

PARECER JURÍDICO

Processo nº: 7358

Interessada: Coordenação da Biblioteca Senador João Calmon

Assunto: Contratação de periódico

1. RELATÓRIO

1. Trata-se de continuidade do processo administrativo instaurado pela Coordenação da Biblioteca Senador João Calmon em que solicita a contratação de empresa para o fornecimento de 77 (setenta e sete) assinaturas do Jornal A Tribuna, por um período de 12 (doze) meses.

2. Isto posto, instruem os autos da contratação ora analisada, dentre outros, os seguintes documentos: a) documento de formalização de demanda (DFD), estudo técnico preliminar, mapa de gerenciamento de risco, TR, contrato, declaração de exclusividade, proposta comercial (item 01); b) Ratificação das razões quanto à necessidade do serviço (item 05); c) manifestação da Coordenação da Biblioteca Senador João Calmon juntando novo ETP, mapa de gerenciamento de risco e TR (item 07); d) nota técnica da Supervisão da Comissão Compras indicando a regularidade da contratação por inexigibilidade de licitação bem como o seu valor (item 11); e) manifestação da Diretoria de Finanças certificando a existência de dotação orçamentária para fazer frente às despesas decorrentes da futura contratação (item 14); f) diante da alteração de valores e da empresa a ser contratação, foi juntado pela Supervisão da Comissão de Compras novo TR (tem 41); g) manifestação da Diretoria de Finanças certificando a existência de dotação orçamentária para fazer frente às despesas decorrentes da futura contratação (item 44); h) despacho da Direção Geral da Secretaria ratificando as razões de oportunidade e conveniência da contratação, aprovando o TR (item 46); i) manifestação da Supervisão do Setor de Contratos



juntando a minuta contratual (item 48); j) manifestação da Supervisão da Comissão de Licitação quanto à possibilidade de contratação por inexigibilidade com fundamento no art. 74, I, da Lei Federal nº 14.133/2021 e demais documentação relativa a regularidade da contratação (item 49).

3. Após regular tramitação, os presentes autos foram encaminhados para esta Procuradoria para exame e elaboração de parecer administrativo segundo os ditames legais e regimentais aplicáveis a espécie.

4. É o relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

2.1 Comentários preliminares

5. Inicialmente, cumpre esclarecer que a presente manifestação toma por base, exclusivamente, os elementos que constam até o momento nos autos do processo administrativo em epígrafe, e que, à luz do da Lei Complementar Estadual nº 287/2004, incumbe a este Órgão prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não lhe competindo adentrar em questões afetas à conveniência e oportunidade dos atos praticados no âmbito do órgão consulente, nem analisar aspectos de natureza eminentemente técnico-administrativa, ou averiguar a verdade das razões oferecidas pelo órgão interessado, uma vez que as mesmas gozam de presunção de legitimidade¹ e veracidade², cabendo às autoridades competentes a responsabilidade por eventuais inexistências dos motivos apresentados.

¹ "Os atos administrativos, qualquer que seja sua categoria ou espécie, nascem com a presunção de legitimidade, independentemente de norma legal que a estabeleça." (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 148).

² "A presunção de veracidade diz respeito aos fatos; em decorrência desse atributo, presumem-se verdadeiros os fatos alegados pela Administração." (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 191).





6. A propósito, segundo leciona REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA³ sobre a Despesa Pública:

15.2 Decisão política

A decisão de gastar é fundamentalmente uma decisão política. O **administrador elabora um plano de ação, descreve-o no orçamento, aponta os meios disponíveis para seu atendimento e efetua o gasto**. A decisão política já vem inserta no documento solene de previsão de despesas. Dependendo das convicções políticas, religiosas, sociais, ideológicas, o governante elabora seu plano de gastos. Daí a variação que pode existir de governo para governo, inclusive diante das necessidades emergenciais. As opções podem variar: hospital, maternidade, posto de puericultura, escolas, rodovias, aquisições de veículos, contratação de pessoal etc.

Uma vez estabelecidas as prioridades, mediante autorização legislativa (aprovação da lei orçamentária ou de créditos especiais e complementares), opera-se a despesa (saída de dinheiro) pelas formas estabelecidas em lei e que serão adiante analisadas. (Original sem grifo ou destaque)

2.2 Objeto da consulta

7. A inexigibilidade de licitação é uma modalidade de contratação direta, sem a instauração de certame licitatório. O art. 75 da Lei Federal nº 14.133/2021 elenca os possíveis casos de dispensa, especificando em seu inciso II, ser dispensável a licitação quando, *in verbis*:

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; (original sem grifo ou destaque)

³ In Curso de Direito Financeiro, 3ª edição revista e atualizada, editora Revista dos Tribunais, pág. 275.





8. Segundo Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, *"para que ocorra a inexigibilidade da licitação, é necessário que se trate de produtor, empresa ou representante comercial exclusivo. (...) Só há um fornecedor em condições de oferecer o que a Administração pretende, razão pela qual não é viável a competição; não há, de fato, como exigir a realização da licitação"* (In Contratação sem Licitação, volume 6, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2009, p. 580).

9. Sobre o enquadramento das situações de inexigibilidade nas hipóteses previstas em lei, Jessé Torres Pereira Júnior observa que:

Deve-se ressaltar que o caput do art. 74 apresenta função normativa específica, de modo que uma contratação direta poderá nele se fundar direta e exclusivamente. Não se impõe que a hipótese seja enquadrada em um dos incisos desse artigo, os quais apresentam natureza exemplificativa - ainda que dotados de função normativa restritiva.

(...)

Configurando-se inviabilidade de competição numa situação que não se enquadra nos incisos do art. 74, a contratação será alicerçada diretamente no *caput* do dispositivo ("Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública", 5ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 296).

10. No caso, conforme demonstram os documentos de item 49, o serviço a ser prestado o é feito por exclusividade pela futura contratada, pressuposto fático para a configuração de hipótese de inexigibilidade de licitação com fundamento legal no art. 74, I da Lei Federal nº 14.133/2021.

2.2.1 Da contratação direta – Fase Preparatória

11. Em termos de planejamento a instrução processual deve observar uma ordem de atos a serem praticados objetivando a contratação direta, conforme determina o art. 72 da Lei Federal nº 14.133/2021 e regulamentado pelo Anexo X do Ato nº 2447/2023. Assim 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.

12. A instrução da Contratação por dispensa de licitação – fase preparatória – é regulamentada pelo Ato nº 2447/2023, nos seguintes termos:

Art. 8º As contratações da Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo, seja mediante licitação, seja mediante dispensa ou inexigibilidade, estão sujeitas à realização da fase preparatória, composta pelas seguintes etapas:

- I - formalização de demanda, observados os Anexos II e III deste Ato;
- II - elaboração de Estudo Técnico Preliminar (ETP), quando couber, observados os Anexos IV e V deste Ato;
- III - elaboração do mapa de gerenciamento de riscos da contratação, em observância às diretrizes e ao modelo constante do Anexo VI deste Ato;
- IV - elaboração do Termo de Referência (TR) ou Projeto Básico (PB), observados os Anexos VIII e IX deste Ato;
- V - elaboração do Anteprojeto e do Projeto Executivo para obras e serviços de engenharia, quando couber;
- VI - realização da estimativa de despesas, observados os procedimentos previstos no Anexo VII deste Ato;
- 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 - aprovação final da minuta de instrumento convocatório e autorização da despesa.

13. Quando da análise da documentação juntada aos autos até a presente data, constata-se o cumprimento dos itens pertinentes ao procedimento.

2.2.4 Da Minuta de Contrato

14. Com o propósito de servir de parâmetro para a elaboração dos contratos administrativos, foram arroladas no art. 92 da Lei Federal nº 14.133/2021 as cláusulas que, por essenciais, devem constar em todo contrato:

Art. 92. São necessárias em todo contrato cláusulas que estabeleçam:

- I - o objeto e seus elementos característicos;
- II - a vinculação ao edital de licitação e à proposta do licitante vencedor ou ao ato que tiver autorizado a contratação direta e à respectiva proposta;
- III - a legislação aplicável à execução do contrato, inclusive quanto aos casos omissos;
- IV - o regime de execução ou a forma de fornecimento;
- V - o preço e as condições de pagamento, os critérios, a data-base e a periodicidade do reajustamento de preços e os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;
- VI - os critérios e a periodicidade da medição, quando for o caso, e o prazo para liquidação e para pagamento;
- VII - os prazos de início das etapas de execução, conclusão, entrega, observação e recebimento definitivo, quando for o caso;
- VIII - o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;
- IX - a matriz de risco, quando for o caso;
- X - o prazo para resposta ao pedido de repactuação de preços, quando for o caso;
- XI - o prazo para resposta ao pedido de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, quando for o caso;
- XII - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas, inclusive as que forem oferecidas pelo contratado no caso de antecipação de valores a título de pagamento;





- XIII - o prazo de garantia mínima do objeto, observados os prazos mínimos estabelecidos nesta Lei e nas normas técnicas aplicáveis, e as condições de manutenção e assistência técnica, quando for o caso;
- XIV - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas e suas bases de cálculo;
- XV - as condições de importação e a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;
- XVI - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições exigidas para a habilitação na licitação, ou para a qualificação, na contratação direta;
- XVII - a obrigação de o contratado cumprir as exigências de reserva de cargos prevista em lei, bem como em outras normas específicas, para pessoa com deficiência, para reabilitado da Previdência Social e para aprendiz;
- XVIII - o modelo de gestão do contrato, observados os requisitos definidos em regulamento;
- XIX - os casos de extinção.

15. Da análise da minuta da ordem de serviço presente no Anexo V, entende-se que os requisitos mínimos do art. 92 da Lei Federal nº 14.133/2021 foram atendidos, havendo o atendimento aos preceitos legais, bem como a observância das minúcias necessárias a adequada prestação do serviço, conforme demanda da administração pública e dentro das especificações.

16. Firmadas estas premissas, infere-se que o procedimento para realização da contratação direta, até o presente momento, encontra-se em conformidade com os parâmetros legais, não havendo obstáculos jurídicos à sua conclusão.

2.2.5 Da Lei de Responsabilidade Fiscal

17. Conforme se extrai do caput do artigo 18 da Lei nº 14.133, de 2021, a fase preparatória da licitação deve compatibilizar-se também com as leis orçamentárias.





18. A existência de disponibilidade orçamentária com a respectiva indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica da despesa é uma imposição legal. Nesse ponto, o art. 105, da Lei nº 14.133, de 2021.

19. Cabe registrar que, caso se trate de criação ou expansão de ação governamental que acarrete aumento da despesa, seja anexada a estimativa do impacto orçamentário no exercício e nos dois subsequentes, bem como a declaração sobre a adequação orçamentária e financeira para fazer face às despesas, em conformidade com as normas constantes dos arts. 16 e 17 da Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal.

20. No caso concreto, em atendimento ao disposto no artigo 16 da LRF há declaração de disponibilidade financeira e emissão de nota de reserva e que o valor da contratação, nos termos do art. 16, II da Lei Complementar Federal nº 101, de 2000.

2.2.5 Dos Agentes Públicos

21. As designações do pregoeiro, do agente de contratação e, respectivas, equipes de apoio constam do Ato nº 2448, de 21/11/2023.

22. Quanto aos gestores e fiscais de contratos, a indicação e aferição dos requisitos estabelecidos nos incisos I e III do art. 7º da Lei nº 14.133/2021 e § 3º do art. 4º do Ato nº 2.447/2023, ainda não há nos autos comprovação de designação formal, havendo registro no item 12.1 do termo de referência que a indicação do gestor do contrato se dará em momento oportuno pelo setor gerenciador.

23. Firmadas estas premissas, infere-se que o procedimento para realização da compra direta por inexigibilidade, até o presente momento, encontra-se em conformidade com os parâmetros legais.





3. CONCLUSÃO

24. Ante o exposto, atento para o fato de que não compete à Procuradoria da Assembleia Legislativa adentrar em questões afetas à conveniência e oportunidade dos atos decisórios praticados no âmbito da Administração desta Casa de Leis, nem analisar aspectos de natureza eminentemente técnico-administrativa por ter seu campo de atuação jurídica restrito às esferas opinativa e consultiva, este opinativo é pela: a) regularidade do procedimento até o presente momento; e b) possibilidade de da contratação direta por inexigibilidade com fundamento no art. 74, I da Lei Federal nº 14.133/2021.

25. É o parecer que submete à apreciação superior.

Vitória/ES, 14 de agosto de 2024.

EDUARDO ROCHA LEMOS

Procurador da Assembleia Legislativa



DESPACHO

Senhor Subprocurador-Geral,

Em cumprimento ao despacho de item 52.1, ACOLHO, **com acréscimos**, o parecer de item 53.2, lavrado pelo Procurador designado, Dr. Eduardo Rocha Lemos, que opinou pela possibilidade da contratação direta da empresa Nassau Editora, Rádio e TV Ltda - Em Recuperação Judicial, mediante inexigibilidade de licitação, com fundamento no art. 74, I, da Lei nº 14.133/2021, para fornecimento de 77 (setenta e sete) assinaturas do Jornal "A Tribuna".

De início, observo que o Contrato nº 21/2023, ainda vigente, que tem por objeto o fornecimento de assinaturas do Jornal "A Tribuna", não contempla a possibilidade de prorrogação do prazo de vigência contratual. Assim dispõe a cláusula nona do ajuste em comento:

CLÁUSULA NONA – DO PRAZO E DA VIGÊNCIA

9.1 - A vigência do CONTRATO terá duração de 12 (doze) meses, contados a partir da data da assinatura.

Como que a ausência de previsão editalícia ou contratual expressa inviabiliza a prorrogação contratual, não merece qualquer reparo a decisão administrativa que determinou a abertura do procedimento visando a uma nova contratação do objeto almejado, em vez de se pretender a dilação do prazo de vigência do Contrato nº 021/2023.

Contrariamente, entretanto, o Contrato nº 024/2023, celebrado na mesma época em que o precitado Contrato nº 021/2023, prevê a possibilidade de prorrogação contratual, não obstante a natureza do objeto de ambas as avenças (fornecimento de periódicos) seja idêntica.



Confira, por oportuno, a redação da cláusula nona do Contrato nº 024/2023:

CLÁUSULA NONA – DA VIGÊNCIA

9.1 - O contrato terá duração de 12 (doze) meses, contados a partir de 18/11/2023.

9.2 – A prorrogação poderá ser admitida nos termos do artigo 57, da Lei Federal nº. 8.666/93, mediante prévia justificativa e autorização da autoridade competente, devendo ser precedida, ainda, de manifestação da Procuradoria Geral da ALES.

9.3 - Ocorrendo a hipótese prevista no inciso II, artigo 57, da Lei Federal nº. 8666/93, a duração do CONTRATO poderá sofrer prorrogação, limitada a 60 (sessenta) meses.

Vale ressaltar que, mesmo sob a égide da Lei nº 8.666/93, doutrina e jurisprudência já haviam se posicionado, de forma majoritária, pela possibilidade de prorrogação dos contratos de assinaturas de jornais e periódicos, na medida em que tais ajustes não compreendem o simples fornecimento (compra e venda) de um bem, mas uma série de atividades (serviços) capazes de enquadrá-los na hipótese permissiva do art. 57, II, do então Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos.

Todavia, mesmo que ainda pairassem dúvidas a respeito da natureza jurídica desses contratos, a partir da Lei nº 14.133/2021, perdeu qualquer sentido a discussão, que vigorou durante o regime anterior, sobre as diferenças entre os contratos de serviços e de fornecimento, ao menos para efeito de prorrogação contratual, porquanto a Nova Lei de Licitações, indistinta e expressamente, passou a permitir não só a contratação plurianual, mas também a prorrogação, pelo prazo de até dez anos, tanto dos contratos de serviços como dos de fornecimento contínuos (artigos 106 e 107 da Lei nº 14.133/2021).

Portanto, seja para assegurar a uniformidade dos contratos com objetos análogos, seja porque a presente contratação direta é regida pela Lei nº 14.133/2021, opino pela alteração do item 5 do Termo de Referência, bem como da cláusula oitava da





minuta de contrato, a fim de prever expressamente a possibilidade de prorrogação do prazo de vigência do futuro contrato.

É como opino. Submeto esta análise à apreciação superior.

Vitória/ES, 20 de agosto de 2024.

WERLEN SILVA DE OLIVEIRA
Procurador da Assembleia Legislativa
Subcoordenador da Setorial Administrativa

Ao Ilustríssimo Senhor
RICARDO BENETTI FERNANDES MOÇA
Subprocurador-Geral Administrativo





Processo Administrativo nº: 7358/2024 (Aquis nº 18/2024)

Interessada: Coordenação da Biblioteca Senador Calmon

Assunto: Contratação de periódico

Senhor Diretor Geral,

Encaminho o presente Processo Administrativo nº 7358/2024 com a manifestação desta Subprocuradoria-Geral Administrativa, no sentido de **ACOLHER, com acréscimos**, o parecer lavrado pelo Ilmo. Procurador designado, Dr. Eduardo Rocha Lemos, conforme opinamento jurídico exarado pelo Subcoordenador da Setorial Administrativa, Dr. Werlen Silva de Oliveira, que após fundamentos apresentados opinou pela: a) possibilidade da contratação direta da empresa Nassau Editora, Rádio e TV Ltda - Em Recuperação Judicial, mediante inexigibilidade de licitação, com fundamento no art. 74, I, da Lei nº 14.133/2021, para fornecimento de 77 (setenta e sete) assinaturas do Jornal "A Tribuna"; b) alteração do item 5 do Termo de Referência, bem como da cláusula oitava da minuta de contrato, a fim de prever expressamente a possibilidade de prorrogação do prazo de vigência do futuro contrato, seja para assegurar a uniformidade dos contratos com objetos análogos, seja porque a presente contratação direta é regida pela Lei nº 14.133/2021.

Vitória/ES, 22 de agosto de 2024.

RICARDO BENETTI FERNANDES MOÇA

Subprocurador-Geral Administrativo

