ab initio*, apresento os ensinamentos trazidos pelo professor JOEL DE MENEZES NIEBUHR (2021, p. 34), autor de uma das melhores monografias a respeito de dispensa e inexigibilidade de licitação elaboradas no Brasil. Diz o professor paulista:

"Aliás, contratação sem licitação pública costuma ser chamada de contratação direta, porque a Administração Pública contrata diretamente, sem antes realizar a licitação pública. Em geral, a contratação direta dá-se por duas maneiras, por meio de inexigibilidade, quando a competição é inviável, e de dispensa, quando a competição é viável, porém a realização da licitação importaria prejuízos ao interesse pública."

No mesmo sentido foram traçadas as lições trazidas pelo então Ministro do Tribunal de Contas da União BENJAMIM ZYMLER (2006, p. 95), que diferencia as situações de dispensa e inexigibilidade de licitação em razão de critérios lógicos de etapas sucessivas, afirmando a necessidade de primeiro se verificar se a competição é viável ou não (caso em que se aplica a inexigibilidade) para, apenas posteriormente, sendo ela viável, decidir-se se ela será ou não realizada (dispensa de licitação). Vejamos a lição:

"(...)

A contratação direta por inexigibilidade de licitação (art. 25 da Lei nº. 8.666/1993) decorre da inviabilidade de competição. Já a contratação direta com arrima na dispensa de licitação tem por pressuposta a viabilidade de competição. Na entanta, dispensa-se a licitação em virtude de circunstâncias peculiares que acabam por excepcionar a princípio da isonomia. Assim sendo, por imperativa lógica, a inexigibilidade precede a dispensa de licitação. Primeira, deve o aplicador da direita observar se a licitação é passível. Se não



ESTADO DE SERGIPE
Prefeitura Municipal de Itabaiana
Procuradoria Geral do Município

far, é caso imediato de inexigibilidade. Se for possível, poderá ser caso de dispensa de licitação.

(...)”.

Impende asserir que, muito embora possa ser inoculado que os preceitos jurisprudências predecessor, concebidos sob à égide da antiga Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei N° 8.666/93, deva ser ostracizado, tal inteligência é despiciente, vide que o novel diploma legal não se trata de uma disrupção, mas sim de um condensador dos diversos entendimentos espaços e absortos que incidiam nas contratações públicas, tanto assim o é que é esse, senão outro, o entendimento engendrado pelo afamado doutrinador Marçal Justen Filho, a saber:

“Considerando a mesma temática sob outro enfoque, deve-se admitir que a jurisprudência produzida a propósito da Lei 8.666/1993, relativamente à contratação direta, permanece aplicável na medida em que as modificações sistêmicas e pontuais não impliquem a necessidade de revisão de entendimento.”¹

A inexigibilidade de licitação, como dito, tem azo quando ocorre uma situação fática em que **não é possível realizar-se a disputa**. Justamente por isso, o rol legal não é taxativo, mas apenas dimensiona que, em todos os casos nos quais não possa haver competição (seja pela inexistência de critérios de julgamento, seja pela exclusividade na prestação de certa atividade, entre outros), é impossível também a licitação.

Sendo assim, primeiro, questiona-se: **é viável a licitação?** Para dar uma resposta a esta pergunta torna-se necessário a análise dos pressupostos específicos da inexigibilidade de licitação, os quais variam conforme o caso tratado.

O artigo 74 da Lei nº 14.133/21 define ser inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, a saber:

¹ In JUSTEN FILHO, Marçal, **Comentários à Lei de Licitações Administrativas: Lei 14.133/2021**, 1ª Ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, pag. 939.



ESTADO DE SERGIPE
Prefeitura Municipal de Itabaiana
Procuradoria Geral do Município

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

I - aquisição de materiais, de equipamentos ou de gêneros ou contratação de serviços que só passam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos;

II - contratação de profissional do setor artístico, diretamente ou por meio de empresária exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública;

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:

a) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos ou projetos executivos;

b) pareceres, perícias e avaliações em geral;

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

d) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;

e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;

g) restauração de obras de arte e de bens de valor histórico;

h) controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicas de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem no disposto neste inciso;

IV - objetos que devam ou possam ser contratadas por meio de credenciamento;



ESTADO DE SERGIPE
Prefeitura Municipal de Itabaiana
Procuradoria Geral do Município

V - aquisição ou locação de imóvel cujas características de instalações e de localização tornem necessária sua escolha.

§ 1º Para fins do disposto na incisa I do caput deste artigo, a Administração deverá demonstrar a inviabilidade de competição mediante atestada de exclusividade, contrato de exclusividade, declaração da fabricante ou outra documentação idônea capaz de comprovar que a objeto é fornecida ou prestada por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos, vedada a preferência por marca específica.

§ 2º Para fins do disposto na incisa II do caput deste artigo, considera-se empresário exclusiva a pessoa física ou jurídica que possua contrato, declaração, carta ou outra documentação que ateste a exclusividade permanente e contínua de representação, no País ou em Estado específico, do profissional da seta artística, afastada a possibilidade de contratação direta por inexigibilidade por meio de empresário com representação restrita a evento ou local específico.

§ 3º Para fins do disposto na incisa III do caput deste artigo, considera-se de natureza especialização o profissional ou a empresa cuja concepção na compra 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 da contratação.

§ 4º Nas contratações com fundamento no inciso III do caput deste artigo, é vedada a subcontratação de empresas ou a atuação de profissionais distintos daqueles que tenham justificada a inexigibilidade.

§ 5º Nas contratações com fundamento na incisa V do caput deste artigo, devem ser observados as seguintes requisitos:



ESTADO DE SERGIPE
Prefeitura Municipal de Itabaiana
Procuradoria Geral do Município

I - avaliação prévia do bem, do seu estado de conservação, dos custos de adaptações, quando imprescindíveis às necessidades de utilização, e do prazo de amortização dos investimentos;

II - certificação da inexistência de imóveis públicos vagos e disponíveis que atendam ao objeto;

III - justificativos que demonstrem a singularidade do imóvel a ser comprado ou locado pela Administração e que evidenciem vantagem para ela."

No tocante ao pagamento da referida locação, conforme justificativa acostada, vislumbra-se, que o presente modus operandi está em estrita consonância.

No mais, como proficuamente asserido pela, já citada, magnânima, Advocacia geral da união – AGU, os critérios de habilitação são tautócronos aos engendrados por aquele órgão, em decorrência do entendimento exarado PARECER REFERENCIAL n. 00005/2022/CONJUR-MS/CGU/AGU, de 08 de junho de 2022, de lavra do advogado da união LUCAS ALBUQUERQUE DIAS, portanto, conspícuos, *ipsis litteris*:

"Por fim, ainda sobre esta temática, importante destacar que no caso específico de contratação por inexigibilidade de licitação, interessará, em regra, os documentos para fins de habilitação jurídica e regularidade fiscal. A qualificação técnica deve ser comprovada como elemento da própria inexigibilidade (não necessariamente por atestados, mas também por currículos, diplomas etc.) e a qualificação econômico-financeira em regra será considerada na indicação do fornecedor, ainda que possa também ser exigida como habilitação, conforme avaliação técnica da área competente."

No tocante ao valor contratado, faz-se necessária para sua comprovação, a título de sugestão, a utilização de notas fiscais emitidas para outros entes públicos/contratantes ou por outro meio que a comissão entenda eficaz, não adentrando este parecer jurídico na sua análise, por não se tratar de matéria jurídica e se limitar este parecer a analisar a minuta do contrato.

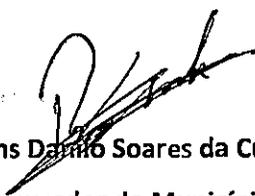


ESTADO DE SERGIPE
Prefeitura Municipal de Itabaiana
Procuradoria Geral do Município

Diante do exposto, uma vez sendo observados os requisitos exigidos por Lei, é que esta Procuradoria Geral opina pela possibilidade jurídica de contratação direta, através de Inexigibilidade de Licitação, devendo, a título de orientação, observar se houve o cumprimento dos requisitos exigidos para tanto, com destaque a comprovação do valor contratado e das garantias ao pagamento antecipado, de forma parcial, dentre outras já apresentadas ao longo deste documento.

Este é o nosso entendimento, salvo melhor juízo, que elevo a apreciação superior.

Itabaiana/SE, 04 de abril de 2024.


Rubens Danilo Soares da Cunha
Procurador do Município