



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

CONSULTORIA JURÍDICA DA SECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA

PROCESSO: 006.00020631/2024-61

INTERESSADO: Coordenadoria de Unidades Prisionais da Região Noroeste do Estado

PARECER: REFERENCIAL CJ/SAP n.º 2/2024

EMENTA: LICITAÇÃO. INEXIGIBILIDADE. Aquisição de passagens terrestres intermunicipais para o exercício de 2024. Inviabilidade de competição decorrente da exclusividade da realização do transporte intermunicipal no trecho de interesse. Análise de viabilidade da contratação com fundamento no artigo 74, inciso I, da Lei federal nº 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos - NLLC) e no Decreto nº 68.304 de 09 de janeiro de 2024. Possibilidade, em tese. Decretos estaduais: 68.220, de 15/12/2023, 68.185, de 11/12/2023, 68.021, de 11/10/2023, 68.017, de 11/10/2023, 67.985, de 27/09/2023, 67.888, de 17/08/2023, 67.689, de 03/05/2023, 67.608, de 27/03/2023. Observações quanto à instrução dos autos. Ponderações e recomendações quanto ao novo regime jurídico. Proposta de retorno à origem para providências e prosseguimento. PARECER REFERENCIAL. Resolução PGE nº 29, de 23/12/2015. Aplicabilidade a casos com identidade de objeto. Paradigma analisado. Validade máxima de um ano. Necessidade de manifestação da Consultoria Jurídica em processos que fujam do modelo ou em caso de alteração legislativa.

Senhor (a) Procurador (a) do Estado Chefe da Consultoria Jurídica,

1. Trata-se processo administrativo que veicula proposta de contratação direta da empresa **EMPRESAS REUNIDAS PAULISTA DE TRANSPORTE LTDA.**, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 44.993.632/0001-79, por inexigibilidade de licitação com fulcro na hipótese do inciso I do artigo 74 da Lei n. 14.133/2021, visando a emissão de **passagens terrestres intermunicipais** (transporte rodoviário), para o trajeto Pirajuí/São



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

CONSULTORIA JURÍDICA DA SECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA

Paulo – São Paulo/Pirajuí, para o exercício de 2024, a serem utilizadas por servidores da Coordenadoria de Unidades Prisionais da Região Noroeste do Estado em deslocamentos para participação em reuniões, cursos, treinamentos, entre outros eventos oferecidos pelos órgãos do governo e a serviço da Administração Pública.

2. No que há de se relatar para esta análise jurídica, os foram instruídos com: Documento de formalização de demanda (0018976081); **Estudo Técnico Preliminar 2/2024 (0018976268)**; despacho – justificativa ausência da análise de riscos (0018982665); **Termo de Referência – minuta 2/2024 (0019825677)**; planilha - estimativa de despesa (0019830130); Nota de Reserva (0019830544); instrumentos constitutivos da empresa a ser contratada (0019832212); documentos de habilitação (0019832299 e 0019848431); declarações empresa (0019848716); **declaração de exclusividade emitida pela ARTESP (0019849163)**; Portaria ARTESP dispondo sobre os preços das passagens (0019849388); Informação do Centro de Finanças e Suprimentos (0019849605); despacho do Departamento de Administração (0019870673); Informação da Assistência Técnica da Coordenadoria Regional (0020177614), acolhida por despacho do Coordenador (0020178173).

3. Nesses termos, a partir do despacho da md. Chefia de Gabinete (0020341578), os autos foram encaminhados a esta Consultoria Jurídica para análise e parecer.

É o relatório. Opino.

A HIPÓTESE DE INEXIGIBILIDADE

4. Anote-se, por primeiro, que conforme previsão do artigo 193, inciso II, da Lei federal nº 14.133/2021, em 30/12/2023 ocorreu a revogação das legislações que regulamentavam as compras públicas, especialmente a Lei federal nº



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO CONSULTORIA JURÍDICA DA SECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA

8.666/1993, portanto, não se afigura mais possível a realização de certames licitatórios e contratações diretas fundados na mencionada lei.

5. Portanto, a contratação direta pretendida deverá ser celebrada sob o regime da Lei federal nº 14.133/2021, observando-se, no âmbito estadual, também o que prevê no Decreto nº 68.304/2024, que dispõe sobre os procedimentos de contratação direta, por inexigibilidade ou dispensa de licitação, na forma eletrônica, de que tratam os artigos 74 e 75 do novo diploma federal sobre licitações e contratos.

6. A Constituição da República aponta os princípios fundamentais da igualdade e moralidade, que fazem da licitação a regra, e a contratação direta, a exceção:

“Art. 37. (...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, 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 exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações” (destaquei).

7. É imprescindível licitar, porque não se pode fazer uma discriminação entre iguais. E o princípio da moralidade impõe não ser razoável que os recursos captados pela população sejam canalizados sem competição, para esse ou aquele, segundo as conveniências ou as preferências do Administrador.

8. As hipóteses em que se admite que a contratação ocorra sem prévio procedimento licitatório são aquelas em que “a licitação formal seria impossível ou frustraria a realização adequada das funções estatais. O procedimento licitatório normal conduziria ao sacrifício dos bens buscados pelo Estado e não asseguraria a contratação mais vantajosa”¹

9. Na hipótese de inexigibilidade, a licitação não pode ser realizada, por ser inviável a competição. Trata-se, conforme nos ensina Marçal Justen

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Nova Lei 14.133/2021. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2021, pág. 938.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

CONSULTORIA JURÍDICA DA SECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA

Filho, de uma imposição da realidade extra normativa (diversamente dos casos de dispensa, que são objeto de criação legislativa). Por assim ser, o rol legal das hipóteses de inexigibilidade é apenas exemplificativo, dada a complexidade do mundo real, que inviabiliza sistematizar em regras legais todos os eventos que podem conduzir à inviabilidade de competição².

10. Na Lei nº 14.133/2021 a contratação por inexigibilidade vem prevista no artigo 74. Veja-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;
(...)”

11. Segundo justificativa juntada aos autos, a Diretoria interessada necessita adquirir passagens terrestres para a locomoção de servidores entre os municípios informados, Pirajuí a São Paulo e vice-versa, para atender a necessidade de deslocamentos de servidores da Coordenadoria de Unidades Prisionais da Região Noroeste do Estado para participação em reuniões, cursos, treinamentos, entre outros eventos oferecidos pelos órgãos do governo e a serviço da Administração Pública.

12. Quanto ao aspecto material, a proposta de inexigibilidade de licitação é calcada na exclusividade de atendimento dos percursos descritos pela empresa “EMPRESAS REUNIDAS PAULISTA DE TRANSPORTE LTDA”.

13. A lei indica as formas de demonstração da inviabilidade de licitação, que são: 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, sendo vedada a preferência por marca específica. Essa é a previsão ao § 1º do artigo 74 da NLLC:

§ 1º - Para fins do disposto no inciso I do caput deste artigo, a Administração deverá demonstrar a inviabilidade de competição, mediante atestado de

² JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Nova Lei 14.133/2021. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2021, págs. 958/959.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

CONSULTORIA JURÍDICA DA SECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA

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.

14. A esse a respeito, confira-se também a Súmula nº 255 do Tribunal de Contas da União, aplicável por similaridade à NLLC³, devendo o agente público que certifica a inexistência de outros fornecedores ou prestadores de serviço ter redobrada cautela, frente ao agora previsto no artigo 337-E do Código Penal.

15. Nesse sentido, a declaração fornecida pela Agência de Transporte do Estado de São Paulo – ARTESP (0019849163), informando que o transporte nos trechos de interesse é fornecido com exclusividade pela empresa citada, autoriza a sua contratação direta, sem prévio processo licitatório, com fundamento no artigo 74, inciso I, da Lei federal nº 14.133/2021.

16. Quanto aos requisitos formais para que o ajuste seja levado adiante, cabe à Administração observar o artigo 72 da NLLC prevê que a instrução do feito deve atender os seguintes elementos, veja-se:

“Art. 72. O processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverá ser instruído com os seguintes documentos:

- I - documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo;
- II - estimativa de despesa, que deverá ser calculada na forma estabelecida no art. 23 desta Lei;
- III - parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos;
- IV - demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido;
- V - comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária;
- VI - razão da escolha do contratado;
- VII - justificativa de preço;
- VIII - autorização da autoridade competente.

³ Súmula nº 255 - Nas contratações em que o objeto só possa ser fornecido por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, é dever do agente público responsável pela contratação a adoção das providências necessárias para confirmar a veracidade da documentação comprobatória da condição de exclusividade.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

CONSULTORIA JURÍDICA DA SECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA

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.” (grifei)

17. De mesmo teor o artigo 6º do Decreto nº 68.304/2024, que dispõe sobre os procedimentos de contratação direta, por inexigibilidade ou dispensa de licitação, no âmbito estadual:

“**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**.

§ 1º - O Sistema de Compras do Governo Federal de registro de preços poderá ser utilizado nas hipóteses de que tratam os artigos 3º e 4º deste decreto, para a aquisição de bens ou para a contratação de serviços por mais de um órgão ou entidade.

§ 2º - Na hipótese de que trata o §1º deste artigo, a indicação da dotação orçamentária somente será exigida para a formalização do contrato ou outro instrumento hábil.

§ 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.”

18. Nesse sentido, para o fim de atender às exigências legais acima indicadas, a Administração deve certificar de que todos os documentos e informações acima constam dos autos. A instrução incompleta pode caracterizar as hipóteses do artigo 73 da NLLC, acarretando responsabilidade solidária do contratado e do agente público, por eventuais danos causados ao erário, além de outras sanções legais⁴.

19. Necessário, portanto, verificar se todas as disposições acima

⁴ Art. 73. Na hipótese de contratação direta indevida ocorrida com dolo, fraude ou erro grosseiro, o contratado e o agente público responsável responderão solidariamente pelo dano causado ao erário, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

CONSULTORIA JURÍDICA DA SECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA

restaram adequadamente atendidas.

DOCUMENTO DE FORMALIZAÇÃO DA DEMANDA E PLANO DE CONTRATAÇÕES ANUAL

20. A primeira exigência é que conste da instrução dos autos o Documento de Formalização da Demanda, o DFD. No caso, o DFD foi elaborado (0018976081).

21. O DFD⁵, previsto no artigo 12, inciso VII e no artigo 72, inciso I, ambos da Lei federal nº 14.133/2021, é parte integrante da instrução dos processos licitatórios e contratações diretas e, no âmbito do Estado de São Paulo, se encontra regulamentado pelo Decreto nº 67.689, de 03/05/2023.

22. Trata-se de documento que “fundamenta o plano de contratações anual, por meio do qual a área técnica requisitante evidencia e detalha a necessidade da contratação” (artigo 2º, inc. IV, do Decreto nº 67.689/2023).

23. De acordo com o artigo 7º do citado diploma estadual, o DFD deverá conter 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 valores 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 entidade;
- VI - grau de prioridade da compra ou da contratação em baixo,

⁵ Lei nº 14.133/2021:

“Art. 12. No processo licitatório, observar-se-á o seguinte:

(...)

VII – 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.

§1º o plano de contratações anual de que trata o inciso VII do **caput** deste artigo deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial e será observado pelo ente federativo na realização de licitações e na execução dos contratos

(...)” (grifei e destaquei)



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

CONSULTORIA JURÍDICA DA SECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA

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 e 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.

24. Ainda, o parágrafo único deste mesmo artigo 7º determina que, para atendimento do “caput”, “os órgãos e as entidades observarão, no mínimo, o nível referente à classe dos materiais ou ao grupo dos serviços e das obras dos Sistemas de Catálogo de Material, de Serviços ou de Obras do Governo Federal”

25. Devem ser observadas as demais diligências previstas ao longo do texto legal citado, para eventual complementação técnica e consolidação no plano de contratações anual.

26. É possível verificar que consta do DFD que instrui o processo sob análise: a) justificativa para a necessidade da contratação; b) descrição do objeto, o qual é complexo; c) a quantidade a ser contratada; d) a estimativa preliminar do valor da contratação, observado o exercício em curso; e) a data pretendida para a conclusão da contratação – penso que aqui a informação que a Lei nº 14.133/2021 demanda é a data em que será celebrado o ajuste, pois o dispositivo legal refere “a fim de não gerar prejuízos ou descontinuidade das atividades do órgão ou entidade”. Em acréscimo a tal informação, pode ser mantida previsão para o encerramento de sua vigência, tal como previsto no modelo de DFD elaborado pela PGE/SP; f) o grau de prioridade, estabelecido como alta, sem esclarecimento quanto ao parâmetro adotado, o que recomendo seja providenciado; g) a informação de ausência de dependência em relação a outro DFD; e h) o nome da área requisitante.

27. Sendo assim, parece-me que o DFD, com os esclarecimentos acima, estará apto a atender os requisitos postos pelo artigo 7º do Decreto nº 67.689/2023. Recomendo, contudo, a administração certifique o atendimento ao disposto no parágrafo único do artigo 7º, bem como que, oportunamente, providencie as diligências



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

CONSULTORIA JURÍDICA DA SECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA

administrativas previstas nos demais dispositivos do Decreto.

28. Em relação ao Plano de Contratações Anual, observo que não localizei informações acerca de sua elaboração pela Pasta e respectiva previsão da contratação que se pretende celebrar. Sendo assim, recomendo que a Administração esclareça se adotou a opção permitida pelo artigo único da Disposição Transitória do Decreto estadual nº 67.689 de 03 de maio de 2023, ou seja, se não elaborou plano de contratações anual em 2023 referente a 2024. Por outro lado, caso tenha sido elaborado o plano de contratações anual em 2023 referente a 2024, a contratação examinada já deve nele constar, sob pena de necessária revisão, nos termos do parágrafo único do artigo 16 do Decreto nº 67.689/2023.

ESTUDO TÉCNICO PRELIMINAR – ETP

29. O Estudo Técnico Preliminar também é documento integrante dos autos sob análise, em atendimento aos dispositivos legais acima citados.

30. Vem definido no artigo 6º, inciso XX da Lei federal nº 14.133/2021 como o “documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação que caracteriza o interesse público envolvido e a sua melhor solução e dá base ao anteprojeto, ao termo de referência ou ao projeto básico a serem elaborados caso se conclua pela viabilidade da contratação.”

31. O Estudo Técnico Preliminar – ETP, deve ser elaborado, no caso, de forma a atender o disposto nos §§1º e 2º do artigo 18 da Lei federal nº 14.133/2021:

“§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;



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

CONSULTORIA JURÍDICA DA SECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA

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, a justificativa técnica e econômica da escolha do tipo de solução a contratar;

VI – estimativa do valor da contratação, acompanhada dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe são suporte, que poderão constar de anexo classificado, se a Administração optar por preservar 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 termo 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 a 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 rejeitos, quando aplicável;

XIII – posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação para o atendimento da necessidade a que se destinar.

§2º o estudo técnico preliminar deverá conter ao menos os elementos previstos no 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.”

32. No Estado de São Paulo, a elaboração do ETP também deve observar as diretrizes do **Decreto estadual nº 68.017, de 11/10/2023**, que, em seus artigos 3º a 7º traça instruções específicas para a elaboração deste relevante documento, indicando o conteúdo necessário:

Artigo 3º - O ETP deverá:

I - evidenciar o problema a ser resolvido e a melhor solução, de modo a permitir a avaliação das viabilidades técnica, socioeconômica e ambiental da contratação;

II - estar alinhado com o Plano de Contratações Anual, com o Plano de Logística Sustentável e com os demais instrumentos de planejamento da Administração;

III - ser elaborado conjuntamente por servidores da área técnica e requisitante ou, quando houver, pela equipe de planejamento da contratação, observado o § 1º do artigo 2º deste decreto.

Artigo 4º - A elaboração do ETP deverá considerar:

I - a possibilidade de utilização de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias-primas existentes no local da execução, conservação e operação do bem, serviço ou obra, desde que não haja prejuízo à competitividade do processo licitatório e à eficiência do respectivo contrato, nos termos do § 2º do artigo 25 da Lei federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021;



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

CONSULTORIA JURÍDICA DA SECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA

II - a necessidade de ser exigido, em edital ou em aviso de contratação direta, que os serviços de manutenção e assistência técnica sejam prestados mediante deslocamento de técnico ou disponibilizados em unidade de prestação de serviços localizada em distância compatível com suas necessidades, conforme dispõe o § 4º do artigo 40 da Lei federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021;

III - as contratações anteriores voltadas ao atendimento de necessidade idêntica ou semelhante à atual, como forma de melhorar a performance contratual, em especial nas contratações de execução continuada ou de fornecimento contínuo de bens e serviços, com base, inclusive, no relatório final de que trata a alínea "d" do inciso VI do § 3º do artigo 174 da Lei federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021;

IV - os ETPs de outros órgãos e entidades, disponíveis na base de dados do Sistema ETP Digital, voltados ao atendimento de necessidade idêntica ou semelhante.

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 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;



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

CONSULTORIA JURÍDICA DA SECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA

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.

Artigo 6º - Nas hipóteses em que o ETP demonstrar que a avaliação e a ponderação da qualidade técnica das propostas que superarem os requisitos mínimos estabelecidos no edital são relevantes aos fins pretendidos pela Administração, será adotado o critério de julgamento de técnica e preço, conforme o disposto no § 1º do artigo 36 da Lei federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021.

Artigo 7º - Ao final da elaboração do ETP, deve-se avaliar a necessidade de classificá-lo nos termos da Lei federal nº 12.527, de 18 de novembro de 2011

33. Necessário, portanto, verificar se o ETP que consta da instrução dos autos atende aos requisitos legais acima indicados. Dada a singeleza do objeto, me parece suficiente que contenha os elementos mínimos obrigatórios fixados nos dispositivos legais acima transcritos, segundo estabelecido no §2º do artigo 18 da Lei federal nº 14.133/2021.

34. No caso, salvo melhor juízo e reiterando que o objeto da



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

CONSULTORIA JURÍDICA DA SECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA

contratação é dos mais singelos, o ETP apresentado se mostra, em linhas gerais, apto a atender ao regramento federal e ao estadual, acima indicados. Todavia, apresento nos itens que subseqüentes, algumas ressalvas, recomendando apreciação pela unidade técnica

35. O item 2 do ETP indica a necessidade de deslocamentos de servidores da sede da regional até cidade de São Paulo. A ressalva que ora se apresenta é no sentido de que o citado item, desde logo, apresenta uma única solução para problema, já referindo à contratação de passagens de transporte rodoviário intermunicipal. É importante ter presente o ETP é peça técnica na qual a origem deve cogitar todas as possibilidades de atendimento da necessidade (que, no caso, é o deslocamento) e então concluir, fundamentadamente, qual é a que melhor o faz. Em outras palavras, não se pode confundir a necessidade com a solução, sendo o ETP peça na qual a origem deve demonstrar que escolheu a melhor opção para o atendimento da necessidade.

36. Pela mesma razão, no ETP, o levantamento de mercado (item 5 do ETP apresentado), não se confunde com a pesquisa de preços para uma solução já definida. Isto porque, na pesquisa de mercado do ETP, a unidade técnica deve demonstrar a investigação de eventuais outros modos de atendimento da necessidade administrativa, indicando em tal investigação a viabilidade das soluções identificadas, inclusive no aspecto material e econômico. Após, com os dados colhidos na investigação, é possível indicar os requisitos que a contratação deverá atender, a partir do que deve ser elaborado o Termo de Referência.

37. Assim, muito embora o problema não seja complexo e a solução possa ser a mais comum e tradicional – talvez a já adotada ao longo dos anos – é importante que, para o atendimento das disposições e princípios que orientam a NLLC, o ETP venha a ser integrado para observar as ressalvas acima lançadas, ainda que, ao final, a origem conclua pela adequação da solução já apresentada.

38. Em sendo mantida a mesma solução, observo que a Administração informa que o quantitativo indicado tomou por base o consumo dos anos anteriores, nada havendo a ser observado a respeito, parecendo-me adequado o parâmetro



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

CONSULTORIA JURÍDICA DA SECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA

utilizado.

39. Não localizei, contudo, o item obrigatório do inciso VIII do §1º do artigo 18 da Lei federal nº 14.133/2021, conforme determina o §2º do mesmo dispositivo legal, comando que se repete no regramento estadual (§1º do artigo 5º do Decreto 68.017/2023), recomendando-se a complementação do documento, para que a ausência seja suprida.

ANÁLISE DOS RISCOS RELATIVOS À LICITAÇÃO E À BOA EXECUÇÃO CONTRATUAL

40. Como prevê inciso X do artigo 18 da Lei federal nº 14.133/2021, deve compor a instrução artefato que apresente o mapeamento dos possíveis riscos relativos à licitação e à boa execução contratual, com indicação do risco, da causa, do impacto, do responsável e das ações preventiva e de contingência.

41. Vale registrar que a análise de riscos prevista no artigo 18, X, da Lei federal nº 14.133/2021 não se confunde com cláusula de matriz de risco prevista no artigo 22 do mesmo diploma. Assim, por conta da definição prevista no inciso XXVII, do artigo 6º, recomenda-se que o documento não seja nomeado como “matriz de risco”.

42. Nas contratações diretas, a luz do artigo 72, I da Lei nº 14.133/21 e do artigo 6º do Decreto Estadual nº 68.304/2024, o mapa de risco não consta como artefato obrigatório, sendo de se recomendar que, caso a unidade proponente deixe de apresentá-lo, o faça com pertinente justificativa técnica no processo.

ORÇAMENTO ESTIMADO, COM AS COMPOSIÇÕES DOS PREÇOS UTILIZADOS PARA SUA FORMAÇÃO

43. Destaco a importância da apresentação da estimativa da despesa que deverá observar as disposições do artigo 23 da Lei federal nº 14.133/2021 e



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO CONSULTORIA JURÍDICA DA SECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA

Decreto estadual nº 67.888, de 17/08/2023, especialmente no que toca às contratações diretas, como no caso.

44. Dispõe o artigo 23 da NLLC:

Art. 23. O valor previamente estimado da contratação deverá ser compatível com os valores praticados pelo mercado, considerados os preços constantes de bancos de dados públicos e as quantidades a serem contratadas, observadas a potencial economia de escala e as peculiaridades do local de execução do objeto.

§ 1º No processo licitatório para aquisição de bens e contratação de serviços em geral, conforme regulamento, o valor estimado será definido com base no melhor preço aferido por meio da utilização dos seguintes parâmetros, adotados de forma combinada ou não:

I - composição de custos unitários menores ou iguais à mediana do item correspondente no painel para consulta de preços ou no banco de preços em saúde disponíveis no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP); II - contratações similares feitas pela Administração Pública, em execução ou concluídas no período de 1 (um) ano anterior à data da pesquisa de preços, inclusive mediante sistema de registro de preços, observado o índice de atualização de preços correspondente;

III - utilização de dados de pesquisa publicada em mídia especializada, de tabela de referência formalmente aprovada pelo Poder Executivo federal e de sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenham a data e hora de acesso;

IV - pesquisa direta com no mínimo 3 (três) fornecedores, mediante solicitação formal de cotação, desde que seja apresentada justificativa da escolha desses fornecedores e que não tenham sido obtidos os orçamentos com mais de 6 (seis) meses de antecedência da data de divulgação do edital;

V - pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas, na forma de regulamento. (...)

§ 3º Nas contratações realizadas por Municípios, Estados e Distrito Federal, desde que não envolvam recursos da União, o valor previamente estimado da contratação, a que se refere o caput deste artigo, poderá ser definido por meio da utilização de outros sistemas de custos adotados pelo respectivo ente federativo.

§ 4º Nas contratações diretas por inexigibilidade ou por dispensa, quando não for possível estimar o valor do objeto na forma estabelecida nos §§ 1º, 2º e 3º deste artigo, o contratado deverá comprovar previamente que os preços estão em conformidade com os praticados em contratações semelhantes de objetos de mesma natureza, por meio da apresentação de notas fiscais emitidas para outros contratantes no período de até 1 (um) ano anterior à data da contratação pela Administração, ou por outro meio idôneo.

45. Por sua vez, o Decreto estadual nº 67.888/2023 traça as diretrizes, parâmetros e métodos a serem observados pela Administração para a definição do valor estimado da contratação.

46. Do citado diploma estadual, que deve ser observado em sua íntegra, destaco que:



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

CONSULTORIA JURÍDICA DA SECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA

Artigo 2º - Na definição do valor estimado, sempre que possível, deverão ser observadas as condições comerciais praticadas, incluindo prazos e locais de entrega, instalação e montagem do bem ou execução do serviço, quantidade contratada, formas e prazos de pagamento, fretes, garantias exigidas e marcas e modelos, quando for o caso, com observância da potencial economia de escala e das peculiaridades do local de execução do objeto.

Artigo 3º - Serão utilizados os seguintes parâmetros para aferição do melhor preço estimado:

I - composição de custos unitários menores ou iguais à mediana do item correspondente nos sistemas oficiais de governo, tais como a ferramenta de pesquisa de preços do Governo Federal, o Banco de Preços em Saúde - BPS e o Portal Nacional de Contratações Públicas, observados os índices de atualização específicos ou setoriais, admitido o Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), se não houver outro;

II - contratações similares feitas pela Administração Pública, em execução ou concluídas no período de 1 (um) ano anterior à data da pesquisa de preços, inclusive mediante sistema de registro de preços, observados os índices de atualização específicos ou setoriais, admitido o Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), se não houver outro;

III - dados de pesquisa publicada em mídia especializada, de tabela de referência formalmente aprovada pelo Poder Executivo federal ou estadual e de sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que atualizados no momento da pesquisa e compreendidos no intervalo de até 6 (seis) meses de antecedência da data de divulgação do edital, contendo a data e a hora de acesso;

IV - pesquisa direta com, no mínimo, 3 (três) fornecedores, mediante solicitação formal de cotação, por meio de ofício ou e-mail, desde que seja apresentada justificativa da escolha desses fornecedores e que não tenham sido obtidos os orçamentos com mais de 6 (seis) meses de antecedência da data de divulgação do edital;

V - pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas e/ou em bases do Estado de São Paulo, desde que a data das notas fiscais esteja compreendida no período de até 1 (um) ano anterior à data de divulgação do edital, na forma estabelecida em ato do Secretário de Gestão e Governo Digital.

§ 1º - Inexiste priorização entre os parâmetros arrolados nos incisos deste artigo, podendo o agente público optar pela adoção simples ou combinada dos referidos parâmetros, considerando a atratividade do mercado e a mitigação do risco de sobrepreço.

§ 2º - Na hipótese do uso do parâmetro de que trata o inciso I deste artigo, as contratações pesquisadas deverão estar, preferencialmente, em execução ou concluídas no período de 1 (um) ano anterior à data de divulgação do edital.

§ 3º - Quando a pesquisa for realizada em sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, a que se refere o inciso III deste artigo, serão observados os seguintes requisitos:

1. deverá ser realizada perante potenciais licitantes legalmente estabelecidos;
2. o item cotado deverá estar disponível para venda ou contratação no momento da consulta;
3. a página eletrônica deverá ser disponibilizada nos autos, contendo as seguintes informações relativas ao item pesquisado:
 - a) identificação do fornecedor;
 - b) endereço eletrônico;
 - c) data e hora do acesso;
 - d) especificação do item;
 - e) preço e quantidade;
4. não serão admitidas as cotações de itens:
 - a) com especificações ou características distintas das especificações solicitadas;
 - b) provenientes de sítios de leilão.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

CONSULTORIA JURÍDICA DA SECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA

5. será admitida a cotação em sítios eletrônicos de intermediação de vendas, desde que observados os requisitos enumerados nos itens 1 a 4 deste §3º.

§ 4º - A pesquisa de preços realizada com fornecedores, nos termos do inciso IV deste artigo, observará, cumulativamente, o seguinte:

1. o prazo de resposta conferido deverá ser compatível com a complexidade do objeto a ser licitado;
2. as respostas formais obtidas conterão, ao menos:
 - a) descrição do objeto, com os valores unitário e total;
 - b) número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas - CPF ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ do fornecedor;
 - c) endereços físico e eletrônico e telefone de contato;
 - d) data de emissão;
 - e) nome completo e identificação do responsável.

3. os fornecedores serão informados sobre as características da contratação contidas no artigo 2º deste decreto, com vistas à melhor caracterização das condições comerciais praticadas para o objeto a ser contratado;

4. registro, nos autos do processo da contratação correspondente, da relação de fornecedores que foram consultados e não enviaram propostas como resposta à solicitação de que trata o inciso IV deste artigo.

§ 5º - Na hipótese do parâmetro de que trata o inciso IV deste artigo ser empregado de forma combinada com outros parâmetros, admitir-se-á que a pesquisa direta seja realizada com menos de 3 (três) fornecedores.

§ 6º - Excepcionalmente, será admitida a utilização de dados fora dos prazos estipulados nos incisos deste artigo, desde que devidamente justificada nos autos pelo agente responsável e observado o índice de atualização de preços correspondente.

Artigo 4º - Serão utilizados, como método matemático para definição do valor estimado para a contratação, a média, a mediana ou o menor dos valores obtidos na pesquisa de preços, desde que o cálculo incida sobre um conjunto de três ou mais preços, oriundos de um ou mais dos parâmetros de que trata o artigo 3º deste decreto, desconsiderados, previamente ao cálculo, os valores inexequíveis, inconsistentes e os excessivamente elevados.

§ 1º - Poderão ser utilizados outros métodos matemáticos, desde que devidamente justificados nos autos pelo agente público responsável e aprovado pela autoridade competente, a fim de se maximizar a probabilidade de se efetivar a seleção da proposta mais vantajosa.

§ 2º - O preço estimado da contratação poderá ser obtido, ainda, acrescentando ou subtraindo determinado percentual ao valor obtido na forma do "caput" deste artigo, considerando a atratividade do mercado e a mitigação do risco de sobrepreço.

§ 3º - Os preços coletados deverão ser analisados de forma crítica, em especial, quando houver grande variação entre os valores apresentados.

§ 4º - Para desconsideração dos preços entendidos como inexequíveis, inconsistentes ou excessivamente elevados, deverão ser adotados critérios fundamentados e descritos no processo administrativo.

§ 5º - Excepcionalmente, mediante justificativa nos autos pelo agente público responsável e aprovado pela autoridade competente, será admitida a determinação do preço estimado com menos de três preços coletados na etapa de orçamentação.

§ 6º - O resultado da pesquisa de preços de que trata este artigo deverá ser consolidado e subscrito pelo agente público responsável, o qual deve certificar-se de que as especificações técnicas do bem ou serviço cotado correspondem ao objeto que se pretende contratar.

(...)

Artigo 7º - O valor estimado definido será formalizado em documento que conterá, ao menos, as seguintes informações:

- I - descrição do objeto a ser contratado;



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

CONSULTORIA JURÍDICA DA SECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA

- II - identificação do agente responsável pela pesquisa ou, se for o caso, da equipe de planejamento;
 - III - caracterização das fontes consultadas;
 - IV - série de preços coletados;
 - V - método matemático aplicado para a definição do valor estimado;
 - VI - justificativa para o método utilizado, se for o caso, em especial para a desconsideração de valores inconsistentes, inexequíveis ou excessivamente elevados, se aplicável;
 - VII - memória de cálculo do valor estimado e documentos que lhe dão suporte;
 - VIII - justificativa da escolha dos fornecedores, no caso da pesquisa direta de que dispõe o inciso IV do artigo 3º.
- (...)

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.” (grifei e destaquei).

47. Ademais, como visto acima, a justificativa do preço é requisito previsto no inciso VII do artigo 72 da Lei federal nº 14.133/2021.

48. A princípio, seria de se supor que os valores indicados são os mesmos praticados em relação aos demais consumidores. No entanto, não localizei nos autos documentação nesse sentido, dando suporte a declaração feita na planilha (0019830130) o que recomendo seja providenciado.

49. Ainda, a instrução dos autos deverá observar integralmente o artigo 7º do Decreto nº 67.888/2023, acima transcrito, e demais disposições para os casos de contratação direta (artigo 10 do Decreto), o que tampouco localizei, recomendando-se a complementação do necessário.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

CONSULTORIA JURÍDICA DA SECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA

50. Sobre o tema, é oportuno transcrever asserção do Acórdão 2463/08 do TCU dispõe que: “A ampla pesquisa de mercado não pode ser considerada mais um documento formal que comporá o processo, trata-se de procedimento que visa orientar o gestor na redução e otimização das despesas públicas, buscando a transparência e a efetividade na gerência da coisa pública”.

TERMO DE REFERÊNCIA

51. O Termo de Referência, designa-se como o documento jurídico-administrativo previsto no artigo 6º, XXIII, da Lei federal nº 14.133/2021, que contém as informações necessárias, fornecidas pela Administração Pública, para delimitar o objeto contratado.

52. O mesmo dispositivo legal traz o conteúdo a ser observado para a elaboração deste documento:

- “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;
- 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;”

53. Por sua vez, o artigo 40 da Lei federal nº 14.133/2021 dispõe:



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

CONSULTORIA JURÍDICA DA SECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA

“Art. 40. O planejamento de compras deverá considerar a expectativa de consumo anual e observar o seguinte:

(...)

§ 1º O termo de referência deverá conter os elementos previstos no inciso XXIII do caput do art. 6º desta Lei, além das seguintes informações:

I - especificação do produto, preferencialmente conforme catálogo eletrônico de padronização, observados os requisitos de qualidade, rendimento, compatibilidade, durabilidade e segurança;

II - indicação dos locais de entrega dos produtos e das regras para recebimentos provisório e definitivo, quando for o caso;

III - especificação da garantia exigida e das condições de manutenção e assistência técnica, quando for o caso.”

54. Na esfera estadual, a elaboração do Termo de Referência foi regulada pela Decreto nº 68.185, de 11/12/2023, com especial atenção aos seus artigos 3º a 7º:

“**Artigo 3º** - O TR, a partir do Estudo Técnico Preliminar - ETP, se elaborado, definirá o objeto para atendimento da necessidade, e será enviado para o setor de contratações no prazo definido no calendário de contratação de que trata o inciso III do artigo 10 do Decreto nº 67.689, de 3 de maio de 2023.

§ 1º - Os processos de contratação direta de que trata o artigo 72 da Lei federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021, serão instruídos com o TR, observado, em especial, o disposto nos artigos 5º e 7º deste decreto.

§ 2º - O TR será utilizado pelo órgão ou entidade como referência para a análise e avaliação da conformidade da proposta apresentada pelo licitante provisoriamente vencedor.

Artigo 4º - O TR deverá estar alinhado com o Plano de Contratações Anual, com o Plano de Logística Sustentável e com os demais instrumentos de planejamento da Administração.

Artigo 5º - O TR será elaborado conjuntamente por agentes públicos da área técnica e requisitante ou, quando houver, pela equipe de planejamento da contratação.

Artigo 6º - Deverão ser registrados no Sistema TR Digital os seguintes parâmetros e elementos descritivos:

I - definição do objeto, incluídos:

a) sua natureza, os quantitativos, o prazo do contrato e, se for o caso, a possibilidade de sua prorrogação;

b) a especificação do bem ou do serviço, contemplando quesitos de sustentabilidade, em todas as suas dimensões, e preferencialmente conforme catálogo eletrônico de padronização, nos termos de regulamento estadual, observados os requisitos de qualidade, rendimento, compatibilidade, durabilidade e segurança;

c) a indicação, caso justificada, de autorização de subcontratação parcial do serviço ou do fornecimento, acompanhada da descrição acerca da capacidade técnica a ser exigida para cada parcela, observado o disposto no § 6º deste artigo;

d) a indicação dos locais de entrega dos produtos e das regras para recebimentos provisório e definitivo, quando for o caso;

e) a especificação da garantia exigida e das condições de manutenção e assistência técnica, quando for o caso;

II - fundamentação da contratação, consistente na referência aos estudos técnicos preliminares correspondentes, quando elaborados, ou, quando não for possível



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

CONSULTORIA JURÍDICA DA SECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA

divulgar esses estudos, no extrato das partes que não contiverem informações sigilosas;

III - descrição da solução como um todo, considerado todo o ciclo de vida do objeto e, quando for o caso, o custo total de posse de que trata o § 4º do artigo 5º do Decreto nº 68.017, de 11 de outubro de 2023, com preferência a arranjos inovadores em sede de economia circular;

IV - requisitos da contratação;

V - 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;

VI - modelo de gestão do contrato, que descreve como a execução do objeto será acompanhada e fiscalizada pelo órgão ou entidade;

VII - critérios de medição e de pagamento;

VIII - forma e critérios de seleção do fornecedor, optando-se pelo critério de julgamento de técnica e preço, conforme o disposto no § 1º do artigo 36 da Lei federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021, sempre que a avaliação e a ponderação da qualidade técnica das propostas que superarem os requisitos mínimos estabelecidos no edital forem relevantes aos fins pretendidos pela Administração;

IX - estimativas do valor da contratação, nos termos do Decreto nº 67.888, de 17 de agosto de 2023, 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;

X - adequação orçamentária, dispensando-se a respectiva reserva quando se tratar de sistema de registro de preços.

§ 1º - Na hipótese de o processo de contratação não dispor de estudo técnico preliminar, nos termos do disposto no artigo 8º do Decreto nº 68.017, de 11 de outubro de 2023:

1. a fundamentação da contratação, conforme disposto no inciso II deste artigo, consistirá em justificativa de mérito para a contratação e do quantitativo pleiteado;

2. o TR deverá apresentar demonstrativo da previsão da contratação no Plano de Contratações Anual, de modo a indicar o seu alinhamento aos instrumentos de planejamento do órgão ou entidade e às leis orçamentárias.

§ 2º - Para os fins da alínea "b" do inciso I deste artigo na hipótese de objeto não padronizado pelo Estado de São Paulo, poderá ser utilizado o catálogo eletrônico de padronização instituído pelo Poder Executivo Federal, na forma disposto no artigo 2º do Decreto nº 68.021, de 11 de outubro de 2023.

§ 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.

§ 4º - A não utilização dos modelos de que trata o § 3º deste artigo deverá ser precedida de justificativa formal, a qual será anexada ao respectivo processo de contratação, em atenção ao § 2º do artigo 19 da Lei federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021.

§ 5º - A referência de que trata o inciso II deste artigo será realizada de forma automática pelo Sistema TR Digital.

§ 6º - Fica vedada a subcontratação total, de parcelas consideradas de maior relevância técnica ou de valor mais significativo do objeto, ressalvado o disposto no § 9º do artigo 67 da Lei federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021.

Artigo 7º - Ao final da elaboração do TR, deve-se avaliar a necessidade de classificá-lo nos termos da Lei federal nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.”

55. No caso sob análise, foi apresentado Termo de Referência



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO CONSULTORIA JURÍDICA DA SECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA

(0019825677), que passo a analisar. Verifico que a Administração anota, no item da definição do objeto, ter utilizado o modelo Contratação de serviços sem dedicação exclusiva de mão de obra – Contratação Direta (adaptado pelo Estado de São Paulo. Atualização: 05/01/2024).

56. A escolha do modelo é adequada, sendo, neste ponto, oportuno destacar o quanto já foi exposto em pareceres referenciais anteriores desta Consultoria Jurídica sobre o mesmo objeto sob a égide da legislação revogada (o último, o Parecer Referencial nº 13/2023), **trata-se serviço não contínuo, cuja a contratação tem vigência limitada ao exercício financeiro em que foi celebrado** (artigo 34 da Lei nº 4.320/64).

57. Preliminarmente, reputo ser impropria a observação feita pela origem nos seguintes termos: “OBSERVAÇÃO 2: Após retorno da Consultoria Jurídica da Pasta, serão realizados os ajustes pertinentes, com a exclusão das marcações, grifos e textos tachados, que não comporão o documento. Na sequência, o presente Termo de Referência será concluído dentro do ambiente "Compras.gov.br" e disponibilizado para assinatura dos responsáveis”. Como é sabido, **o termo de referência é peça técnica e deve compor a instrução, antes do encaminhamento à Consultoria Jurídica, com a conformação reputada adequada pela área técnica, com aprovação da autoridade competente**. Com efeito, não pode a citada peça ser encaminhada como “rascunho”, com marcações e textos taxados, notadamente sobre pontos que a unidade técnica sabe que não são adequados, como, por exemplo, os trechos que referem a serviços contínuos. Por certo, mesmo que conformada totalmente de acordo com os critérios da unidade técnica, esta pode apresentar dúvidas específicas de ordem jurídica, as quais, se o caso, poderão motivar a alteração do termo de referência.

58. Como já dito, o modelo de termo de referência colhido no sítio oficial é adequado para a descrição do objeto da contratação e suas especificações. No entanto, creio que não foram observadas a contento as instruções para adaptação do documento ao caso concreto, razão pela qual me aprecio pertinentes as seguintes considerações:



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

CONSULTORIA JURÍDICA DA SECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA

- a) Itens 1.2 e 5.1.1. Observar os condicionamentos para utilização da Nota de Empenho como instrumento substitutivo do contrato, o quais serão apresentados em itens subsequentes deste parecer, suscitando a revisão da redação;
- b) Item 6.5. Não identifico justificativa para exclusão da redação contida no modelo padrão, sendo recomendável a recomposição e renumeração dos itens subsequentes;
- c) Item 6.5 da minuta apresentada (6.6 do modelo). Recomendo a recomposição do texto dos itens 6.6 a 6.8 dado que deve haver preposto formalmente indicado pela contratada com especificação do local e horário em que poderá ser encontrado. Observo que a nota de empenho, se utilizada, é instrumento contratual;
- d) Itens 6.6 a item 6.15. Dada a singeleza do ajuste, não antevejo óbices jurídicos para a excepcional acumulação das funções de fiscalização técnica e administrativa, desde que o servidor designado tenha competências para tanto. Aliás, item 7.10 do modelo padrão de TR contempla esta hipótese;
- e) Item '7': A diretoria do Centro de Finanças informou a total alteração das disposições sobre o recebimento, justificando o propósito "de estabelecer as etapas de recebimento do objeto em conformidade com o objeto da contratação e o modo em que se dá sua execução". Sem prejuízo e respeitada a atribuição técnica, recomendável que a unidade aprecie novamente a efetiva necessidade de alteração, uma vez que o texto do modelo contém referência a decretos estaduais aplicáveis ao tema. Também recomendável observar as notas explicativas que constam no modelo para o item. Também recomendável a recomposição do item 7.28 do modelo, pois ausente justificativa para alteração;
- f) recomendo, por fim, a atenta releitura do modelo padrão disponibilizado pela PGE/SP, especialmente das instruções ali traçadas, para que o termo de referência seja aprimorado, conforme recomendações acima. Deixo de



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

CONSULTORIA JURÍDICA DA SECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA

anexar a cópia do modelo, pois percebo que já é de conhecimento da Administração.

59. Relembro que o Termo de Referência deve ser aprovado pela autoridade competente. Ademais, deve ser justificada, de forma técnica, a impossibilidade de atendimento aos apontamentos feitos no item acima que porventura sejam impertinentes ao objeto buscado.

60. Ainda, o Decreto nº 68.185/2023 dispõe sobre a elaboração do termo de referência, cabendo à Administração, sem prejuízo da recomendação supramencionada, efetuar o registro, no Sistema TR Digital, dos elementos previstos no artigo 6º do aludido Decreto, o que recomendo seja observado.

REGIME DE EXECUÇÃO

61. O regime de execução deve ser sopesado pela Administração, em particular em termos de eficiência na gestão contratual, observados os potenciais de economia de escala.

62. Na empreitada por preço global, cada parte assume, em tese, o risco de eventuais distorções nos quantitativos a serem executados, que podem ser superiores ou inferiores àqueles originalmente previstos na planilha orçamentária da contratação. Justamente por isso, a adoção de tal regime pressupõe um termo de referência de boa qualidade, que estime com adequado nível de precisão as especificações e quantitativos da obra ou serviço, fornecendo aos licitantes todos os elementos e informações necessários para o total e completo conhecimento do objeto e a elaboração de proposta fidedigna (art. 6º, XXIX, da Lei federal nº 14.133/2021), para evitar distorções relevantes no decorrer da execução contratual (TCU Acórdão 1978, de 2013-Plenário, TC 007.109, de 2013-0, relator Ministro Valmir Campelo, 31.7.2013).

63. Já na empreitada por preço unitário (art. 6º, XXVIII, Lei



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

CONSULTORIA JURÍDICA DA SECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA

federal nº 14.133/2021), em que o preço é fixado por preço certo de unidades determinadas, os pagamentos correspondem à medição dos serviços efetivamente executados, de modo que os riscos dos contratantes em relação a diferenças de quantitativos são menores. Tal regime é mais apropriado para os casos em que não se conhecem de antemão, com adequado nível de precisão, os quantitativos totais da obra ou serviço: a execução das “unidades” se dará de acordo com a necessidade observada, com a realização de medições periódicas a fim de quantificar os serviços efetivamente executados e os correspondentes valores devidos (TCU. Acórdão 1978, de 2013-Plenário, TC 007.109, de 2013-0, relator Ministro Valmir Campelo, 31.7.2013).

64. Assim, na empreitada por preço unitário haverá a execução do contrato conforme a demanda, e esse regime de execução foi criado para resolver o problema da necessidade de fixar uma remuneração sem que se tivesse, desde logo, a quantidade exata do encargo a ser executado.

65. A opção da Administração por um ou outro regime não decorre de mera conveniência, mas sim da possibilidade, no caso concreto, de predefinir uma estimativa precisa dos itens e respectivos quantitativos que compõem o objeto a ser licitado. Se tal possibilidade existir, a regra é a adoção da empreitada por preço global – normalmente atrelada às obras e serviços de menor complexidade. Do contrário, deve ser adotada a empreitada por preço unitário.

66. Como desdobramento direto disso, em contratações por empreitada por preço global, a tramitação de eventuais aditivos contratuais quantitativos e qualitativos exigirá a apresentação de robusta justificativa.

67. Na proposta encaminhada, como consta do item 1.4 da minuta de contrato, foi adotado o regime de execução por preços unitários, mas sem qualquer justificativa nos autos ou deliberação da autoridade competente. De toda forma, frente ao objeto da contratação em exame, não há óbice para escolha técnica adotada.

REQUISITOS DE HABILITAÇÃO E QUALIFICAÇÃO



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO CONSULTORIA JURÍDICA DA SECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA

68. O inciso V do art. 72 da NCLL e o inciso V do Decreto nº 63.604/2024 determina que se comprove que a contratada preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínimos necessários.

69. Observo que é exigência legal à formalização das contratações com a Administração Pública a verificação da regularidade fiscal da contratada, a consulta ao Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS) e ao Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP), assim como a emissão de certidões negativas de inidoneidade, impedimento e de débitos trabalhistas (§ 4º do artigo 91 da NLLC).

70. Ainda quanto à documentação de regularidade da empresa, deverá constar da instrução todas as certidões/documentos, com prazo de validade em vigor, que comprovem a regularidade da empresa **ao tempo da celebração do contrato**, devendo ainda ser juntado documento comprobatório da inexistência de registro negativo no CADIN ESTADUAL, inclusive por ocasião de cada pagamento a ser efetuado, nos exatos termos da Lei Estadual nº 12.799, de 11/01/2008, e de seu Decreto regulamentador (Decreto nº 53.455, de 19/09/2008⁶).

71. Nesse particular, cabe à Administração reunir e instruir os autos com todos os documentos comprobatórios da regularidade jurídica, trabalhista e fiscal, econômico-financeira e qualificação técnica da empresa, além do contrato social e alterações registradas na Junta Comercial, documentos de eleição ou designação de seus atuais administradores, prova de inexistência de registros no CADIN estadual, no cadastro de sanções administrativas do Estado, e no CEIS, bem como demais certidões obtidas junto aos demais órgãos públicos, conforme exigido em toda licitação e contratação com o Poder Público, bem como ao SICAF.

72. Cabe desde já observar que, havendo certidões positivadas,

⁶ **Artigo 7º** - É obrigatória consulta prévia ao CADIN ESTADUAL, pelos órgãos e entidades da Administração direta e indireta, incluídas as empresas controladas pelo Estado, para:

I - celebração de convênios, acordos, ajustes ou contratos que envolvam o desembolso, a qualquer título, de recursos financeiros;

II - repasses de valores de convênios ou pagamentos referentes a contratos;...

§ 1º - A existência de registro no CADIN ESTADUAL constituirá impedimento à realização dos atos a que se referem os incisos I a V deste artigo.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

CONSULTORIA JURÍDICA DA SECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA

aplica-se o entendimento 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 único. 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. (...)

73. Todavia, cabe destacar que consta do trecho acima transcrito a observação de que, nesses casos, deve haver autorização da autoridade máxima do órgão para a contratação e pagamento, o que deve ser observado.

PARECERES TÉCNICO E JURÍDICO

74. A NLLC também exige para a instrução da contratação direta, a apresentação de parecer jurídico – para controle prévio da legalidade (art. 53, § 4º e §5º e 72, inc. III), e de parecer técnico – 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, inciso III. A esse respeito, **recomenda-se que a área técnica avalie, especialmente, o atendimento aos requisitos indicados no inciso I do art. 72 da NLLC**, a saber: estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo, se for o caso. **Quanto à exigência do parecer jurídico, o presente parecer referencial supre a realização de pareceres individualizados caso a caso.**

COMPATIBILIDADE COM A LEI ORÇAMENTÁRIA



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO CONSULTORIA JURÍDICA DA SECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA

75. Ainda, deve-se demonstrar a compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido, exigidos no inciso IV do art. 72 da NLLC e inciso IV do artigo 6º Decreto nº 63.604/204.

76. Sobre a compatibilidade da licitação com as leis orçamentárias, a Diretoria do Centro de Finanças juntou nota de reserva (0019830544) para suprir as despesas que foram estimadas para o ano em curso (0019830130), o que resta ser ratificado pela autoridade competente, dada a ausência de despacho autorizador.

77. Também deverá ser atestada, se o caso, a desnecessidade do cumprimento do artigo 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal, que constitui condição prévia para licitação de serviços, fornecimento de bens ou execução de obras, caso haja a criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa, afirmando que a contratação não caracteriza aumento de despesa.

78. Lembro que a despesa estará dispensada do cumprimento dos requisitos do artigo 16 se foram despesas ordinárias e rotineiras da Administração, já previstas no orçamento e destinadas à manutenção das ações governamentais preexistentes. Caso contrário, deverá ser dado cumprimento ao artigo 16 da LRF.

AUTORIDADE COMPETENTE

79. O artigo 72, inciso VIII, da Lei federal nº 14.133/2021 e o artigo 6º, inciso VIII do Decreto nº 68.304/2024 exigem que haja a autorização da autoridade competente para que possa ocorrer a contratação direta. Essa exigência substituiu a antiga previsão da prática de dois atos referentes às contratações diretas, que era o reconhecimento e a ratificação pela autoridade superior (artigo 26 da revogada Lei federal nº 8.666/1993). Logo, deve ser acostada aos autos a autorização para a contratação por inexigibilidade emitida pela autoridade competente.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

CONSULTORIA JURÍDICA DA SECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA

80. Ademais, acerca deste ponto, destaco que, conforme disposto no artigo 7º da Lei federal nº 14.133/2021, “caberá à autoridade máxima do órgão ou da entidade, ou a quem as normas de organização administração indicarem, promover gestão por competências e designar agentes públicos para o desempenho das funções essenciais à execução” da nova lei de licitações, observados os seguintes requisitos:

- I - sejam, preferencialmente, servidor efetivo ou empregado público dos quadros permanentes da Administração Pública;
- II - tenham atribuições relacionadas a licitações e contratos ou possuam formação compatível ou qualificação atestada por certificação profissional emitida por escola de governo criada e mantida pelo poder público; e
- III - não sejam cônjuge ou companheiro de licitantes ou contratados habituais da Administração nem tenham com eles vínculo de parentesco, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, ou de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista e civil”.

81. Observo que, enquanto não editado decreto regulamentar explicitando as competências para o exercício das atividades previstas na Lei federal nº 14.133/2021, 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 189 da Nova Lei de Licitações. Para o pregão, a competência está prevista no Decreto nº 47.297/2002.

82. Conforme entendimento exposto no Parecer CJ/SAP nº 24/2024, aprovado pela Subprocuradoria Geral da Consultoria, sobre o exercício das competências previstas na Lei federal nº 14.133/2021:

“2. Destaco as seguintes conclusões do opinativo:

- (i) para o manejo das competências previstas na Lei federal nº 14.133/2021, a Administração deve atentar para as hipóteses em que este diploma se refere à autoridade máxima, casos que em o ato somente poderá ser levado a efeito pelo Titular da Pasta;
 - (ii) quando a Lei federal nº 14.133/2021 se refere a “autoridade competente”, sendo modalidade de licitação ou de contratação mantida nesse diploma legal, a Administração deverá promover a devida identificação a partir do que dispuserem o Decreto nº 46.623/2002, o Decreto nº 57.688/2011, e os decretos que organizam as unidades prisionais, ainda que o façam por remissão ao Decreto nº 31.138/1990 e suas alterações, considerando o objeto tratado no regulamento (decreto) para o qual os decretos de organização tenham feito remissão;
 - (iii) a competência recebida por meio de decreto regulamentar não pode ser novamente delegada sem autorização expressa para tanto contida no próprio decreto ou em decreto superveniente (artigo 20 da Lei nº 10.177/1998).
- [...]



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

CONSULTORIA JURÍDICA DA SECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA

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 14.133/20212.
8. No que tange aos decretos de organização da Secretaria mencionados na instrução, é relevante salientar, ainda, que o Decreto nº 57.688/2011 também estabelece regras de competência remissivas ao artigo 3º do Decreto nº 47.297/2002 (alínea “b” do inciso III do artigo 26 e alínea “b” do inciso II do artigo 28), concernentes a licitações na modalidade pregão.”

83. Cabe destacar que o Parecer CJ/SAP nº 24/2024 alertou que o Comunicado SGGD nº 01/2024, do ponto de vista legal, não poderia ter estipulado novo valor de contratação para fixação de competências, devendo a origem atentar para os valores definidos no Decreto nº 47.297/2002, quando as normas de organização a ele fizerem remissão, como acrescido no despacho da Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral.

PUBLICIDADE DA CONTRATAÇÃO

84. Nos termos do parágrafo único do artigo 72, da Lei federal nº 14.133/2021, o ato que autoriza a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial. A mesma disposição se encontra no §3º do artigo 6º do Decreto estadual nº 68.304/2024.

85. Ademais, 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.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

CONSULTORIA JURÍDICA DA SECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA

§ 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. (...)

86. Cabe à Administração, no tempo oportuno, dar cumprimento a tais disposições relativa à publicidade do ato autorizativo e da respectiva contratação direta.

INSTRUMENTO DA CONTRATAÇÃO

87. Quanto ao instrumento do ajuste, a Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral da PGE/SP, em despacho que corrobora despacho da Chefia da Consultoria Jurídica desta Pasta que aprovou parcialmente o Parecer CJ/SAP 81/2024, apontou, admitido a utilização de instrumento substitutivo ao termo de contrato também em hipótese de inexigibilidade quando o valor for inferior aos limites dos incisos I e II do *caput* do artigo 75 da NLLC, assim assentou:

“5. Isso porque, seja a hipótese de dispensa de licitação em razão do valor, seja a hipótese de inexigibilidade em que o valor da contratação também é inferior aos limites dos incisos I e II do *caput* do artigo 75 da NLLC, atualizados periodicamente, a *ratio* incidente é a mesma: autorizar a substituição do instrumento de contrato por outro instrumento hábil nas hipóteses de baixo valor econômico da contratação. Em ambos os casos, infere-se que o valor da contratação é fator a ser considerado para obrigar a elaboração de instrumento de contrato.

(...)

8. Caberá ao administrador avaliar, em cada caso concreto, se a substituição do instrumento de contrato por outro instrumento hábil, nos termos do artigo 95 da NLLC, constituirá uma boa prática, analisando as peculiaridades da contratação em questão.

9. Observe-se, ainda, que, nos termos do § 1º do artigo 95 da Lei federal nº 14.133/2021, supratranscrito, às hipóteses de substituição do instrumento de contrato será aplicado, no que couber, o disposto no artigo 92 da NLLC, o que também deverá ser verificado em cada caso pela Administração.”

88. Ao tema, aduzo apontamento de Marçal Justen Filho, já



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

CONSULTORIA JURÍDICA DA SECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA

tratando da NLLC, no sentido de que “a previsão contemplada no inc. II deve nortear a interpretação também do inc. I”, sendo que a “ausência de adoção do instrumento completo é cabível sempre (sic.) as condições contratuais forem singelas, destituídas de complexidade e não envolverem necessidade de explicitação quanto a deveres futuros”. E ainda, abordando a hipótese do inciso II, afirma que “(…)instrumento contratual completo deve ser adotado quando o contratado não se liberar de suas obrigações mediante a pura e simples entrega do bem ou do serviço pertinente”.

89. Assim, há possibilidade jurídica de que, com base no incisos I e II do artigo 95 da NLLC, não se faça uso do instrumento contratual completo, mas de sucedâneo hábil, no caso em exame nestes processo, desde que contratado se libere de suas obrigações mediante a pura, simples e imediata entrega do bem ou do serviço pertinente. Não encontrei justificativa específica da Administração a respeito, o que deverá providenciado, com posterior deliberação pela autoridade competente.

90. Ainda sobre esse tema, lembro que o Bilhete de Passagem é o documento que comprova o contrato de transporte entre a Concessionária e o usuário, nos termos do artigo 5º, inciso VI, do Regulamento da Concessão dos Serviços Rodoviários Intermunicipais de Transporte Coletivo Regular de Passageiros (Anexo II a que se refere o artigo 4º do Decreto Estadual nº 61.635/2015), tendo, ainda, natureza fiscal, nos termos do Decreto Estadual nº 61.084/2015. Ademais, no que cabível, aplicam-se as previsões da Lei Federal nº 11.975/09 que “Dispõe sobre a validade dos bilhetes de passagem no transporte coletivo rodoviário de passageiros e dá outras providências. ”. Assim, há que considerar que a emissão da nota de empenho deve ter como correlato à emissão do bilhete.

91. Caso a unidade de despesa decida pelo uso de instrumento formal escrito, recomenda-se a utilização, como parâmetro, do modelo de termo de contrato para “Serviços sem dedicação exclusiva de mão de obra - Contratação direta”, disponibilizada no sítio eletrônico oficial do Estado de São Paulo (Compras.SP), com as cláusulas próprias de serviços não contínuos, recomendando-se adotar o regime de empreitada por preço unitário. A duração do contrato, portanto, deverá ficar adstrita à vigência do crédito orçamentário, que coincide com o ano civil (artigo 34 da Lei nº



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO CONSULTORIA JURÍDICA DA SECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA

4.320/64). Havendo dúvidas na formalização da contratação por instrumento de contrato, os autos deverão retornar a este órgão consultivo para nova análise.

APONTAMENTOS FINAIS E PROPOSTA DE ADOÇÃO DESTE OPINATIVO COMO PARECER REFERENCIAL

92. Como se cuida o presente opinativo jurídico de parecer referencial, a orientação deve abranger o máximo de situações possíveis de contratação do objeto ora analisado.

93. Saliente-se que foge à atribuição desta Consultoria Jurídica o exame a respeito do mérito da contratação, seja quanto ao aspecto técnico, seja quanto ao financeiro, residindo este na esfera do poder discricionário do administrador, dentro da legalidade. Portanto, a contratação pretendida é de exclusiva responsabilidade da área interessada, cabendo, ainda, observar que compete à autoridade administrativa a avaliação da necessidade, conveniência e oportunidade da medida, assim como a indicação da razoabilidade do preço, sendo conveniente o maior detalhamento possível quanto ao objeto da contratação, com a adequada descrição, condições de entrega e execução pretendidas, eis que a Administração somente poderá exigir o que for contratado, não sendo da competência desta Consultoria o exame das características técnicas do objeto.

94. Diante de todo o exposto, conclui-se que, para fins de atender às exigências da Lei federal nº 14.133/2021 e do Decreto nº 68.304/2024, a Administração deverá se certificar que foram juntados aos autos os seguintes documentos:

- a) Processo de inexigibilidade de licitação, com a justificação para a contratação da empresa (art. 74, I, e §1º, da NLLC), e a apresentação do respectivo termo de ratificação;
- b) Autorização da autoridade competente, ratificando a inexigibilidade de licitação e autorizando a contratação;
- c) Publicação da autorização da contratação na imprensa oficial;
- d) Documentação da empresa, incluindo Estatuto Social e documento que comprove os poderes outorgados ao representante que firmará os contratos;
- e) Comprovação de que a empresa preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária;



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

CONSULTORIA JURÍDICA DA SECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA

- f) Reserva de recursos orçamentários destinados à cobertura das despesas, com a indicação do crédito pelo qual ela correrá (art. 23 da NLLC), a classificação funcional programática e a categoria econômica;
- g) Justificativa do preço e demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido;
- h) Certidões atualizadas negativas perante o FGTS, tributos federais e dívida ativa da União, tributos municipais, de débitos trabalhistas e contribuições previdenciárias e de terceiros, bem como certidões de débitos da PGE-SP, print dos sítios e-Sanções, CADIN Estadual, CEIS e CNEP, demonstrando inexistirem pendências em nome da companhia; informações do Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Atos de Improbidade Administrativa e Inelegibilidade, do Conselho Nacional de Justiça (http://www.cnj.jus.br/improbidade_adm/consultar_requerido.php), do Cadastro Estadual de Empresas Punidas – CEEP (<http://www.corregedoria.sp.gov.br/PesquisaCEEP.aspx>); e Relação de apenados publicada pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (<https://www.tce.sp.gov.br/apenados>), consulta ao SICAF. Todas essas certidões e pesquisas não devem apresentar pendências e devem estar com prazo de validade em vigência no momento da celebração da avença;
- i) declarações elaboradas em papel timbrado e assinadas pelo representante legal da empresa: (i) assegurando a inexistência de impedimento legal para contratar com a Administração; e (ii) informando o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal⁷; e
- j) como condição final de eficácia da contratação direta, seja a contratação divulgada no Portal Nacional de Contratações Públicas - PNCP (art. 94, NLLC), sem prejuízo da publicação no DOE.

95. Finalmente, relembro a necessidade de observar o disposto no §1º do artigo 1º do Decreto nº 68.304/2024.

96. Recomendo, ainda, que a Administração siga atenta à edição de normas relativas à otimização e redução de despesas para o exercício em andamento, adotando as providências que se fizerem cabíveis.

97. Isto posto, em sendo o presente parecer aprovado, proponho

⁷ **Art. 7º** São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) **XXXIII** - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; (Redação dada pela EC nº 20/98)



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO CONSULTORIA JURÍDICA DA SECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA

o retorno à origem para as adequações necessárias e complementação da instrução, com posterior encaminhamento à autoridade superior para ultimar as providências visando a contratação, com a urgência que a situação demanda.

98. Proponho a adoção desta peça como PARECER REFERENCIAL, nos termos da Resolução PGE nº 29/2015.

99. Registro que a Resolução PGE nº 29, publicada em 23 de dezembro de 2015, permitiu a utilização do PARECER REFERENCIAL, definido como *“a peça jurídica voltada a orientar a Administração em processos e expedientes administrativos que tratam de situação idêntica ao paradigma, sob o ponto de vista das orientações jurídicas ali traçadas”* (artigo 1º, parágrafo 1º).

100. Nesse passo, todos os outros expedientes **nas mesmas condições e de igual objeto**, ou seja, *“emissão de passagens rodoviárias para o deslocamento servidores em serviço ou para sentenciados postos em liberdade ou contemplados com benefícios previstos em lei”*, deverão se valer deste PARECER REFERENCIAL, com o aproveitamento do quanto aqui recomendado, prestigiando-se o princípio da eficiência.

101. Para tanto, a instrução dos demais expedientes com os mesmos pressupostos fáticos e jurídicos deverá conter:

- a. cópia integral deste PARECER REFERENCIAL, com o despacho de aprovação da Chefia desta Consultoria Jurídica (artigo 4º, inciso I, da Resolução PGE nº 29/2015);
- b. declaração da autoridade competente para a prática do ato pretendido, atestando que o caso se enquadra nos parâmetros e pressupostos do PARECER REFERENCIAL e que serão seguidas as orientações nele contidas (artigo 4º, inciso II, da Resolução PGE nº 29/2015).



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO CONSULTORIA JURÍDICA DA SECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA

102. Consigno, com base no artigo 2º⁸ da Resolução PGE nº 29/2015, que o **PARECER REFERENCIAL tem prazo de validade máximo de um ano, que proponho seja adotado, no caso sob análise.**

103. Alerto que em caso de alteração da legislação que fundamentou o PARECER REFERENCIAL, a Administração deverá suscitar à Consultoria Jurídica a revisão da orientação jurídica (artigo 2º, parágrafo único, da Resolução PGE nº 29/2015).

104. Reitero que **a utilização do PARECER REFERENCIAL fica limitada aos casos semelhantes de idêntico objeto.** Assim, constatando-se a ocorrência de qualquer problema durante a instrução dos expedientes, eventos que fujam da questão analisada por esta peça jurídica ou dúvidas quanto à aplicação deste referencial, o processo específico deverá ser submetido a esta Consultoria Jurídica para análise individualizada.

105. Diante de todo exposto, opino pelo prosseguimento do feito, com as recomendações supra referidas, propondo o retorno dos autos à origem, por meio da md. Chefia de Gabinete, para ciência e providências recomendadas sugerindo a utilização desta peça como PARECER REFERENCIAL, nos termos da Resolução PGE nº 29/2015.

É o parecer.

À consideração superior.

São Paulo, 14 de março de 2024.

⁸ “Artigo 2º - A Consultoria Jurídica fixará prazo de validade para o Parecer Referencial, não superior a um ano, de modo a garantir a atualidade da orientação.”



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
CONSULTORIA JURÍDICA DA SECRETARIA DA
ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA

Rodrigo Augusto de Carvalho Campos
Procurador do Estado