

Parecer Jurídico nº: 27/2024-PGE/DEF

Processo nº: 3001.108278.2023

Tipo: Compra de Material e Contratação de Serviços

Interessado(s): Defensoria Pública do Estado de Rondônia

Assunto: Novo Processo de Aquisição de Água Mineral em Galões de 20L - Comarca de Alvorada D'Oeste

I - RELATÓRIO

Trata-se de procedimento administrativo instaurado para fins de aquisição de água mineral embalada em garrafão de 20 litros para atender o Núcleo da Defensoria Pública de Alvorada D'Oeste, conforme Termo de Referência n. 6/2024 (0350399).

Os autos foram iniciados mediante a juntada do Memorando n. 55/2023/SGAP-DA-DAP/DPERO (0278795), no qual é solicitado ao Núcleo de Alvorada D'Oeste que fosse informado ao Departamento de Almoxarifado e Patrimônio a estimativa de consumo de água mineral para inclusão no Plano Anual de Compras e Contratações do ano de 2024.

Em resposta o Núcleo de Alvorada D'Oeste informou o consumo anual de 120 (cento e vinte) galões de 20 litros de água mineral (0279848).

Posteriormente, o DAP juntou o Documento de Oficialização da Demanda (0287149). Sobreveio, então, despacho da Secretária-Geral de Administração e Planejamento, por meio do qual foi determinado o sobrestamento deste feito em razão da existência de procedimento licitatório único, destinado à aquisição de água mineral para todos os núcleos do interior.

Conforme registro nos itens 2.6 e 3.3 do TR (0350399), a dispensa pretendida, nestes autos, fundamenta-se no art. 75, inc. III, al. a, da Lei n. 14.133/2021, em razão da ocorrência de itens desertos e fracassados no processo licitatório transcorrido nos autos 3001.108852.2023.

Assim, em razão de insucesso no processo licitatório acima mencionado, os presentes autos passaram a ser novamente instruído para a aquisição da água mineral para o Núcleo de Alvorada D'Oeste.

Dos documentos juntados, destacam-se: Estudo Técnico Preliminar (0337095); Termo de Referência n. 6/2024 (0337699), retificado ao id. 0350399; Cotações de preços de fornecedores locais (0341204, 0345443, 0346047); planilha mercadológica (0347555, retificada ao id. 0349302); certidões negativas da empresa que apresentara o menor preço (0347672); Despacho da Secretária-Geral de Administração e Planejamento mediante o qual aprova o TR e determina o encaminhamento do feito a setores competentes, para prosseguimento (0350598); Declaração de Adequação Orçamentária e Financeira (0350731); Pré-Empenho 2024PE000069 (0350734); Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral da empresa que apresentara o menor preço (0353583); Declaração Artigo 7 XXXIII da CRFB (0353588); Justificativa de dispensa de licitação com fundamento no art. 75, II, da Lei n. 14.133/2021 (0353648); nova justificativa de dispensa de licitação acostada pela CPCL (0358222) e minuta do contrato (0358312).

É o relatório.

II - FUNDAMENTAÇÃO

De início, ressalta-se que a Constituição Federal, em seu art. 37, inciso XXI, estabelece que, em regra, a aquisição de bens ou contratação de serviços pela Administração Pública deve ocorrer por meio de regular procedimento licitatório, em que se assegure a igualdade de condições a todos os concorrentes, conforme se depreende do teor do dispositivo:

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.

Com efeito, a Lei nº 14.133/2021 elencou exceções à obrigatoriedade licitatória, bem como requisitos próprios à instrução do procedimento de contratação direta, os quais passamos a analisar.

1. Da caracterização da hipótese de dispensa

Dentre as hipóteses legais de dispensa de licitação previstas pela Lei n. 14.133/2021, encontra-se a disposta em seu artigo 75, inciso III, que regulamenta a dispensa nos casos de licitações desertas ou

fracassadas, a saber:

Art. 75. É dispensável a licitação:

[...]

III - para contratação que mantenha todas as condições definidas em edital de licitação realizada há menos de 1 (um) ano, quando se verificar que naquela licitação:

a) não surgiram licitantes interessados ou não foram apresentadas propostas válidas;

b) as propostas apresentadas consignaram preços manifestamente superiores aos praticados no mercado ou incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes;

No caso, conforme se depreende do item 2.6 do Termo de Referência n. 6/2024 (0350399) e da justificativa de inexigibilidade (0358222), o procedimento de dispensa ora em exame fundamenta-se na alínea "a" do inciso III do artigo 75 da Lei n. 14.133/2021, dispositivos dos quais se extraem três requisitos explícitos e um requisito implícito.

O **primeiro requisito** depreendido da lei é a **ocorrência de licitação anterior, realizada há menos de 1 (um) ano**. No caso, verifica-se que, nos autos 3001.108852.2023, o edital n. 027/2023/CPCL/DPE/RO (0323579) regeu o Pregão Eletrônico n. 027/2023/CPCL/DPE/RO, realizado em 27/12/2023, cujo critério de julgamento era o menor preço do item, com adjudicação por item. O objeto licitação era o registro de preços para eventual aquisição de água mineral em garrações de 20 (vinte) litros, com vasilhames fornecidos em regime de comodato, para atender os núcleos da Defensoria Pública do Estado de Rondônia. Verifica-se no Anexo II do edital que o item 6 previa a aquisição de 120 galões para o núcleo de Alvorada D'Oeste.

O **segundo requisito** é que a **licitação tenha sido deserta ou fracassada**. Na hipótese do Pregão Eletrônico n. 027/2023/CPCL/DPE/RO (3001.108852.2023), a ata da sessão (0330873, p. 1 e 5) registrou que, para a maioria dos itens, entre eles item 6 (Núcleo de Alvorada D'Oeste), inexisteram propostas e lances. De fato, como se extrai do Termo de Homologação de Resultado da Licitação (0333256), apenas para o item 7 (Ji-Paraná) houve licitante vencedor; os demais foram fracassados (itens 3, 9, 13, 14, 18 e 21) ou desertos (itens 1, 2, 4, 5, 6, 8, 10, 11, 12, 15, 16, 17, 19, 20 e 22). Dessa forma, não resta dúvida de que o item que se pretende contratar no presente procedimento resulta de licitação deserta, satisfazendo-se o requisito em exame.

O **terceiro requisito** é que contratação direta pretendida **mantenha todas as condições definidas no edital** da licitação deserta ou fracassada. Para Ronny Charles Lopes de Torres ^[1], *"a manutenção das mesmas condições deve ser compreendida, entre outros, em relação ao valor estimado da contratação, aos requisitos de habilitação, às obrigações contratuais, às quantidades contratadas, entre outros, notadamente quando a alteração de tais elementos possa ter repercussão no interesse do mercado pela contratação"*.

Jacoby Fernandes *et al.* ^[2], ao comentarem o requisito em análise, aduzem:

Efetivamente não pode a Administração alterar as exigências estabelecidas para a habilitação, tampouco as ofertas constantes do edital. Essa restrição abrange, inclusive, quando for o caso, a alteração dos anexos do ato convocatório, como, por exemplo, o preço estimado pela Administração ou o prazo de execução.

Reside, nesse requisito, uma substancial diferença entre a hipótese aqui delineada e aquela estabelecida no inciso VIII do artigo em comento. Enquanto naquela possibilidade de contratação direta limita-se o objeto ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa, aqui, não se podendo alterar o objeto, poderá a contratação ser muito superior ao risco potencial, porque o objeto não poderá ser alterado nem mesmo diminuído, vez que se estará alterando as condições da licitação anterior e, por via oblíqua, descaracterizando a "ausência de interesse".

Depreende-se da lei que a necessidade de a contratação direta mantenha todas as condições do edital da licitação anterior deve-se à indispensável observância do princípio da isonomia. A alteração de condições que tenham repercussão no interesse do mercado frustra o princípio da licitação, porque não possibilita aos potenciais licitantes, em igualdade de direito, participarem da disputa pela contratação do objeto. Colhe-se de decisão do TCU a seguinte determinação: *"1.9 mantenha as mesmas condições e exigências da licitação deserta no procedimento para contratação mediante dispensa com base ao art. 24, inciso V, da Lei nº 8.666/93, em observância ao princípio da isonomia"* (Acórdão De Relação 2663/2005 - Primeira Câmara).

A igualdade das condições entre a licitação anterior e a contratação direta é cláusula essencial à legitimidade deste último procedimento, em caso de dispensa fundada no art. 75, III, a, da Lei n. 14.133/2021. Supõe-se que seja em razão da necessidade de manter a igualdade de condições que a [Instrução Normativa/SEGES n. 58/2022](#)^[3] e a [Instrução Normativa/SEGES n. 81/2022](#)^[4] estabeleceram, respectivamente, exceção à obrigatoriedade de elaboração de estudo técnico preliminar e termo de referência, no caso de dispensa fundamentada no inc. III do art. 75 da Lei n. 14.133/2021. A lógica é aproveitar o mesmo ETP e TR utilizados no processo licitatório, porque é requisito da dispensa fundada no art. 75, III, da Lei n. 14.133/2021 que sejam mantidas todas as condições da licitação anterior.

Em que pese a possibilidade de dispensa do termo de referência na hipótese de contratação direta pretendida nos autos, não se vislumbra óbice à elaboração de tal documento, mormente em razão da necessidade de detalhar os pressupostos da contratação direta, providenciar a adequação orçamentária, entre outros detalhes -

desde que não haja alteração das condições estabelecidas no edital anterior, entre elas, o objeto, a quantidade, os preços estimados, as condições de habilitação, e a forma de execução do contrato.

A propósito, observa-se que um dos detalhes que apontam para a necessidade de elaboração de termo de referência na hipótese dos autos é o fato de que, na licitação anterior, a lei regente era a 8.666/1993 e no procedimento atual é a Lei n. 14.133/2021.

A nosso ver, a utilização de leis diferentes nos dois procedimentos, por si só, não altera as condições de contratação e execução do objeto. O uso da nova lei de licitação no procedimento de dispensa decorre do fato de que a lei anterior foi revogada, e a contratação que se pretende firmar não se enquadra nas exceções que possibilitam a utilização da Lei 8.666/1993 a partir de 30 de dezembro de 2023. Com efeito, o art. 190 e 191 da Lei n. 14.133/2021 estabeleceram:

Art. 190. O contrato cujo instrumento tenha sido assinado antes da entrada em vigor desta Lei continuará a ser regido de acordo com as regras previstas na legislação revogada.

Art. 191. Até o decurso do prazo de que trata o [inciso II do caput do art. 193](#), a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso.

Parágrafo único. Na hipótese do **caput** deste artigo, se a Administração optar por licitar de acordo com as leis citadas no [inciso II do caput do art. 193 desta Lei](#), o contrato respectivo será regido pelas regras nelas previstas durante toda a sua vigência.

Como houve itens fracassados e desertos na licitação regida pela Lei n. 8.666/1993, não houve contratos para tais itens fundados na aludida lei; portanto, não há como aplicar o art. 190 acima transcrito. Como se pretende, agora, contratar por dispensa de licitação, trata-se - embora devam ser mantidas as mesmas condições da licitação anterior - de novo procedimento. A licitação, a que não acudiram interessados, foi realizada no dia 27/12/2023 (0323579). Dessa forma, não houve tempo hábil para que, no termo de dispensa de licitação do presente procedimento, ficasse constada a opção de contratar de acordo com a Lei n. 8.666/1993, já que a validade desta norma estendeu-se até 29/12/2023.

Ante a impossibilidade de utilizar a lei revogada, seria irrazoável e contra o interesse público ter de realizar nova licitação pela Lei n. 14.133/2021 só para, depois, poder utilizar o procedimento de contratação direta. Isso porque, dada a igualdade do objeto, das condições de contratação e execução do objeto, há fortes indicativos de que a nova licitação teria o mesmo desfecho da anterior - o que acarretaria demasiado prejuízo para a Administração: dispêndio financeiro e demora na obtenção de objeto essencial à continuidade do serviço público.

A manutenção das mesmas condições implica, como visto, manter as mesmas especificações do objeto, o valor estimado da contratação, os requisitos de habilitação, as obrigações contratuais, as quantidades. Em resumo aquilo que pode influir no interesse do mercado pelo objeto. Como, a utilização da nova lei não implica alteração nas condições da contratação com reflexos no interesse do mercado pela contratação, e como não há possibilidade jurídica de utilizar a lei revogada, resta, portanto, a alternativa e possibilidade jurídica de utilização da Lei n. 14.133/2021.

Também não se deve desconsiderar que a licitação anterior foi realizada para formação de ata de registro de preços, condição que não se repete no presente procedimento, uma vez que não será utilizado o sistema de registro de preço na dispensa pretendida.

É que o § 6º do art. 82^[5] da Lei 14.133/2021 prevê a possibilidade de uso do SRP nas hipóteses de inexigibilidade e de dispensa de licitação para a aquisição de bens ou contratação de serviços **por mais de um órgão ou entidade**. No caso dos autos, a contratação pretendida será feita por apenas uma entidade, não preenchendo o requisito da multiplicidade de órgãos ou entidades.

Acerca da necessidade de pluralidade de órgãos ou entidades para utilização do SRP em hipóteses de inexigibilidade e de dispensa, traz-se à colação entendimento da [Consultoria Zênite](#):

O dispositivo não deixa dúvida acerca da possibilidade de o sistema de registro de preços ser utilizado nas hipóteses de inexigibilidade e de dispensa de licitação, **contudo, na forma de regulamento e apenas para a aquisição de bens ou para a contratação de serviços por mais de um órgão ou entidade**. (grifo aditado)

Mais restritivo ainda é o entendimento manifestado por Marçal Justen Filho ^[6] :

A autorização para utilização de SRP em caso de contratação direta propicia a uma certa perplexidade. Afinal, o SRP pressupõe, usualmente, uma licitação. Uma contratação "direta" fundada em SRP não configura propriamente como não antecedida de licitação.

Deve-se reputar que o dispositivo se refere a hipóteses em que o SRP seja utilizado por outras entidades ou órgãos, para fins de contratação direta.

Consigna-se que o [Regulamento n. 103/2023-GAB/DPERO](#), na esteira da lei, estabelece no parágrafo único do art. 7º que "o sistema de registro de preços poderá, na forma deste Regulamento, ser utilizado nas hipóteses de inexigibilidade e de dispensa de licitação para a aquisição de bens ou para a contratação de

serviços por mais de um órgão ou entidade". Assim, no âmbito da DPE/RO, um dos requisitos para utilização do registro de preços na dispensa é que a aquisição de bens ou a contratação de serviços seja feita por mais de um órgão ou entidade.

Na esfera estadual, no que toca à utilização do SRP nas hipóteses de inexigibilidade e dispensa de licitação, ainda não houve regulamentação específica do Estado de Rondônia, como se verifica no art. 77 do [Decreto n. 28.874/2024](#)^[7]. No entanto, a previsão é que o SRP seja utilizado, de forma preferencial, nas hipóteses de contratação direta, para os casos de aquisição de bens ou contratação de serviços por mais de um órgão ou entidade.

Já no [Decreto Federal n. 11.462/2023](#), que regulamenta a matéria no art. 16^[8], não se verifica, nas hipóteses contratação direta, a possibilidade de utilização do SRP por apenas um órgão ou entidade, salvo na situação de aquisição, por força de decisão judicial, de medicamentos e insumos para tratamentos médicos, em que poderá ser usado na hipótese de inexigibilidade.

Assim, não se vislumbra possibilidade de utilização do SRP na presente contratação, não havendo como manter, nesse aspecto, essa condição específica do edital da licitação anterior. Contudo, essa condição, no caso dos autos, a nosso ver, não é impeditiva para a contratação com fundamento no art. 75, III, a, da Lei n. 14.133/2021. Nesse particular, seguimos o entendimento do eminente doutrinador Ronny Charles Lopes de Torres^[9]:

Em tese, se a licitação deserta ocorrer em um certame para Registro de Preços (SRP), poderia ser prejudicial (ou mesmo ilegal) o uso desta hipótese de contratação direta, uma vez que, em perspectiva de comparação, a incerteza sobre a contratação, ínsita no SRP, não é identificada na contratação direta, o que poderia alterar a condição econômica da proposta.

Nada obstante, entendemos que esta mudança de condição deve, em princípio, ser desprezada. Se interpretarmos esta restrição de forma absoluta, a hipótese de contratação direta seria sempre prejudicada, pois o fator tempo e os custos de oportunidade já afetam *per se* as condições do preço, pois o momento da contratação direta será diferente daquele em que foi realizada a licitação.

Quando o legislador restringiu a hipótese de dispensa à manutenção das mesmas condições, acreditamos, referiu-se, sobretudo, ao objeto da licitação e obrigações pertinentes. Estes sim, devem permanecer os mesmos.

Ademais, embora na licitação anterior tenha sido utilizado o SRP, sistema que não obriga a contratação pela Administração, a possibilidade de não aquisição do objeto é quase nula, ante a essencialidade da água mineral para continuidade dos serviços públicos.

Assim, como não há possibilidade de utilização do SRP, por intermédio de dispensa de licitação, na situação dos autos, e como não haverá alteração de condição que influencie o interesse do mercado, entendemos possível, nesse aspecto, o prosseguimento do feito para continuidade da contratação pretendida, sem utilização do SRP.

Indispensável, entretanto que, no termo de referência que integra o procedimento de contratação direta, sejam mantidas todas as condições do edital anterior, salvo os aspectos referentes às remissões e adequações legais (utilização da nova lei de licitação), os detalhes referentes aos pressupostos de contratação direta, informações orçamentárias, entre outras.

Impende consignar que aferir se houve manutenção das mesmas condições da licitação anterior é condição para legalidade do procedimento de contratação por dispensa de licitação com fundamento no art. 75, III, a, da Lei n. 14.133/2021. Nesse ponto, cabe observar que não houve nos autos a juntada de documentos relevantes, extraídos do processo de licitação anterior, que possibilite comprovar a manutenção das mesmas condições, tais como, o edital de licitação e seus anexos, ata da licitação, termo de homologação. Além do mais, recomendamos que seja atestado pelo setor competente a manutenção das mesmas condições relativas ao objeto, quantidade, preço estimado, modelo de execução contratual, requisitos de habilitação, entre outras.

Acresça-se, ainda, que esta Procuradoria, acerca da necessidade de aferição dos requisitos dispostos no art. 75, III, a, da Lei n. 14.133/2021, manifestou no despacho de id. nos termos seguintes:

Na oportunidade, observa-se nos autos que a justificativa de dispensa apresentada pela CPCL, além de ter se dado em caráter genérico, sem se debruçar contextualmente sobre os quesitos dispostos nos arts. 75, §1º, não motiva a fundamentação da contratação em dispositivo diverso do que foi estipulado nos autos.

Assim, devolvo o feito à CPCL para adequação.

Em tempo, registro que compete à CPCL a adequada justificativa quanto ao preenchimento (ou não) dos requisitos dispostos no art. 75, III, "a", da NLLCA (fundamentação definida pelo termo de referência), *atendo-se ao contexto dos autos*.

Para a análise jurídica da possibilidade de contratação deve aflorar nos autos os elementos comparativos a indicar, com certeza, a identidade de condições entre os procedimentos instaurados, na forma já expendida neste parecer - o que não se observa no feito.

Como a licitação anterior englobava vários itens e, para cada item, supõe-se que, a exemplo do

presente procedimento, instauraram-se novos autos para a aquisição pretendida, repisa-se, torna-se recomendável a avaliação comparativa das condições de contratação, a fim de que possa ficar comprovado e atestado nos autos que não há alteração de condições no novo procedimento.

A despeito dessa ausência, que deverá ser suprida, apresentam-se, a seguir, alguns apontamentos de elementos discordantes entre os dois procedimentos.

Quanto ao prazo de validade, o item 2.5 do Termo de Referência n. 122 (0323212) exige:

2.5. A validade do item, que será fornecido, deverá observar prazo que assegure o consumo sem risco, sendo:

a) Água mineral (garrafão de 20 litros) – mínimo de 6 meses;

Enquanto os itens 4.7.1 e 4.7.2 do Termo de Referência n. 6/2024 (0350399) dispõem:

4.7.1. Os garrafões (embalagem) de água mineral 20 litros deverão ter, no mínimo, 01 (um) ano de validade, contado a partir do recebimento pela Defensoria Pública.

4.7.2. A validade do conteúdo dos Garrafões de água mineral deverá ser de no mínimo 02 (dois) meses.

Quanto ao recebimento, os itens 4.5.1 e 4.5.2 do Termo de Referência n. 122 (0323212) preveem:

4.5.1. PROVISORIAMENTE: O material será recebido provisoriamente no ato de sua entrega, pelo(a) responsável pelo acompanhamento e fiscalização, para efeito de posterior verificação de sua conformidade com as especificações constantes neste Termo e na proposta.

4.5.2. DEFINITIVAMENTE: O material será recebido definitivamente no prazo de **05 (cinco) dias úteis**, contados do recebimento provisório, após a verificação da qualidade e quantidade dos materiais e consequente aceitação mediante termo circunstanciado.

Enquanto os itens 6.1.1 e 6.1.4 do do Termo de Referência n. 6/2024 (0350399) estabelecem:

6.1.1. Provisoriamente, no prazo 1(um) dia útil a partir da entrega do material, mediante termo de recebimento provisório (Anexo A) para efeito de posterior verificação da conformidade do objeto com a especificação, atos que ficarão a cargo do responsável pelo acompanhamento e fiscalização.

[...]

6.1.4. Definitivamente, no prazo 1(um) dia útil após constatada a qualidade, quantidade e conformidade com o procedimento licitatório do objeto pelo responsável pelo acompanhamento e fiscalização, mediante Termo de Recebimento Definitivo (Anexo B).

Quanto à habilitação econômico-financeira, o item 12 do Termo de Referência n. 122 (0323212) exige a apresentação de "Certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física, nos termos da Lei nº 8.666/1993", enquanto o Termo de Referência n. 6/2024 (0350399) não faz tal exigência.

Quanto à habilitação jurídica, o item 12.5.1 do edital (0323579) exigiu:

12.5.1. HABILITAÇÃO JURÍDICA:

a) Ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado ou inscrito, em se tratando de sociedades comerciais e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores, com a demonstração do ramo de atividades compatível com o objeto licitado, bem como a última alteração social. Não será aceita a Certidão Simplificada da junta Comercial para substituir o contrato social;

b) Registro na Junta Comercial, no caso de empresa individual, com demonstração atualizada dos objetos sociais, indicando ramo de atividade compatível com o objeto licitado;

c) Em se tratando de microempreendedor individual – MEI: Certificado da Condição de Microempreendedor Individual - CCMEI, cuja aceitação ficará condicionada à verificação da autenticidade no sítio www.portaldoempreendedor.gov.br;

d) Decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir;

e) Se a empresa se fizer representar por procurador, faz-se necessário o envio de outorga por instrumento público ou particular (com firma reconhecida), com menção expressa de que lhe confere amplos poderes, inclusive para formular lances, negociar preços, receber intimações e notificações, desistir ou não de recursos, bem como praticar os demais atos pertinentes ao certame;

f) Cédula de identificação dos sócios, ou do diretor, ou do proprietário, ou do representante legal da licitação, se for o caso.

Já o Termo de Referência n. 122 (0323212) não faz exigência de habilitação jurídica, o que demonstra alteração nas condições definidas no edital.

Quanto ao reajuste de preços, o item 12.4 do Termo de Referência n. 6/2024 (0350399) prevê que os preços da proposta são irrealizáveis, divergindo do que fora disposto no item 11 do Termo de Referência n. 122/2023 (0323212).

Para fins de adequação do procedimento, recomendamos que o termo de referência, guardada a necessidade das adaptações já aludidas neste parecer, traga todos os elementos do termo de referência utilizado no processo licitatório, bem como os elementos relativos à habilitação presentes no edital da licitação, a fim de que

a nova contratação possa manter todas as condições da licitação anterior.

Cabe ainda mencionar um **quarto requisito**, implícito, na hipótese de dispensa do art. 75, III, da Lei n. 14.133/2021, que é o insucesso da licitação não ter decorrido da fixação de alguma condição injustificadamente restritiva ou, mesmo, da adoção de algum procedimento incompatível com a Lei, a exemplo da desclassificação/inabilitação de licitante no caso em que o vício era passível de saneamento^[10].

Isso porque, se o insucesso da licitação decorreu de restrição injustificada da competitividade ou de adoção de de procedimento incompatível com a lei, não se pode dizer que não houve interessados na contratação do objeto pretendido pela Administração. O que houve foi que, por culpa da administração, afastaram-se os potenciais fornecedores do processo licitatório.

No ETP, no tópico em que é analisada uma das soluções para a satisfazer a necessidade identificada, que é a realização de novo certame licitatório, a equipe de planejamento da contratação assentou:

A solução consiste na realização de certame licitatório visando o registro de preços para o fornecimento do material. Logo mais, trata-se de item de comum comercialização e com a existência de diversos fornecedores.

Porém, conforme verifica-se nos autos do processo sei 3001.108852.2023, houve a falta de interessados em prestar o fornecimento dos materiais nos núcleos do interior do estado por procedimento licitatório, em razão da pouca expressividade de valor do material. A falta de interessados decorre, em muitos municípios, da falta de licitantes locais para atenderem a contratação e também do elevado valor que seria necessário para empresas de outras localidades levarem o material até outros núcleos.

Deduz-se da avaliação feita pela Administração que o insucesso da licitação anterior não decorreu de falha no procedimento licitatório, mas devido à pouca expressividade do valor do objeto, à inexistência de fornecedores locais que participam de processos licitatórios e ao elevado custo para empresas de outras localidades transportarem o material para os núcleos destinatários. Com isso, encontra-se satisfeito o requisito em exame.

2. Do procedimento para contratação direta

Para além dos requisitos específicos à hipótese de dispensa pretendida, a contratação direta, assim como ocorre no procedimento ordinário de licitação, exige a instrução de prévio procedimento administrativo, em que se contemple os requisitos constantes no art. 72 da Lei nº 14.133/2021, os quais passamos a apreciar:

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 (art. 72, I)

O documento de formalização de demanda encontra-se juntado sob id. 0287149, com a descrição da unidade solicitante, identificação da demanda, motivo/justificativa, resultados a serem alcançados e encaminhamento à SGAP. Após, sobreveio despacho da SGAP em que foi determinado o sobrestamento do feito, uma vez que o objeto demandado estava incluso no Processo n. 3001.108278.2023, no qual se pretendia, por meio de um único licitatório, contratar água mineral para todos os núcleos do interior. Contudo, com o insucesso da licitação, os presentes autos foram instruídos com o fim de contratar diretamente o objeto. Nesse cenário, elaborou-se o Estudo Técnico Preliminar n. 11/2024/SGAP-DAP-DALM/SGAP-DAP/SGAP/DPERO (0337095).

Em regra, todavia, por se tratar de contratação com fundamento no art. 75, III, da Lei n. 14.333/2021, em que necessitam ser observadas as mesmas condições da licitação anterior, não há necessidade de elaboração de novo ETP, conforme dispõem o art. 33, § 1º, do [Decreto Estadual n. 28.874/2024](#) e o art. 14, II, da [IN/SEGES n. 58/2022](#).

Nesse passo, considerando-se que a SGAP já procedeu, por meio do Despacho 0337217, à análise quanto ao preenchimento dos requisitos previstos no art. 18, §§1º e 2º, da Lei n. 14.133/2021, aprovando o estudo técnico preliminar, não se inferindo impacto relevante na apreciação do documento no presente momento processual, deixaremos de apreciar o documento em questão.

No que se refere ao termo de referência, como já destacado neste parecer, em regra sua elaboração deve ser dispensada, por se tratar de contratação que deve manter as mesmas condições do edital da licitação anterior. Contudo, na situação dos autos, foi necessária a adequação do TR às novas disposições da Lei n. 14.133/2021, bem como indispensável constar no documento as informações orçamentárias do exercício financeiro em execução. O art. 6º, XXIII da Lei nº 14.133/2021 enuncia os parâmetros e elementos descritivos obrigatórios do termo de referência, os quais passam a ser verificados no documento de id. 0350399:

Elementos obrigatórios do T.R - Art. 6º, XIII, da Lei 14.133/2021	Termo de Referência n. 6/2024 (0350399)
a) definição do objeto, incluídos sua natureza, os quantitativos, o prazo do contrato e, se for o caso, a possibilidade de sua prorrogação;	Itens 2 e 4 Verifica-se que os itens 4.7.1 e 4.7.2 do TR preveem prazos distintos do previsto no item 2.5 do TR da licitação anterior (0323212).

Elementos obrigatórios do T.R - Art. 6º, XIII, da Lei 14.133/2021	Termo de Referência n. 6/2024 (0350399)
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;	Item 3.7
c) descrição da solução como um todo, considerado todo o ciclo de vida do objeto;	Itens 2 e 4
d) requisitos da contratação;	Itens 2 e 4
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;	Itens 5 e 6. Quanto ao recebimento do objeto, verificam-se prazos distintos dos previstos no TR da licitação anterior (0323212).
f) modelo de gestão do contrato, que descreve como a execução do objeto será acompanhada e fiscalizada pelo órgão ou entidade;	Item 11
g) critérios de medição e de pagamento;	Item 8.1. Necessária a revisão do item 6.1 para adequá-lo às disposições do Regulamento nº 077/2022-GAB/DPERO. Isso porque o item 8.1 estabelece o prazo de cinco dias úteis para pagamento de valores até R\$59.906,02 e acima desse valor o prazo de até 30 dias úteis. Tais disposições contrariam o previsto no Regulamento nº 077/2022-GAB/DPERO, o qual estabelece o prazo de 10 dias úteis para a liquidação da despesa, a ser contado da data de apresentação da nota fiscal, fatura ou documento equivalente (art. 3º, §§ 3º e 4º), e, respeitada a ordem de classificação dos créditos, observar-se-á o prazo máximo de 12 (doze) dias úteis para pagamento, a contar da data da liquidação da despesa (art. 3º-A). Ademais, há previsão de que os pagamentos de despesas de contratos com valor inferior a 50% do limite de dispensa de licitação tratada no inciso II do art. 75 da Lei n. 14.133/2021 serão ordenados separadamente, em listas classificatórias especiais de pequenos credores (art. 4º).
h) forma e critérios de seleção do fornecedor;	Itens 12 e 13; Verifica-se no item 12 ausência do critério de julgamento das propostas; já no item 13 nota-se a ausência dos documentos relativos à habilitação jurídica (tais quais os exigidos no edital da licitação anterior), conforme já apontado neste parecer.
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;	Verifica-se que foi feita a pesquisa de interessados na contratação (0341204, 0345443, 0346047) e os preços foram comparados na planilha mercadológica (0349302), que estimou o valor médio total em R\$1.011,60, com base na média dos preços pesquisados. Contudo, o preço estimado deve ser o da licitação anterior (0311989), escolhendo-se o melhor preço e desclassificando-se os que estiverem acima do preço referencial.
j) adequação orçamentária;	Item 9

Constata-se a necessidade de revisão do termo de referência, conforme o apontado. Ademais, recomenda-se que as alterações no TR, em relação ao TR da licitação anterior, sejam tão somente aquelas necessárias para adequá-lo à nova lei de licitação, incluindo-se, aí, os regulamentos da nova lei de licitação instituídos pela DPERO, bem como as alterações relativas ao orçamento atual.

b) estimativa de despesa, que deverá ser calculada na forma estabelecida no art. 23 desta Lei (art. 72, II);

A estimativa da despesa não se encontra inserida no bojo do termo de referência, porém está registrada na Planilha Mercadológica (0349302) e na Nota técnica (0349338), as quais indicam o valor estimado da contratação em R\$1.011,60 (mil e onze reais e sessenta centavos), calculado a partir de cotações apresentadas por fornecedores (0341204, 0345443, 0346047). Além das cotações diretas, verifica-se que houve tentativa de pesquisar o preço de mercado no Banco de Preços (0347822), porém sem sucesso para a localidade pretendida.

Considerando-se, todavia, que a aquisição é feita com fundamento no art. 75, III, a, da Lei n. 14.133/2021, e há necessidade de manter todas as condições da licitação anterior, **o preço estimado deve ser o mesmo da licitação anterior, qual seja, R\$ 1.219,20 (mil duzentos e dezenove reais e vinte centavos), id 0311989**, vedada a contratação por valor unitário/global superior ao preço estimado, nos termos do item 9.4, "e" do edital da licitação anterior (0323579).

c) parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos (art. 72, III);

Nos termos do art. 53, §4º, da Lei 14.133/21, "o órgão de assessoramento jurídico da Administração também realizará controle prévio de legalidade de contratações diretas, acordos, termos de cooperação, convênios, ajustes, adesões a atas de registro de preços, outros instrumentos congêneres e de seus termos aditivos"

Por sua vez, o §5º do mesmo dispositivo prevê a possibilidade da análise jurídica ser dispensável em hipóteses previamente definidas em ato da autoridade jurídica máxima competente, em razão do baixo valor ou complexidade da contratação. Tal preceito legal ilustra entendimento da AGU na Orientação Normativa nº 46, de 26 de fevereiro de 2014^[12], sedimentando a hipótese de relativização da obrigatoriedade da análise jurídica em dispensas de pequeno valor e demais contratações diretas, nesse patamar econômico.

Deste modo, considerando que a Defensoria Pública e esta Procuradoria Setorial não expediram ato regulamentar ou parecer referencial que estabeleçam o teto de valores mínimos ou hipóteses de dispensabilidade da análise jurídica na DPE/RO, tem-se no presente parecer o atendimento do quesito legal.

d) demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido (art. 72, IV);

No caso, constata-se a Informação de id. 0350731, na qual a Diretoria de Planejamento, Orçamento e Gestão declara a adequação orçamentária e financeira da despesa, bem como verifica-se a efetivação da reserva orçamentária, por meio do Pré-Empenho 2024PE000069 (0350734), no valor de R\$936,00 (novecentos e trinta e seis reais).

e) comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária (art. 72, IV);

No caso, verifica-se a juntada das certidões da empresa Liberator Comércio de Gás LTDA (0347672), do Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral (0353583) e da declaração de cumprimento do disposto no inciso XXXIII da Constituição Federal (0353588); ademais, consta na Justificativa da Dispensa de Licitação, emitida pela CPCL, a assertiva de que o proponente preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima.

Entretanto, se faz indispensável que os requisitos de habilitação sejam os mesmos exigidos no edital da licitação anterior, razão pela qual recomendamos que a CPCL proceda à nova análise da habilitação e verifique os documentos ainda ausentes.

f) razão da escolha do contratado (art. 72, VI)

Conforme lição de Marçal Justen Filho, cabe à Administração justificar não apenas a presença dos pressupostos de ausência de licitação, mas também, **imprescindivelmente fundamentar a escolha de um determinado sujeito de modo racional e satisfatório**^[13]. Nos termos da orientação proferida no Acórdão n. 898/2012 do Tribunal de Contas da União:

"10. É acertada a exigência de que o processo de dispensa seja instruído, dentre outros elementos, com a razão da escolha do fornecedor ou executante e com a justificativa do preço (art. 26, parágrafo único, II e III da Lei 8.666/93). O legislador preocupou-se em exigir atitude cautelosa do administrador com o objetivo de evitar práticas de caráter abusivo, a exemplo do direcionamento e sobrepreço/superfaturamento". (Acórdão 898/2012, Plenário, rel. Min. Aroldo Cedraz).

No presente caso, a CPCL justifica, sob id. 0358222, que "a empresa foi a que apresentou a melhor proposta e menor preço, bem como, encontra-se regular com suas certidões, apta a contratar com a Administração Pública. Ademais, o produto por ela ofertada está em consonância com o objeto da licitação".

g) justificativa de preço (art. 72, VII)

Em se tratando de contratação direta, a razoabilidade do valor da contratação deverá ser certificada nos autos, verificando-se que o preço proposto pelo profissional ou pela empresa é compatível com outros firmados (TCU, Acórdão 439/1998).

No presente caso, foi realizado comparativo entre os orçamentos apresentados por empresas do ramo, conforme cotações de ids. 0341204, 0345443, 0346047 e Planilha Mercadológica de id. **0349302**. Por essa razão, a CPCL (0358222) declarou que a justificativa de preço se dá "conforme cotações e planilha mercadológica (0346047) (0347555)".

Contudo, conforme já exposto neste parecer, para a escolha do menor preço, deve-se levar em consideração o preço estimado na licitação anterior, qual seja, R\$ 1.219,20 (mil duzentos e dezenove reais e vinte centavos), id 0311989, vedada a contratação por valor unitário/global superior ao preço estimado, nos termos do item 9.4, "e" do edital da licitação anterior (0323579), critério atendido nos autos, visto que a proposta eleita se apresenta em valor inferior.

h) autorização da autoridade competente (art. 72, VIII)

A autorização quanto à abertura do procedimento de contratação foi consignada no Despacho da Secretária-Geral de Administração e Planejamento (0334000), dado nos autos do Processo n. 3001.108852.2023, bem como nos demais despachos que aprovou o ETP e o TR. Quanto à autorização da contratação será ato emitido *a posteriori*, após as adequações necessárias.

Esgotados os requisitos previstos no art. 72 para adequada instrução do procedimento de contratação direta, passa-se à **análise da Minuta de Contrato (0358312)**, consoante a cláusulas necessárias previstas no art. 92 da Lei 14.133/2021:

Art. 92. São necessárias em todo contrato cláusulas que estabeleçam:	Minuta de Contrato (0358312)
I - o objeto e seus elementos característicos;	Cláusula 1ª.
II - a vinculação ao edital de licitação e à proposta do licitante vencedor ou ao ato que tiver autorizado a contratação direta e à respectiva proposta;	Preâmbulo e Cláusula 12.1.
III - a legislação aplicável à execução do contrato, inclusive quanto aos casos omissos;	Preâmbulo e cláusula 12.4
IV - o regime de execução ou a forma de fornecimento;	Cláusula 1ª e 4ª.
V - o preço e as condições de pagamento, os critérios, a data-base e a periodicidade do reajustamento de preços e os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;	Cláusulas 2ª e 6ª - Como se trata de contratação direta, deve-se adequar a cláusula 2.4, excluindo a referência ao certame licitatório, mantendo-se a referência ao orçamento estimado - que, no caso, pode ser a data de apresentação da proposta selecionada.
VI - os critérios e a periodicidade da medição, quando for o caso, e o prazo para liquidação e para pagamento;	Cláusulas 4ª e 6ª
VII - os prazos de início das etapas de execução, conclusão, entrega, observação e recebimento definitivo, quando for o caso;	Cláusula 4ª
VIII - o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;	Cláusula 6ª
IX - a matriz de risco, quando for o caso;	Dispensada, por não ser o caso.
X - o prazo para resposta ao pedido de repactuação de preços, quando for o caso;	Não aplicável.
XI - o prazo para resposta ao pedido de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, quando for o caso;	Cláusula 2.5.
XII - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas, inclusive as que forem oferecidas pelo contratado no caso de antecipação de valores a título de pagamento;	Não previstas. Há discricionariedade da autoridade competente, conforme art. 96 da Lei 14.133/21.
XIII - o prazo de garantia mínima do objeto, observados os prazos mínimos estabelecidos nesta Lei e nas normas técnicas aplicáveis, e as condições de manutenção e assistência técnica, quando for o caso;	Ausente na minuta contratual. Em razão disso sugerimos que na Cláusula 4ª, que trata das condições gerais do fornecimento, seja incluída a referência ao item 4 do TR em que contam características do objeto e prazo de garantia.
XIV - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas e suas bases de cálculo;	Cláusulas 5ª e 7ª.
XV - as condições de importação e a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;	Não se aplica.
XVI - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições exigidas para a habilitação na licitação, ou para a qualificação, na contratação direta;	Cláusula 5ª, combinada com item 7.1.9 do TR (0350399)
XVII - a obrigação de o contratado cumprir as exigências de reserva de cargos prevista em lei, bem como em outras normas específicas, para pessoa com deficiência, para reabilitado da Previdência Social e para aprendiz;	Ausente
XVIII - o modelo de gestão do contrato, observados os requisitos definidos em regulamento;	Cláusula 11.
XIX - os casos de extinção.	Cláusula 10.

Diante do exposto, verifica-se que a minuta contratual atende parcialmente aos requisitos legais, devendo ser realizadas as adequações indicadas nos apontamentos. Ademais, em caso de alteração do TR, a minuta contratual deverá ser revisada, para inserir as modificações correlatas.

III - CONCLUSÃO

Por todo o exposto, nos termos do art. 75, inc. III, al. a, da Lei n. 14.133/21, e à luz dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais apresentados, esta unidade setorial da Procuradoria Geral do Estado de Rondônia opina pela **possibilidade jurídica** de adoção do procedimento de dispensa de licitação para contratação do objeto pretendido, **condicionada à observância dos apontamentos em destaque, em especial a necessidade de:**

- a) **revisão do termo de referência e da minuta contratual para que sejam mantidas as mesmas condições da licitação anterior;**
- b) **manutenção dos mesmos requisitos de habilitação da licitação anterior;**
- c) **manutenção do orçamento estimado da licitação anterior, para fins de verificação do preço máximo admissível e escolha da melhor proposta;**
- d) **certificação pelo setor competente de que a contratação pretendida mantém as mesmas condições da licitação anterior.**

É o parecer. Encaminho à Secretária-Geral de Administração e Planejamento.

Porto Velho, na data de sua assinatura eletrônica.

PEDRO LUCAS LEITE LÔBO SIEBRA

Procurador do Estado

Portaria nº 662 de 16 de outubro de 2023

-
- [1] Leis de Licitações Públicas Comentadas. 14. ed., rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Juspodivm, 2023, p. 469-470.
- [2] Contratação Direta sem Licitação na Nova Lei de Licitações: Lei n. 14.133/2021. 11.ed. - Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 190/191.
- [3] Art. 14. A elaboração do ETP: [...] II - é dispensada na hipótese do inciso III do art. 75 da Lei nº 14.133, de 2021, e nos casos de prorrogações dos contratos de serviços e fornecimentos contínuos.
- [4] Art. 11. A elaboração do TR é dispensada na hipótese do inciso III do art. 75 da Lei nº 14.133, de 2021, nas adesões a atas de registro de preços e nos casos de prorrogações dos contratos de serviços e fornecimentos contínuos.
- [5] Art. 82 [...] § 6º O sistema de registro de preços poderá, na forma de regulamento, ser utilizado nas hipóteses de inexigibilidade e de dispensa de licitação para a aquisição de bens ou para a contratação de serviços por mais de um órgão ou entidade.
- [6] JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários À Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021. 1. ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 1170.
- [7] Art. 77. Nas hipóteses de inexigibilidade e de dispensa de licitação para a aquisição de bens ou para a contratação de serviços por mais de um órgão ou entidade, a Administração utilizará, preferencialmente, o Sistema de Registro de Preços, nos termos de regulamentação específica.
- [8] Art. 16. O SRP poderá ser utilizado nas hipóteses de contratação direta, por inexigibilidade ou por dispensa de licitação, para a aquisição de bens ou para a contratação de serviços por mais de um órgão ou uma entidade. § 1º Para fins do disposto no caput, além do disposto neste Decreto, serão observados: I - os requisitos da instrução processual previstos no art. 72 da Lei nº 14.133, de 2021; II - os pressupostos para enquadramento da contratação direta, por inexigibilidade ou por dispensa de licitação, conforme previsto nos art. 74 e art. 75 da Lei nº 14.133, de 2021; e III - a designação da comissão de contratação como responsável pelo exame e julgamento dos documentos da proposta e dos documentos de habilitação, nos termos do disposto no inciso L do caput do art. 6º da Lei nº 14.133, de 2021. § 2º O registro de preços poderá ser utilizado na hipótese de contratação direta, por inexigibilidade de licitação, para a aquisição, por força de decisão judicial, de medicamentos e insumos para tratamentos médicos.
- [9] Leis de Licitações Públicas Comentadas. 14. ed., rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Juspodivm, 2023, p. 470.
- [10] PARECER AGU/PGF/PF-IFES/ESPS nº 016/2023. Disponível em: <https://sipac.ifes.edu.br/public/verArquivoDocumento?idArquivo=3148519&key=6c379301ac771d3dba263da98f23ef95&idDocumento=1503004&downloadArquivo=true&publicPath=true>; Requisito igualmente apontado pela Zênite Consultoria no artigo *Nova Lei de Licitações: pressupostos para dispensa no caso de licitações desertas ou fracassadas*. Disponível em: <https://zenite.blog.br/nova-lei-de-licitacoes-pressupostos-para-dispensa-no-caso-de-licitacoes-desertas-ou-fracassadas/>
- [11] Contratação direta sem licitação - Na nova Lei de Licitações Lei nº 14.133/2021 / Ana Luiza Jacoby Fernandes, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes e Murilo Jacoby Fernandes. -11. ed. - Coleção JAcoby Fernandes, de Direito Administrativo - Belo Horizonte: Forum conhecimento jurídico, 2021, p. 72
- [12] Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:advocacia.geral.uniao:orientacao.normativa:2014-02-26;46>; acesso em 09/01/2024.
- [13] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários À Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021**. 1. ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2021. p.949-951.



Documento assinado eletronicamente por **Pedro Lucas Leite Lôbo Siebra, Procurador do Estado**, em 27/02/2024, às 10:18, conforme art. 1º, III, "b", da Lei 11.419/2006.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site https://www.defensoria.ro.def.br/validar_sei informando o código verificador **0368003** e o código CRC **1D94B880**.

Caso responda este documento, favor referenciar expressamente o Processo nº 3001.108278.2023.

Documento SEI nº 0368003v21