



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS
Av. Joaquim Teotônio Segurado, 102 Norte, Cj. 01, Lts 01 e 02 - CEP 77006-002 - Palmas - TO - www.tceto.tc.br

PARECER JURÍDICO

EMENTA: Direito Administrativo. Licitações e Contratos. Proposta de ajuste direto com fundamento na hipótese de inexigibilidade de licitação prevista no art. 74, inciso I da Lei Federal nº 14.133/1993. Licenciamento de uso das soluções *ACL Analytics e Diligent One (Highbond)*, produto exclusivo da empresa americana *Diligent Corporation*, tendo como revendedor exclusivo no Brasil a empresa *Quality Software*. Análise Jurídica.

I- RELATÓRIO.

1. Examina-se, no presente processo SEI nº 24.002096-0, a possibilidade jurídica da contratação direta da empresa *Quality Software*, inscrita no CNPJ sob nº 35.791.391/0004-37, por intermédio do instituto da inexigibilidade de licitação, em razão da exclusividade dessa empresa em atuar como revendedora autorizada dos produtos de *software/programas* para computador da empresa *Diligent Corporation* e serviços relacionados tais como suporte técnico remoto e estendido, treinamento e serviços de consultoria, relativos a esses produtos de *software/programas*.

2. Com relação a instrução processual nota-se que foram colecionados os documentos, em especial;

- a) Documento de Formalização de Demanda – DFD (0693516);
- b) Estudo Técnico Preliminar – ETP (0693520);
- c) Termo de Referência nº 134/2024 (0693521);
- d) Proposta Técnica Comercial (0694201);
- e) Cartas de Exclusividade (0694205);
- f) Certidões da ABES - Associação Brasileira das Empresas de *Software* (0694207, 0710397 e 0732340);
- g) Despacho nº 13150/2024 (0700656), da lavra do Diretor de Informática, manifestando acerca da contratação pretendida, em atendimento a solicitação da **DIGCE** (0694281);
- h) Despacho nº 15052/2024 (0706201) emitido pela **COACF**- Coordenadoria de Análise de Contas e Acompanhamento da Gestão Fiscal, no qual analisa os questionamentos da **DINFO**, exarados no Despacho nº 13150/2024;
- i) Informações complementares a respeito da solução pretendida juntada aos autos pela **COACF** (0706210);
- j) Despacho nº 15082/2024 (0706285) da **DIGCE** encaminhando os autos à **DINFO** para manifestação quanto às informações trazidas pela **COACF** nos documentos Sei nºs 0706201 e 0706210;
- k) Resposta da **DINFO** quanto ao Despacho nº 15082/2024 no sentido de que aquela Unidade “*não corresponde à instância de controle frente à fase interna do processo de aquisição deste Tribunal de Contas.*” (0706716);
- l) Despacho nº 16110/2024 (0709622) da **DIGCE** sugerindo: “*a realização de reunião entre os setores envolvidos (DINFO e COACF), com fito de uniformização dos entendimentos e elaboração de ETP e TR em conjunto, em conformidade com a Lei nº 14.133/2021.*”
- m) Despacho nº 16350/2024 (0710291) do então Coordenador da **COACF** indagando sobre o motivo de realização de reunião sugerida pela **DIGCE**, bem como questionando sobre quais providências seriam necessárias para o andamento do processo e aquisição das licenças sugeridas até o mês de junho de 2024;
- n) Nova proposta apresentada pela empresa *Quality Software S/A* (0710396) com um desconto de R\$ 22.440,00 (vinte e dois mil, quatrocentos e quarenta reais) no pacote da solução tecnológica (*ACL Analytics e One Diligent*), considerando a proposta inicial (0694201);
- o) Análise Preliminar realizada pela **DIGAF** (0720632) sugerindo algumas alterações nos artefatos de planejamento;
- p) Inclusão de um novo ETP e TR, além da inserção do Mapa de Gerenciamento de Riscos (0721887, 0721888 e 0722418);
- q) Termo de Ciência e Concordância de Indicação para Gestor ou Fiscal de Contrato (0722420);

r) Nova Análise Preliminar realizada pela **DIGAF** (0722969) entendendo que os novos artefatos de planejamento, após atendidas as recomendações constantes da análise preliminar anterior (0720632), estariam aptos para prosseguimento;

s) Despacho nº 20604/2024 (0722979) aprovando os artefatos de planejamento e encaminhando os autos ao **GABPR** para autorização do prosseguimento do feito;

t) Despacho nº 21506/2024 (0725815) do **GABPR** encaminhando os autos à **DIGCE** para ciência e manifestação acerca de alguns apontamentos mencionados no próprio documento, quais sejam:

*“3.1. Os apontamentos da **DINFO** (0700656) e da **COACF** (0706201) indicaram, em seus esclarecimentos, que, dependendo da opção de compra (1 ou 2), existiriam impactos em questões técnicas, como o local de utilização do servidor para hospedar o aplicativo, se no **TCE** ou no próprio fornecedor. Ao que tudo indica, o **TR** (0721888) adota a a opção 2 e, ainda, elenca a quantidade de licenças. Deste fato surge a seguinte dúvida que, à princípio, não ficou evidente no **ETP** e nos demais documentos: ao que tudo indica, o programa seria utilizado somente pela **COACF**, especialmente diante da sua competência de apreciação das remessas. Porém, a demanda não abrangeria outras coordenadorias ou mesmo diretorias de controle externo? Se sim, o quantitativo solicitado atende a tal demanda? Se não, sugere-se que se aponte de forma mais evidente a razão da demanda se restringir somente à **COACF**.*

*3.2. Outro possível risco em relação à utilização de um programa de custo elevado é a capacitação de servidores. No item 10.1 do **ETP** consta que "Os auditores de controle externo receberão treinamento abrangente sobre todas as funcionalidades da solução, garantindo um uso eficiente e eficaz da solução nos procedimentos de fiscalização". No **TR** está indicado que haverá "Curso Conceitos Básicos do **ACL Analytics**" no valor de R\$ 11.250,00. Indaga-se, então: este curso será permanente (p. ex., sendo acessível por meio de **AVA**) para acesso de todos que recebam as licenças? Ou haverá o oferecimento, pelo fornecedor, em uma só ocasião, de um curso? A pergunta sobre a periodicidade e abrangência do curso é essencial para que se mitigue o risco de obsolescência do instrumento tecnológico. Ou seja, que em eventual saída (férias, licença ou mesmo demissão) de servidor, que outros possam ser capazes de continuar utilizando a ferramenta.*

3.2.1. Inclusive, sugerimos que tal risco seja levado em conta no sentido de atualização do Mapa de Gerenciamento de Riscos.

u) Memorando **COACF** respondendo aos questionamentos do **GABPR** (0727177);

v) Despacho nº 22446/2024 (0728502) da **DINFO** trazendo informações quanto às solicitações contidas no Despacho nº 21506/2024 do **GABPR**;

w) Despacho nº 22546/2024 (0728782) do **GABPR** autorizando o prosseguimento do feito;

y) Despacho nº 22669/2024 (0729166) da **DIGAF** remetendo os autos à **COADM**, **DIOAF**, **COLCC** e a esta **ASSJ** para providências, respectivas, quanto à pesquisa de preços que demonstre o valor real de mercado das soluções tecnológicas que se pretende contratar, verificação de disponibilidade orçamentária, elaboração de minuta de contrato e emissão de Parecer Jurídico;

z) Pesquisa de preços realizada pela **COADM** (0731767, 0731770, 0731773, 0730481, 0732730, 0732796, 0732802, 0732827 e 0732835);

aa) Certidões de regularidade fiscal da empresa *Quality Software S/A* (0729552, 0729553, 0729555, 0729556, 0729557, 0751335 e 0732877);

bb) Declaração de Preposta da empresa *Quality Software S/A* (0732326);

cc) Atestados de Capacidade Técnica (0732343, 0732347, 0732347 e 0732351);

dd) Documentos relativos à habilitação jurídica (0732871, 0732879, 0732881, 0732883, 0732885, 0732847 e 0732852);

ee) Planilha **COADM** consolidando um comparativo de preços entre aqueles constantes da proposta encaminhada a este Tribunal de Contas e outros relativos a diversas contratações realizadas pela empresa *Quality Software S/A* (0732857);

ff) Autorização nº 192/2024 contendo os dados orçamentário-financeiros, bem como a declaração do Ordenador de Despesas, para fins do disposto no art. 16, inciso II da Lei Complementar nº 101, de 04/05/2000, relativamente a adequação orçamentária e financeira, bem como a compatibilidade com o Plano Plurianual e a Lei de Diretrizes Orçamentárias da futura despesa (0732997);

gg) DD-Detalhamento de Dotação nº 2024DD00964 (0751352);

hh) Termo de Referência nº 382/2024 (0759228) alterando a redação dos **itens 6.1., 12.1. e 16.1.** do **TR** nº 243/2024 (0721888), considerando a divergência apurada pela **COLCC** nos Despachos nºs 31246/2024 e 32541/2024 (0754592 e 0758424);

ii) Certidões CEIS/CNEP e de Licitantes Inidôneos (0752682 e 0752683);

jj) Minuta de Portaria de Inexigibilidade (0752688);

kk) Minuta de Contrato (0752710) alterada posteriormente pelo documento Sei nº 0778007;

3. É o relatório, passa-se a análise

II - DA FUNDAMENTAÇÃO

4. Inicialmente, urge salientar que a presente manifestação toma por base, exclusivamente, os elementos que constam até a presente data nos autos do processo administrativo em epígrafe. Incumbe a esta Assessora Jurídica prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não lhe competindo adentrar a conveniência e à oportunidade dos atos praticados no âmbito da Administração deste Tribunal de Contas, nem analisar aspectos de natureza eminentemente técnico-administrativa.

DOS REQUISITOS LEGAIS PARA A INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

5. As aquisições e contratações das entidades públicas devem seguir, obrigatoriamente, um regime legal. O fundamento principal para tanto se encontra previsto no art. 37, inciso XXI, da CRFB/88, o qual determina que, 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.

6. A regulamentação para as licitações e contratações públicas foi inovada em âmbito nacional, por meio da promulgação da Lei nº 14.133/2021, mais conhecida como Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (NLLC).

7. Entende-se que a licitação deve ser a regra em todas as contratações efetivadas pelo Poder Público, haja vista que se trata de um procedimento que se pauta pelo princípio da isonomia e que exige o envolvimento do maior número possível de interessados, visando propiciar à Administração Pública o melhor negócio quando tendente à contratação de obras, serviços, compras, alienações, permissões e locações.

8. No entanto, existem aquisições e contratações que possuem características específicas, tornando impossíveis e/ou inviáveis a utilização dos trâmites usuais.

9. Tendo em vista, portanto, a realidade fática e que nem sempre a licitação será considerada viável, por ausência de competição, ou conveniente para o atendimento do interesse público, a Constituição admitiu que a legislação definisse casos de contratação direta, desde que devidamente motivada neste sentido e verificada alguma das hipóteses legais de afastamento do procedimento.

10. Cumpre ressaltar que, em que pese a norma permitir algumas contratações diretas sem a necessidade do processo de licitação, isso não significa que a Administração pode atuar de modo arbitrário. Pelo contrário, deve adotar o procedimento administrativo mais adequado, destinado à realização da melhor contratação possível, devendo sempre justificar a escolha do contratado, com vistas à satisfação do interesse público.

11. Considerando que o pedido de contratação foi baseado no art. 74, inciso III, alíneas “a”, “b” e “c” e §3º, da Lei nº 14.133/2021 (item 8.1 do Termo de Referência nº 382/2024 (0759228), verifica-se que o referido dispositivo expõe o seguinte:

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 possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comerciais exclusivos;

II - contratação de profissional do setor artístico, diretamente ou por meio de empresário 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 específicos 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 contratados por meio de credenciamento;

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

§ 1º Para fins do disposto no inciso I do caput deste artigo, a Administração deverá demonstrar a inviabilidade de competição mediante atestado de exclusividade, contrato de exclusividade, declaração do fabricante ou outro documento idôneo capaz de comprovar que o objeto é fornecido ou prestado por produtor, empresa ou representante comerciais exclusivos, vedada a preferência por marca específica.

§ 2º Para fins do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se empresário exclusivo a pessoa física ou jurídica que possua contrato, declaração, carta ou outro documento que ateste a exclusividade permanente e contínua de representação, no País ou em Estado específico, do profissional do setor artístico, 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 no inciso III do caput deste artigo, 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.

12. No entanto, em que pese a fundamentação da inexigibilidade de licitação assinalada pela Unidade Técnica/Demandante e, considerando que o objeto se trata de licenciamento de solução tecnológica com atualização de versão e suporte técnico, além de serviço especializado de consultoria (sob demanda) no uso da própria ferramenta, no nosso sentir, a fundamentação mais adequada seria em razão da exclusividade do fornecedor/prestador do objeto perseguido.

13. Nota-se que o entendimento de que o objeto a ser contrato deve ser fundamentado no instituto da inexigibilidade (inciso I) também foi adotado pela Coordenadoria de Licitações, Contratos e Convênios - COLCC, exatamente por se tratar de fornecedor/executor exclusivo.

14. O inciso I do Art. 74 entende ser inaplicável a regra referente à licitação quando **não for viável a competição** e para a aquisição de materiais, equipamentos, gêneros ou serviços fornecidos **por representante comercial exclusivo**.

15. Ressalte-se que as hipóteses previstas nos incisos da norma são meramente exemplificativas, sendo certo que na existência de um caso concreto de inviabilidade de competição que não se enquadre em nenhuma das hipóteses ali referidas, aplica-se o *caput* do artigo.

16. Observa-se, ainda, que a norma expressamente enumera algumas exigências e, como exigências legais, dúvida não há de que as mesmas devem ser atendidas integralmente para a efetivação da contratação.

17. Segundo a doutrinadora Vera Lúcia Machado D'ávila [1], a inexigibilidade de licitação “*se define pela impossibilidade de licitar por inexistirem produtos ou bens que tenham características aproximadas e que, indistintamente, possam servir ao interesse público, ou por inexistir pluralidade de particulares que possam satisfazer o fornecimento de bens e serviços*”.

18. Nessa toada, a hipótese prevista no inciso I trata do caso de fornecedor/executor exclusivo, ou seja, **há um único sujeito em condições de fornecer/executar.**

19. Quanto à comprovação da condição de exclusividade, o parágrafo primeiro do art. 74 da Lei nº 14.133/2021 prevê que para “*fins do disposto no inciso I do caput deste artigo, a Administração deverá demonstrar a inviabilidade de competição mediante atestado de exclusividade, contrato de exclusividade, declaração do fabricante ou outro documento idôneo capaz de comprovar que o objeto é fornecido ou prestado por produtor, empresa ou representante comerciais exclusivos, vedada a preferência por marca específica.*”

20. Como já relatado, para fins de comprovação da exclusividade da empresa Quality Software S/A, foram juntadas aos autos certidões de emissão da ABES - Associação Brasileira das Empresas de Software. Todavia, observa-se que a validade dessas certidões se encontra expiradas, necessitando, pois, que seja providenciada uma nova certidão com prazo de validade vigente.

21. Ainda sobre o tema, é valioso dizer que em estudo dedicado ao inciso I do Art. 74 da NLLC, a doutrina de Rafael Carvalho Rezende Oliveira[2] assim aduz:

“A redação do novo dispositivo legal é clara ao indicar que a contratação direta, nesse caso, pode envolver não apenas a aquisição de materiais, de equipamentos ou de gêneros, mas, também, os serviços. Com isso, supera-se a controvérsia existente na interpretação do antigo art. 25, I da Lei 8.666/1993 que gerava dúvidas sobre a sua incidência na contratação de serviços. De nossa parte, sempre sustentamos que seria possível a inexigibilidade na contratação de serviços prestados por fornecedor exclusivo. Contudo, a Orientação Normativa/AGU 15, que não se revela compatível com a art. 74 da nova Lei de Licitações, restringia a aplicação do referido dispositivo legal aos casos de compras, afastando-o da contratação de serviços. A comprovação da exclusividade do fornecedor, prevista no art. 74, I, da nova Lei de Licitações, será realizada mediante atestado de exclusividade, contrato de exclusividade, declaração do fabricante ou outro documento idôneo capaz de comprovar que o objeto é fornecido ou prestado por produtor, empresa ou representante comerciais exclusivos, vedada a preferência por marca específica (art. 74, § 1.º, da nova Lei de Licitações). Considera-se empresário exclusivo a pessoa física ou jurídica que possua contrato, declaração, carta ou outro documento que ateste a exclusividade permanente e contínua de representação, no País ou em Estado específico, do profissional do setor artístico, afastada a possibilidade de contratação direta por inexigibilidade por meio de empresário com representação restrita a evento ou local específico (art. 74, § 2.º, da nova Lei de Licitações) ”.

22. Nota-se que a principal diferença entre o art. 74, I, §1º da Lei nº 14.133/2021 e o art. 25, inciso I da Lei nº 8.666/93 consiste no fato de que a nova legislação não trouxe expressamente quem deve emitir os atestados de exclusividade para comprovação dessa condição.

23. Isso porque a simples apresentação do atestado pelas entidades elencadas no art. 25, I da Lei nº 8.666/93 não eram capazes de, por si só, comprovar a existência de uma situação de inviabilidade absoluta de competição. O que ocorria, por muitas das vezes, era o arquivo e/ou declaração das informações prestadas pelos próprios interessados, e não uma pesquisa aprofundada para comprovação da condição de exclusividade[3].

24. Por esta razão, a orientação da doutrina e da jurisprudência do Tribunal de Contas da União segue no sentido de atribuir ao agente público responsável pela contratação o dever de adoção das medidas necessárias para comprovação da condição de exclusividade além da apresentação dos atestados de exclusividade.

25. Merece destaque o disposto na Súmula 255 do Tribunal de Contas da União, *in verbis*:

Nas contratações em que o objeto só possa ser fornecido por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, é dever do agente público, responsável pela contratação, a adoção das providências necessárias para confirmar a veracidade da documentação comprobatória da condição de exclusividade.

26. De mesmo modo, há que se considerar que as cartas de exclusividade podem se prestar como elemento indicativo da inexigibilidade, a qual, todavia, requererá ser demonstrada pelo órgão responsável pela contratação.

27. Tal entendimento encontra amparo na jurisprudência do Tribunal de Contas da União, sumarizada pelo Acórdão nº 3.412/2012, cujo trecho relevante ora se transcreve.

A rigor, como meio de prova a demonstrar a inviabilidade de competição, o art. 25, inciso I, da Lei nº 8.666/1993 contenta-se em exigir atestado fornecido por Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou entidades equivalentes que assegure a condição de exclusividade do fornecedor ou do prestador de serviço:

(...)

*No entanto, à vista das limitações desses documentos em afirmar a veracidade dos fatos declarados, cuja falibilidade tem sido reiteradamente confirmado em casos concretos, **a jurisprudência desta Corte de Contas e a doutrina têm defendido a necessidade de o gestor ir além dos atestados de exclusividade para verificar se, de fato, existe a inviabilidade de competição para fins de declaração de inexigibilidade de licitação.***

Neste diapasão, cito as Decisões nº 47/1995-TCU-Plenário e 578/2002-TCU-Plenário, bem como os Acórdão 200/2003-TCU-Segunda Câmara e 838/2004-TCU-Plenário.

O Administrativista Marçal Justen Filho, in Comentários à Lei de Licitação e Contratos Administrativos (13ª edição, São Paulo: Dialética, 2009, p. 353-354), assim comenta acerca da ineficácia do referido dispositivo legal [...] (grifo nosso)

28. Desta feita, com o objetivo de justificar a condição de exclusividade do particular, deve a Administração Pública buscar todo e qualquer documento idôneo capaz de comprovar que o objeto que se pretende adquirir é fornecido e/ou prestado por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos, sob pena de não se configurar a hipótese de inexigibilidade de licitação constante no art. 74, inciso I da Lei 14.133/2021.

DO PROCEDIMENTO COMUM PARA FINS DE CONTRATAÇÃO DIRETA

29. A Lei nº 14.133/2021 trouxe em seu art. 72 indicações pormenorizadas dos documentos que devem instruir o processo de contratação direta, de forma que se pode denominá-lo como um procedimento comum para os casos de inexigibilidade e dispensa de licitação. Senão vejamos:

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.

30. Da mesma forma a Resolução Administrativa TCE/TO – Pleno nº 7, de 29 de março de 2023, também enumera os documentos que são indispensáveis na instrução de processos para os casos que compreendam licitações, inexigibilidade ou dispensa de licitação, vejamos:

Art. 33. As contratações do TCE/TO, seja mediante licitação, seja por dispensa ou inexigibilidade, estão sujeitas à realização da fase preparatória, composta pelas seguintes etapas:

I – formalização da demanda;

II – elaboração de Estudo Técnico Preliminar (ETP), quando couber;

III – elaboração do mapa de gerenciamento de riscos da contratação, em observância às diretrizes;

IV – elaboração do Termo de Referência (TR) ou Projeto Básico (PB);

V – elaboração do Anteprojeto e do Projeto Executivo para obras e serviços de engenharia;

VI – realização da estimativa de despesas, observados os procedimentos relativos à pesquisa de preços, conforme disposto nos arts. 48 a 52 desta Resolução Administrativa.

VII – verificação e informação quanto à disponibilidade orçamentária;

VIII – elaboração da minuta do ato convocatório e, quando couber, do instrumento contratual e da ata de registro de preços;

IX – controle prévio de legalidade, mediante a análise jurídica da contratação;

X – análise técnica emitida pelo Núcleo de Controle Interno; e

XI – aprovação final da minuta de instrumento convocatório e autorização da despesa.

31. Diante as normas supramencionadas, denota-se que as contratações diretas fundamentadas na Lei nº 14.133/2021 devem seguir obrigatoriamente as exigências elencadas pelo art. 72 e art. 33 da RA TCE/TO nº 07/2023, dentro das especificidades de cada processo, seja ele de inexigibilidade ou de dispensa de licitação.

32. Desse modo, o processo que ensejar a contratação direta deve ser adotado com a formalização, a cautela e os critérios necessários.

33. Nesse sentido, cumpre ressaltar que a Lei nº 14.133/2021 dispôs em seu art. 73 sob aplicação de sanção ao contratado e ao agente público, no contexto da contratação direta nos casos de dolo, fraude ou erro grosseiro:

*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.***

34. Em complemento, o art. 337-E do Código Penal Brasileiro configura como crime em Licitações e Contratos Administrativos “admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei”, cuja pena prevista é de 4 (quatro) a 8 (oito) anos de reclusão e multa.

DA FASE DE PLANEJAMENTO

35. Isso posto, torna-se imprescindível que a Unidade Técnica responsável pela contratação na modalidade de inexigibilidade e/ou dispensa de licitação observe criteriosamente os requisitos legais para viabilizar a formalização adequada e regular da contratação direta, se atentando aos termos apresentados nos pareceres desta Consultoria Jurídica.

36. A Lei nº 14.133/2021 conferiu maior destaque à importância do planejamento na fase preparatória da contratação direta, sendo este um dos princípios basilares da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos na forma de seu art. 5º, *in verbis*:

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).

37. O planejamento da contratação pressupõe que a própria necessidade administrativa seja investigada, a fim de se compreender o que fundamenta a requisição administrativa.

38. Para Marçal Justen Filho, 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 [...].

39. Uma vez identificada a necessidade que antecede o pedido realizado, pode-se então buscar soluções disponíveis no mercado para atender a referida necessidade, que inclusive podem se diferenciar do pedido inicial. Encontrada a melhor solução, caso disponível mais de uma, aí sim inicia-se a etapa de estudá-la, para o fim de definir o objeto licitatório e todos os seus contornos.

40. Em prol da gestão eficiente dos recursos públicos, é crucial a realização de um planejamento da contratação pública, tendo em vista que é nesta fase em 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.

DO DOCUMENTO DE FORMALIZAÇÃO DA DEMANDA (Art. 72, I)

41. O Documento de Formalização da Demanda consiste em documento obrigatório que deverá constar em qualquer processo de contratação, de acordo com os arts. 12, inciso VII e art. 72, inciso I da Lei nº 14.133/2021 e, ainda, o inciso I do art. 33 da RA TCE/TO nº 7/2023.

42. O documento deverá apresentar os elementos que justificam o pedido da contratação, suas especificações e o fundamento legal, demonstrando o interesse público envolvido. No caso em tela verifica-se a juntada do Doc. Sei nº 0693516.

DOS ESTUDOS TÉCNICOS PRELIMINARES E DA ANÁLISE DE RISCOS (Art. 72, I)

43. De acordo com o art. 6º, inciso XX da Lei nº 14133/201, o Estudo Técnico Preliminar – ETP é o *“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”*

44. A sua elaboração será realizada nos termos do art. 18, §1º. Senão vejamos:

Art. 18. A fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual de que trata o inciso VII do caput do art. 12 desta Lei, sempre que elaborado, e com as leis orçamentárias, bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, compreendidos:

I - a descrição da necessidade da contratação fundamentada em estudo técnico preliminar que caracterize o interesse público envolvido;

(...)

§ 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.

45. Trata-se de um instrumento de concretização do princípio do planejamento no âmbito das contratações públicas, sendo certo frisar que a própria lei faculta a sua elaboração, conforme redação do art. 72, inciso I da Lei nº 14.133/2021⁴.

46. De mesmo modo optou o TCE-TO na elaboração da Resolução Administrativa TCE/TO – Pleno nº 7, de 29 de março de 2023, de acordo com o disposto no art. 33, inciso II⁵, que dispõe que o processo de inexigibilidade será instruído com o Estudo Técnico Preliminar, quando couber.

47. Quanto à realização da Análise de Riscos, o art. 18, inciso X, da Lei n. 14.133, de 2021, estabelece que o planejamento da contratação deverá contemplar “a análise dos riscos que possam comprometer o sucesso da licitação e a boa execução contratual”.

48. No Portal de Compras do Governo Federal consta tópico especialmente dedicado à Identificação e Avaliação de Riscos, que oferece orientações elaboradas com base nas premissas estabelecidas pela Lei n. 14.133/2021, sendo certo que tais recomendações devem ser incorporadas no planejamento desta contratação.

49. Além disso, a Administração deve se atentar para a possibilidade de inserir no contrato tópico destinado à Matriz de Riscos (art. 6º, inciso XXVII) e Matriz de Alocação de Riscos (art. 103), o que deve ser feito com base em avaliação concreta, com apresentação de justificativa, haja vista a possibilidade de elevação dos custos da contratação.

50. No chamou à atenção, contudo, o fato de o Mapa de Gerenciamento de Riscos ter identificado tão somente um risco, mesmo se tratando de uma contratação, a nosso ver, que guarda uma certa complexidade. Todavia, não incumbe a esta Consultoria Jurídica adentrar em questões técnicas, mas de todo modo, alerta-se para seja ratificado se, de fato, não foram identificados outros riscos, além do um único inserido no documento Sei nº 0722418.

DO TERMO DE REFERÊNCIA (art. 72, I)

51. Quanto ao Termo de Referência, verifica-se que este passou a ser o documento exigido nas contratações para compras e serviços, excepcionando obras e serviços de engenharia. O artigo 6º, inciso XXIII, da Lei n. 14.133/2021 dispõe todas as cláusulas e condições essenciais exigidas:

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

[...]

XXIII - termo de referência: documento necessário para a contratação de bens e serviços, que deve conter os seguintes parâmetros e elementos descritivos:

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;

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;

52. Especificamente em relação a compras, também devem ser observadas as exigências do art. 40, §1º, da Lei n. 14.133, de 2021, que assim aduz:

Art. 40. O planejamento de compras deverá considerar a expectativa de consumo anual e observar o seguinte:

[...]

§ 1º O termo de referência deverá conter os elementos previstos no inciso XXIII do caput do art. 6º desta Lei, além das seguintes informações:

I - especificação do produto, preferencialmente conforme catálogo eletrônico de padronização, observados os requisitos de qualidade, rendimento, compatibilidade, durabilidade e segurança;

II - indicação dos locais de entrega dos produtos e das regras para recebimentos provisório e definitivo, quando for o caso;

III - especificação da garantia exigida e das condições de manutenção e assistência técnica, quando for o caso.

53. Em suma, 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.

54. O art. 72, inciso II da Lei nº 14.133/2021 estabelece a necessidade da estimativa da despesa, que deverá ser calculada na forma prevista no art. 23 da mesma lei.

55. O orçamento estimado das contratações públicas é tratado no artigo 23 da Lei nº 14.133/2021, sendo que, para compras, devem ser observados os parâmetros previstos em seu §1º:

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.

§ 1º No processo licitatório para aquisição de bens e contratação de serviços em geral, conforme regulamento, o valor estimado será definido com base no melhor preço aferido por meio da utilização dos seguintes parâmetros, adotados de forma combinada ou não:

I - composição de custos unitários menores ou iguais à mediana do item correspondente no

painel para consulta de preços ou no banco de preços em saúde disponíveis no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP);

II - contratações similares feitas pela Administração Pública, em execução ou concluídas no período de 1 (um) ano anterior à data da pesquisa de preços, inclusive mediante sistema de registro de preços, observado o índice de atualização de preços correspondente;

III - utilização de dados de pesquisa publicada em mídia especializada, de tabela de referência formalmente aprovada pelo Poder Executivo federal e de sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenham a data e hora de acesso;

IV - pesquisa direta com no mínimo 3 (três) fornecedores, mediante solicitação formal de cotação, desde que seja apresentada justificativa da escolha desses fornecedores e que não tenham sido obtidos os orçamentos com mais de 6 (seis) meses de antecedência da data de divulgação do edital;

V - pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas, na forma de regulamento

56. Nas hipóteses de contratação direta em que não for possível estimar a despesa, conforme disciplina o art. 23, §4º da Lei nº 14.133/2021, 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.*”

57. Por sua vez, a Resolução Administrativa TCE/TO-Pleno nº 7, de 29 de março de 2023 se manifesta de mesmo modo, consoante se verifica no inciso II do Art. 38.

58. Contudo, sobreleva dizer, a respeito da verificação dos preços praticados pela empresa contratada, que a **COADM** acostou aos autos os documentos SEI nºs 0731767, 0731770 e 0731773. Entretanto, após análise desses documentos, sob o olhar leigo da ASSJ, não foi possível concluir se, seguramente, a descrição dos produtos/serviços constantes dos documentos supracitados, estariam compatíveis com o objeto que se pretende contratar e, conseqüentemente, também não foi possível averiguar se os preços praticados, em confronto com aquele ofertado a este Tribunal de Contas estariam em um patamar aproximado (aceitável). Situação que talvez necessite de esclarecimentos.

DA DEMONSTRAÇÃO DA COMPATIBILIDADE DA PREVISÃO DE RECURSOS ORÇAMENTÁRIOS (Art. 72, IV)

59. A necessidade de declaração da existência de recursos orçamentários está disposta no inciso IV do art. 72 da Lei nº 14.133/2021, sendo esta, portanto, uma exigência legal prescrita tanto nesta lei quanto na Lei nº 4.320/1962. Senão vejamos:

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.

60. 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.

61. No caso em comento verificamos a presença da Autorização de Despesa nº 192/2024 (0732997) trazendo os dados orçamentário-financeiros que irão fazer face às despesas em decorrência da futura contratação, além da declaração do Ordenador de Despesas, para fins do disposto no art. 16, inciso II da Lei Complementar nº 101, de 04/05/2000, que a despesa tem adequação orçamentária e financeira, e está compatível com o Plano Plurianual e a Lei de Diretrizes Orçamentárias.

62. Acresça-se que também foi acostado aos autos a DD-Detalhamento de Dotação nº 2024DD00964 (0751352) conforme já havíamos relatado.

DA HABILITAÇÃO DO FORNECEDOR (Art. 72, V)

63. 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.

64. Por oportuno, cabe reforçar a necessidade de verificação da vigência e adequação dos documentos de habilitação, uma vez que não é permitida a celebração de contrato e aquisição de objetos sem que seja comprovada, em sua totalidade, a manutenção das condições de habilitação.

65. As exigências foram estampadas no item 11 e seus subitens do Termo de Referência nº 382/2024 (0759228). Com efeito, analisando a instrução processual e as exigências de habilitação e qualificação técnica, é possível perceber que foram providenciados a juntada dos documentos reclamados, porém cumpre ressaltar que algumas certidões encontram com o prazo de validade expirado, como é o caso CR do FGTS e da CND Municipal, além das certidões CEIS/CNEP e de Licitantes Inidôneos.

DA JUSTIFICATIVA DA ESCOLHA DO FORNECEDOR (Art. 72, VI)

66. O art. 72, inciso VI, da Lei nº 14.133, de 2021, determina que seja justificada a escolha do fornecedor, o que significa dizer, nos casos da contratação direta por inexigibilidade de licitação, que há apenas um produtor, empresa ou representante comercial exclusivo que pode fornecer o item e/ou serviços que necessita a Administração Pública.

67. Importante frisar que, nos termos do art. 74, §1º, da Lei nº 14.133, de 2021, *“a Administração deverá demonstrar a inviabilidade de competição mediante atestado de exclusividade, contrato de exclusividade, declaração do fabricante ou outro documento idôneo capaz de comprovar que o objeto é fornecido ou prestado por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos, vedada a preferência por marca específica.”*

68. O ETP trouxe a análise das soluções existentes no mercado de modo a atender a necessidade do TCE-TO. Naquela oportunidade foi externado o motivo se optou pela solução ACL Analytis. Todavia, entendo que seria salutar a emissão de um documento específico relatando as razões que levaram a escolha da empresa *Quality Software S/A*, em atendimento ao inciso VI do art. 72 da NLLC.

DA AUTORIZAÇÃO DA AUTORIDADE COMPETENTE (Art. 72, VIII)

69. O inciso VIII do art. 72 da nova Lei de Licitações exige que haja a autorização da autoridade competente para que possa ocorrer a contratação direta.

70. Nos termos do parágrafo único do art. 72 da Lei nº 14.133/2021, 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.

71. Observa-se que o **GABPR** autorizou o prosseguimento do feito por intermédio do Despacho nº 22546/2024 (0728782). Ademais foi elaborada a minuta da Portaria de Inexigibilidade (0752688) que, por sua vez, deverá ser assinada pelo Gestor Máximo deste Órgão e publicada no Boletim Oficial do TCE-TO.

DA DOCUMENTAÇÃO NECESSÁRIA PARA INSTRUÇÃO PROCESSUAL

72. Com o desiderato de garantir uma boa instrução processual, de se destacar que determinados documentos são imprescindíveis para a adequação formal do feito à pretensão contratual apresentada.

73. Desta feita, devem ser trazidos aos autos em momento anterior à lavratura do contrato as certidões de regularidade fiscal e social que se encontram como prazo de validade vencida, bem como um novo Termo de Ciência e Concordância de Indicação para Gestor ou Fiscal de Contrato, considerando a exclusão do servidor Jonatas Soares Araújo e a inclusão do servidor Gustavo Silva de França na condição de Gestor do futuro contrato.

74. Observadas rigorosamente as orientações aqui traçadas, conclui-se ser juridicamente possível o prosseguimento do processo de contratação direta objeto dos presentes autos, sem prejuízo de futuras complementações que se fizerem necessárias a bem do interesse público.

III - CONCLUSÃO

75. Ante o exposto, manifestamos pelo **prosseguimento do feito**, com enquadramento na inexigibilidade de licitação, alicerçado no artigo 74, inciso I, da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, observadas as recomendações assinaladas nos **itens 20, 50, 58, 65, 68 e 73** desta peça opinativa.

76. Por fim, alerta-se para que sejam realizadas as publicações de praxe, especialmente em atendimento ao § único do art. 72 da Lei nº 14.133, de 2021, bem como que os autos sejam remetidos ao Núcleo de Controle Interno deste Órgão, consoante prevê o inciso X do art. 33 da RA nº 7 de 2023.

77. **É o parecer, s.m.j.**

78. À consideração Superior

[1] D'AVILA, Vera Lúcia Machado. Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

[2] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de direito administrativo – 9. ed., – Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 202, p. 731/732.

[3] <https://zenite.blog.br/como-comprovar-a-exclusividade-do-fornecedor-para-a-inexigibilidade-na-nova-lei-de-licitacoes/#:~:text=Dentre%20as%20hip%C3%B3teses%20de%20inexigibilidade,empresa%20ou%20representante%20comercial%20exclusivo%E2%80%9D>

[4] 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;

[5] II – elaboração de Estudo Técnico Preliminar (ETP), quando couber;



Documento assinado eletronicamente por **ALESSANDRO ALBERTO DE CASTRO, ASSESSOR IV**, em 14/11/2024, às 14:22, conforme art. 4º da Resolução Administrativa TCE/TO nº 001, de 15 de outubro de 2014.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site <https://sei.tceto.tc.br/sei/processos/verifica.php> informando o código verificador **0781033** e o código CRC **0188B9FC**.