

São Paulo, 13 de março de 2024.

Ofício-Circular GS nº 06/2024

**Ref.- SEI 024.00031439/2024-82 Parecer Referencial
CJ/SS nº 5/2024. Inexigibilidade de Licitação -
Fornecimento ou suprimento de energia elétrica.**

Senhor (a) Dirigente:

Cumprimentando-o (a) cordialmente levamos ao conhecimento de V.Sa. o teor do judicioso **Parecer Referencial CJ/SS nº 5/2024, devidamente referendado pelo douto Procurador do Estado Chefe da Consultoria Jurídica**, cujos termos, lastreados no disposto na **Resolução PGE nº 29, de 23-12-2015**, deverão orientar a conduta das Unidades da Pasta em processos e expedientes que tratam de situação idêntica às espelhadas no referido parecer referencial, ou seja, em que estejam presentes os pressupostos fáticos e jurídicos para os quais seja possível seguir a orientação ali traçada, e cuja observância dependa de mera conferência de dados e/ou documentos constantes dos autos.

A medida prestigia o princípio da eficiência, vindo ao encontro da racionalização do trabalho, razão pela qual deverá V.Sa., cientificar todas as Unidades vinculadas do teor do parecer em referência, destacado seu período de vigência apontado no item 87.

Na oportunidade renovamos nosso apreço.


EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JUNIOR
Chefe de Gabinete

Ilustríssimo (a) Senhor (a) Dirigente:

**NAJ, ATEC-GS, CAF, CCTIES, CCD, CGA, CGCSS, CGOF, CPS, CRH, CRS e CSS
FURP, HEMOCENTRO, ONCOCENTRO,
HC/FM-USP, HC/FM-RP, HC/FM-B, HC-FAMEMA**





PROCURADORIA GERAL DO ESTADO CONSULTORIA JURÍDICA DA SECRETARIA DA SAÚDE

PROCESSO: 024.00031439/2024-82

INTERESSADO: SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE

PARECER: REFERENCIAL CJ/SS n.º 5/2024

EMENTA: PARECER REFERENCIAL. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. FORNECIMENTO OU SUPRIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. Orientação jurídica uniforme para casos repetitivos que versem sobre proposta de contratação direta de empresa concessionária de serviço público, por inexigibilidade de licitação fundada no artigo 74, “caput” e inciso I, da Lei Federal nº 14.133/2021, tendo por objeto o fornecimento ou suprimento de energia elétrica. Análise à luz da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (NLLC) – Lei Federal nº 14.133/2021 e seus correspondentes regulamentos no âmbito do Estado de São Paulo. Necessidade de efetiva demonstração da exclusividade. Dispensa de encaminhamento dos autos à Consultoria Jurídica nos casos em que se verifique a identidade dos pressupostos fáticos e jurídicos. Possibilidade de orientação jurídica uniforme nos casos que dependam de mera conferência de dados e/ou documentos que instruem os autos. Resolução PGE nº 29/2015. Necessidade de instrução dos autos com detalhada justificativa formal. Outras considerações. Proposta de encaminhamento dos autos à Chefia de Gabinete para conhecimento da Administração e aplicação das orientações inseridas no parecer aos casos idênticos. Vigência do Parecer Referencial fixada até 28.02.2025 ou até que sobrevenha orientação diversa.

I – RELATÓRIO. IMPLANTAÇÃO DE PARECER REFERENCIAL. RESOLUÇÃO PGE-29, DE 23 DE DEZEMBRO DE 2015.

1. Trata-se de procedimento destinado à elaboração de Parecer Referencial, com fundamento na Resolução PGE nº 29, de 23 de dezembro de 2015 (Anexo Único), de modo a veicular orientação jurídica uniforme para



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO CONSULTORIA JURÍDICA DA SECRETARIA DA SAÚDE

casos repetitivos que versem sobre proposta de contratação direta de empresa concessionária de serviço público, por inexigibilidade de licitação fundada no artigo 74, “caput” e inciso I, da Lei Federal nº 14.133/2021, **tendo por objeto o fornecimento ou suprimento de energia elétrica.**

2. A Resolução PGE nº 29, de 23 de dezembro de 2015, autoriza a emissão de Parecer Referencial¹ quando houver processos e expedientes administrativos com os mesmos pressupostos fáticos e jurídicos, para os quais seja possível estabelecer orientação jurídica uniforme, cuja observância dependa de mera conferência de dados e/ou documentos constantes dos autos.

3. Sob a égide Lei Federal nº 8.666/1993, hoje revogada, a Resolução PGE nº 2, de 28 de janeiro de 2022, dispensava a manifestação das Consultorias Jurídicas das Secretarias de Estado e Autarquias nos processos e expedientes relacionados ao fornecimento ou suprimento de energia elétrica com concessionário, permissionário ou autorizado, com fulcro no artigo 25, caput, da aludida (artigo 1º, inciso II).

4. Mencionada resolução foi editada durante a vigência da Lei Federal nº 8.666/1993, indicando expressamente dispositivos daquela legislação como fundamentos para a dispensa de análise das Consultorias Jurídicas.

5. Com a revogação expressa da Lei Federal nº 8.666/1993 em **30 de dezembro de 2023** (artigo 193, inciso II, alíneas “a”, da Lei Federal nº 14.133/2021), e não se tendo notícias da edição de nova resolução sob a égide da NLLC, revela-se oportuno emitir orientação jurídica uniforme à luz da nova legislação, mediante edição de Parecer Referencial, a fim de que as unidades vinculadas à Secretaria da Saúde possam formalizar futuras contratações.²

¹ Peça jurídica voltada a orientar a Administração em processos e expedientes que tratem de situação idêntica ao paradigma.

² A exemplo do Parecer Referencial CJ/SSP nº 3/2024, cujos termos são tomados como balizas para a presente manifestação.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO CONSULTORIA JURÍDICA DA SECRETARIA DA SAÚDE

6. O Decreto Estadual nº 67.885/2023, ao dispor sobre o regime de transição para a aplicação da Lei Federal nº 14.133/2021, estabeleceu em seu artigo 5º que os “*contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público, celebrados por prazo **indeterminado**, nos termos da Lei federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, deverão ser extintos e sucedidos por novas contratações de acordo com a Lei federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021, até 31 de dezembro de 2024*”.

7. De toda sorte, considerando a) o princípio da eficiência (art. 37, *caput*, CF/88); b) a necessidade de racionalização do trabalho na Consultoria Jurídica da Secretaria da Saúde; c) o grande volume de processos da mesma natureza; d) a revogação dos fundamentos legais indicados na Resolução PGE nº 2, de 28 de janeiro de 2022; e) e o artigo 1º, *caput*, da Resolução PGE nº 29, de 23 de dezembro de 2015³, emite-se o presente Parecer Referencial destinado a nortear casos de **contratação direta de empresa concessionária de serviço público, por inexigibilidade de licitação fundada no artigo 74, “caput” e inciso I, da Lei Federal nº 14.133/2021, tendo por objeto o fornecimento ou suprimento de energia elétrica às unidades da Secretaria da Saúde que se submetam ao assessoramento desta Consultoria Jurídica.**

8. Dúvidas quanto ao sentido e alcance do presente Parecer Referencial poderão ser dirimidas pela Administração junto à Consultoria Jurídica da Secretaria da Saúde (art. 5º, Resolução PGE-29/15), **e casos que extrapolem os limites da presente orientação deverão ser submetidos à análise individualizada por este órgão consultivo.**

9. Ademais, registra-se que diversos aspectos da Lei Federal nº 14.133/2021 ainda não foram regulamentados no Estado de São Paulo, valendo sugerir que as unidades de saúde **acompanhem atentamente a edição de novos decretos** tratando da matéria, bem como os comunicados disponibilizados no portal compras.sp.gov.br, com destaque para o campo da legislação. Caso sobrevenha alguma

³ Artigo 1º, *caput*, Resolução PGE 29/15: “Fica admitida a elaboração de Parecer Referencial, a critério da Chefia da Consultoria Jurídica, quando houver processos e expedientes administrativos com os mesmos pressupostos fáticos e jurídicos, para os quais seja possível estabelecer orientação jurídica uniforme, cuja observância dependa de mera conferência de dados e/ou documentos constantes dos autos.”



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO CONSULTORIA JURÍDICA DA SECRETARIA DA SAÚDE

regulamentação alterando as premissas do presente opinativo, recomenda-se que as unidades submetam eventuais dúvidas à análise desta Consultoria Jurídica.

II – INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO NOS CASOS DE FORNECIMENTO OU SUPRIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. ARTIGO 74, “CAPUT” E INCISO I, DA LEI FEDERAL Nº 14.133/2021. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA EXCLUSIVIDADE DA EMPRESA ESCOLHIDA PARA A CONTRATAÇÃO.

10. O artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal impõe a obrigatoriedade de processo de licitação para a Administração Pública contratar obras, serviços, compras e alienações, ressalvando a possibilidade de lei excepcionar essa regra.

11. Desse modo, em determinadas situações especificadas na legislação, admite-se que o Poder Público formalize contratações diretas (ou seja, sem a necessidade de promover uma licitação) com seus fornecedores. Uma dessas hipóteses, prevista inicialmente na Lei Federal nº 8.666/1993 e agora na Lei Federal nº 14.133/2021, consiste na *inexigibilidade de licitação*, caracterizada, em suma, por situações em que se verifique inexistir um pressuposto básico para o procedimento licitatório em si, qual seja, a viabilidade de competição.

12. Nesse sentido, vale transcrever lição doutrinária a respeito do tema:

“A licitação pública é processo seletivo o qual a Administração Pública oferece igualdade de oportunidades a todos os que com ela queiram contratar, preservando a equidade no trato do interesse público, tudo a fim de comparar propostas para escolher uma ou algumas delas que lhe sejam as mais vantajosas. Na qualidade de processo seletivo em que se procede à seleção de propostas, a licitação pública pressupõe a viabilidade da competição, da disputa. Se não houver viabilidade de competição, por consequência, não haverá licitação pública, revelando os casos denominados de *inexigibilidade*. Essa, aliás, é a expressão do caput do artigo 74 da Lei n. 14.133/2021, cujo teor indica que ‘É *inexigível* a licitação quando *inviável* a competição, em especial nos casos de [...]’. Então, sempre que *inviável* a competição, sucede *inexigibilidade* de



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO CONSULTORIA JURÍDICA DA SECRETARIA DA SAÚDE

licitação pública, cabendo à comunidade jurídica sistematizar os casos mais frequentes, sem pretender exauri-los, pois o enunciado está em aberto. (...)”⁴.

13. A Lei Federal nº 14.133/2021 trata das hipóteses de inexigibilidade de licitação em seu artigo 74:

“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**; (...)”. (sem destaque no original)

14. Os casos em que a Administração pretenda contratar o fornecimento ou suprimento de energia elétrica podem ser formalizados por meio de procedimentos de inexigibilidade de licitação, com fundamento no artigo 74, “caput” e inciso I, da Lei Federal nº 14.133/2021, **desde que seja efetivamente demonstrada a exclusividade da concessionária do serviço público para o fornecimento ou suprimento de energia elétrica na base territorial abrangida pela contratação.**

15. Para tanto, o §1º do artigo 74 estabelece que 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*”.

16. Nessa linha, destaca-se que não basta a autoridade afirmar a exclusividade, é necessário que se juntem aos procedimentos documentos idôneos capazes de comprovar, efetivamente, a exclusividade da empresa indicada para a contratação da prestação dos serviços de fornecimento ou suprimento de energia elétrica, em toda a base territorial contemplada pelo ajuste.

⁴ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 5ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 155.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO CONSULTORIA JURÍDICA DA SECRETARIA DA SAÚDE

17. A título ilustrativo, é possível citar a utilização dos seguintes documentos: (i) declaração da Agência Reguladora de Saneamento Básico e Energia do Estado de São Paulo - ARSESP, atestando que a empresa é fornecedora exclusiva nos municípios em que se situem as unidades de saúde, ou (ii) cópia do contrato de concessão em que seja especificada a abrangência da atuação da empresa contratada; dentre outros.

18. É oportuno lembrar, no entanto, que o setor de energia elétrica apresenta peculiaridades decorrentes de sua regulação própria, sendo necessário verificar concretamente a exclusividade à luz das especificidades desse segmento. Conforme anotado no Parecer CJ/SEFAZ nº 35/2024⁵, o mercado livre de energia elétrica, também conhecido como Ambiente de Contratação Livre (ACL)⁶, é o espaço comercial em que os consumidores podem escolher livremente seus fornecedores de energia, não se submetendo ao mercado cativo, no qual os consumidores somente podem comprar energia elétrica de uma concessionária ou permissionária que detenha a outorga para prestar o serviço naquela região.

19. O Parecer Referencial nº 00004/2023/CGLIC/CONJUR-MGI/CGU/AGU⁷, considerando a regulação do setor, ressalva que não haverá a configuração da inexigibilidade de licitação caso o órgão ou entidade contratante se enquadrar como consumidor livre ou potencialmente livre. De igual sorte, o §3º do artigo 1º da Resolução PGE nº 02, de 28 de janeiro de 2022, previa que a dispensa de análise das Consultorias Jurídicas seria restrita “*ao mercado cativo, não se aplicando às contratações firmadas por consumidores livres de energia elétrica*”.

⁵ De autoria da Procuradora do Estado Aira Cristina Rachid Bruno de Lima.

⁶ O Decreto Federal nº 5.163/2004, que, dentre outras coisas, regulamenta a comercialização de energia elétrica no país, assim prevê: “Art. 1º. (...) § 2º Para fins de comercialização de energia elétrica, entende-se como: I - Ambiente de Contratação Regulada - ACR o segmento do mercado no qual se realizam as operações de compra e venda de energia elétrica entre agentes vendedores e agentes de distribuição, precedidas de licitação, ressalvados os casos previstos em lei, conforme regras e procedimentos de comercialização específicos; II - Ambiente de Contratação Livre - ACL o segmento do mercado no qual se realizam as operações de compra e venda de energia elétrica, objeto de contratos bilaterais livremente negociados, conforme regras e procedimentos de comercialização específicos; (...)”.

⁷ Disponível em: <https://sapiens.agu.gov.br/valida_publico?id=1210190197>. Acesso em 27.02.2023.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO CONSULTORIA JURÍDICA DA SECRETARIA DA SAÚDE

20. Nesse passo, o Parecer CJ/SEFAZ nº 35/2024 também esclarece que, em linhas gerais, o enquadramento dos consumidores como livres ou potencialmente livres⁸ está relacionado a limites de carga e tensão da energia a eles fornecida, nos termos constantes dos artigos 15 e 16 da Lei Federal nº 9.074/1995⁹. O §3º do artigo 15 permite ao poder concedente diminuir esses limites, sendo que a Portaria Normativa nº 50/GM/MME, de 27.9.2022, prevê que, **a partir de 1º de janeiro de 2024**, os consumidores classificados como Grupo A, nos termos da regulamentação¹⁰, poderão optar pela compra de energia elétrica de qualquer concessionário, permissionário ou autorizado.

21. A mera leitura dos dispositivos citados acima revela que o enquadramento do consumidor de energia elétrica como livre ou potencialmente livre não é atividade simples, valendo salientar que os atos normativos do setor são constantemente alterados pelo poder concedente (resoluções normativas da ANEEL, portarias normativas do MME etc.).

22. Assim, é recomendável que o setor técnico da Administração verifique com cuidado esse tema no momento dos estudos preliminares

⁸ Ainda de acordo com o Decreto Federal nº 5.163/2004: : “Art. 1º. (...) §2º Para fins de comercialização de energia elétrica, entende-se como: (...) VIII - consumidor livre é aquele que, atendido em qualquer tensão, tenha exercido a opção de compra de energia elétrica, conforme as condições estabelecidas no art. 15 e no art.16 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995; IX - consumidor potencialmente livre é aquele que, a despeito de cumprir as condições estabelecidas no art. 15 da Lei nº 9.074, de 1995, seja atendido de forma regulada; (...)”.

⁹ “Art. 15. Respeitados os contratos de fornecimento vigentes, a prorrogação das atuais e as novas concessões serão feitas sem exclusividade de fornecimento de energia elétrica a consumidores com carga igual ou maior que 10.000 kW, atendidos em tensão igual ou superior a 69 kV, que podem optar por contratar seu fornecimento, no todo ou em parte, com produtor independente de energia elétrica. (...) § 3º Após oito anos da publicação desta Lei, o poder concedente poderá diminuir os limites de carga e tensão estabelecidos neste e no art. 16. (...) Art. 16. É de livre escolha dos novos consumidores, cuja carga seja igual ou maior que 3.000 kW, atendidos em qualquer tensão, o fornecedor com quem contratará sua compra de energia elétrica”.

¹⁰ A definição do que é considerado “GRUPO A” consta da Resolução Normativa ANEEL nº 1.000/21, nos seguintes termos: “Art. 2º Para os fins e efeitos desta Resolução, são adotadas as seguintes definições: (...) XXIII - grupo A: grupamento composto de unidades consumidoras com conexão em tensão maior ou igual a 2,3 kV, ou atendidas a partir de sistema subterrâneo de distribuição em tensão menor que 2,3 kV, e subdividido nos seguintes subgrupos: a) subgrupo A1: tensão de conexão maior ou igual a 230 kV; b) subgrupo A2: tensão de conexão maior ou igual a 88 kV e menor ou igual a 138 kV; c) subgrupo A3: tensão de conexão igual a 69 kV; d) subgrupo A3a: tensão de conexão maior ou igual a 30 kV e menor ou igual a 44 kV; e) subgrupo A4: tensão de conexão maior ou igual a 2,3 kV e menor ou igual a 25 kV; e f) subgrupo AS: tensão de conexão menor que 2,3 kV, a partir de sistema subterrâneo de distribuição”.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO CONSULTORIA JURÍDICA DA SECRETARIA DA SAÚDE

para a contratação, **manifestando-se conclusivamente acerca do enquadramento da unidade administrativa no mercado cativo ou livre de energia elétrica**. Para subsidiar essa análise, alvitra-se a possibilidade de solicitar declaração ou manifestação da ARSESP ou da própria ANEEL, por exemplo.

23. De toda sorte, convém reiterar que a presente orientação referencial é limitada aos casos de inexigibilidade de licitação em razão de haver apenas um fornecedor habilitado para a prestação do serviço, o que é próprio do mercado cativo de energia elétrica. **Caso o setor técnico conclua que a unidade administrativa pode ser enquadrada como consumidor livre ou potencialmente livre, não deve ser utilizado este Parecer Referencial, cabendo ao órgão de origem encaminhar o processo de contratação para análise individualizada desta Consultoria Jurídica.**

24. Ainda sobre o tema, cumpre recordar que é dever do agente público responsável pela contratação a adoção de providências necessárias para confirmar a veracidade da documentação comprobatória da condição de exclusividade, conforme o entendimento consolidado na Súmula nº 255 do Tribunal de Contas da União¹¹.

III – REQUISITOS DO ARTIGO 72 DA LEI FEDERAL Nº 14.133/2021 E DO ARTIGO 6º DO DECRETO ESTADUAL Nº 68.304/2024.

25. O artigo 72 da Lei Federal nº 14.133/2021 elenca os documentos mínimos que devem instruir os procedimentos de contratação direta, inclusive por inexigibilidade de licitação:

“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:

¹¹ Súmula nº 255 do TCU: “*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*”.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO CONSULTORIA JURÍDICA DA SECRETARIA DA SAÚDE

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”.

26. No Estado de São Paulo, os procedimentos de contratação direta, por inexigibilidade ou por dispensa de licitação, na forma eletrônica, são disciplinados pelo Decreto Estadual nº 68.304/2024, cujo artigo 6º reproduziu, em linhas gerais, os elementos acima transcritos.

27. Vê-se, portanto, que esses dispositivos constituem importante guia para a instrução adequada de procedimentos de contratação direta à luz da nova legislação, como os de que trata o presente Parecer Referencial. Cumpre salientar que a não observância dessas formalidades pode configurar uma das hipóteses do artigo 73 da Lei Federal nº 14.133/2021¹², acarretando a responsabilidade solidária do contratado e do agente público por eventual dano causado ao erário, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

¹² “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”.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO CONSULTORIA JURÍDICA DA SECRETARIA DA SAÚDE

28. Desse modo, é altamente recomendável que, no despacho que autorizar a contratação direta, a autoridade competente **analise criticamente** a instrução dos autos, **certificando-se de que todos os elementos previstos no artigo 72 da Lei Federal nº 14.133/2021 sejam efetivamente atendidos**, bem como indicando onde se encontrem nos autos os documentos utilizados para respaldar sua deliberação.

29. Registrada a importância dos documentos elencados no artigo 72 da NLLC, passa-se às considerações de ordem jurídica a seu respeito.

a) Documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo (inciso I);

30. Este inciso contempla documentos referentes à fase de planejamento da contratação e às especificações técnicas de seu objeto.

31. Ao utilizar a expressão “e, se for o caso”, após o primeiro documento, seria possível concluir que a legislação estaria dispensando todos os outros (estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou executivo). No entanto, esse dispositivo deve ser interpretado com **cautela**, não devendo ser utilizado para se dispensar arbitrariamente os documentos ali enumerados. Como consignado no Parecer Referencial nº 00005/2023/CGLIC/CONJUR-MGI/CGU/AGU¹³, em passagem concordante com o entendimento deste órgão consultivo, a “*dispensa dos Documentos constantes do inciso I somente deverá ocorrer diante da incongruência fático-jurídica do objeto a ser contratado (ex: não é exigido projeto básico ou executivo em contratações que não se refiram a obras ou serviços de engenharia), ou em razão de uma autorização específica prevista em lei ou regulamento próprio*”.

¹³ Disponível em <https://sapiens.agu.gov.br/valida_publico?id=1210560776>. Acesso em 20.02.2024.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO CONSULTORIA JURÍDICA DA SECRETARIA DA SAÚDE

32. Por conseguinte, eventual ausência de algum dos documentos listados no inciso I deve ser devidamente justificada pela área técnica da Administração, sempre tendo em vista as especificidades do caso concreto.¹⁴

33. O documento de formalização de demanda - DFD é utilizado para evidenciar e detalhar a necessidade da contratação, consistindo em documento que fundamenta o plano de contratações anual (artigo 2º, inciso IV, do Decreto Estadual nº 67.689/2023). Para a elaboração do documento, recomenda-se que as unidades observem, no que couber, os requisitos previstos no artigo 7º do mesmo decreto¹⁵.

34. Já o estudo técnico preliminar – ETP é elemento típico da etapa de planejamento da contratação, destinando-se a caracterizar o interesse público envolvido e a melhor solução para satisfazê-lo, oferecendo os subsídios ao termo de referência. O documento em questão foi disciplinado pelo **Decreto Estadual nº 68.017/2023**, contemplando todos os critérios e elementos que devem ser levados em conta pelo setor técnico na confecção do ETP. No caso de fornecimento ou suprimento de energia elétrica, a expectativa de consumo pode ser calculada com base nas faturas dos anos anteriores, levando em consideração eventuais projetos de mudanças das instalações físicas das unidades, o número de servidores etc. É recomendável que seja juntada nos autos do procedimento administrativo toda a documentação utilizada para dar suporte ao estudo.

¹⁴ Por exemplo, no caso específico de contratações para o **fornecimento ou suprimento de energia elétrica**, não nos parece necessária a confecção de projeto básico ou executivo, uma vez que os conceitos trazidos no artigo 6º, incisos XXV e XXVI, revelam que esses documentos seriam utilizados em obras ou serviços mais complexos, como os de engenharia.

¹⁵ “**Artigo 7º** - Para elaboração do plano de contratações anual, o requisitante preencherá o documento de formalização de demanda no Sistema de Planejamento e Gerenciamento de Contratações - PGC com as seguintes informações: I - justificativa da necessidade da contratação; II - descrição sucinta do objeto; III - quantidade a ser contratada, quando couber, considerada a expectativa de consumo anual; IV - estimativa preliminar do valor da contratação, por meio de procedimento simplificado; V - indicação da data pretendida para a conclusão da contratação, a fim de não gerar prejuízos ou descontinuidade das atividades do órgão ou da entidade; VI - grau de prioridade da compra ou da contratação em baixo, médio ou alto, de acordo com a metodologia estabelecida pelo órgão ou pela entidade contratante; VII - indicação de vinculação ou dependência com o objeto de outro documento de formalização de demanda para a sua execução, com vistas a determinar a sequência em que as contratações serão realizadas; VIII - nome da área requisitante ou técnica com a identificação do responsável”.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO CONSULTORIA JURÍDICA DA SECRETARIA DA SAÚDE

35. O artigo 8º do decreto elenca hipóteses em que o ETP seria dispensado ou facultativo, sendo que os casos de inexigibilidade de licitação não foram previstos no referido dispositivo¹⁶. Ao contrário, é justamente na fase dos estudos técnicos preliminares que a Administração verifica as condições da inexigibilidade de licitação, demonstrando que no caso concreto está, de fato, caracterizada a inviabilidade de competição.

36. Por sua vez, a **análise de riscos** consiste na identificação dos riscos que a contratação pretendida possa gerar ao interesse público, definindo-se seus métodos de gerenciamento, ações preventivas e de contingência. Geralmente se materializa por meio de um “mapa de riscos”, o que é diferente da “matriz de riscos” a que alude o artigo 6º, inciso XVII, da Lei Federal nº 14.133/2021¹⁷ (cláusula contratual definidora de riscos e responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do ajuste).

37. Com relação ao **termo de referência – TR**, trata-se de documento voltado à caracterização do objeto contratual, devendo observar, no Estado de São Paulo, as disposições do **Decreto Estadual nº 68.185/2023**, especialmente os parâmetros e elementos descritivos constantes de seu artigo 6º. Lembra-se ainda que, como ocorreu na regulamentação do ETP, o artigo 8º do decreto em tela não dispensou a elaboração do TR para as hipóteses de inexigibilidade de licitação¹⁸.

¹⁶ “Artigo 8º - A elaboração do ETP: I - é dispensada: a) nas hipóteses dos incisos III, VII e VIII do artigo 75 e do § 7º do “caput” do artigo 90 da Lei federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021; b) nos casos de prorrogações dos contratos de serviços e fornecimentos contínuos; II - é facultada nas hipóteses dos incisos I e II do “caput” do artigo 75 da Lei federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021”.

¹⁷ “Art. 6º. (...) XXVII - matriz de riscos: cláusula contratual definidora de riscos e de responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação, contendo, no mínimo, as seguintes informações: a) listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato que possam causar impacto em seu equilíbrio econômico-financeiro e previsão de eventual necessidade de prolação de termo aditivo por ocasião de sua ocorrência; b) no caso de obrigações de resultado, estabelecimento das frações do objeto com relação às quais haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico; c) no caso de obrigações de meio, estabelecimento preciso das frações do objeto com relação às quais não haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, devendo haver obrigação de aderência entre a execução e a solução predefinida no anteprojeto ou no projeto básico, consideradas as características do regime de execução no caso de obras e serviços de engenharia”.

¹⁸ “Artigo 8º - A elaboração do TR será dispensada: I - nas hipóteses do inciso III do “caput” do artigo 75 da Lei federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021; II - nas adesões a atas de registro de preços; III - nos casos de



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO CONSULTORIA JURÍDICA DA SECRETARIA DA SAÚDE

38. Os documentos mencionados neste tópico têm **natureza eminentemente técnica**, não cabendo a esta Consultoria Jurídica realizar juízo de conveniência e oportunidade de seu teor ou mesmo verificar aspectos técnicos.

39. No ambiente de produção do compras.sp.gov.br, é possível acessar diversos modelos dos documentos em questão, o que facilita sua elaboração pelos servidores responsáveis das unidades. A padronização desses elementos é medida vantajosa e que está em consonância com o princípio da eficiência administrativa (artigo 37, “caput”, da Constituição Federal). No entanto, ao utilizar esses modelos, as unidades devem observar eventuais especificidades do caso concreto ou mesmo decorrentes de regulamentações próprias do Estado de São Paulo, providenciando as adaptações necessárias.

b) Estimativa de despesa, que deverá ser calculada na forma estabelecida no art. 23 desta Lei (inciso II) e justificativa de preços (inciso VII);

40. É possível analisar conjuntamente os incisos II e VII do artigo 72 da Lei Federal nº 14.133/2021, uma vez que tratam de assuntos semelhantes.

41. O inciso II demanda que o processo contemple “estimativa de despesa”, calculada na forma estabelecida no artigo 23 da NLCC. Este último dispositivo, por sua vez, refere-se à **pesquisa de preços**.

42. Sob a égide da Lei Federal nº 8.666/1993, a jurisprudência do TCU¹⁹ era no sentido de que, nos casos de inexigibilidade de licitação, a pesquisa de mercado com outros fornecedores estava prejudicada, de modo que seria

prorrogações dos contratos de serviços e fornecimentos contínuos”.

¹⁹ Acórdão nº 1.565/2015-Plenário, Rel. Min. Vital do Rêgo. Na mesma linha, a Orientação Normativa/AGU nº 17/2009 assim prevê: “A razoabilidade do valor das contratações decorrentes de inexigibilidade de licitação poderá ser aferida por meio da comparação da proposta apresentada com os preços praticados pela futura contratada junto a outros entes públicos e/ou privados, ou outros meios igualmente idôneos”.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO CONSULTORIA JURÍDICA DA SECRETARIA DA SAÚDE

possível realizar comparação entre os valores praticados pela futura contratada junto a outras instituições públicas ou privadas.

43. Essa solução também foi adotada na Lei Federal nº 14.133/2021, prevendo o §4º do artigo 23 que “*Nas contratações diretas por inexigibilidade ou por dispensa, quando não for possível estimar o valor do objeto na forma estabelecida nos §§ 1º, 2º e 3º deste artigo, 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*”.

44. O Decreto Estadual nº 67.888/2023, que regulamenta o procedimento administrativo de definição do valor estimado das contratações, deixa claro que as contratações diretas decorrentes de dispensa ou inexigibilidade de licitação também estão sujeitas às suas disposições (*caput* do artigo 10). Nada obstante, para os casos em que não for possível estimar o valor do objeto na forma estabelecida em seu artigo 3º, o §1º do artigo 10 disciplinou hipótese excepcional de justificativa de preços muito semelhante à do §4º do artigo 23 da NLLC. Já o §3º do mesmo dispositivo do decreto vedou a “*contratação direta por inexigibilidade se a justificativa de preços demonstrar a possibilidade de competição*”.

45. O inciso VII do artigo 72 da NLLC, por sua vez, exige a **justificativa de preços**, revelando o dever de que a unidade administrativa motive adequadamente o montante indicado para a contratação, verificando sua economicidade e razoabilidade.

46. No caso específico de contratação de serviços de fornecimento ou suprimento de energia elétrica, que são remunerados mediante tarifa homologada pelo poder concedente, para respaldar a justificativa, é prudente que se junte aos autos documentação comprobatória dos valores das tarifas homologadas pelo órgão regulador, certificando-se a Administração de que os preços indicados para a contratação respeitem esses limites – que podem ser verificados de acordo com faixas de consumo ou



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO CONSULTORIA JURÍDICA DA SECRETARIA DA SAÚDE

categorias de usuários, se o caso -, especialmente se houver tarifas e condições específicas para órgãos públicos²⁰, o que deve ser observado.

c) Parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos (inciso III);

47. No que tange ao parecer jurídico, além da exigência prevista no inciso III do artigo 72 da Lei Federal nº 14.133/2021, o §4º do artigo 53 também deixa clara sua obrigatoriedade, como regra. Entretanto, o parágrafo seguinte do mesmo dispositivo (ou seja, o §5º) admite ser “*dispensável a análise jurídica nas hipóteses previamente definidas em ato da autoridade jurídica máxima competente, que deverá considerar o baixo valor, a baixa complexidade da contratação, a entrega imediata do bem ou a utilização de minutas de editais e instrumentos de contrato, convênio ou outros ajustes previamente padronizados pelo órgão de assessoramento jurídico*”.

48. Como, até o momento, não há resolução específica dispensando a análise das Consultorias Jurídicas nos casos de inexigibilidade de licitação, o atendimento da exigência legal é suprido pela utilização do presente Parecer Referencial. Convém recordar, no entanto, que a dispensa da análise individualizada por este órgão jurídico deve observar os termos da Resolução PGE nº 29/2015, notadamente seu artigo 4º (que exige a juntada de cópia do Parecer Referencial e de declaração da autoridade competente, atestando seu enquadramento).

49. Com relação ao parecer técnico, que se destinaria a examinar os aspectos técnicos da contratação (com foco nos documentos elencados no inciso I do artigo 72 da Lei Federal nº 14.133/2021), a Administração deve verificar, caso a caso, sua necessidade. Como o objeto aqui tratado – **fornecimento ou suprimento de energia elétrica** – geralmente é padronizado no âmbito da Administração Pública e das concessionárias de serviço público, tal parecer pode ser dispensado, **ressalvando-se casos específicos que denotem maior complexidade**.

²⁰ Em sentido semelhante, cita-se o Parecer CJ/SAP nº 37/2024, de autoria do Procurador do Estado Rodrigo Augusto de Carvalho Campos.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO CONSULTORIA JURÍDICA DA SECRETARIA DA SAÚDE

d) Demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido (inciso IV);

50. É necessário que a Administração demonstre a compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido, providenciando-se a juntada da **nota de reserva** desses recursos. Note-se que o artigo 150 da Lei Federal nº 14.133/2021 é categórico ao dispor que 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”*.

51. A propósito, em se tratando de criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que supere o montante de R\$ 59.906,02²¹ (cinquenta e nove mil novecentos e seis reais e dois centavos) fixado para as *“despesas irrelevantes”*, deve-se apresentar a estimativa do impacto orçamentário-financeiro e a declaração prevista no art. 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal (artigo 55 da Lei Estadual nº 17.725/2023²² - **LDO paulista do exercício de 2024**). Note-se, porém, que tal exigência não se aplica ao custeio de atividades ordinárias e rotineiras da Administração Pública, nos termos da jurisprudência do Tribunal de Contas da União²³, o que merece ser verificado e certificado pela autoridade nos autos.

²¹ Valor obtido a partir do artigo 75, inciso II, da Lei Federal nº 14.133/2023, com a atualização promovida pelo Decreto Federal nº 11.871/2023.

²² “Artigo 55 - As propostas de criação, expansão ou aperfeiçoamento de ações governamentais que acarretem aumento da despesa devem ser amparadas por estudo prévio que demonstre a sua viabilidade técnica e os processos devem ser instruídos com a memória de cálculo do impacto que comprove a adequação orçamentário financeira no exercício em que entrarem em vigor e nos dois subsequentes, em obediência ao disposto no artigo 16 da Lei Complementar Federal nº 101, de 4 de maio de 2000. Parágrafo único - São consideradas como despesas irrelevantes, para fins do artigo 16, § 3º, da Lei Complementar federal nº 101, de 4 de maio de 2000, aquelas cujo valor não ultrapasse, para bens e serviços, os limites previstos nos incisos I e II do artigo 24 da Lei federal nº 8.666, de 1993 ou, quando esta for revogada, os incisos I e II do artigo 75 da Lei federal nº 14.133 de 1º de abril de 2021”.

²³ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO: “(...) [a]s despesas ordinárias e rotineiras da administração pública, já previstas no orçamento, destinadas à manutenção das ações governamentais preexistentes, prescindem da estimativa de impacto orçamentário-financeiro de que trata o art. 16, I, da Lei de Responsabilidade Fiscal” (Acórdão TCU nº 883/2005, Primeira Câmara, Rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti).



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO CONSULTORIA JURÍDICA DA SECRETARIA DA SAÚDE

*e) **Comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária (inciso V);***

52. Para a celebração da contratação direta, é necessário que a unidade certifique nos autos que a empresa a ser contratada preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária. Nessa linha, o §4º do artigo 91 da Lei Federal nº 14.133/2021 assim dispõe:

“Art. 91. (...)

§ 4º Antes de formalizar ou prorrogar o prazo de vigência do contrato, a Administração deverá verificar a regularidade fiscal do contratado, consultar o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (Ceis) e o Cadastro Nacional de Empresas Punidas (Cnep), emitir as certidões negativas de inidoneidade, de impedimento e de débitos trabalhistas e juntá-las ao respectivo processo”.

53. Dessa forma, os documentos de **habilitação jurídica**²⁴, bem como **fiscal, social e trabalhista**²⁵ da empresa devem ser **juntados aos autos, assegurando-se a Administração de que todas as certidões estejam com prazo de validade em dia no momento da celebração do contrato**. Deve-se, também, promover consultas ao Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS, mantido pela Controladoria-Geral da União; Cadastro Nacional de Empresas Punidas - CNEP, mantido pela Controladoria-Geral da União; Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Ato de Improbidade Administrativa e Inelegibilidade – CNCIAI, do Conselho

²⁴ Lei Federal nº 14/133/2021: “Art. 66. A habilitação jurídica visa a demonstrar a capacidade de o licitante exercer direitos e assumir obrigações, e a documentação a ser apresentada por ele limita-se à comprovação de existência jurídica da pessoa e, quando cabível, de autorização para o exercício da atividade a ser contratada”.

²⁵ Lei Federal nº 14.133/2021: “Art. 68. As habilitações fiscal, social e trabalhista serão aferidas mediante a verificação dos seguintes requisitos: I - a inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ); II - a inscrição no cadastro de contribuintes estadual e/ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual; III - a regularidade perante a Fazenda federal, estadual e/ou municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei; IV - a regularidade relativa à Seguridade Social e ao FGTS, que demonstre cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei; V - a regularidade perante a Justiça do Trabalho; VI - o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal. § 1º Os documentos referidos nos incisos do **caput** deste artigo poderão ser substituídos ou supridos, no todo ou em parte, por outros meios hábeis a comprovar a regularidade do licitante, inclusive por meio eletrônico. § 2º A comprovação de atendimento do disposto nos incisos III, IV e V do **caput** deste artigo deverá ser feita na forma da legislação específica”.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO CONSULTORIA JURÍDICA DA SECRETARIA DA SAÚDE

Nacional de Justiça; Sistema Eletrônico de Aplicação e Registro de Sanções Administrativas – e-Sanções; Cadastro Estadual de Empresas Punidas – CEEP; e Relação de apenados publicada pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

54. O §4º do artigo 68 da NLLC admite que os documentos elencados no caput do mesmo dispositivo, ou seja, aqueles referentes à regularidade fiscal, social e trabalhista “(...) *poderão ser substituídos ou supridos, no todo ou em parte, por outros meios hábeis a comprovar a regularidade do licitante, inclusive por meio eletrônico*”. Portanto, a Administração pode verificar, junto ao compras.gov.br, os documentos que podem ser substituídos em razão do cadastro da empresa no **Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF**.²⁶

55. Como regra, também constitui condição para a celebração do ajuste, bem como para a realização dos pagamentos dela decorrentes, a inexistência de registros em nome do adjudicatário no “Cadastro Informativo dos Créditos não Quitados de Órgãos e Entidades Estaduais – CADIN ESTADUAL”, nos termos da Lei Estadual nº 12.799/2008.

56. Não obstante, havendo certidões que apresentem restrições, aplica-se o entendimento fixado pelo Subprocurador Geral do Estado – Área da Consultoria Geral ao propor a aprovação parcial do Parecer PA nº 63/2011, que trata da possibilidade de contratação por inexigibilidade de licitação mesmo com pendências fiscais ou trabalhistas, considerando tratar-se de prestador único²⁷. Confira-se:

“(…) 2.1. Nas situações em que a competição é inviável, por inexistir outro fornecedor ou prestador dos serviços apto a atender as necessidades da Administração, a única alternativa possível é a contratação, ainda que a pessoa

²⁶ O §1º do artigo 17 do Decreto Estadual nº 68.304/2024 prevê que a verificação dos documentos de habilitação do fornecedor será realizada no SICAF. É certo que o dispositivo está inserido no capítulo do decreto que trata da dispensa de licitação com disputa eletrônica; no entanto, não se vê motivo para afastar sua aplicação também nos casos de inexigibilidade ou dispensa de licitação sem disputa eletrônica.

²⁷ Na mesma linha é a Orientação Normativa/AGU nº 09/2009: “*A comprovação da regularidade fiscal na celebração do contrato ou no pagamento de serviços já prestados, no caso de empresas que detenham o monopólio de serviço público, pode ser dispensada em caráter excepcional, desde que previamente autorizada pela autoridade maior do órgão contratante e concomitantemente, a situação de irregularidade seja comunicada ao agente arrecadador e à agência regulador*”.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO CONSULTORIA JURÍDICA DA SECRETARIA DA SAÚDE

física ou jurídica a ser contratada registre pendência no CADIN ESTADUAL. Se, nessas circunstâncias, admite-se a contratação, por óbvio, também deve ser admitido o pagamento.

2.2. Cabe ao administrador demonstrar a inexistência de outra opção para garantir o normal funcionamento da Administração. A análise deve ser feita caso a caso, merecendo advir da autoridade máxima do órgão a autorização prévia para a contratação e pagamento, com o concomitante envio de informação aos setores cobradores da dívida existente, a fim de que, cientes do futuro crédito, busquem, por meios executórios próprios, o seu recebimento.

2.3. A contratação nessas condições encontra o seu fundamento no princípio da continuidade do serviço público, que impõe ao Estado o dever de prestar, de forma ininterrupta, os serviços essenciais ou necessários à coletividade, sem o que não se justificaria a existência do próprio Estado.

2.4. É por essa razão que a doutrina e a jurisprudência têm admitido até mesmo a contratação de empresa que registra débito com o INSS e o FGTS -impedimento previsto no § 3º do art. 195 da Constituição Federal! -, quando configurada a situação de inexigibilidade. (...)”.

f) Razão da escolha do contratado (inciso VI);

57. A autoridade competente deve expor, em sua deliberação, os motivos da escolha da empresa indicada para a contratação. Nos casos de inexigibilidade de licitação, as justificativas decorrem da própria necessidade da contratação, bem como da inviabilidade de competição em razão da exclusividade do fornecedor.

58. De toda sorte, a autoridade deve certificar-se de que a exclusividade esteja concretamente demonstrada no procedimento administrativo, valendo reiterar as observações do **tópico II** deste opinativo.

g) Autorização da autoridade competente (inciso VIII)

59. O artigo 72, inciso VIII, da Lei federal nº 14.133/2021 exige que haja a **autorização da autoridade competente** para que possa ocorrer a contratação direta.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO CONSULTORIA JURÍDICA DA SECRETARIA DA SAÚDE

60. Essa exigência substituiu a antiga previsão da prática de dois atos referentes às contratações diretas, que eram o reconhecimento e a ratificação pela autoridade superior (artigo 26 da extinta Lei Federal nº 8.666/1993)²⁸.

61. Neste sentido entende Jacoby Fernandes in “CONTRATAÇÃO DIRETA SEM LICITAÇÃO”²⁹, ao dispor:

No regime da Lei nº 8.666/93, a contratação direta sem licitação deveria estar sujeita ao princípio da segregação das funções e do duplo grau decisório administrativo, como elemento de controle de primeira linha. Em outras palavras: na Lei nº 8.666/93, uma autoridade decidia e a outra ratificava a decisão, ordenando a publicação para efeitos de controle social e início de vigência da contratação.

No regime da LLCA, seguindo a pretensão de simplificação para a melhoria da gestão, há apenas uma autoridade atuando.

62. No que concerne à definição da competência para autorizar a contratação, seguindo o entendimento consignado no despacho³⁰ da Subprocuradora Geral da Consultoria Geral que aprovou o Parecer CJ/SAP nº 24/2024³¹, é necessário verificar os decretos de organização da Pasta e eventuais atos normativos, ainda que produzidos sob a égide da Lei Federal nº 8.666/1993 e da Lei Federal nº 10.520/2001.

63. Sendo assim, é recomendável que a autoridade que pretenda autorizar a contratação direta indique expressamente em sua deliberação o

²⁸ No mesmo sentido é o Parecer Referencial CJ/SEDUC nº 01/2024, de autoria da Procuradora do Estado Mariana Beatriz Tadeu de Oliveira.

²⁹ 11ª Edição, 1ª reimpressão, editora Fórum, 2022, pág. 88

³⁰ “(...) 5. Aprovo as conclusões do d. **Parecer CJ/SAP nº 24/2024** enumeradas no item 2 deste despacho, com os acréscimos e ressalvas a seguir especificados. 6. O caso em tela trata de recepção tácita de regras estabelecidas em decretos estaduais concernentes à competência para atuação em procedimentos licitatórios e de contratações administrativas. 7. Cumpre registrar que é usual a recepção (expressa ou tácita) de normas de hierarquia inferior por ocasião da edição de nova legislação, caracterizada pela permanência em vigor das normas anteriores que sejam compatíveis com o ato normativo superveniente de hierarquia superior, o que decorre da própria natureza contínua do ordenamento jurídico. Ademais, há regra expressa de recepção nas hipóteses tratadas pelo artigo 189 da Lei federal nº 14.133/2021 (...).”

³¹ De autoria do Procurador do Estado Rodrigo Augusto de Carvalho Campos.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO CONSULTORIA JURÍDICA DA SECRETARIA DA SAÚDE

dispositivo do decreto ou ato infralegal que fundamente sua competência para tanto, ainda que tal ato se refira à Lei Federal nº 8.666/1993.

IV – OUTROS REQUISITOS E PROVIDÊNCIAS.

64. Além dos elementos constantes do artigo 72 da Lei Federal nº 14.133/2021, há requisitos e demais providências que se encontram previstos em outras disposições da NLLC ou mesmo na regulamentação estadual, cuja análise ocorrerá a seguir.

a) *Plano de contratações anual*

65. A Lei Federal nº 14.133/2021 previu, como instrumento de planejamento macro das contratações públicas, o plano de contratações anual (PCA). O artigo 12, inciso VII, da referida lei estabelece que *“a partir de documentos de formalização de demandas, os órgãos responsáveis pelo planejamento de cada ente federativo poderão, na forma de regulamento, elaborar plano de contratações anual, com o objetivo de racionalizar as contratações dos órgãos e entidades sob sua competência, garantir o alinhamento com o seu planejamento estratégico e subsidiar a elaboração das respectivas leis orçamentárias”*.

66. A respeito do PCA, vale transcrever a lição de Joel de Menezes Niebuhr:

“Na essência, com o Plano de Contratações Anual projetam-se todas as licitações e contratações para o ano subsequente, divide-se por tipos ou categorias, verifica-se a compatibilidade do orçamento, definem-se prioridades e estabelece-se uma espécie de calendário. Faz sentido, é natural e necessário. (...)”

Não é demais ressaltar que o Plano de Contratações Anual é em essência uma programação das licitações e contratos administrativos. Essa programação, pelo menos do jeito que está posta na Lei n. 14.133/2021, não vincula a Administração Pública, que pode divergir dela, sem que isso importe maiores repercussões. (...)”³².

³² NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 5ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 448.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO CONSULTORIA JURÍDICA DA SECRETARIA DA SAÚDE

67. Antes mesmo do encerramento da vigência da Lei Federal nº 8.666/1993, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo vinha destacando a importância do plano de contratações anual, recomendando a elaboração do documento aos órgãos públicos sob sua jurisdição (Comunicados SDG nº 12/2023 e 34/2023).

68. No âmbito estadual, o tema foi regulamentado pelo Decreto Estadual nº 67.689/2023, a cujos termos esta manifestação se reporta, valendo destacar que o artigo único da disposição transitória do decreto prevê ser facultativa a elaboração do plano no ano de 2023, tornando-se obrigatória a partir do ano subsequente.

69. Por conseguinte, cabe à autoridade administrativa certificar-se de que a contratação pretendida conste do plano de contratações anual (em atendimento ao disposto no artigo 16 do Decreto Estadual nº 67.689/2023³³) ou, caso contrário, justificar devidamente sua ausência.

b) Procedimento administrativo formal e instrumento contratual

70. Em atenção às formalidades inerentes à atuação do Poder Público, para a declaração da inexigibilidade de licitação e celebração do contrato, é necessário que as unidades administrativas instaurem procedimento específico no SEI-SP, consoante estabelece o artigo 5º do Decreto Estadual nº 67.641/2023³⁴.

71. De igual modo, a formalização do ajuste deve ocorrer, em regra, por meio de instrumento de contrato, em face do disposto no artigo 95 da Lei Federal nº 14.133/2021³⁵.

³³ “**Artigo 16** - O setor de contratações verificará se as demandas encaminhadas constam do plano de contratações anual anteriormente à sua execução. **Parágrafo único** - As demandas que não constarem do plano de contratações anual ensejarão a sua revisão, caso justificadas, observado o disposto no artigo 15 deste decreto”.

³⁴ “**Artigo 5º** - A formalização ou a celebração, conforme o caso, de atos e contratos administrativos, convênios, parcerias e outros instrumentos congêneres, por órgãos e entidades da Administração Pública do Estado de São Paulo dar-se-ão, obrigatoriamente, por meio do SEI/SP”.

³⁵ “**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 As 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



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO CONSULTORIA JURÍDICA DA SECRETARIA DA SAÚDE

c) *Processamento da inexigibilidade no Sistema de Compras do Governo Federal*

72. Além do artigo 6º, que reproduziu basicamente os elementos do artigo 72 da NLCC, o Decreto Estadual nº 68.304/2024 também prevê que o processamento da inexigibilidade de licitação deve observar o disposto em seu artigo 7º:

“Artigo 7º - O órgão ou a entidade promotora do procedimento deverá inserir no Sistema de Compras do Governo Federal, no que couber, as seguintes informações para a realização do procedimento de contratação direta, por inexigibilidade ou por dispensa de licitação:

I - a especificação do objeto a ser contratado;

II - as quantidades e o preço estimado de cada item, nos termos do inciso II do artigo 6º deste decreto, observada a respectiva unidade de fornecimento;

III - o local e o prazo de entrega do bem, prestação do serviço ou realização da obra;

IV - declaração de observância às disposições previstas na Lei Complementar federal nº 123, de 14 de dezembro de 2006, nas hipóteses dos incisos I e II do artigo 4º deste decreto;

V - as condições da contratação e as sanções aplicáveis pela inexecução total ou parcial do ajuste”.

73. Logo, além da tramitação regular do processo no SEI/SP, a Administração deve cuidar para que todas as informações exigidas no dispositivo acima transcrito sejam inseridas adequadamente no sistema compras.gov.

d) *Publicação no PNCP e no DOE*

74 O Contrato deverá ser divulgado no Portal Nacional de Contratações Públicas – PNCP no prazo de 10 (dez) dias úteis contados da assinatura de seu instrumento, **sob pena de ineficácia**³⁶. É assim que dispõe o artigo 94 da NLCC:

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)”.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO CONSULTORIA JURÍDICA DA SECRETARIA DA SAÚDE

“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.

§ 1º Os contratos celebrados em caso de urgência terão eficácia a partir de sua assinatura e deverão ser publicados nos prazos previstos nos incisos I e II do **caput** deste artigo, sob pena de nulidade”. (sem destaque no original)

75. O PNCP é o sítio eletrônico oficial previsto no artigo 174 da Lei Federal nº 14.133/2021, com a finalidade de divulgação centralizada e obrigatória dos atos exigidos pela lei, bem como a realização facultativa das contratações pelos órgãos e entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todos os entes federativos (<https://pncp.gov.br/>). Sua regulamentação foi feita pelo Decreto Federal nº 10.764/2021, e sua gerência incumbe ao Comitê Gestor da Rede Nacional de Contratações Públicas.

76. Em face da previsão do artigo 54, §1º, da NLLC³⁷, é de cautela que o extrato do contrato também seja publicado no Diário Oficial, lembrando que o ato que autorize a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato deverá ser igualmente divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial (parágrafo único do artigo 72).

e) Gestor e fiscais do contrato

77. A Lei Federal nº 14.133/2021 incorporou diversos mecanismos voltados para a governança e obtenção de resultados na fase de

³⁶ Conforme anotado no Parecer CJ/SEFAZ nº 552/2023, da Procuradora do Estado Aira Cristina Rachid Bruno de Lima.

³⁷ “Art. 54. A publicidade do edital de licitação será realizada mediante divulgação e manutenção do inteiro teor do ato convocatório e de seus anexos no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP). § 1º Sem prejuízo do disposto no **caput**, é obrigatória a publicação de extrato do edital no Diário Oficial da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, ou, no caso de consórcio público, do ente de maior nível entre eles, bem como em jornal diário de grande circulação”.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO CONSULTORIA JURÍDICA DA SECRETARIA DA SAÚDE

execução dos contratos administrativos, detalhando mecanismos de acompanhamento e fiscalização contratual. É o que se verifica, por exemplo, do inciso III do artigo 104³⁸ e do artigo 117³⁹ da nova legislação.

78. Atendo-se a esse objetivo, o Decreto Estadual nº 68.220/2023 disciplina, por meio de seus artigos 15 a 19, como deve ocorrer a designação e a própria atuação do gestor e eventuais fiscais em todas as etapas da execução contratual. Assim, é recomendável que as unidades se certifiquem de que o gestor do contrato tenha sido formalmente designado nos autos, observando as disposições do referido decreto.

V – PECULIARIDADES DOS CONTRATOS EM QUE O ESTADO FIGURA COMO USUÁRIO DE SERVIÇO PÚBLICO.

79. A contratação de serviços públicos difere sensivelmente dos demais contratos firmados pela Administração. De um lado, a presença do Poder Público em um dos polos da relação jurídica obrigacional atrai a incidência, ao menos parcial, das prerrogativas e sujeições que caracterizam o regime jurídico-administrativo. Noutro giro, algumas alterações nos contratos firmados pela Administração Pública podem decorrer da própria natureza do serviço público contratado, nos termos do artigo 175 da Constituição Federal, bem como da regulação exercida, em cada setor e atividade, pelas agências reguladoras.

³⁸ “Art. 104. O regime jurídico dos contratos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, as prerrogativas de: (...) III - fiscalizar sua execução; (...)”.

³⁹ “Art. 117. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por 1 (um) ou mais fiscais do contrato, representantes da Administração especialmente designados conforme requisitos estabelecidos no art. 7º desta Lei, ou pelos respectivos substitutos, permitida a contratação de terceiros para assisti-los e subsidiá-los com informações pertinentes a essa atribuição. § 1º O fiscal do contrato anotarà em registro próprio todas as ocorrências relacionadas à execução do contrato, determinando o que for necessário para a regularização das faltas ou dos defeitos observados. § 2º O fiscal do contrato informará a seus superiores, em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes, a situação que demandar decisão ou providência que ultrapasse sua competência. § 3º O fiscal do contrato será auxiliado pelos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno da Administração, que deverão dirimir dúvidas e subsidiá-lo com informações relevantes para prevenir riscos na execução contratual. § 4º Na hipótese da contratação de terceiros prevista no **caput** deste artigo, deverão ser observadas as seguintes regras: I - a empresa ou o profissional contratado assumirá responsabilidade civil objetiva pela veracidade e pela precisão das informações prestadas, firmará termo de compromisso de confidencialidade e não poderá exercer atribuição própria e exclusiva de fiscal de contrato; II - a contratação de terceiros não eximirá de responsabilidade o fiscal do contrato, nos limites das informações recebidas do terceiro contratado”.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO CONSULTORIA JURÍDICA DA SECRETARIA DA SAÚDE

80. Dentre as particularidades desse tipo de contratação, há exceções quanto à exigência de alguns requisitos de habilitação para a formalização de contratos com concessionárias de serviços públicos (Parecer PA nº 63/2011). Os órgãos superiores da Procuradoria Geral do Estado também já firmaram entendimento de que, nos acordos em que o Estado figure como usuário de serviços públicos, aplicam-se as regras ditadas pelo Poder Concedente, por meio do órgão regulador. É o que se depreende, por exemplo, das conclusões do Parecer PA nº 213/2005.

81. Já no Parecer PA-3 nº 114/2001, aprovado nos termos propostos pela Subprocuradora Geral do Estado – Área da Consultoria Geral, entendeu-se que os termos das minutas de contrato padrão⁴⁰ ofertadas pelas concessionárias de serviços públicos – naquele caso, pela ECT – podem excepcionalmente ser aceitas pela Administração Pública se a concessionária se mostrar inflexível à negociação dos seus termos, ante a essencialidade dos serviços e necessidade das contratações.

82. Assim, por se tratar de contratos de adesão, ao quais se submetem indistintamente todos os usuários do serviço público, é possível a formalização da avença por meio do instrumento padronizado ofertado pela concessionária, ou por meio de outro instrumento hábil para tal fim, desde que admitido pela NLLC. No entanto, é sempre recomendável que as unidades questionem se a empresa possui instrumento contratual específico para as situações em que a Administração Pública seja o contratante, devendo ser dada preferência à utilização desse tipo de modelo.

83. No que concerne à vigência, com o advento da Lei Federal nº 14.133/2021, não restam dúvidas quanto à possibilidade de que seja estipulada por prazo indeterminado, no caso específico dos contratos em que a Administração figure como usuária de serviço público. É o que se depreende do artigo 109 da NLLC:

“Art. 109. A Administração poderá estabelecer a vigência por prazo indeterminado nos contratos em que seja usuária de serviço público oferecido em regime de monopólio, desde que comprovada, a cada exercício financeiro, a existência de créditos orçamentários vinculados à contratação”.

⁴⁰ Na mesma linha é a Decisão nº 537/1999-Plenário do TCU.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO CONSULTORIA JURÍDICA DA SECRETARIA DA SAÚDE

84. É necessário, entretanto, que a opção pela vigência por prazo indeterminado dos contratos seja devidamente justificada nos autos, salientando-se que, a cada exercício financeiro, deverá ser comprovada a existência de créditos orçamentários vinculados à contratação.

VI - CONSIDERAÇÕES FINAIS.

85. Ante o exposto, emite-se o presente Parecer Referencial para que seja utilizado nos casos concretos que se subsumam, na íntegra, às orientações aqui lançadas, referentes à contratação direta de empresa concessionária de serviço público, por inexigibilidade de licitação fundada no artigo 74, “caput” e inciso I, da Lei Federal nº 14.133/2021, tendo por objeto o **fornecimento ou suprimento de energia elétrica**.

86. Nos termos do art. 4º da Resolução PGE 29/15, a Administração deverá instruir os processos administrativos em que pretenda utilizar a orientação referencial com: a) cópia integral do presente Parecer Referencial e; b) declaração da autoridade competente de que o caso concreto a ela submetido se enquadra, integralmente, nos parâmetros e pressupostos do presente Parecer Referencial, e que serão seguidas as orientações aqui contidas.⁴¹

87. **O prazo de validade deste Parecer Referencial é de 1 (um) ano, ou seja, até 28.02.2025 (artigo 2º, Resolução PGE-29/2015).**

88. Nos termos do parágrafo único do artigo 2º, da Resolução PGE-29/2015, em caso de alteração da legislação que norteia o presente Parecer Referencial, caberá à Administração suscitar à Consultoria Jurídica eventual necessidade de substituição da orientação precedente, competindo a este órgão jurídico dirimir as dúvidas da Administração, de qualquer natureza, sobre a aplicação do Parecer Referencial.

⁴¹ Artigo 4º, Resolução PGE-29/15: “Para utilização do Parecer Referencial, a Administração deverá instruir os processos e expedientes administrativos congêneres com: I – cópia integral do Parecer Referencial com o despacho de aprovação da Chefia da Consultoria Jurídica; II – declaração da autoridade competente para a prática do ato pretendido, atestando que o caso se enquadra nos parâmetros e pressupostos do Parecer Referencial e que serão seguidas as orientações nele contidas.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

CONSULTORIA JURÍDICA DA SECRETARIA DA SAÚDE

De igual sorte, casos que extrapolem os limites da presente orientação deverão ser submetidos à análise individualizada por este órgão consultivo.

89. Com estas considerações, submeto o presente ao crivo superior e, uma vez aprovado, proponho seja encaminhado à Administração para amplo conhecimento e aplicação.

É o parecer.

São Paulo, 29 de fevereiro de 2024.

Heitor Teixeira Penteado
Procurador do Estado



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

CONSULTORIA JURÍDICA DA SECRETARIA DA SAÚDE

ANEXO ÚNICO

Resolução PGE nº 29, de 23 de dezembro de 2015.

Regulamenta a elaboração de Parecer Referencial pelas Consultorias Jurídicas e sua utilização pela Administração Pública.

O PROCURADOR GERAL DO ESTADO, no uso de suas atribuições,

CONSIDERANDO o princípio da eficiência, previsto no artigo 37, caput, da Constituição Federal;
CONSIDERANDO a necessidade de racionalização dos trabalhos nas Consultorias Jurídicas;
CONSIDERANDO a existência de diversos pareceres sobre situações fáticas e jurídicas idênticas;
CONSIDERANDO que a adoção de Parecer Referencial já está sedimentada no âmbito federal, conforme Orientação Normativa AGU nº 55, de 23 de maio de 2014.

RESOLVE:

Artigo 1º - Fica admitida a elaboração de Parecer Referencial, a critério da Chefia da Consultoria Jurídica, quando houver processos e expedientes administrativos com os mesmos pressupostos fáticos e jurídicos, para os quais seja possível estabelecer orientação jurídica uniforme, cuja observância dependa de mera conferência de dados e/ou documentos constantes dos autos.

§ 1º – Considera-se Parecer Referencial a peça jurídica voltada a orientar a Administração em processos e expedientes administrativos que tratam de situação idêntica ao paradigma, sob o ponto de vista das orientações jurídicas ali traçadas.

§ 2º – A juntada de cópia do Parecer Referencial em processo ou expediente administrativo dispensa a análise individualizada pelas Consultorias Jurídicas.

§ 3º – A análise de convênio, termo de parceria ou instrumento congênere, cuja minuta-padrão esteja fixada em decreto, poderá ser feita por Parecer Referencial, do qual deverão constar os necessários requisitos, limites e recomendações de índole jurídica, inclusive quanto ao respectivo Plano de Trabalho.

Artigo 2º - A Consultoria Jurídica fixará prazo de validade para o Parecer Referencial, não superior a um ano, de modo a garantir a atualidade da orientação.

Parágrafo único – Em caso de alteração da legislação que fundamentou o Parecer Referencial, o órgão da Administração deverá suscitar à Consultoria Jurídica eventual necessidade de substituição da orientação precedente, sem prejuízo do dever funcional do Procurador do Estado de manter-se atualizado com a legislação e regulamentos editados e solicitar os ajustes pertinentes.

Artigo 3º - O Parecer Referencial deverá contar, além dos demais aplicáveis à elaboração de parecer, com os seguintes requisitos formais:

I – na ementa: deverá constar a expressão “PARECER REFERENCIAL” e ser indicada a possibilidade de a orientação ser aplicada aos casos idênticos;

II – na fundamentação: deverão ser indicadas as circunstâncias que ensejaram a sua adoção e as características do caso concreto que definem sua condição de paradigma;



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO CONSULTORIA JURÍDICA DA SECRETARIA DA SAÚDE

III – na conclusão: deverão constar os requisitos para sua utilização, indicados nesta resolução, e outros eventualmente aplicáveis ao caso analisado, bem como seu prazo de validade.

Artigo 4º - Para utilização do Parecer Referencial, a Administração deverá instruir os processos e expedientes administrativos congêneres com:

I – cópia integral do Parecer Referencial com o despacho de aprovação da Chefia da Consultoria Jurídica;

II – declaração da autoridade competente para a prática do ato pretendido, atestando que o caso se enquadra nos parâmetros e pressupostos do Parecer Referencial e que serão seguidas as orientações nele contidas.

Artigo 5º - Caberá à Consultoria Jurídica dirimir as dúvidas da Administração sobre a aplicação do Parecer Referencial.

Artigo 6º - A superveniência da dispensa de manifestação das Consultorias Jurídicas, prevista no artigo 45, parágrafo único, inciso I, da Lei Complementar nº 1.270, de 25 de agosto de 2015 (Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado), afasta a utilização de Parecer Referencial que verse sobre o tema.

Parágrafo único – A Consultoria Jurídica da Pasta deverá informar a Administração sobre a dispensa tratada no caput.

Artigo 7º - As Consultorias Jurídicas deverão encaminhar à Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral arquivo eletrônico com o Parecer Referencial elaborado, no prazo de 2 (dois) dias úteis após a aprovação da respectiva chefia.

Artigo 8º - A Subprocuradora Geral do Estado da Consultoria Geral poderá editar normas complementares à elaboração e utilização de Parecer Referencial.

Artigo 9º - As Consultorias Jurídicas deverão adequar os Pareceres Referenciais que já estejam em uso nas respectivas unidades ao regramento estabelecido nesta resolução.

Artigo 10 - Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação..



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

CONSULTORIA JURÍDICA DA SECRETARIA DA SAÚDE

PROCESSO: 024.00031439/2024-82

INTERESSADO: SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE

ASSUNTO: PARECER REFERENCIAL - LICITAÇÃO INEXIGIBILIDADE NLLC
SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA

Aprovo o **Parecer Referencial CJ/SS nº 05/2024**,
por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Encaminhem-se os autos à Chefia de Gabinete da
Pasta, com urgência, para conhecimento do aludido
pronunciamento e divulgação entre as Coordenadorias de
Saúde para observância.

Consultoria Jurídica da Secretaria da Saúde, 29 de
fevereiro de 2024.

Marcelo Grandi Girollo
Procurador do Estado Chefe da Consultoria