

EMENTA: INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. ART. 74, INCISO I LEI Nº 14.133/2021. ETILÔMETROS. EXCLUSIVIDADE.

RELATÓRIO.

Vieram os autos para análise jurídica acerca de procedimento de contratação direta, via Inexigibilidade de licitação, visando a contratação de empresa especializada na reposição de peças e serviços de manutenção preventiva e corretiva, calibração e aferição junto ao INMETRO em 80 (oitenta) etilômetros **ALCOLIZER, modelo LE 5**.

O objeto do presente contrato é o serviço de manutenção, ajuste (calibração) e aferição junto ao INMETRO dos etilômetros, e a substituição peças danificadas quando necessário.

O valor total referente a contratação será de R\$238.480,00 (duzentos e trinta e oito mil, quatrocentos e oitenta reais).

Passa-se a fundamentação

FUNDAMENTAÇÃO

De início, cumpre registrar que, conforme previsão legal, os contratos são instrumentos obrigatórios, passíveis de substituição por outros instrumentos hábeis em situações específicas, conforme dispõe o art. 95, da Lei nº 14.133/2021, a seguir transcrito: Art. 95. O instrumento de contrato é obrigatório, salvo nas seguintes hipóteses, em que a Administração poderá substituí-lo por outro instrumento hábil, como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço: I - dispensa de licitação em razão de valor; II - compras com entrega imediata e integral dos bens adquiridos e dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive quanto a assistência técnica, independentemente de seu valor. § 1º Às hipóteses de substituição do instrumento de contrato, aplica-se, no que couber, o disposto no art. 92 desta Lei. § 2º É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras ou o de prestação de serviços de pronto pagamento, assim entendidos aqueles de valor não superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Ao feito se aplica a Lei nº 14.133/2021, que estabelece normas gerais de licitação e contratação para a Administração Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios” (art.1º).

Trata-se de norma geral que substituiu a um só tempo, as Leis nº8.666/1993 e 10.520/2002, bem como os arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462/2011.

O dever de licitar decorre do disposto no art. 37, XXI, Constituição Federal, que estabelece que “ as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes”, de modo que compete à União editar as normas gerais de licitação, e aos Estados a edição de normas específicas, em conformidade com o art. 22, inc. XXVII e parágrafo único do texto constitucional.

No entanto, a própria Lei Geral de Licitações (14.133/2021) traz exceções à regra de licitar. Trata-se das hipóteses de Contratação Direta, previstas nos arts. 72 a 75 do diploma legal.

Para Hely Lopes Meirelles, "ocorre a inexigibilidade de licitação quando há impossibilidade jurídica de competição entre contratantes, quer pela natureza específica do negócio, quer pelos objetivos sociais visados pela Administração" (MEIRELLES, 2016, p. 333-334).

Acerca da exclusividade, a Súmula n.º 255 do Tribunal de Contas da União - TCU, estabelece que: "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."

Aclara-se que a comprovação de exclusividade da fabricação do produto não se confunde com a exclusividade em sua comercialização. Portanto, ainda que a produção seja marcada por exclusividade, existindo mais de um fornecedor, a competição se mostra possível, não sendo possível o seguimento por inexigibilidade.

Nota-se que aqui, pretende-se contratação de empresa exclusiva, o que está previsto no art. 74 inciso I da Lei de Licitações.

Assim, a Lei nº 14.133/2021 permite em seu art. 74, como ressalva à obrigação de licitar, a contratação direta, por intermédio de processos de inexigibilidade de licitação, desde que preenchidos os requisitos ali previstos. O rol de situações elencadas na norma, oportuno ressaltar, não é exaustiva, mas meramente exemplificativa, havendo necessidade de verificar a impossibilidade de licitação frente à situação concreta apresentada.

Ademais, frisa-se que a exclusividade (art.74,I, Lei nº 14.133/2021), que justifica a inexigibilidade de licitação para este caso, deve ser comprovada documentalmente mediante e 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.

No sentido de comprovar exclusividade, a empresa AGS COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA apresentou Declaração (carta) de Exclusividade alegando que atualmente é distribuidor exclusivo no território brasileiro do modelo Alcolizer – LE5, para assistência técnica de manutenção, ajuste(calibração), aferição e troca de peças originais e garantia (Doc. 32321).

Sobre o atestado de exclusividade apresentado, importante e Administração contrante tomar as devidas cautelas para aferição da veracidade das informações. O Tribunal de Contas da União, aliás, já exarou o seguinte posicionamento:

"Determinar aos órgãos e entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, jurisdicionados do TCU, por intermédio dos respectivos órgãos de controle interno, que: quando do recebimento de atestados de exclusividade de fornecimento de materiais, equipamentos ou gêneros (art. 25, inciso I, da Lei nº 8.666/93), adotem medidas cautelares visando assegurar a veracidade das declarações prestadas pelos órgãos e entidades emittentes".

Sendo assim, orienta que a contratante diligencie junto ao emissor do certificado visando assegurar a veracidade do atestado apresentado.

Malgrado a possibilidade de a Administração Pública contratar diretamente, fato é que tal circunstância excepcional não a isenta de comprovar a regularidade dos preços e desconsiderar propostas excessivas ou inexequíveis. Com efeito, nos processos de licitação que envolvam dispensa ou inexigibilidade, é obrigatória a consulta dos preços correntes no mercado, dos fixados por órgão oficial competente ou, ainda, dos constantes em sistema de registro de preços. A ausência de pesquisa de preços configura, aliás, descumprimento de exigência legal (Acórdão 2380 - Plenário, Tribunal de Contas da União - TCU, 04/09/13).

No que concerne ao preço constante na Proposta Comercial nº00029/24 (32468), com valor unitário estimado de R\$ 2.981,00 (dois mil novecentos e oitenta e um reais). Verifica-se que o mesmo encontra-se em consonância com o cobrado nos demais contratos executados pela empresa, conforme contratos do estado do Acre e Espírito Santo em anexo (32461). Saliente-se que os referidos contratos são todos de 2024, ano corrente da presente contratação, de modo a obedecer o período máximo de um ano disposto no art. 23, §1º, II, da Lei n. 14.133/2021.

A Gerência Requisitante justificou a aquisição por meio de Inexigibilidade de Licitação nos seguintes termos: Justifica-se a presente

despesa como contratação direta, instrumento de INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO, nos termos da Legislação vigente, com respaldo à LEI 14.133 de 1 Abril de 2021, CAPÍTULO VIII - DA CONTRATAÇÃO DIRETA - Seção I, Do Processo de Contratação Direta conforme 72, em favor da empresa AGS COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA – CNPJ 02.867.848/0001-48, Av. Engenheiro Domingos Ferreira, no4371 Salas 1102, Edf. Bantu Center, CEP 51021-040, Boa Viagem, Recife/PE, a qual apresentou Declaração de Exclusividade, anexa, uma vez que é atualmente, distribuidora exclusiva no território brasileiro do modelo Alcolizer - LE5, para assistência técnica de manutenção, ajuste (calibração), aferição e troca de peças originais e garantia. (33528)

Em consonância com o que estabelece o art. 3º da Instrução Normativa nº 5/2023, as contratações seguirão o seguinte rito procedimental. Veja a redação do dispositivo: Art. 3º A contratação direta, por dispensa ou inexigibilidade de licitação, fundamentada nos artigos 74 e 75, da Lei 14.133, de 1º de abril de 2023, seguirá o seguinte rito procedimental: I - elaboração dos documentos da etapa preparatória; II - proposta e comprovantes de preço de mercado do fornecedor contratado; III - documentação de habilitação e qualificação do fornecedor contratado; IV - parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso; V - previsão de recursos orçamentários e financeiros; VI - autorização e homologação da contratação direta; VII - assinatura e divulgação do contrato. § 1º A elaboração dos documentos da etapa preparatória da contratação direta seguirá os termos do Capítulo III desta Instrução Normativa e, no que couber, o disposto no Decreto estadual nº 10.207, de 27 de janeiro de 2023 e art. 72 da Lei federal nº 14.133, de 2021. § 2º A contratação direta formalizada por meio do Sistema de Dispensa Eletrônica deve seguir o rito procedimental definido no Decreto Estadual nº 10.211, de 06 de fevereiro de 2023.

No âmbito estadual, a análise jurídica prévia à publicação do edital da licitação prevista no citado art. 53 da Lei Federal nº 14.133/2021, está regulamentada pelo art. 27 do Decreto Estadual nº 10.207/2023, de forma que incumbe a esta unidade consultiva realizar o controle da legalidade da fase preparatória do certame de acordo com os requisitos exigidos pelo próprio art. 7º do mesmo diploma legal, que forem aplicáveis à presente modalidade de contratação, quais sejam: Art. 7º Durante a etapa preparatória, o processo de contratação será instruído, no que couber, com os seguintes documentos: I – Documento de Oficialização de Demanda – DOD; II – portaria de designação das funções essenciais da contratação; III – Estudo Técnico Preliminar – ETP; IV – matriz de riscos; V – orçamento estimado da contratação; VI – termo de referência, anteprojeto, projeto básico ou projeto executivo; VII – previsão dos recursos orçamentários; VIII – minuta do edital de licitação, do ato de dispensa ou inexigibilidade ou aviso de dispensa eletrônica ou da ata de registro de preços, quando for o caso; IX – minuta de termo de contrato ou histórico da nota de empenho, quando ela for utilizada em substituição ao termo contratual; X – pareceres técnicos e autorizações cabíveis; XI – parecer jurídico prévio; e XII – autorização do ordenador de despesas. Parágrafo único. Os documentos de que trata este artigo deverão estar acompanhados dos subsídios técnicos e informacionais que os embasam.

Documento de Oficialização de Demanda (DOD). Inaugura o feito o documento de oficialização de demanda – DOD contido no evento nº cujo teor atende ao quanto consignado no art. 8º do Decreto Estadual nº 10.207/2023.

O art. 7º, II, do Decreto Estadual n. 10.207 de 2023 exige a instrução dos autos com a portaria de designação das funções essenciais da contratação, envolvendo todos aqueles agentes públicos que são essenciais para a equipe de contratação, especialmente o agente de contratação. Logo consta nos autos a referida portaria no evento nº 28586.

Do Estudo Técnico Preliminar (ETP). Segundo o art. 6º, inciso XX, da Lei nº 14.133/2021, o Estudo Técnico Preliminar (ETP) é o documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação, o mesmo deve evidenciar o problema a ser resolvido e buscar a melhor solução identificada dentre as possíveis (art. 12 do Decreto n. 10.216/2023). **Nota-se a ausência deste documento nos autos, devendo ser providenciado.**

Da Matriz de riscos. A análise de riscos constitui etapa obrigatória do planejamento da licitação, nos termos do arts 18, X, da Lei de Licitações, por sua vez, é exigida na hipótese de contratação integrada e semi-integrada e facultada nas demais hipóteses

Orçamento Estimado. A pesquisa de preços é uma das principais etapas na realização da estimativa do valor da contratação. É também com base nela que a Administração definirá os valores máximos admissíveis, coibindo o indesejado sobrepreço, e aquelas propostas cujo conteúdo se considerará inexequível. Além disso, essa estimativa tem por finalidade, especialmente, verificar se existem recursos orçamentários suficientes para o pagamento da despesa com a contratação. Em que pese o atendimento ao disposto, verifica-se no evento 33528.

Termo de Referência. Segundo Juliano Heinen (HEINEN, Juliano. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 2ª ed rev. ampl e atual. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022), o Termo de Referência é documento essencial para a contratação de bens e serviços. Referido documento estabelece os requisitos, dimensões, quantias e toda sorte de parâmetros para a contratação. O art. 6, inciso XXIII da Lei nº 14.133/2021 aloca uma série de requisitos mínimos que o termo de referência deve conter, perfazendo um padrão objetivo e regular quanto à sua forma.

Quanto ao termo de referência disponível no evento de nº 32468, cumpre de modo geral as diretrizes do Decreto Estadual 10.207/2023.

Documentos financeiros-orçamentários. No que tange à previsão dos recursos orçamentários, incumbe destacar a necessidade de apresentação da Programação de Desembolso Financeiro-PDF, com status liberado e a Declaração de Adequação Orçamentária e Financeira - DAOF, a fim de, nos termos dos arts. 15 e 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº 101/2000), certificar que a despesa objeto do presente processo tem adequação orçamentária e financeira com a Lei Orçamentária Anual, compatibilidade com o Plano Plurianual e com a Lei de Diretrizes Orçamentárias. O empenho deverá ser realizado e juntado aos autos no momento oportuno (até assinatura do contrato).

No caso dos autos (sislog 38086), consta a Programação de Desembolso Financeiro com status liberado, e com o valor estimado da contratação.

Foi juntado também a Declaração Orçamentária no documento de número 38081.

Antes da celebração do ajuste deverá ser juntada nota de empenho para atender ao disposto no art. 60 da Lei nº 4.320/1964, sendo que, em atenção ao item 8 da Nota Técnica n. 2/2023 - PGE/GAB, os valores pertinentes ao próximo exercício deverão ser oportunamente empenhados, respeitando-se a anualidade do orçamento público.

Da Habilitação. Conforme exige o art. 72, inciso V da Lei nº 14.133/2021, o processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e dispensa de licitação, deverá ser instruído com os documentos que comprovem que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária.

O art. 62 da Lei nº 14.133/2021 estabelece, para fins de habilitação, exigir-se-á dos interessados, documentação relativa a habilitação jurídica, técnica, fiscal, social e trabalhista, e econômica financeira.

No que diz respeito à habilitação fiscal, social e trabalhista (art. 68, da Lei nº 14.133/2021) faz-se necessária a manutenção da regularidade fiscal e trabalhista durante toda a execução contratual. Dessa forma, deverá ocorrer a atualização de todas as certidões e declarações vencidas, e que vierem a vencer, no curso do processo.

Da Minuta Contratual. O art. 92 da Lei Federal nº 14.133/2021 e, também, o art. 89 da mesma norma, dispõem sobre as cláusulas essenciais aos contratos administrativos, sendo estas as disposições mínimas a se evidenciar na minuta do instrumento contratual acostada aos autos. Em relação a minuta em tela (36744), tem-se que a mesma encontra redigida consoante as determinações legais pertinentes.

O prazo de vigência contratual será de 12 meses, contados imediatamente a partir da assinatura ou retirada de Termo de Contrato, nos termos do Título III, Capítulo V, da Lei Federal nº 14.133 de abril de 2021, conforme Minuta.

Importante salientar que o serviço não será de natureza continuada.

Da autorização da contratação direta. O art. 72, inciso VIII da NLLC determina que os procedimentos de contratação direta deverão ser instruídos com autorização da autoridade competente.

Não foi localizado no caderno processual tal documento, o qual recomenda sua apresentação.

Destacamos ainda que é obrigatória a divulgação e a manutenção do inteiro teor do edital de licitação e dos seus anexos e do termo de contrato no Portal Nacional de Contratações Públicas e a publicação de extrato do edital no Diário Oficial da União, conforme determinam os art. 54, caput e §1º, e art. 94 da Lei nº 14.133, de 2021.

CONCLUSÃO

Este Parecer não é vinculativo, atenta-se, unicamente, às questões de direito, e não adentra na análise dos demais aspectos da contratação, especialmente no que pertine ao planejamento, gerenciamento e à realização de despesas, cálculos e orçamento; cabendo ao Ordenador de Despesas, o acatamento ou não das recomendações e o julgamento de conveniência e oportunidade.

Ante o exposto, desde que observadas as considerações acima delineadas, manifesta-se pelo prosseguimento do feito.

Retornem-se os autos à unidade de origem.

ANTONIO VITAL ALVES DA SILVA
Procurador do Estado de Goiás
Chefe da Procuradoria Setorial do Detran