



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
CONSULTORIA JURÍDICA DO INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA
MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL

PROCESSO: 147.00035421/2024-54

INTERESSADO: Núcleo de Engenharia Clínica

PARECER: **REFERENCIAL CJ/IAMSPE n.º 1/2025**

EMENTA: **PARECER REFERENCIAL. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO.** Hipótese de aquisição direta, por inexigibilidade de licitação, com fundamento no artigo 74, *caput* e inciso I, da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei Federal nº 14.133/2021, quando o objeto da contratação for a aquisição de peças para manutenção corretiva e/ou preventiva de equipamentos de propriedade do IAMSPE. Dispensa de encaminhamento dos autos para a 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. Atenção a necessidade de observância do teor do artigo 3º, da Lei federal nº 14.133/2021. Outras considerações.

PRAZO DE VALIDADE: 12 meses ou até que sobrevenha orientação diversa.

1. A emissão do presente parecer referencial, a ser observado no âmbito das contratações firmadas pelo Iamspe, se fundamenta na Resolução PGE nº 29, de 23 de dezembro de 2015, para utilização nos processos em que se pretenda **contratar diretamente, por inexigibilidade de licitação, fundada no artigo 74, inciso I, da Lei Federal nº 14.133/2021 e Decreto Estadual 68.304/2024, a aquisição de peças para**



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO CONSULTORIA JURÍDICA DO INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL

manutenção corretiva e/ou preventiva de equipamentos de propriedade do IAMSPE, tendo em vista a inviabilidade de competição.

2. Considerando o princípio da eficiência e a necessidade de racionalização dos trabalhos das Consultorias Jurídicas, bem como a existência de diversos pareceres sobre situações fáticas e jurídicas idênticas, o Procurador Geral do Estado, por meio da Resolução PGE nº 29, de 23 de dezembro de 2015, admite a elaboração do Parecer Referencial pelas Consultorias Jurídicas e sua utilização pela Administração Pública:

“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 ou 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”.

3. Tendo em vista que os processos administrativos preparatórios para contratações diretas, por inexigibilidade de licitação, com fundamento no artigo 74, inciso I, da Lei Federal nº 14.133/2021 e Decreto Estadual 68.304/2024 (dada a inviabilidade de competição), **para aquisição de peças para manutenção corretiva e/ou preventiva de equipamentos de propriedade do IAMSPE**, representam número significativo, envolvem matéria repetitiva e singeleza da atividade desempenhada pelo órgão jurídico, justifica-se a elaboração deste Parecer Referencial, a fim de estabelecer orientação jurídica uniforme sobre o assunto.

4. Sendo assim, recomenda-se que o presente parecer seja empregado como Parecer Referencial nos procedimentos preparatórios para contratações diretas realizadas mediante inexigibilidade de licitação, com fundamento no artigo 74, inciso I, da Lei Federal nº 14.133/2021 e Decreto Estadual 68.304/2024, para aquisição de peças para manutenção corretiva e/ou preventiva de equipamentos de propriedade do IAMSPE, sendo o presente Parecer Referencial aplicável qualquer que seja o valor total da contratação.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

CONSULTORIA JURÍDICA DO INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL

5. Importante salientarmos haver aspectos da Lei federal nº 14.133/2021 que ainda não foram regulamentados no Estado de São Paulo, valendo sugerir que as unidades 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 regulamentação alterando as premissas do presente opinativo, recomenda-se que as unidades submetam eventuais dúvidas à análise desta Consultoria Jurídica.

É o relatório. Opino.

I – DA INTRODUÇÃO

6. Na elaboração do presente Parecer Referencial adotou-se a legislação em vigor, as normas infralegais e as orientações já exaradas por esta Consultoria Jurídica em diversos processos do gênero.

7. A aplicação do Parecer Referencial aos casos análogos que apresentem os mesmos pressupostos fáticos e jurídicos e cuja observância dependa de mera conferência de dados e/ou documentos constantes dos autos, dispensa o envio dos autos à Consultoria Jurídica.

8. Os processos aqui tratados, nos termos do artigo 4º da Resolução PGE nº 29/15, deverão ser instruídos pela Administração com:

- a) cópia integral do presente Parecer Referencial;**
- 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.**



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO CONSULTORIA JURÍDICA DO INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL

9. É importante consignar que a análise individualizada não estará dispensada, caso a administração vislumbre a ocorrência de alguma especificidade a demandar a imposição de requisitos excepcionais, hipótese em que será necessário o encaminhamento dos autos à Consultoria Jurídica.

II – DA ANÁLISE DA CONTRATAÇÃO DIRETA COM BASE NA LEI Nº 14.133/21 – NLLC

10. A Lei federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021, entrou em vigor na data de sua publicação e passou a estabelecer normas gerais de licitação e contratação para a Administração Pública direta, autárquica e fundacional da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (artigo 1º, caput), em substituição às regras anteriormente contidas na Lei nº 8.666/93.

10.1. 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), revela-se oportuno emitir orientação jurídica uniforme à luz da nova legislação, mediante edição de Parecer Referencial.

11. Recomenda-se que os servidores responsáveis pelas contratações acessem frequentemente o site **Portal de Compras do Estado de São Paulo**¹, onde estão todas as informações e orientações sobre o assunto, e disponíveis as minutas padrão². Neste site também há um e-mail para caso de dúvidas e sugestões relacionadas à Nova Lei de Licitações³.

11.1. No site Compras.SP há também Comunicados da Secretaria de Gestão e Governo Digital orientando o uso da nova lei de licitações.

¹ <https://compras.sp.gov.br/>

² Na aba Toolkits

³ suporte.compras@sp.gov.br



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO CONSULTORIA JURÍDICA DO INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL

11.2. Recomenda-se fortemente, outrossim, a visualização dos webinars realizados pela Subsecretaria de Gestão e Governo Digital e pela Escola de Governo do Estado de São Paulo – EGESP, que estão salvos e abordam os pontos mais importantes da transição à Nova Lei de Licitações⁴, bem como a participação das oficinas para uso do sistema Compras.gov.br⁵.

12. Pois bem. Por força do art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal de 1988,⁶ a licitação é regra geral para que a Administração Pública adquira bens e equipamentos ou contrate a prestação de serviços. Com o intuito de regulamentar tal regra, foi editada a Lei Federal nº 14.133/2021, que estabelece as normas gerais de licitações e contratos administrativos. Como parte da regulamentação de tais institutos, a legislação federal previu, expressamente, as hipóteses excepcionais em que não há necessidade de prévio procedimento licitatório para que a Administração Pública celebre contratos.

13. Dentre tais hipóteses, há aquela que é objeto do presente Parecer Referencial, qual seja, a possibilidade de contratação direta, por inexigibilidade de licitação, dada a inviabilidade de competição, conforme regra disposta no artigo 74, inciso I, da Lei federal nº 14.133/2021.⁷

14. Em relação à inexigibilidade de licitação em casos de inviabilidade de competição, tem-se que a anterior Lei de Licitações nº 8.666/93 – agora revogada - disciplinava essa forma específica de inexigibilidade de licitação em seu art. 25, *caput* e inciso I.

⁴ Disponíveis em <https://compras.sp.gov.br/noticias/>

⁵ Disponível em <https://compras.sp.gov.br/oficina-de-simulacao-no-sistema-do-compras-gov-br/>

⁶ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (...) XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

⁷ “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;”



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO CONSULTORIA JURÍDICA DO INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL

15.1. De igual sorte, sob a égide da Lei Federal nº 14.133/2021, o objeto da contratação ora tratada pode ser enquadrado na regra geral do *caput* do artigo 74 e na específica do inciso I, desde que reste efetivamente demonstrada a exclusividade do fornecedor dos bens a serem adquiridos. Confira-se:

“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; (...)”.

16. Sobre o tema, é relevante valermos-nos de lições doutrinárias:

*“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 nº 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 licitação pública, cabendo à comunidade jurídica sistematizar os casos mais frequentes, sem pretender exauri-los, pois o enunciado está em aberto (...)”.*⁸ (grifos nossos)

“Segundo a fórmula legal, a inexigibilidade de licitação deriva da inviabilidade de competição.

(...)

Essa fórmula não foi explicitada nem esclarecida pela Lei 14.133/2021, que se restringiu a fornecer um elenco de exemplos daquilo que caracteriza inviabilidade de competição. O tema tem sido objeto de contínuas incursões doutrinárias e sérias controvérsias jurisprudenciais, sem que se tenham atingido soluções plenamente satisfatórias

(...)

A expressão “inviabilidade de competição” indica situações em que não se encontram presentes os pressupostos para a escolha objetiva da proposta mais vantajosa.

(...) É difícil sistematizar todos os eventos que podem conduzir à inviabilidade de competição. A dificuldade é causada pela complexidade do mundo real, cuja riqueza é impossível de ser delimitada através de regras legais.

(...)

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

⁸ NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação pública e contrato administrativo. 5ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 155.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO CONSULTORIA JURÍDICA DO INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL

apresentam natureza exemplificativa – ainda que dotados de função normativa restritiva.

(...)

A redação do art. 74 da Lei 14.133/2021 determina, de modo inquestionável, que as hipóteses referidas nos incisos são meramente exemplificativas. Portanto, pode haver inviabilidade de competição que não se enquadre em nenhuma das situações referidas nos referidos incisos.

(...)

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.

(...)

A modalidade mais evidente de inviabilidade de competição é aquela derivada da ausência de alternativas para a Administração Pública. Se existe apenas um único produto em condições de atender à necessidade estatal, não há sentido em realizar licitação. Isso seria um desperdício de tempo realizar a licitação.

(...)

Ao desenvolver essas atividades, as avaliações da Administração têm que ser rigorosamente objetivas. Não podem ser influenciadas por referências subjetivas, fundadas em critérios opinativos. O art. 41 consagrou disciplina geral sobre o tema. A Lei volta a reprovar escolhas fundadas na pura e simples preferências por marcas.

⁹ (grifos nossos)

17. Por tratar-se de situação fática, é difícil identificar de antemão todos os casos em que poderia ocorrer, já que a inviabilidade de competição pode decorrer de inúmeros fatores. Alguns dos fatores são aqueles elencados, de forma **exemplificativa**, nos incisos do artigo art. 74 da Lei 14.133/2021:

“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;

II - contratação de profissional do setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública;

III - contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:

a) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos ou projetos executivos;

b) pareceres, perícias e avaliações em geral;

c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;

d) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;

e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;

g) restauração de obras de arte e de bens de valor histórico;

⁹ Justen Filho, Marçal in “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, ed. Revista dos Tribunais, 2021, págs.958/964.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

CONSULTORIA JURÍDICA DO INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL

h) controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem no disposto neste inciso;

IV - objetos que devam ou possam ser contratados por meio de credenciamento;

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

18. É sempre oportuno consignar que foge à competência desta Consultoria Jurídica, o exame acerca do mérito da contratação, seja quanto ao aspecto técnico, seja quanto ao financeiro. De fato, o mérito da contratação reside na esfera do poder discricionário do administrador – sempre a ser exercido com atenção ao princípio da estrita legalidade administrativa – e, portanto, constitui exclusiva responsabilidade da Administração.

III - DA INSTRUÇÃO DOS AUTOS NECESSÁRIA PARA EMBASAR A CONTRATAÇÃO DIRETA COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 74, CAPUT E INCISO I DA LEI Nº 14.133/2021

19. Observa-se que o *caput* do art. 74 da Lei nº 14.133/2021 dispõe que será inexigível a licitação quando houver **inviabilidade de competição**. Seus incisos descrevem situações meramente exemplificativas, conforme posição pacífica na doutrina e jurisprudência, pois a inexigibilidade decorre da inviabilidade de competição, situação que será definida em cada caso concreto. Por sua vez, o parágrafo primeiro do art. 74 do mesmo diploma legal estabelece que nas situações de inexigibilidade referidas no mencionado inciso I “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.***”

20. Dentre as hipóteses destacadas pela Lei de Licitações como exemplo de inviabilidade de competição, temos aquela em que há somente um único



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO CONSULTORIA JURÍDICA DO INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL

fornecedor que pode atender às demandas da Administração. Este caso é abordado no inc. I do artigo 74, supra transcrito.

21. A experiência desta Consultoria Jurídica demonstra que a situação abrangida no inciso I é a mais frequente a ocorrer nesta Pasta. **Em tais casos, orientamos a Administração que demonstre nos autos, com documentos hábeis e atualizados, que a empresa/profissional que se pretende contratar detém a efetiva e fática exclusividade de fornecimento, certificando-se quanto à efetiva caracterização da inviabilidade de competição.**

22. A comprovação da exclusividade deve ser emitida por instituição confiável e idônea do local em que se realize a licitação, e com as especificidades correspondentes à descrição encontrada no SIAFISICO - ou em sistema que venha a substituí-lo.

23. Cabe à Administração aferir as condições acima mencionadas. O atestado/declaração deverá estar dentro do prazo de validade, recomendando-se, ainda, a verificação do documento original.

24. Oportuno citar a Súmula 255 do Tribunal de Contas da União sobre a comprovação da exclusividade:

Súmula 255 – 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.

25. Reforço que a legislação veda a aquisição com opção por determinada marca, excepcionam-se as situações em que, por razões de interesse público, o objeto que se pretende adquirir apresente certas características e peculiaridades que o tornem o **único capaz de atender os objetivos de seu uso**. Tais situações, porém, devem ser perfeitamente caracterizadas e tecnicamente justificadas no processo pela autoridade



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO CONSULTORIA JURÍDICA DO INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL

competente, com a indicação das razões pelas quais **o fim almejado só pode ser obtido com o uso do produto de determinada marca em detrimento de outros existentes no mercado**. Em outras palavras, nos autos deve estar demonstrado o porquê de determinada marca suprir as necessidades da Administração e outras não.

26. Registro que o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo tem interpretação restritiva quanto à opção por marca na aquisição de kits e, portanto, faz-se necessária a presença de justificativa técnica com envergadura suficiente para legitimar a escolha¹⁰.

27. Assim, fica a recomendação no sentido de que, nos casos em que a contratação direta se fundamentar no *caput* do artigo 74 e inciso I, a Administração se cerque de elementos fáticos que demonstrem e registrem a aderência da contratação aos parâmetros legais, registrando que a inviabilidade de competição deve estar devidamente comprovada e justificada nos autos específicos da contratação.

III.1 – DOS REQUISITOS DO ARTIGO 72 DA LEI FEDERAL Nº 14.133/2021 e DO ARTIGO 6º DO DECRETO ESTADUAL Nº 68.304/2024

28. 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:

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;

¹⁰ TC-000386/015/13; TC -1767/003/13 e TC -001593/003/11



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO CONSULTORIA JURÍDICA DO INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL

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”.*

29. 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 6º¹¹ reproduziu, em linhas gerais, os elementos acima transcritos.

29.1. Esses dispositivos da NLLC e do recente Decreto estadual são correspondentes aos do revogado artigo 26 da Lei federal nº 8.666/93.

30. 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.

¹¹ Artigo 6º - O procedimento de contratação direta, por inexigibilidade ou por dispensa de licitação, será instruído com os seguintes documentos, no mínimo: 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; 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 de escolha do contratado; VII - justificativa de preço; VIII - autorização da autoridade competente. (...) § 3º - O ato que autoriza a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial do órgão ou da entidade promotora do procedimento.

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 DO INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL

30.1. Conforme exposto por Márcio Cammarosano¹³, ao comentar o artigo 72 da NLLC, *“deve a contratação direta ser precedida de adequado planejamento, iniciando-se o processo com a formalização da demanda. (...) Detectada alguma necessidade, esta deve ser adequadamente identificada e formalizada em termos de solicitação ou determinação a quem de direito para que desencadeie as providências necessárias”*.

31. 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 encontram nos autos os documentos utilizados para respaldar sua deliberação.

32. 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);

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

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 CCA/PGFN nº 01/2023, em passagem concordante com o entendimento deste

¹³ In “Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, Editora Revista dos Tribunais, 2ª tiragem, 2021, pág. 355.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO CONSULTORIA JURÍDICA DO INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL

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*”.

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 concreto¹⁴.

34. O documento de formalização de demanda (DFD), de acordo com o artigo 12, inciso VII, da Lei Federal nº 14.133/2021, é o elemento a partir do qual “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”.

34.1. Aludido dispositivo legal foi regulamentado, no âmbito do Estado de São Paulo, pelo Decreto nº 67.689/2023.¹⁵¹⁶

34.2. Assim, o 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

¹⁴ Por exemplo, no caso específico de aquisições de insumos laboratoriais, não 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 Regulamenta o inciso VII do artigo 12 da Lei federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021, para dispor sobre o plano de contratações anual no âmbito da Administração Pública direta e autárquica. Disponível em: <http://www.legislacao.sp.gov.br/legislacao/dg280202.nsf/legislacao/decretos.htm>

¹⁶ Artigo 2º - Para fins do disposto neste decreto, considera-se: (...) IV - documento de formalização de demanda: documento que fundamenta o plano de contratações anual, por meio do qual a área requisitante evidencia e detalha a necessidade de contratação;



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO CONSULTORIA JURÍDICA DO INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL

elaboração do documento, recomenda-se que as unidades observem, no que couber, os requisitos previstos no artigo 7º do mesmo decreto.¹⁷

34.3. Oportuno lembrar que no site *Portal de Compras do Estado de São Paulo*¹⁸, na aba Toolkits, há, dentro do item Inexigibilidade e dispensa sem disputa, clicando sobre o desenho, um modelo de minuta de Documento de Formalização de Demanda – DFD, conforme previsão legal.

35. 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. É recomendável que seja juntada nos autos do procedimento administrativo toda a documentação utilizada para dar suporte ao estudo.

35.1. O conteúdo do ETP deve atender às exigências do artigo 5º¹⁹ do referido decreto, e a elaboração do documento será feita no Sistema ETP Digital, disponível

¹⁷ “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”.

¹⁸ <https://compras.sp.gov.br/>

¹⁹ Artigo 5º - Com base no Plano de Contratações Anual, deverão ser registrados no Sistema ETP Digital os seguintes elementos: I - descrição da necessidade da contratação, considerado o problema a ser resolvido sob a perspectiva do interesse público; II - descrição dos requisitos da contratação necessários e suficientes à escolha da solução, prevendo critérios e práticas de sustentabilidade, em todas as suas dimensões, observadas as leis ou regulamentações específicas, bem como padrões mínimos de qualidade e desempenho; III - levantamento de mercado, consistente na análise das alternativas possíveis, e justificativas técnica e econômica da escolha da solução a contratar, podendo, entre outras opções: a) ser consideradas contratações similares feitas por outros órgãos e entidades públicas, bem como por organizações privadas, no contexto nacional ou internacional, com objetivo de identificar a existência de novas metodologias, tecnologias ou inovações que melhor atendam às necessidades da Administração; b) ser realizada audiência e/ou consulta pública, preferencialmente na forma eletrônica, para coleta de contribuições; c) em caso de possibilidade de compra, locação de bens ou outros instrumentos jurídicos para utilização de bens, ser avaliados os custos e os benefícios de cada opção para escolha da alternativa mais vantajosa, prospectando-se arranjos inovadores



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO CONSULTORIA JURÍDICA DO INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL

no Portal de Compras do Governo Federal. Para tanto, a Secretaria de Gestão e Governo Digital disponibilizou, em 8/2/2024, um manual explicativo²⁰ cuja consulta fica recomendada.

35.2. O artigo 8º do referido decreto elenca hipóteses em que o ETP seria dispensado ou facultativo, sendo que os casos de inexigibilidade de licitação não foram previstos no referido dispositivo²¹. Ao contrário, é justamente na fase dos estudos técnicos

em sede de economia circular; e d) ser consideradas outras opções logísticas menos onerosas à Administração, tais como chamamentos públicos de doação e permutas. IV - descrição da solução como um todo, inclusive das exigências relacionadas à manutenção e à assistência técnica, quando for o caso; V - estimativa das quantidades a serem contratadas, acompanhada das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, considerando a interdependência com outras contratações, de modo a possibilitar economia de escala; VI - estimativa do valor da contratação, acompanhada dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, que poderão constar de anexo classificado, se a Administração optar por preservar o seu sigilo até a conclusão da licitação; VII - justificativas para o parcelamento ou não da solução; VIII - contratações correlatas e/ou interdependentes; IX - demonstrativo da previsão da contratação no Plano de Contratações Anual, de modo a indicar o seu alinhamento com o planejamento da Administração, observadas as disposições do artigo 16 do Decreto nº 67.689, de 3 de maio de 2023 X - demonstrativo dos resultados pretendidos, em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais e financeiros disponíveis; XI - providências a serem adotadas pela Administração previamente à celebração do contrato, inclusive adaptações no ambiente do órgão ou da entidade, necessidade de obtenção de licenças, outorgas ou autorizações, capacitação de servidores ou de empregados para fiscalização e gestão contratual; XII - descrição de possíveis impactos ambientais e respectivas medidas mitigadoras, incluídos requisitos de baixo consumo de energia e de outros recursos, bem como logística reversa para desfazimento e reciclagem de bens e refugos, quando aplicável; e XIII - manifestação conclusiva sobre a adequação da contratação para o atendimento da necessidade a que se destina. § 1º - O ETP deverá conter, no mínimo, os elementos previstos nos incisos I, V, VI, VII e XIII deste artigo e, quando não contemplar os demais elementos previstos nos incisos deste artigo, apresentar as devidas justificativas. § 2º - Na etapa de levantamento de mercado de que trata o inciso III deste artigo, o órgão e entidade deverá, primeiramente, prover a análise técnica das soluções identificadas, promovendo a análise econômica apenas daquelas que, qualitativamente, forem viáveis, como forma de minimização de custo processual. § 3º - Se, após o levantamento do mercado de que trata o inciso III deste artigo, a quantidade de fornecedores for considerada restrita, deverá ser certificada a imprescindibilidade dos requisitos impostos para a contratação, excluindo ou flexibilizando os que não forem justificados. § 4º - Na elaboração do ETP, para a definição do menor dispêndio, poderá ser realizado levantamento do custo total da solução, por meio da obtenção dos custos indiretos, relacionados com as despesas de manutenção, garantia técnica estendida, utilização, reposição, depreciação e impacto ambiental do objeto licitado, entre outros fatores vinculados ao ciclo de vida de cada solução. § 5º - Para mensuração de custos indiretos de que trata o § 4º deste artigo, será observado o modelo de referência definido em ato da Secretaria de Gestão e Governo Digital. § 6º - Após a elaboração do Plano de Contratações Anual, o órgão ou entidade, preferencialmente, identificará os processos que demandarão estudos técnicos preliminares mais robustos, privilegiando o emprego de recursos organizacionais em demandas capazes de gerar significativos benefícios econômicos e institucionais. § 7º - Os processos identificados na forma do § 6º deste artigo deverão ser iniciados com a antecedência necessária ao cumprimento do calendário de contratação de que trata o Decreto nº 67.689, de 3 de maio de 2023. § 8º - Em todos os casos, o estudo técnico preliminar deve privilegiar a consecução dos objetivos de uma contratação, nos termos do artigo 11 da Lei federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021, em detrimento de modelagem de contratação centrada em exigências meramente formais.

²⁰ <https://compras.sp.gov.br/agente-publico/manuais/>

²¹ “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”



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO CONSULTORIA JURÍDICA DO INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL

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 14.133/2021²² (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.

37.1. O artigo 6º, inciso XXIII, da Lei nº 14.133/2021 descreve o conteúdo mínimo necessário do documento, nos seguintes termos:

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

- a) definição do objeto, incluídos sua natureza, os quantitativos, o prazo do contrato e, se for o caso, a possibilidade de sua prorrogação;*
- b) fundamentação da contratação, que consiste na referência aos estudos técnicos preliminares correspondentes ou, quando não for possível divulgar esses estudos, no extrato das partes que não contiverem informações sigilosas;*
- c) descrição da solução como um todo, considerado todo o ciclo de vida do objeto;*

²² “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”



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

CONSULTORIA JURÍDICA DO INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL

- d) *requisitos da contratação;*
 - e) *modelo de execução do objeto, que consiste na definição de como o contrato deverá produzir os resultados pretendidos desde o seu início até o seu encerramento;*
 - f) *modelo de gestão do contrato, que descreve como a execução do objeto será acompanhada e fiscalizada pelo órgão ou entidade;*
 - g) *critérios de medição e de pagamento;*
 - h) *forma e critérios de seleção do fornecedor;*
 - i) *estimativas do valor da contratação, acompanhadas dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, com os parâmetros utilizados para a obtenção dos preços e para os respectivos cálculos, que devem constar de documento separado e classificado;*
 - j) *adequação orçamentária;*
- (gn)

37.2. Ressalte-se que o Decreto estadual nº 68.185/2023 orienta a elaboração do TR, destacando-se a necessidade de utilização do Sistema TR Digital, disponível no Portal de Compras do Governo Federal (art. 1º, §1º²³). Os procedimentos estão estabelecidos no Manual de Sistema TR Digital, disponível no Portal de Compras do Estado (art. 1º, §2º²⁴)

37.3. Neste sentido, recomenda-se que o TR observe o modelo disponibilizado pela Secretaria de Gestão e Governo Digital – SGGD, constante do Toolkit voltado ao Pregão Eletrônico no Portal Compras de São Paulo²⁵, por força do §3º do artigo 6º do citado Decreto nº 68.185/2023²⁶. De fato, no ambiente de produção do site compras.sp.gov.br é possível acessar diversos modelos dos documentos em questão, o que facilita sua elaboração pelos servidores responsáveis das unidades contratantes. 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

²³ Artigo 1º - Este decreto dispõe sobre a elaboração do Termo de Referência – TR para a aquisição de bens e a contratação de serviços, nos termos da Lei federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021, no âmbito da Administração Pública direta e autárquica do Estado de São Paulo. §1º - Para os procedimentos de que trata este decreto, será utilizado o Sistema TR Digital, disponível no Portal de Compras do Governo Federal.

²⁴ §2º - Sem prejuízo do disposto no §1º deste artigo, para acesso e operacionalização do sistema, deverão ser observados os procedimentos estabelecidos no Manual do Sistema TR Digital, disponível no Portal de Compras do Estado.

²⁵ Disponível em: <https://compras.sp.gov.br/toolkits/>

²⁶ Artigo 6º - Deverão ser registrados no Sistema TR Digital os seguintes parâmetros e elementos descritivos: (...) §3º - Deverão ser utilizados os modelos de TR instituídos pela Secretaria de Gestão e Governo Digital, com auxílio dos órgãos de assessoramento jurídico do Estado, que conterão os elementos previstos neste artigo.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO CONSULTORIA JURÍDICA DO INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL

caso concreto ou mesmo decorrentes de regulamentações próprias do Estado de São Paulo, providenciando as adaptações necessárias.

37.4. Sobre o teor do documento, recorda-se que o TR irá balizar a proposta de preço e a proposta técnica, tratando-se, portanto, de peça crucial para a gestão do contrato.

37.5 Assim, um TR bem elaborado provavelmente conduzirá a propostas técnicas consistentes e a propostas de preço mais condizentes com a média do mercado. Por outro lado, um projeto deficiente dificilmente resultará bons produtos.

37.6 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 licitação²⁷.

37.7. Recomendam-se as seguintes cautelas na elaboração do Termo de Referência:

- (a) o Termo de Referência deve contemplar, de forma sucinta, o máximo de informações acerca dos bens que a administração pretende adquirir, como por exemplo, validade mínima – se o caso, unidade, apresentação, necessidade – ou não – de registro na ANVISA, etc;
- (b) que o órgão técnico observe o necessário cuidado na sua especificação, de modo a atender aos interesses da Administração;
- (c) caso se trate de aquisição com entrega parcelada, necessário que conste o cronograma de entrega, atentando para os meses que ainda restam no ano da contratação, de forma que as entregas não ultrapassem o exercício financeiro em curso;

²⁷ “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 prorrogações dos contratos de serviços e fornecimentos contínuos”.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO CONSULTORIA JURÍDICA DO INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL

(d) o objeto da contratação deve ser definido em conformidade com a descrição do item correspondente no SIAFISICO, ou em sistema que venha a substituí-lo.

37.8 Os documentos mencionados neste tópico têm natureza eminentemente técnica, não cabendo a esta Consultoria Jurídica realizar juízo de conveniência e oportunidade de seu teor.

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

38. 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 complementares.

39. O inciso II do art. 72 demanda que o processo contemple “**estimativa de despesa**”, que deve se basear em **pesquisa de preços** de acordo com o preconizado no artigo 23 da NLLC, que dispõe sobre a base para definição do valor estimado.

39.1. Sob a égide da Lei Federal nº 8.666/1993, a jurisprudência do TCU²⁸ entendia que, nos casos de inexigibilidade de licitação, a pesquisa de mercado com outros fornecedores estaria prejudicada, de modo que seria possível realizar comparação entre os valores praticados pela futura contratada junto a outras instituições públicas ou privadas.

39.2. Essa solução também foi adotada pela 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 §§*

²⁸ 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 DO INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL

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”.

39.3. 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 seja possível estimar o valor do objeto na forma estabelecida em seu artigo 3º, o parágrafo 1º do artigo 10 disciplina hipótese excepcional de justificativa de preços muito semelhante à do §4º do artigo 23 da NLLC. Já o §3º do mesmo dispositivo do decreto veda a “*contratação direta por inexigibilidade se a justificativa de preços demonstrar a possibilidade de competição*”²⁹.

39.4. 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.

39.5. Com efeito, é preciso que sempre sejam suficientemente motivados os atos administrativos pela autoridade competente, de modo a ser atendido preceito constitucional (artigo 111 da CE).

²⁹ Artigo 10 - As contratações diretas decorrentes de dispensa ou de inexigibilidade de licitação estão sujeitas ao disposto neste decreto e às disposições complementares presentes nos parágrafos deste artigo. § 1º - Quando não for possível estimar o valor do objeto na forma estabelecida no artigo 3º, a justificativa de preços será dada com base em valores de contratações de objetos idênticos, comercializados pela futura contratada, por meio da apresentação de notas fiscais emitidas para outros contratantes, públicos ou privados, no período de até 1 (um) ano anterior à data da contratação pela Administração, ou por outro meio idôneo. § 2º - Excepcionalmente, caso a futura contratada não tenha comercializado o objeto anteriormente, a justificativa de preço de que trata o § 1º deste artigo poderá ser realizada com objetos semelhantes de mesma natureza, devendo apresentar especificações técnicas que demonstrem similaridade com o objeto pretendido. § 3º - Fica vedada a contratação direta por inexigibilidade se a justificativa de preços demonstrar a possibilidade de competição. § 4º - Na hipótese de dispensa de licitação com base nos incisos I e II do artigo 75 da Lei federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021, a estimativa de preços poderá ser realizada concomitantemente à seleção da proposta economicamente mais vantajosa, mediante solicitação formal de cotações a fornecedores.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO CONSULTORIA JURÍDICA DO INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL

39.6. É necessário, para tanto, que se apresente planilha orçamentária com indicação de quantitativos, valores unitários de cada item e valor total da contratação.

39.7 Quanto à demonstração da **razoabilidade do preço**, a aferição da compatibilidade de valores, em razão da exclusividade, deve ser realizada não apenas com base na declaração unilateral do fornecedor dos produtos, mas também mediante comparação dos preços praticados pelo fornecedor exclusivo para clientes do setor privado, bem como para outros órgãos do Estado.

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

40. A NLLC e o Decreto nº 68.304/2024 também exigem para a instrução da contratação direta, a apresentação de **parecer jurídico** – para controle prévio da legalidade (art. 53, § 4º e §5º), e **de parecer técnico, se for o caso** – para verificação do atendimento às características do objeto contratual e demais requisitos exigidos para adequada instrução dos autos a que se refere o art. 72 (art. 72, III). O parecer jurídico, no caso, será o presente parecer referencial.

40.1. 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*”.

40.2. 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



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO CONSULTORIA JURÍDICA DO INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL

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).

40.3. 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.

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

41. 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*”.

41.1. Portanto, a existência de recursos para cobrir as despesas com a contratação é indispensável e a efetiva reserva destes é obrigatória previamente à contratação, sob pena de nulidade do ajuste e responsabilidade funcional.

41.2 A propósito, em se tratando de criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que supere o montante de R\$ 59.906,02³⁰ (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

³⁰ Valor obtido a partir do artigo 74, inciso II, da Lei Federal nº 14.133/2023, com a atualização promovida pelo Decreto Federal nº 11.871/2023



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO CONSULTORIA JURÍDICA DO INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL

declaração prevista no art. 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal (artigo 55 da Lei Estadual nº 17.725/2023³¹- 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 União³², o que merece ser verificado e certificado pela autoridade nos autos.

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

42. Para a celebração da contratação direta, é necessário que a unidade certifique nos autos que o fornecedor a ser contratado 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”.

³¹ 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.”.

³² 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 DO INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL

42.1. Dessa forma, os documentos de habilitação jurídica³³, bem como fiscal, social e trabalhista³⁴ 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.

42.2. Importante ressaltar que deverão vir aos autos todas as certidões atualizadas como se a licitação tivesse sido realizada. Isso porque a exigência de demonstração da regularidade da contratada deve se estender a todos os requisitos usualmente exigidos nos contratos precedidos de licitação. Nesse sentido, é a lição de Marçal Justen Filho:

“A configuração de contratação direta não autoriza o afastamento dos requisitos de habilitação e contratação. O sujeito que não satisfizer os requisitos de habilitação deve ser excluído não apenas nas hipóteses de contratação precedida de licitação. Também será vedada a sua contratação direta. Os mesmos fundamentos que impõem a verificação da idoneidade daquele que participa de uma licitação também se aplicam no caso de contratação direta.”³⁵

42.3. Caberá à Administração, portanto, reunir e instruir os autos com todos os documentos referentes à contratada, atentando para que **todos os documentos estejam válidos à data da contratação**, a saber:

a) Certidões de regularidade fiscal, jurídica e trabalhista, que deverão estar com prazo de validade em vigência no momento da

³³ 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”

³⁴ 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”.

³⁵ Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, págs. 907/908



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO CONSULTORIA JURÍDICA DO INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL

contratação, sob pena da mesma não poder se concretizar: FGTS-CRF; Certidão Negativa ou Positiva com Efeitos de Negativa de Créditos Tributários Federais e da Dívida Ativa da União; Certidão Negativa ou Positiva com Efeitos de Negativa de Débitos Trabalhistas. Estas certidões não deverão apresentar pendências e, em se tratando de certidões obtidas por meio eletrônico, ter a sua validade confirmada conforme estiver indicado nas próprias certidões;

b) declarações subscritas por pessoa com poderes de representação, de que a contratada: (i) se encontra em **situação regular perante o Ministério do Trabalho**, no que se refere à observância do disposto no inciso XXXIII do artigo 7º da Constituição Estadual, conforme modelo anexo ao Decreto estadual nº. 42.911, de 06/03/1998; (ii) cumpre as normas relativas à saúde e segurança do trabalho, conforme parágrafo único do artigo 117 da Constituição Estadual; (iii) de que **inexiste impedimento legal para contratar com a Administração**; e (iv) de que sua **proposta foi elaborada de forma independente** e que conduz seus negócios de forma a coibir fraudes, corrupção e a prática de quaisquer outros atos lesivos à Administração Pública, nacional ou estrangeira, em atendimento à Lei Federal nº 12.846/2013 e ao Decreto Estadual nº 60.106/2014;

c) certidão negativa de falência, concordata, recuperação judicial e extrajudicial, expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica;

d) cópia do ato indicativo da pessoa responsável e com poderes suficientes à **representação da empresa** a ser contratada;

e) comprovante de situação cadastral no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica – CNPJ, documentos societários (contrato social ou estatuto) e de representação que comprovem que os representantes da contratada dispõem de poderes para representá-la na relação jurídica a ser entabulada com o Estado, acompanhados de documento pessoal destes representantes;



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO CONSULTORIA JURÍDICA DO INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL

f) consulta prévia ao (i) **CADIN ESTADUAL**³⁶, anteriormente à celebração do ajuste e realização do pagamento, nos termos da Lei Estadual nº 12.799, de 11 de janeiro de 2008, que foi regulamentada pelo Decreto Estadual nº 53.455, de 19 de setembro de 2008; (ii) ao **“Sistema Eletrônico de Aplicação e Registro de Sanções Administrativas – e-Sanções”**, no endereço www.esancoes.sp.gov.br; (iii) ao **“Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS”**, no endereço <http://www.portaltransparencia.gov.br/ceis>; (iv) ao **“Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Atos de Improbabilidade Administrativa e Inelegibilidade – CNIA**, do Conselho Nacional de Justiça, no endereço http://www.cnj.jus.br/improbidade_adm/consultar_requerido.php; (v) ao **Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP** (<http://www.portaltransparencia.gov.br/sancoes/cnep>); (vi) ao **Cadastro Estadual de Empresas Punidas – CEEP** (<http://www.corregedoria.sp.gov.br/PesquisaCEEP.aspx>); e (vii) à **relação de apenados publicada pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo** (<https://www.tce.sp.gov.br/apenados>), devendo ser consultados o nome da pessoa jurídica licitante e também de seu sócio majoritário (artigo 12 da Lei Federal nº 8.429/1992).

42.4. Como regra, 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.

42.5 Não obstante, havendo certidões que apresentem restrições, aplica-se o entendimento fixado pelo Subprocurador Geral do Estado – Área da Consultoria

³⁶ Especificamente quanto à questão, destaco aqui a orientação institucional fixada na Procuradoria Geral do Estado com a aprovação parcial do Parecer PA 63/2011, segundo o qual se admite a contratação de fornecedor inscrito no CADIN Estadual quando inexistir outro apto a atender às necessidades da Administração. Nesse sentido, destaco trecho do despacho do Subprocurador Geral do Estado da Consultoria: “2.1. Nas situações em que a competição é inviável, por inexistir outro fornecedor ou prestador dos serviços apto a atender às necessidades da Administração, a única alternativa possível é a contratação, ainda que a pessoa física ou jurídica a ser contratada registre pendência no CADIN ESTADUAL.”



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO CONSULTORIA JURÍDICA DO INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL

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 único³⁷. 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 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. (...)”.

42.6 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*, os documentos que podem ser substituídos em razão do cadastro da empresa no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF.³⁸

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

43. A autoridade competente deve expor, em sua deliberação, os motivos da escolha da empresa indicada para a contratação. Nos casos de inexigibilidade de

³⁷ 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”.

³⁸ 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



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO CONSULTORIA JURÍDICA DO INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL

licitação, as justificativas decorrem da própria necessidade da contratação, bem como da inviabilidade de competição em razão da exclusividade do fornecedor.

43.1. De toda sorte, a autoridade deve se certificar de que a exclusividade esteja concretamente demonstrada no procedimento administrativo, conforme já ressaltado neste parecer referencial.

g) Autorização da autoridade competente (inciso VIII):

44. 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.

44.1. 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)³⁹.

44.2. Ou seja, nos termos da NLLC, não é mais exigida a ratificação da autorização da dispensa de licitação pela autoridade superior, tal qual era anteriormente exigido no artigo 26 da Lei nº 8666/93, sendo que o artigo 72 da NLLC não contém a mesma exigência.

44.3. Neste sentido entende Jacoby Fernandes in “CONTRATAÇÃO DIRETA SEM LICITAÇÃO”⁴⁰, 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.”

³⁹ No mesmo sentido é o Parecer Referencial CJ/SEDUC nº 01/2024, de autoria da Procuradora do Estado Mariana Beatriz Tadeu de Oliveira.

⁴⁰ 11ª Edição, 1ª reimpressão, editora Fórum, 2022, pág. 88



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO CONSULTORIA JURÍDICA DO INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL

45. No que concerne à definição da competência para autorizar a contratação direta, e fixar as suas condições, seguindo o entendimento consignado no despacho⁴¹ da Subprocuradora Geral da Consultoria Geral que aprovou o Parecer CJ/SAP nº 24/2024⁴², é necessário verificar os decretos de organização da autarquia 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.

45.1. Desta forma, enquanto não editado decreto regulamentar explicitando as competências para o exercício das atividades previstas na Lei federal nº 14.133/2021 – e revendo orientação anterior deste órgão jurídico -, deverão ser observados os decretos que tratam da organização administrativa e que regulamentavam as competências para os atos relativos a licitações e contratos regidos pela Lei federal nº 8.666/1993, em atenção ao artigo 189⁴³ da Nova Lei de Licitações⁴⁴.

45.2. Assim, quanto à **competência** para a **autorização da contratação direta**, até que sobrevenha regulamentação específica da NLLC, importante lembramos que o artigo 1º, do **Decreto estadual nº 31.138**, de 09 de janeiro de 1990, assim dispõe:

Artigo 1.º - São competentes para **autorizar a abertura de licitação ou sua dispensa**:

I - os **Secretários de Estado**;

II - os **dirigentes de autarquias**;

⁴¹ “(...) 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 (...)”.

⁴² De autoria do Procurador do Estado Rodrigo Augusto de Carvalho Campos.

⁴³ “Art. 189. Aplica-se esta Lei às hipóteses previstas na legislação que façam referência expressa à Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, à Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e aos arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011”

⁴⁴ De acordo com as Orientações Consolidadas Sub-Cons PGE/SP, que tratam da APLICAÇÃO DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, versão 3 – 12.3.2024



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO CONSULTORIA JURÍDICA DO INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL

III - o dirigente do órgão central de compras do Estado. (gn)

45.3. Por sua vez, o **artigo 5º do mesmo decreto**, com redação dada pelo Decreto nº 37.410, de 9 de setembro de 1993, dispõe que:

*"Artigo 5.º - As competências constantes dos artigos 1.º e 2.º, quando já não tenham sido atribuídas, por decreto de organização, a autoridade subordinada, **poderão ser delegadas**, mediante ato específico publicado no Diário Oficial, na seguinte conformidade:*

I - ao Chefe de Gabinete ou aos dirigentes de unidades orçamentárias, quanto às concorrências;

***II - ao Chefe de Gabinete, aos dirigentes de unidades orçamentárias ou aos dirigentes de unidades de despesa, quanto as demais modalidades de licitação.".** (gn*

45.4. A definição das modalidades de licitação decorria, pela Lei nº 8666/93, do valor estimado para a contratação. Pela atual Lei de Licitações nº 14.133/2021, o valor estimado não é mais fator para definir as modalidades de licitação, e sim são definidas pela **natureza do objeto**.

45.5. Nos termos do artigo 6º, inciso XXXVIII, da NLLC, concorrência é a *modalidade de licitação para contratação de bens e serviços especiais e de obras e serviços comuns e especiais de engenharia*.

45.6. Nos termos do artigo 6º, inciso XLI, da NLLC, **pregão** é a *modalidade de licitação obrigatória para aquisição de bens e serviços comuns*.

45.7. O presente parecer referencial abrange a **aquisição** direta de bens, por inexigibilidade de licitação, pelo que, a modalidade aplicável não seria a concorrência.

45.8 A **competência para autorizar a inexigibilidade de licitação**, de acordo com os artigos 1º, inciso I e 5º, inciso II do Decreto estadual nº 31.138/1990, seria do **Chefe de Gabinete, dos Dirigentes de Unidades Orçamentárias, ou dos Dirigentes de Unidades de Despesa**. Todavia, diante da autonomia administrativa, financeira e patrimonial, nada impede normatização própria do Iamspe que expressamente permita a



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO CONSULTORIA JURÍDICA DO INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL

autorização por pessoa com similar hierarquia, atendido aos parâmetros gerais dos regulamentos citados.

45.9. É recomendável, portanto, que a autoridade que pretenda autorizar a contratação direta indique expressamente em sua deliberação o 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.

46. Observa-se, outrossim, que cabe à autoridade competente manifestar-se sobre todas as condições para a celebração da avença, notadamente quanto às justificativas, prazo de duração do ajuste, objeto da contratação, quantidades, prazos, condições e local de entrega, forma de pagamento, sanções para o inadimplemento, garantia de execução contratual, devendo todas as disposições estar em conformidade com a NLLC, especialmente com seu artigo 18⁴⁵, no que couber.

⁴⁵ Art. 18. A fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual de que trata o inciso VII do caput do art. 12 desta Lei, sempre que elaborado, e com as leis orçamentárias, bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, compreendidos: I - a descrição da necessidade da contratação fundamentada em estudo técnico preliminar que caracterize o interesse público envolvido; II - a definição do objeto para o atendimento da necessidade, por meio de termo de referência, anteprojeto, projeto básico ou projeto executivo, conforme o caso; III - a definição das condições de execução e pagamento, das garantias exigidas e ofertadas e das condições de recebimento; IV - o orçamento estimado, com as composições dos preços utilizados para sua formação; V - a elaboração do edital de licitação; VI - a elaboração de minuta de contrato, quando necessária, que constará obrigatoriamente como anexo do edital de licitação; VII - o regime de fornecimento de bens, de prestação de serviços ou de execução de obras e serviços de engenharia, observados os potenciais de economia de escala; VIII - a modalidade de licitação, o critério de julgamento, o modo de disputa e a adequação e eficiência da forma de combinação desses parâmetros, para os fins de seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, considerado todo o ciclo de vida do objeto; IX - a motivação circunstanciada das condições do edital, tais como justificativa de exigências de qualificação técnica, mediante indicação das parcelas de maior relevância técnica ou valor significativo do objeto, e de qualificação econômico-financeira, justificativa dos critérios de pontuação e julgamento das propostas técnicas, nas licitações com julgamento por melhor técnica ou técnica e preço, e justificativa das regras pertinentes à participação de empresas em consórcio; X - a análise dos riscos que possam comprometer o sucesso da licitação e a boa execução contratual; XI - a motivação sobre o momento da divulgação do orçamento da licitação, observado o art. 24 desta Lei. § 1º O estudo técnico preliminar a que se refere o inciso I do caput deste artigo deverá evidenciar o problema a ser resolvido e a sua melhor solução, de modo a permitir a avaliação da viabilidade técnica e econômica da contratação, e conterá os seguintes elementos: I - descrição da necessidade da contratação, considerado o problema a ser resolvido sob a perspectiva do interesse público; II - demonstração da previsão da contratação no plano de contratações anual, sempre que elaborado, de modo a indicar o seu alinhamento com o planejamento da Administração; III - requisitos da contratação; IV - estimativas das quantidades para a contratação, acompanhadas das memórias de cálculo e dos documentos que lhes dão suporte, que considerem interdependências com outras contratações, de modo a possibilitar economia de escala; V - levantamento de mercado, que consiste na análise das alternativas possíveis, e justificativa técnica e econômica da escolha do tipo de solução a contratar; VI - estimativa do valor da contratação, acompanhada



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
CONSULTORIA JURÍDICA DO INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA
MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL

Do instrumento negocial

47. Uma vez verificada a adesão da contratação que se pretende realizar à hipótese legal de inexigibilidade de licitação tratada no presente Parecer Referencial, e observados os elementos de instrução do procedimento preparatório, deverá a Administração formalizar a relação com o fornecedor, que poderá se dar mediante nota de empenho ou Contrato.

47.1. Qualquer que seja o objeto a ser contratado e o valor da contratação, a formalização sempre poderá se dar pelo instrumento do Contrato. No entanto, em muitos casos, dada a simplicidade e efemeridade da relação a ser entabulada, pode se mostrar mais adequada à eficiência administrativa a substituição do termo de contrato por nota de empenho, modalidade de celebração mais ágil.

48. As situações em que é possível a utilização de nota de empenho encontram-se no artigo 95, caput e inciso II, da Lei federal nº 14.133/2021:

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.

dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, que poderão constar de anexo classificado, se a Administração optar por preservar o seu sigilo até a conclusão da licitação; VII - descrição da solução como um todo, inclusive das exigências relacionadas à manutenção e à assistência técnica, quando for o caso; VIII - justificativas para o parcelamento ou não da contratação; IX - demonstrativo dos resultados pretendidos em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais e financeiros disponíveis; X - providências a serem adotadas pela Administração previamente à celebração do contrato, inclusive quanto à capacitação de servidores ou de empregados para fiscalização e gestão contratual; XI - contratações correlatas e/ou interdependentes; XII - descrição de possíveis impactos ambientais e respectivas medidas mitigadoras, incluídos requisitos de baixo consumo de energia e de outros recursos, bem como logística reversa para desfazimento e reciclagem de bens e refugos, quando aplicável; XIII - posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação para o atendimento da necessidade a que se destina. § 2º O estudo técnico preliminar deverá conter ao menos os elementos previstos nos incisos I, IV, VI, VIII e XIII do § 1º deste artigo e, quando não contemplar os demais elementos previstos no referido parágrafo, apresentar as devidas justificativas. § 3º Em se tratando de estudo técnico preliminar para contratação de obras e serviços comuns de engenharia, se demonstrada a inexistência de prejuízo para a aferição dos padrões de desempenho e qualidade almejados, a especificação do objeto poderá ser realizada apenas em termo de referência ou em projeto básico, dispensada a elaboração de projetos.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO CONSULTORIA JURÍDICA DO INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL

§ 1º Às hipóteses de substituição do instrumento de contrato, aplica-se, no que couber, o disposto no art. 92 desta Lei. (gn)

48.1. Da conjugação da regra do caput do artigo 95 e daquela constante de seu inciso II, depreende-se que a nota de empenho poderá ser utilizada em caso de contratação direta com fundamento no artigo 74 da Lei de Licitações, nas hipóteses de compras com entrega imediata e integral dos bens adquiridos e dos quais não resultem obrigações futuras.

48.2. Por outro lado, haverá necessidade de formalização de termo de contrato nos casos em que a entrega for parcelada ou quando da avença resultem obrigações futuras. Nas hipóteses de aquisição com entrega parcelada: **(i)** a duração do contrato não poderá ultrapassar o período de vigência do crédito orçamentário, ou seja, somente poderá vigorar até o dia 31 de dezembro do ano em que for celebrado, uma vez que o exercício financeiro coincide com o ano civil; e **(ii)** o número de parcelas de entrega terá necessariamente que coincidir com o prazo ainda restante de validade do atestado de exclusividade do fornecedor a ser contratado.

48.3. Portanto, tratando-se de aquisição com entrega imediata, a formalização da contratação poderá, em tese, se dar por meio da emissão de nota de empenho.

48.4. Caso seja esta a escolha da autoridade competente em deliberação, todas as disposições acerca da aquisição, tais como prazo e local de entrega, necessidade – ou não – de prestação de garantia, sanções para o caso de inadimplemento, devem ser **muito bem delineadas no Termo de Referência, considerando que não haverá instrumento de contrato, apenas nota de empenho.**

48.5. De todo modo, os dispositivos acima possibilitam a substituição de termo de contrato por instrumento simplificado, sem, entretanto, alterar a natureza jurídica de ato bilateral de acordo de vontade, que é inerente à figura do contrato compreendida no conceito de negócio jurídico referido no artigo 104 do Código Civil.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO CONSULTORIA JURÍDICA DO INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL

48.6. Caso a tradição da coisa não acarrete a liberação do particular, dever-se-á formalizar a avença por meio de **instrumento de contrato** que contemple todas as obrigações futuras e siga a sistemática da Lei federal nº 14.133/2021 para essa instrumentalização.

48.7. Nos casos em que seja obrigatória a celebração de Termo de Contrato, ou que a Administração entenda pela conveniência e oportunidade de sua celebração, a minuta a ser elaborada e assinada deverá ter coerência com o definido no termo de referência e na deliberação da autoridade competente e conter as disposições dos artigos 89 e 92 da Lei nº 14.133/2021.

48.8. Estão disponíveis no site Portal de Compras do Estado de São Paulo, na aba Toolkits, os modelos padrão de minutas para a contratação direta, destinadas à Contratação Direta - Aquisições:

Inexigibilidade e Dispensa sem disputa



Recomenda-se ler os comentários de preenchimento que constam do modelo de termo de contrato.

48.9. A minuta de contrato a ser elaborada e assinada deverá conter as disposições dos artigos 89 e 92 da Lei nº 14.133/2021. Deve-se cuidar para que haja absoluta consonância entre as condições do contrato com o estabelecido na deliberação da autoridade e no Termo de Referência, os quais não poderão conter estipulações contraditórias ou divergentes, o que se recomenda seja devidamente conferido e certificado nos autos.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

CONSULTORIA JURÍDICA DO INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL

49. No que se refere às **sanções administrativas** para o caso de inadimplimento contratual, **deverão estar previstas**, conforme o caso, **no Termo de Referência ou no contrato** a ser celebrado, de acordo com o artigo 24 do Decreto estadual nº 68.304/2024 e nos artigos 155 e 156 da Lei federal nº 14.133/2021:

Art. 155. O licitante ou o contratado será responsabilizado administrativamente pelas seguintes infrações:

- I - dar causa à inexecução parcial do contrato;*
- II - dar causa à inexecução parcial do contrato que cause grave dano à Administração, ao funcionamento dos serviços públicos ou ao interesse coletivo;*
- III - dar causa à inexecução total do contrato;*
- IV - deixar de entregar a documentação exigida para o certame;*
- V - não manter a proposta, salvo em decorrência de fato superveniente devidamente justificado;*
- VI - não celebrar o contrato ou não entregar a documentação exigida para a contratação, quando convocado dentro do prazo de validade de sua proposta;*
- VII - ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado;*
- VIII - apresentar declaração ou documentação falsa exigida para o certame ou prestar declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato;*
- IX - fraudar a licitação ou praticar ato fraudulento na execução do contrato;*
- X - comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude de qualquer natureza;*
- XI - praticar atos ilícitos com vistas a frustrar os objetivos da licitação;*
- XII - praticar ato lesivo previsto no art. 5º da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.*

Art. 156. Serão aplicadas ao responsável pelas infrações administrativas previstas nesta Lei as seguintes sanções:

- I - advertência;*
- II - multa;*
- III - impedimento de licitar e contratar;*
- IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar.*

§ 1º Na aplicação das sanções serão considerados:

- I - a natureza e a gravidade da infração cometida;*
- II - as peculiaridades do caso concreto;*
- III - as circunstâncias agravantes ou atenuantes;*
- IV - os danos que dela provierem para a Administração Pública;*
- V - a implantação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade, conforme normas e orientações dos órgãos de controle.*

§ 2º A sanção prevista no inciso I do caput deste artigo será aplicada exclusivamente pela infração administrativa prevista no inciso I do caput do art. 155 desta Lei, quando não se justificar a imposição de penalidade mais grave.

§ 3º A sanção prevista no inciso II do caput deste artigo, calculada na forma do edital ou do contrato, não poderá ser inferior a 0,5% (cinco décimos por cento) nem superior a 30% (trinta por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com contratação direta e será aplicada ao responsável por qualquer das infrações administrativas previstas no art. 155 desta Lei.

§ 4º A sanção prevista no inciso III do caput deste artigo será aplicada ao responsável pelas infrações administrativas previstas nos incisos II, III, IV, V, VI e VII do caput do art. 155 desta Lei, quando não se justificar a imposição de penalidade mais grave, e impedirá o responsável de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta do ente federativo que tiver aplicado a sanção, pelo prazo máximo de 3 (três) anos.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO CONSULTORIA JURÍDICA DO INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL

§ 5º A sanção prevista no inciso IV do caput deste artigo será aplicada ao responsável pelas infrações administrativas previstas nos incisos VIII, IX, X, XI e XII do caput do art. 155 desta Lei, bem como pelas infrações administrativas previstas nos incisos II, III, IV, V, VI e VII do caput do referido artigo que justifiquem a imposição de penalidade mais grave que a sanção referida no § 4º deste artigo, e impedirá o responsável de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta de todos os entes federativos, pelo prazo mínimo de 3 (três) anos e máximo de 6 (seis) anos.

§ 6º A sanção estabelecida no inciso IV do caput deste artigo será precedida de análise jurídica e observará as seguintes regras: I - quando aplicada por órgão do Poder Executivo, será de competência exclusiva de ministro de Estado, de secretário estadual ou de secretário municipal e, quando aplicada por autarquia ou fundação, será de competência exclusiva da autoridade máxima da entidade; II - quando aplicada por órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública no desempenho da função administrativa, será de competência exclusiva de autoridade de nível hierárquico equivalente às autoridades referidas no inciso I deste parágrafo, na forma de regulamento.

§ 7º As sanções previstas nos incisos I, III e IV do caput deste artigo poderão ser aplicadas cumulativamente com a prevista no inciso II do caput deste artigo.

§ 8º Se a multa aplicada e as indenizações cabíveis forem superiores ao valor de pagamento eventualmente devido pela Administração ao contratado, além da perda desse valor, a diferença será descontada da garantia prestada ou será cobrada judicialmente.

§ 9º A aplicação das sanções previstas no caput deste artigo não exclui, em hipótese alguma, a obrigação de reparação integral do dano causado à Administração Pública.

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

a) Plano de contratações anual

51. 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*”.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO CONSULTORIA JURÍDICA DO INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL

51.1. 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. (...)”⁴⁶.

51.2 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).

51.3 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 que era facultativa a elaboração do PCA no ano de 2023, tornando-se obrigatória a partir do ano subsequente.

51.4. 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 67.689/2023⁴⁷) ou, caso contrário, justificar devidamente sua ausência.

52. Em atenção às formalidades inerentes à atuação do Poder Público, para a declaração da inexigibilidade de licitação e celebração do contrato, é

⁴⁶ NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação pública e contrato administrativo. 5ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 448

⁴⁷ “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”.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO CONSULTORIA JURÍDICA DO INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL

necessário que as unidades administrativas instaurem procedimento específico no SEI-SP, consoante estabelece o artigo 5º do Decreto Estadual nº 67.641/2023⁴⁸.

b) Processamento da inexigibilidade no Sistema de Compras do Governo Federal:

53. De acordo com o Decreto estadual nº 68.304/2024, para o processamento da inexigibilidade de licitação, é necessário o atendimento aos seus artigos 7º e 23, que assim dispõem:

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.

CAPÍTULO IV

Da Inexigibilidade e da Dispensa de licitação sem disputa eletrônica

Artigo 23 - Nas hipóteses de inexigibilidade e dispensa de licitação sem disputa eletrônica^{49,50}, após as inserções no Sistema de Compras do Governo Federal dos documentos e informações de que tratam o “caput” do artigo 6º e o “caput” do artigo 7º deste decreto, o resultado será publicado automaticamente no PNCP. (destacamos).

53.1. 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.

c) Publicação no PNCP e no DOE

⁴⁸ “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”.

⁴⁹ Caso dos autos

⁵⁰ As dispensas de licitação com **disputa eletrônica** só serão empregadas nas hipóteses de contratação direta fundamentadas exclusivamente no valor previstas nos incisos I e II do artigo 4º do decreto 68.304/2024.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO CONSULTORIA JURÍDICA DO INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL

54. Necessário frisar que no prazo de 10 (dez) dias úteis, sob pena de ineficácia, o Contrato deverá ser divulgado no Portal Nacional de Contratações Públicas – PNCP, nos termos da determinação do art. 94 da NLLC:

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. (...) (gn)

54.1. O PNCP - O Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) é o sítio eletrônico oficial, previsto no art. 174 da NLLC, destinado à divulgação centralizada e obrigatória dos atos exigidos pela Lei nº 14.133, de 2021, bem como a realização facultativa das contratações pelos órgãos e entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todos os entes federativos. Sua regulamentação foi feita pelo Decreto nº 10.764, de 9/8/2021, e sua gerência incumbe ao Comitê Gestor da Rede Nacional de Contratações Públicas.

54.2. Em face da previsão do artigo 54, §1º, da NLLC⁵¹, 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).

54.3. De acordo com as Orientações Consolidadas Sub-Cons PGE/SP57, ***a exigência de publicação de extrato em jornal diário de grande circulação constante do § 1º do artigo 54 da NLLC somente se aplica a editais de licitação, o que não abrange as hipóteses de contratação direta por dispensa ou inexigibilidade de licitação.***

Gestor e fiscais do contrato

⁵¹ 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 DO INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL

55. A Lei Federal nº 14.133/2021 incorporou diversos mecanismos voltados para a governança e obtenção de resultados na fase de execução dos contratos administrativos, detalhando mecanismos de acompanhamento e fiscalização contratual. É o que se verifica, por exemplo, do inciso III do artigo 104⁵² e do artigo 117⁵³ da NLLC.

55.1. 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.

IV - ESPECIFICAMENTE NO QUE SE REFERE A INSTRUÇÃO DO PROCESSO ORA SOB ANÁLISE:

56. Cuidam os autos de proposta de contratação direta, por inexigibilidade de licitação, da empresa DRAGER INDUSTRIA E COMERCIO LTDA para aquisição de Válvula APL para aparelho de anestesia marca Drager, modelo Fabius Plus, para manutenção de equipamento de anestesia marca Drager, modelo FAbius, pertencente ao Centro Cirúrgico do HSPE/FMO, com fundamento no artigo 74, caput e inciso I, da Lei federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021, conforme solicitação e justificativa (doc.0048177645).

⁵² “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; (...)”.

⁵³ 9 “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 anotará 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 DO INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL

57. Na justificativa técnica (doc.0048177645), firmada pelo Diretor Técnico do Núcleo de Engenharia Clínica do Hospital do Servidor Público Estadual, informou-se que *“O carrinho de anestesia é um equipamento que substitui a ventilação pulmonar de pacientes submetidos à anestesia geral. Tem a função auxiliar na ventilação durante a anestesia, além de ser responsável por diversos tipos de monitorização. Sendo utilizado para suporte à vida, é necessário o adequado conserto e perfeito funcionamento dos equipamentos para o seguimento das rotinas do Centro Cirúrgico.”*.

57.2. Aponta que a manutenção do equipamento é vantajosa à Administração, demonstrada por meio do percentual de gasto com manutenção se comparado à compra de novo equipamento (2,77%).

57.3. Foi informado que o serviço de assistência técnica está coberto por contrato de manutenção firmado com a empresa Drager (Contrato DA nº 080/2020).

57.4. Houve o encarte do cadastro de bem patrimonial do equipamento a ser reparado (doc. 0044608974).

58. A contratação direta da empresa DRAGER INDUSTRIA E COMERCIO LTDA, para a aquisição da peça de reposição e manutenção preventiva do equipamento da marca Drager, por inexigibilidade de licitação, tem por fundamento legal o disposto no artigo 74, inciso I, da Lei Federal nº 14.133/2021, pois, segundo justificativa técnica, a empresa detém exclusividade em todo território nacional para vender peças e componentes da marca Drager e assistência técnica.

59. Para o fim de comprovação da inviabilidade de competição, juntou-se *Carta de Exclusividade* (tradução juramentada) emitida pela empresa *Dragerwerk AG & CO. KGaA*, em 24/09/2024, declarando a exclusividade da representação da empresa no Brasil, com validade até 31/12/2026 (doc. 0054094195):

“[...] a Dräger do Brasil Ltda., sociedade anônima comercial constituída e existente de acordo com as leis do Brasil, com sede na Alameda Pucuruí, nº 59, Centro Industrial de Tamboré, CEP 06460-100, na Cidade de Barueri, Estado de São Paulo, Brasil, inscrita no Cadastro de Pessoas



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO CONSULTORIA JURÍDICA DO INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL

Jurídicas (“CNPJ/MF”) sob o nº 61.185.922/0001-05, com a Inscrição Estadual sob o nº. 206.545.845.117 e devidamente autorizada pela ANVISA - AFE No. 1.03039-4 Autorização de Funcionamento - “AFE” (“Dräger do Brasil”), ambas pertencentes ao nosso grupo Dräger, são nossos agentes e revendedores exclusivos no território brasileiro para a representação e distribuição dos produtos médicos fabricados e/ou comercializados por nós, bem como as pessoas exclusivas (incluindo pessoas jurídicas e físicas) autorizadas por nós a solicitar o registro do produto na ANVISA e também comercializar os produtos médicos relevantes no Brasil em seu próprio nome e conta e o fornecedor exclusivo de serviços técnicos (por exemplo, assistência técnica, consultoria técnica, reparo, peças de reposição e manutenção) de tais produtos no território brasileiro (“Atividades”).”

59.1. Em complemento, a Administração consultou outras empresas que atuam no ramo e não obteve respostas (docs. 0045575206, 0045593462 e 0045676075).

59.2. Nesse aspecto, vale citar o que dispõe a Súmula nº 255 do Tribunal de Contas da União⁵⁴, cabendo à autoridade certificar-se da condição de fornecedor exclusivo das peças que se pretende adquirir.

60. O Termo de Referência (doc. 0049553510) deve observar os requisitos delineados no Decreto Estadual nº 68.185/2023 e Lei Federal nº 14.133/2021. Cabe ressaltar que as informações quanto ao objeto nele contidas foram subscritas pela autoridade responsável e não cabe à Consultoria Jurídica analisar aspectos relativos à técnica, pertinência ou adequação dos itens à Administração.

61. Quanto à demonstração da compatibilidade do preço com os praticados no mercado consta declaração da empresa de Razoabilidade de Preços no sentido de que: *“os preços ofertados em nossas propostas são compatíveis com os preços praticados em outros órgãos públicos ou privados. Esta declaração visa substituir e dispensar o envio de Espelhos de Notas Fiscais, evidenciando valores praticados dos itens solicitados na contratação em pauta, pois como é de conhecimento público, os produtos ofertados pela DRÄGER são importados e os preços são afetados com a variação cambial. Com a oscilação do câmbio nossos preços sofreram reajustes nos últimos meses e, até o presente*

⁵⁴ SÚMULA Nº 255/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 DO INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA
MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL

momento, não temos como comprovar os novos preços por meio de notas fiscais de venda”.
(doc. 0046030515).

Foram encartadas notas fiscais de comercialização da peça (docs. 0046030741, 0054354271).

61.1. O Núcleo de Pesquisa e Compatibilidade de Preços informa que *“Embora informado que se trata de item sem similar no mercado, conforme pedido de aquisição de material (0048177645), realizamos pesquisa de preços objetivando a ratificação da informação (0054094167). Constatada a informação após negativas (0045575206 0045593462 0045676075), solicitamos a Drager, além da proposta (0054094214), declaração de exclusividade de venda do produto (0054354271) e Notas Fiscais de venda (0053681949 0053682290), comprovando que o preço sugerido está compatível e razoável com os valores praticados no mercado pela empresa Assim, por apresentar declaração de Exclusividade e pela ausência de outros fornecedores para o item, segue o presente para a aquisição por Inexigibilidade”.*

62. Providenciada a reserva de recursos (doc. 0055424861). Alerto que as normas de execução orçamentária devem ser rigorosamente seguidas, especialmente quanto ao prévio empenho da despesa. O desrespeito à legislação orçamentária pode conduzir à nulidade do contrato e apuração de responsabilidade do servidor.

63. No que concerne à documentação necessária, saliento que todos os documentos devem ser apresentados na forma original ou cópia autenticada, todas as certidões/documentos deverão estar válidos no momento da celebração da contratação, com necessidade de serem providenciados novos, se os prazos de validades respectivos já estiverem expirados, todas as certidões expedidas via Internet devem ser confirmadas por servidor público, que deve atestar a sua autenticidade, condição expressa de aceitação desses documentos.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO CONSULTORIA JURÍDICA DO INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL

63.1. Ressalto, ainda, a necessidade de renovação dos documentos com a validade expirada ou prestes a expirar. **Os documentos de habilitação que instruem o processo devem levar em consideração o CNPJ da empresa que se pretende contratar.**

64. Quanto à minuta de Autorização de Fornecimento (doc. 0056766846), observo que poderá ser utilizada para o fim que se destina e deverá ser firmada pelas partes, Contratante e empresa Contratada.

Ressalto que referida minuta deve estar em plena harmonia com o que consta do Termo de Referência e do Folheto Descritivo, proposta de orçamento da contratada e demais documentos que instruem o processo, quanto a prazos e obrigações, sendo recomendada a revisão dos documentos para compatibilização.

V- CONCLUSÕES

65. Reitera-se que, **caso surjam dúvidas jurídicas não abrangidas pelas orientações gerais ora traçadas, ou seja**, alguma dúvida sobre como aplicar as instruções estabelecidas a determinado caso concreto, o expediente específico, devidamente instruído e indicando a dúvida jurídica em questão, **deverá ser remetido a este órgão jurídico, para análise e manifestação**

66. Ademais, nos termos do parágrafo único do artigo 4º da Resolução PGE nº 29/2015, na hipótese de alteração da legislação que fundamenta o presente parecer referencial, a Administração deverá suscitar à Consultoria Jurídica eventual substituição das orientações dele constantes.

67. Em suma, diante das orientações acima expostas, constatada pela Administração a existência de processo com os mesmos pressupostos fáticos e jurídicos, este Parecer Referencial poderá ser utilizado. Para tanto, reitere-se, a Administração deve observar o **artigo 4º, da Resolução PGE nº 29/2015⁵⁵**, que prevê a necessidade de instrução

⁵⁵ 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.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
CONSULTORIA JURÍDICA DO INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA
MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL

dos autos e dos expedientes congêneres com **(i) cópia integral do Parecer Referencial com o despacho de aprovação da Chefia da Consultoria Jurídica e (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. (Anexo II).** Deverá também ser acostado aos processos e expedientes administrativos congêneres cópia integral do presente Parecer Referencial.

68. Por fim, nos termos do artigo 2º, da Resolução PGE nº 29/2015, com a finalidade de garantir a atualidade das orientações traçadas por esta Consultoria Jurídica, **fixa-se o prazo de um ano para a validade deste Parecer Referencial.**

É o parecer.

Restituo os autos ao Departamento de Administração para o regular prosseguimento, recomendando a ampla divulgação do presente opinativo jurídico, especialmente junto ao Núcleo de Pesquisa e Compatibilidade de Preços e à Gerência de Contratação de Materiais e Serviços do IAMSPE.

São Paulo, 10 de março de 2025.

Paula Lutfalla Machado Lellis

Procuradora do Estado