

PARECER Nº 002282/2024/FUNECE/ASJUR

De: FUNECE/ASJUR

Data: 17/07/2024

Para: FUNECE/REITORIA

EMENTA: PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. EXAME DA POSSIBILIDADE LEGAL DE CONTRATAÇÃO DIRETA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 74, INCISO I, DA LEI Nº 14.133/2021. CONTROLE PREVENTIVO DA LEGALIDADE, ARTIGO 53, §1º, INCISO I E II C/C 72, INCISO III, DA LEI Nº 14.133/2021. CUMPRIMENTO DAS NORMAS E PRINCÍPIOS NORTEADORES DA LICITAÇÃO.

DA CONSULTA:

Trata-se de solicitação exarada pelo DETIC/FUNECE acerca da viabilidade de aquisição de Serviço de Compartilhamento de Custos para Cooperação e Adesão ao Sistema RNP para atender as necessidades operacionais e acadêmicas da UECE.

Às fls. 02 consta ofício de requisição formulado pelo DETIC/FUNECE com as respectivas justificativas.

Às fls. 03/05 consta o DFD com a justificativa e descrição dos serviços.

Às fls. 07/11 consta o ETP com a descrição detalhada da solicitação.

Às fls. 12/13 consta ofício da Rede Nacional de Ensino e Pesquisa - RNP, Organização social vinculada ao Ministério da Ciência e Tecnologia.

Às fls. 14/22 constam e-mails trocados entre a FUNECE e a RNP.

Às fls. 23/48 consta termo de adesão à RNP.

Às fls. 50/54 encontra-se anexado o Termo de Referência o qual foi formulado em atenção às disposições da Lei nº 14.133/2021.

PARECER Nº 002282/2024/FUNECE/ASJUR

De: FUNECE/ASJUR

Data: 17/07/2024

Para: FUNECE/REITORIA

A justificativa técnica descreve as especificidades dos serviços, suas pertinências e a importância para as atividades administrativas e acadêmicas da UECE.

Às fls. 59/60 constam as informações patrimoniais. Às fls. 61 consta informação do DAF de que existem recursos orçamentários para custear a despesa.

A mensuração dos valores de aquisição foi mensurada em R\$6.100,00 conforme Mapa da Pesquisa de Preço nº 2024/18046, formulado de acordo com o art. 23 da NLLC 14.133/2021 c/c o art. 31 do Decreto Estadual nº 35.322/202, anexo às fls. 63.

Às fls. 64/78 consta o estatuto social da RNP. Às fls. 79 consta o Decreto Federal nº 4.077/2002 que qualifica a RNP como Organização Social - OS vinculada ao Ministério da Ciência e Tecnologia.

Às fls. 80/83 foram anexadas autorizações de inexigibilidade com órgãos públicos onde verificou-se que o valor da anuidade encontra-se em consonância com o praticado no mercado.

É o que se tem a relatar.

Em seguida, exara-se o opinativo e a análise jurídica.

DA FUNDAMENTAÇÃO:**Da natureza do parecer jurídico:**

Cumprir registrar preliminarmente que, a análise aqui empreendida circunscreve-se aos aspectos legais envolvidos no procedimento trazido a exame, não cabendo a esta Assessoria adentrar nos aspectos técnicos e econômicos, nem no juízo de oportunidade e conveniência da contratação pretendida.

Nessa premissa, tem-se que a análise ora formulada dar-se-á sob o prisma jurídico/formal da justificativa da Inexigibilidade de licitação considerando-se a documentação apresentada nos autos, bem como acerca da possibilidade de realização da despesa nos termos do ETP e termo de referência apresentados conforme passamos a aduzir:



De: FUNECE/ASJUR

Data: 17/07/2024

Para: FUNECE/REITORIA

Da viabilidade da contratação por inexigibilidade:

No processo foi solicitada a análise da viabilidade de contratação direta por inexigibilidade de licitação cujo objeto será a aquisição de de Serviço de Compartilhamento de Custos para Cooperação e Adesão ao Sistema RNP para atender as demandas administrativas e acadêmicas da FUNECE/UECE.

Conforme instrução dos autos os serviços solicitados são distribuídos por empresa exclusiva, indicando-se que a aquisição se dê com fulcro no artigo 74, I da Lei nº 14.133/21 e no artigo 37, inciso XXI da Carta Magna, na qual se autoriza, desde que cumpridas com todas as formalidades legais, que se proceda a contratação por inexigibilidade de licitação.

Os procedimentos sugeridos no presente caderno processual serão analisados sob a égide da Nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021), razão pela qual mencionaremos as disposições normativas pertinentes à matéria.

Art. 16. A Administração Pública poderá optar por contratar diretamente de acordo com a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, ou de acordo com as Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no aviso ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada das leis, devendo haver o registro no processo físico ou eletrônico da lei adotada.

A nova Lei de Licitação nº 14.133/2021 previu no Capítulo VIII os casos de Inexigibilidade e Dispensa, sendo o de inexigibilidade prevista no art. 74 e a dispensa no art. 75, que são as duas modalidades de contratação indireta.

De: FUNECE/ASJUR

Data: 17/07/2024

Para: FUNECE/REITORIA

Acerca da conceituação da inexigibilidade de licitação avocamos a lição do ilustre jurista Jessé Torres Pereira Júnior:

O conceito de inexigibilidade de licitação cinge os intérpretes em duas respeitáveis vertentes:

(a) a lei descreve hipóteses ilustrativas e admite que de outras, não previstas, possa decorrer a **inviabilidade de competição**, de forma a configurar a inexigibilidade; mas as hipóteses relacionadas na lei, pelo só fato de constarem da lei, caracterizam a inexigibilidade sempre que ocorrerem, independentemente de, no caso concreto, ser ou não viável a competição;

(b) a lei descreve hipóteses que, além de ilustrativas, **somente caracterizam a inexigibilidade se, no caso concreto, a competição for inviável**; sendo viável, a licitação é de rigor, posto que o traço distintivo entre a exigibilidade e a inexigibilidade é a viabilidade de estabelecer-se, ou não, a disputa.” (in Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública, Renovar, 3ª Edição, pp. 172 e 173)

Neste contexto, tem-se que a licitação é sempre inexigível quando exista impossibilidade de competição entre os eventuais licitantes. Aqui ressalte-se que a inexigibilidade de licitação não pressupõe necessariamente a existência de apenas uma pessoa ou empresa apta a contratar, mas necessita para concretizar-se nos termos da lei que haja incontestável inviabilidade da competição seja pela natureza do serviço, seja pelas especificidades dos bens a serem adquiridos.

Nesse sentido, explica Marçal Justen Filho, “[...] *que a inviabilidade de competição é uma consequência que tem diferentes causas que, por sua vez, consistem nas diversas hipóteses de ausência de pressupostos necessários à licitação.*”

Tem-se, portanto, que em todos os casos de inviabilidade de competição, há um objeto singular e esta singularidade consistiria na impossibilidade de encontrar o objeto que satisfaz o interesse sob tutela estatal dentro de um gênero padronizado, com uma categoria homogênea. No caso em análise verificamos que a justificativa técnica apresentada delineia a singularidade e especificidade dos serviços solicitados.



FUNECE | **SECRETARIA DA
CIÊNCIA, TECNOLOGIA
E EDUCAÇÃO SUPERIOR**
GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ

PARECER Nº 002282/2024/FUNECE/ASJUR

De: FUNECE/ASJUR

Data: 17/07/2024

Para: FUNECE/REITORIA

A lei nº 14.133/2021 assim disciplina:

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 comercial exclusivos;

(...)

§ 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 comercial exclusivos, vedada a preferência por marca específica. (Grifo nosso)

Da Instrução processual:

Analisada a questão referente ao enquadramento da contratação direta, cumpre agora examinar a observância dos requisitos legais impostos. Nesse particular, observa-se que o artigo 72 da Lei n.º 14.133/2021 assim dispõe:

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;



De: FUNECE/ASJUR

Data: 17/07/2024

Para: FUNECE/REITORIA

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.

Do que se observa dos autos, verifica-se que estes deverão tramitar pelos demais setores desta IES com vistas a que a instrução processual atenda às diretrizes da lei, notadamente no que disciplina o art.72 da Nova lei de licitações.

Instrução Processual e Etapa de Planejamento.

Documento de Formalização da Demanda e Tramitação virtual

Preliminarmente, tem-se que a tramitação do feito encontra-se no âmbito do Sistema SUÍTE, sistema de tramitação virtual de processos do Estado do Ceará. Com efeito, no que concerne à licitação (e aqui incluem-se as inexigibilidades), bem como aos contratos/convênios e outros ajustes, os atos serão preferencialmente digitais, de forma a permitir que sejam produzidos, comunicados, armazenados e validados por meio eletrônico, nos termos do Decreto nº 8.539, de 2015 e art. 12, VI, da Lei nº 14.133, de 2021.

Assim, a tramitação virtual ora analisada encontra albergue na legislação vigente, recomendando esta Assessoria que tanto o processo de inexigibilidade ora analisado quanto os respectivos processos de contratação sejam tramitados de forma eletrônica.

De: FUNECE/ASJUR

Data: 17/07/2024

Para: FUNECE/REITORIA

No que concerne ao Documento de Formalização da Demanda - DFD, este consiste em documento obrigatório, que deve constar em qualquer processo de contratação, nos termos do art. 12, VII, e do art. 72, I, da Lei nº 14.133, de 2021. Da instrução processual verifica-se que o DFD encontra-se nos autos.

Estudos Técnicos Preliminares, Termo de Referência e Análise de riscos:

De acordo com o art. 6º, inciso XXIII, alínea 'b', da Lei nº 14.133, de 2021, a fundamentação da contratação é realizada mediante *"referência aos estudos técnicos preliminares correspondentes ou, quando não for possível divulgar esses estudos, no extrato das partes que não contiverem informações sigilosas"*.

É importante atentar que o Termo de Referência – TR consiste no documento jurídico administrativo previsto no art. 6º, XXIII, da Lei nº 14.133, de 2021, que contém as informações necessárias, fornecidas pela Administração Pública, para delimitar o objeto contratado, sem, entretanto, trazer especificações técnicas cuja preparação é privativa de determinados profissionais, como engenheiros, arquitetos e técnicos industriais. (vide art. 3º, inciso I, da IN Seges/ME nº 81, de 2022).

No âmbito do Estado do Ceará os estudos preliminares e os termos de referência devem seguir as diretrizes constantes do Decreto Estadual nº 35.283/2023 (DOE 20.01.23) devendo servir para análise da viabilidade da contratação, e, para o levantamento dos elementos essenciais que servirão para compor o termo de referência ou projeto básico.

Assim disciplina o Decreto nº 35.289/2023:

Art. 3º. Compete ao órgão ou entidade promotora da licitação a elaboração do **Estudo Técnico Preliminar e do Termo de Referência**, segundo diretrizes e regras estabelecidas pela Secretaria de Planejamento e Gestão – SEPLAG e a Controladoria Geral do Estado – CGE, com o suporte jurídico necessário da Procuradoria Geral do Estado.

Art. 4º. Para os fins do disposto neste Decreto, considera-se:

I – Estudo Técnico Preliminar – ETP: 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

De: FUNECE/ASJUR

Data: 17/07/2024

Para: FUNECE/REITORIA

termo de referência ou ao projeto básico a serem elaborados caso se conclua pela viabilidade da contratação;

[...]

III. Termo de referência – TR – documento necessário para a contratação de bens e serviços, que deve conter os parâmetros e elementos descritivos estabelecidos no art. 9º deste decreto, sendo documento constitutivo da fase preparatória da instrução do processo de licitação;

Art. 5º O ETP deverá evidenciar o problema a ser resolvido e a melhor solução, de modo a permitir a avaliação da viabilidade técnica, socioeconômica e ambiental da contratação.

Art. 14. O TR, a partir dos Estudos Técnicos Preliminares – ETP, se elaborados, **definirá o objeto para atendimento da necessidade, a ser enviado para o setor de contratações no prazo definido no calendário de contratação**, conforme regulamento do Poder Executivo Estadual.

§1º. Os processos de contratação direta de que trata o art. 72 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, serão instruídos com o TR, observado em especial os arts. 12 e 15 deste Regulamento.

Art. 21. O TR deverá ser divulgado na mesma data de divulgação do edital ou do aviso de contratação direta no Portal de Compras no Estado e no Portal Nacional de Contratações Públicas – PNPC, como anexo, sem necessidade de registro ou de identificação para acesso. (Grifos nossos)

Da análise dos autos verifica-se que foi anexado o respectivo Termo de referência. Destarte, assim como ocorre quanto ao ETP e à análise de riscos.

No caso em análise, o TR, mesmo que elaborado de forma simplificada, deverá justificar a necessidade da contratação, a escolha dos serviços, a sua relevância para as atividades acadêmicas, dentre outras informações, o que entendemos ter sido contemplado pelos documentos anexos aos autos.

De: FUNECE/ASJUR

Data: 17/07/2024

Para: FUNECE/REITORIA

Da Estimativa de despesa:

Face a natureza estritamente técnica acadêmica da aquisição, tem-se que a metodologia empregada para a escolha dos serviços, assim como os custos unitários da contratação não serão examinados por esta assessoria, posto ser elementos que não afetam a formação jurídica e o prisma do exame da estrita legalidade.

Há que se ressaltar, contudo, que, não obstante se trate de inexigibilidade de licitação em razão de distribuidor exclusivo, faz-se necessário que a pesquisa de preços seja executada nos moldes da legislação estadual, utilizando-se de forma supletiva as orientações contidas na Instrução Normativa SEGES/ME nº 73, de 2020, notadamente no que diz respeito às seguintes orientações:

Art. 7º. Os processos de inexigibilidade de licitação deverão ser instruídos com a devida justificativa de que o preço ofertado à administração é condizente com o praticado pelo mercado, em especial por meio de:

I - documentos fiscais ou instrumentos contratuais de objetos idênticos, comercializados pela futura contratada, emitidos no período de até 1 (um) ano anterior à data da autorização da inexigibilidade pela autoridade competente;

II - tabelas de preços vigentes divulgadas pela futura contratada em sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, contendo data e hora de acesso.

§ 1º Poderão ser utilizados outros critérios ou métodos, desde que devidamente justificados nos autos pelo gestor responsável e aprovados pela autoridade competente.

§ 2º Excepcionalmente, caso a futura contratada não tenha comercializado o objeto anteriormente, a justificativa de preço de que trata o caput pode ser realizada com objetos de mesma natureza. (Grifo nosso)

No caso em análise, para fins comparativos, foram anexadas inexigibilidades pactuadas com outras Universidades. Nesses documentos observou-se que a mensuração realizada pelo DIAQ/FUNECE, por ocasião da confecção do mapa comparativo de preços, atendeu aos critérios legais.



De: FUNECE/ASJUR

Data: 17/07/2024

Para: FUNECE/REITORIA

Da Previsão de Dotação Orçamentária:

Avocando as disposições do art. 72, IV, da Nova Lei de Licitações temos, dentre outras exigências, que o processo de inexigibilidade deve ser instruído com documento probatório da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido.

Na mesma linha, destaca-se o que dispõe o artigo 150 da Lei nº 14.133/2021:

Art. 150. Nenhuma contratação será feita sem a caracterização adequada de seu objeto e sem a indicação dos créditos orçamentários para pagamento das parcelas contratuais vincendas no exercício em que for realizada a contratação, sob pena de nulidade do ato e de responsabilização de quem lhe tiver dado causa.

No caso dos autos, a disponibilidade orçamentária deverá ser comprovada mediante a juntada de declaração emitida pelo ordenador de despesa haja vista que a informação de fls. 61 não supre as exigências da lei de responsabilidade fiscal.

Dos requisitos de Habilitação da empresa:

Nos termos do artigo 92, inciso XVI, da Lei nº 14.133/2021, a contratada deverá manter durante a contratação, todas as condições de habilitação e qualificação que foram exigidas na licitação, ou nos atos preparatórios que antecederam a contratação direta, por dispensa ou por inexigibilidade.

Tais quesitos, segundo os quatro incisos do art. 62 da mesma Lei, englobam habilitação jurídica, técnica, fiscal, social, trabalhista e econômico-financeira.

Nessa premissa, deverá ser anexo ao feito os documentos que comprovem a regularidade fiscal da empresa. No mais, visando para evitar eventuais paralisações ao processo de pagamento, recomendamos que seja diligenciado junto à empresa a informação referente à existência de conta no Banco Bradesco S/A face a praxe do Executivo estadual.

De: FUNECE/ASJUR

Data: 17/07/2024

Para: FUNECE/REITORIA

Justificativa da escolha do fornecedor:

Conforme dispõe o art. 72, VI, da Lei nº 14.133, de 2021, a escolha do fornecedor deverá ser justificada. No caso em apreço tem-se que a aplicação da contratação direta dar-se-á não em função da empresa, mas sim em razão dos serviços prestados em caráter exclusivo pela RNP. O fato é que a empresa é escolhida de forma indireta haja vista ser a única distribuidora do referido serviço. Nessa premissa, recomendamos que sejam anexada justificativa para a escolha dos serviços da RNP caso existam serviços similares.

Do Instrumento Contratual:

A necessidade de instrumento contratual está determinada na Lei nº 14.133, de 2021, que determina:

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 à 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). (Vide Decreto nº 11.317, de 2022).

A despesa ora pretendida refere-se a serviço de prestação contínua. Desta forma, caso sua contraprestação se efetive mês a mês recomendamos a pactuação do respectivo contrato.

De: FUNECE/ASJUR

Data: 17/07/2024

Para: FUNECE/REITORIA

Autorização da Autoridade competente para a Contratação Direta:

Nos termos do **inciso VIII do art. 72 da nova Lei de Licitações** verifica-se a exigência de autorização da autoridade competente para que possa ocorrer a contratação direta.

Na antiga lei existia a prática de dois atos referentes às contratações diretas, que era o reconhecimento e a ratificação (art. 26 da Lei nº 8.666, de 1993). No entanto, no âmbito do Sistema SECITECE, por força de disposição legal, deverá o Secretário daquela pasta ratificar as dispensas e inexigibilidades exaradas por suas vinculadas.

Nessa premissa, deverá se fazer constar dos autos a expressa autorização do Presidente da FUNECE assim como da Exma. Sra. Secretária da SECITECE.

Publicidade da inexigibilidade e da contratação:

Conforme preconiza o parágrafo único do art. 72, da Lei nº 14.133, de 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”*.

Outrossim, lembra-se que o art. 94 da Lei n.º 14.133, de 2021 dispõe:

Art. 94. A divulgação no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) é condição indispensável para a eficácia do contrato e de seus aditamentos e deverá ocorrer nos seguintes prazos, contados da data de sua assinatura:

I - 20 (vinte) dias úteis, no caso de licitação;

II - 10 (dez) dias úteis, no caso de contratação direta.

Desta forma, deverá ser providenciada a publicação do extrato que autorizar a contratação direta.

CONCLUSÃO:

Diante de todo o exposto, considerando a instrução dos autos; considerando que o ETP acostado aos autos atesta que a aquisição dos serviços tem relevância para o aprimoramento das atividades administrativas e acadêmicas desta IES; considerando tratar-se de hipótese de fornecimento exclusivo; em caráter preliminar verificamos ser viável o prosseguimento do feito com vistas à contratação direta da Rede Nacional de

PARECER Nº 002282/2024/FUNECE/ASJUR

De: FUNECE/ASJUR

Data: 17/07/2024

Para: FUNECE/REITORIA

Ensino e Pesquisa, no importe de R\$ 6.100,00 por meio de inexigibilidade de licitação nos termos do inciso I, do art. 74 da Lei federal nº 14.133/2021.

Entretanto, no que concerne à forma, entende esta Procuradoria que o processo deverá ser instruído nos moldes da Lei nº 14.133/2021 e Decreto estadual nº 35.283/2023, razão pela qual recomendamos, para fins de regular instrução processual, que sejam acostados aos presentes autos os seguintes documentos:

- a) Declaração de existência de recursos para o custeio da despesa, nos termos da lei de responsabilidade fiscal;
- d) Autorização expressa do Presidente da FUNECE para o prosseguimento do processo por meio de inexigibilidade.

Outrossim, conforme já explanado, a análise aqui desenvolvida se restringiu aos elementos constantes dos autos a qual teve por objetivo o controle de legalidade. As questões relativas ao mérito técnico, à relevância da aquisição, classificação da despesa e a mensuração da dotação orçamentária não foram objeto de investigação, até mesmo por não ter esta assessoria competência para fazê-lo.

É o nosso parecer, salvo melhor juízo.

À consideração da Presidência da FUNECE. Após remeta-se os autos à PROAD para adoção das diligências necessárias à regular instrução do feito.

Roberta Nunes

Procuradora Jurídica da FUNECE

PARECER Nº 002282/2024/FUNECE/ASJUR

De: FUNECE/ASJUR

Data: 17/07/2024

Para: FUNECE/REITORIA

SUITE

Documento assinado eletronicamente por: **ROBERTA NUNES**, em **17/07/2024, às 11:37** (horário local do Estado do Ceará), conforme disposto no Decreto Estadual nº 34.097, de 8 de junho de 2021.



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site <https://suite.ce.gov.br/validar-documento>, informando o código **416A-F5D3-4078-24F2**.

