

ASSESSORIA JURÍDICA DA PRESIDÊNCIA

PARECER N° : (vide numeração no sistema)
PROTOCOLO TC : 010124/2024
INTERESSADO : Tribunal de Contas do Estado de Sergipe
ASSUNTO : Pregão Eletrônico

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMPUTAÇÃO EM NUVEM (CLOUD-COMPUTING) MICROSOFT AZURE. ART. 6º, XLI DA LEI N. 14.133/21. OPINATIVO PELA VIABILIDADE DO PRESENTE PREGÃO ELETRÔNICO, OBSERVANDO-SE AS IMPOSIÇÕES LEGAIS PERTINENTES.

1. RELATÓRIO

Trata-se de solicitação de procedimento licitatório, por meio de pregão eletrônico, com fundamento no art. 6º, XLI da Lei n. 14.133/21, visando a contratação de empresa especializada para a prestação de serviços de computação em nuvem (cloud-computing) Microsoft Azure e serviços de suporte técnico e sustentação do ambiente de nuvem contratado, sob demanda, para atender as necessidades do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe.

Consta do Expediente: Documento de Formalização de Demanda – (DOC. SEM EFEITO) fls.1/3; Estudo Técnico Preliminar – 4/16; Anexos do ETP – 17/111; Termo de referência (DOC.SEM EFEITO) - FLS.112/131; Aprovação do gabinete – fls.134; Detalhamento de execução orçamentaria – fls.137; Portaria da comissão de licitação – fls.138/139; Designação do Pregoeiro – fls.140; Portaria nº738 – fls.141/145; Declaração de parentesco – fls. 146; Relatório do Pregoeiro – fl.147; Contrato do Tribunal de Justiça do Mato grosso – fls. 148/170; Documento de Formalização de Demanda – fls. 171/173; Termo de Referência – fls.174/207; Minuta do Edital – fls.208/226; Minuta do termo do edital – fls.227/250; Minuta de ETP pregão eletrônico – fls.251/261; Minuta de proposta – fls.262/263; Minuta de termo de contrato – fls.264/274.

ASSESSORIA JURÍDICA DA PRESIDÊNCIA

Esta Assessoria Jurídica foi instada a se manifestar em cumprimento ao que preleciona o parágrafo único, do art. 53 § 4º da Lei nº. 14.133/21¹.

É o que basta para o relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1 Disposições Gerais

Cabe-nos esclarecer que a função da Assessoria Jurídica não inclui a análise da conveniência e oportunidade de atos de gestão, limitando-se à apreciação dos aspectos jurídicos. A responsabilidade por esses aspectos administrativos e econômicos pertence ao administrador público, conforme o art. 19, II da Constituição Federal de 1988.

2.2 Do Pregão Eletrônico

A Lei nº 14.133/2021, ao dispor sobre o regime jurídico das licitações e contratos administrativos, prevê no art. 6º, XLI, que o pregão eletrônico é a modalidade obrigatória para a aquisição de bens e serviços comuns, com critérios de julgamento baseados no menor preço ou maior desconto. Essa modalidade de licitação se revela como uma das mais adequadas para garantir a competitividade e obter propostas mais vantajosas para a Administração Pública.

A implementação do pregão visa promover maior celeridade, transparência e economicidade, princípios basilares da administração pública, especialmente em situações onde a padronização e objetividade dos serviços e bens adquiridos permitem a comparação direta das ofertas.

Nesse sentido, o art. 17 da Lei nº 14.133/2021 estabelece as fases do processo licitatório, que devem ser observadas em sequência, conforme exposto no caput: preparatória, divulgação do edital, apresentação de propostas e lances,

¹ Lei nº 14.133/2021. § 4º Na forma deste artigo, 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.

ASSESSORIA JURÍDICA DA PRESIDÊNCIA

juízo, habilitação, fase recursal e homologação. A importância de seguir essas fases de forma rígida é evidenciada pela possibilidade de nulidade do certame em caso de desobediência. Além disso, o §1º do mesmo artigo permite a inversão da ordem das fases, desde que tal alteração seja motivada, com explicitação dos benefícios decorrentes e previsão expressa no edital, garantindo a flexibilidade necessária para atender às particularidades de cada licitação, senão vejamos:

Art. 17. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência:

I - preparatória;

II - de divulgação do edital de licitação;

III - de apresentação de propostas e lances, quando for o caso;

IV - de julgamento;

V - de habilitação;

VI - recursal;

VII - de homologação.

§ 1º A fase referida no inciso V do **caput** deste artigo poderá, mediante ato motivado com explicitação dos benefícios decorrentes, anteceder as fases referidas nos incisos III e IV do **caput** deste artigo, desde que expressamente previsto no edital de licitação.

§ 2º As licitações serão realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica, admitida a utilização da forma presencial, desde que motivada, devendo a sessão pública ser registrada em ata e gravada em áudio e vídeo.

§ 3º Desde que previsto no edital, na fase a que se refere o inciso IV do **caput** deste artigo, o órgão ou entidade licitante poderá, em relação ao licitante provisoriamente vencedor, realizar análise e avaliação da conformidade da proposta, mediante homologação de amostras, exame de conformidade e prova de conceito, entre outros testes de interesse da Administração, de modo a comprovar sua aderência às especificações definidas no termo de referência ou no projeto básico.

§ 4º Nos procedimentos realizados por meio eletrônico, a Administração poderá determinar, como condição de validade e eficácia, que os licitantes pratiquem seus atos em formato eletrônico.

§ 5º Na hipótese excepcional de licitação sob a forma presencial a que refere o § 2º deste artigo, a sessão pública de apresentação de propostas deverá ser gravada em áudio e vídeo, e a gravação será juntada aos autos do processo licitatório depois de seu encerramento.

Ademais, a preferência pelo formato eletrônico, prevista nos §§2º e 4º, reflete a tendência de modernização dos procedimentos administrativos, visando à eficiência e à segurança dos atos praticados. O pregão eletrônico, além de possibilitar maior abrangência de participantes, proporciona uma plataforma de controle mais segura, com todos os atos registrados eletronicamente. Nos casos excepcionais em que se justifica a realização de licitações presenciais, a Lei exige a gravação em áudio e vídeo das sessões, conforme preceitua o §5º, uma medida que visa resguardar a transparência e assegurar a lisura do processo.

ASSESSORIA JURÍDICA DA PRESIDÊNCIA

A inobservância dessas formalidades pode acarretar vício insanável, como já decidido pelos Tribunais. A jurisprudência tem consolidado o entendimento de que o descumprimento de tais requisitos, especialmente a gravação das sessões presenciais, constitui nulidade do processo licitatório. Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento da Apelação nº 1000669-62.2022.8.26.0132, reconheceu a ilegalidade e anulou um pregão presencial por falta de gravação das sessões, afirmando que o excesso de formalismo não se sobrepõe aos princípios da isonomia, transparência e publicidade, *in verbis*:

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL. Aplicabilidade da Lei nº 14.133/2021 prevista no Edital. Inobservância da exigência legal de gravação das sessões presenciais em áudio e vídeo. Concessão da segurança Inconformismo. Cabimento em parte. Interesse processual presente. Artigo 176 da Lei citada não extensível ao requisito de gravação. Limitação expressa da Lei. Interpretação pretendida contra legem. Inobservância do procedimento formal instituído em Lei. **Vício insanável. Ilegalidade e nulidade da licitação.** Excesso de formalismo não caracterizado. Prevalência dos princípios da isonomia, transparência, publicidade e lisura. Perda do objeto em relação à modulação de efeitos. Recursos parcialmente providos para afastar a modulação de efeitos. (TJ-SP - Apelação: 1000669-62.2022.8.26.0132 Catanduva, Relator: Eduardo Prativiera, Data de Julgamento: 21/07/2023, 5ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 21/07/2023)(grifamos)

Assim, qualquer flexibilização das exigências legais deve estar alinhada com o rigor na observância dos princípios constitucionais.

No que tange ao critério de julgamento, o art. 34, §1º, da Lei nº 14.133/2021, dispõe que, ao se adotar o julgamento por menor preço ou maior desconto, a Administração deve considerar o menor dispêndio, incluindo custos indiretos, como despesas de manutenção, reposição e impacto ambiental do objeto licitado. Este dispositivo introduz uma análise mais criteriosa e ampla, não limitada ao valor inicial, mas à eficiência ao longo de todo o ciclo de vida do bem ou serviço.

Por fim, o art. 95 estabelece a obrigatoriedade do instrumento contratual, salvo em hipóteses específicas, como dispensa de licitação por valor ou compras com entrega imediata. Nestes casos, admite-se a substituição por outros instrumentos, como carta-contrato ou nota de empenho, sempre observando o limite legal para

ASSESSORIA JURÍDICA DA PRESIDÊNCIA

contratos verbais, conforme §2º do referido artigo. Portanto, considerando as características do objeto licitado, é evidente que o contrato formal é indispensável no presente caso, configurando uma peça obrigatória para a validade do processo, sob pena de nulidade.

Diante do exposto, resta claro que a modalidade de pregão eletrônico se apresenta como a mais adequada para a aquisição de bens e serviços comuns, em conformidade com os princípios da celeridade, transparência e economicidade que regem os processos licitatórios.

No caso específico da licitação conduzida pelo **Tribunal de Contas do Estado de Sergipe (TCE/SE)**, na modalidade de pregão eletrônico não apenas atende aos ditames da **Lei nº 14.133/2021**, mas também reforça o compromisso do Tribunal com a correta aplicação dos recursos públicos e a promoção de um ambiente de contratação mais acessível, competitivo e seguro.

3 – DAS OBSERVAÇÕES

3.1. Do Estudo Técnico Preliminar

Ao analisar o Estudo Técnico Preliminar (ETP), foram identificados alguns pontos relevantes para a continuidade do processo licitatório:

a) O item 2 do ETP apresenta quantitativos divergentes em relação ao Termo de Referência, especificamente no item 1.3.1. Embora o ETP mencione que está adotando um quantitativo referencial, recomenda-se que a justificativa técnica para essa escolha seja explicitada, considerando que a pesquisa de mercado realizada tomou como base os quantitativos indicados como necessários pelo órgão demandante.

b) O objeto do contrato deve ser claramente especificado quanto à sua natureza — prestação de serviços. Tal definição precisa permitir a padronização dos documentos contratuais e a adoção de cláusulas adequadas à modalidade escolhida.

3.2. Termo de Referência

ASSESSORIA JURÍDICA DA PRESIDÊNCIA

Com relação ao Termo de Referência, sugerem-se as seguintes adequações para maior clareza e consistência técnica:

a) Na qualificação econômico-financeira dos licitantes, recomenda-se a inclusão da exigência de balanço patrimonial dos últimos dois exercícios sociais, acompanhado de demonstrações contábeis que comprovem a capacidade financeira da empresa. Isso visa garantir maior segurança à Administração, conforme o art. 69, I, da Lei nº 14.133/2021.

b) A habilitação econômico-financeira é um componente crucial na avaliação da aptidão do licitante para assumir as obrigações decorrentes da futura contratação, devendo ser conduzida de maneira objetiva através da análise de coeficientes e índices econômicos estabelecidos no edital. A Lei nº 14.133/2021 estabelece um rol taxativo de documentos para a habilitação econômico-financeira, incluindo balanço patrimonial e demonstrações de resultados dos últimos dois exercícios sociais, não aceitando balancetes ou balanços provisórios, mas permitindo balanços intermediários.

Importante ressaltar que, diferentemente da Lei nº 8.666/1993, a nova legislação não exige a apresentação de certidão negativa de recuperação judicial, mas cabe à Administração verificar se o licitante em recuperação atende aos requisitos de habilitação econômico-financeira e possui viabilidade econômica.

O entendimento do STJ reforça que a exigência de certidão negativa deve ser relativizada, permitindo a participação de empresas em recuperação judicial, desde que comprovem a viabilidade econômica, conforme explicitado no Acórdão do recurso especial 1.826.299. Além disso, o TCU orienta que a boa situação econômico-financeira deve ser evidenciada por índices como Liquidez Geral, Solvência Geral e Liquidez Corrente, que devem ser definidos e justificados pela Administração na fase preparatória do processo licitatório, garantindo assim a segurança e a integridade dos contratos a serem firmados.

d) Justificar como foi encontrado o quantitativo informado.

ASSESSORIA JURÍDICA DA PRESIDÊNCIA

e) Uniformizar o objeto disposto no termo de referência com os demais documentos presentes no processo.

3.4. Da Pesquisa de Preço

A pesquisa de preços consiste em procedimento prévio e indispensável para a verificação de existência de recursos suficientes para cobrir despesas decorrentes de contratação pública. Serve de base também para confronto e exame de propostas em licitação e estabelece o preço justo de referência que a Administração está disposta a contratar, devendo constar no edital o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global.

Por meio da pesquisa de preços se obtém a estimativa de custos que se apresenta como de fundamental importância nos procedimentos de contratação da Administração Pública, funcionando como instrumento de baliza aos valores oferecidos nos certames licitatórios e àqueles executados nas respectivas contratações. Assim, sua principal função é garantir que o Poder Público identifique o valor médio de mercado para o objeto a ser contratado.

Neste sentido, conforme disposto no art. 3º da Instrução Normativa nº 65/2021, a pesquisa de preços deve ser documentada e conter, no mínimo, elementos como a descrição do objeto a ser contratado e as justificativas para a metodologia utilizada. O art. 4º da mesma norma ressalta a importância de se observar as condições comerciais praticadas, considerando peculiaridades locais e eventuais matrizes de alocação de riscos.

Ademais, **é imprescindível mencionar que o Ato da Presidência nº 45** também estabelece diretrizes que visam garantir a eficiência e a transparência nas contratações públicas. Assim, é crucial que a pesquisa de preços em questão siga rigorosamente as diretrizes estabelecidas nas normativas pertinentes, a fim de garantir a regularidade e a lisura do processo licitatório.

Portanto, não vislumbramos a pesquisa de preço presente nos autos seguindo os critérios exigidos pelas normativas supracitadas. Diante disso, é necessário a elaboração de um novo documento que atenda aos requisitos mínimos

ASSESSORIA JURÍDICA DA PRESIDÊNCIA

estabelecidos pela Instrução Normativa nº 65/2021 e pelo Ato da Presidência nº 45, a fim de assegurar a legalidade e a eficiência das contratações públicas.

3.3. Do Edital

É importante observar as possíveis alterações que possam ocorrer no Termo de Referência.

4. OPINATIVO

Ante o exposto, com base no arcabouço fático e documental apresentado e considerando os institutos jurídicos aplicáveis, **esta Assessoria Jurídica opina pela viabilidade da licitação por meio do Pregão Eletrônico.** O uso preferencial dessa modalidade licitatória, conforme estabelecido pela legislação vigente, contribui diretamente para a credibilidade do processo licitatório, refletindo os valores de eficiência e responsabilidade que permeiam as atividades do TCE/SE.

A adoção de todas as formalidades previstas na lei e a rigorosa observância das fases processuais garantem não apenas a conformidade jurídica, mas também a lisura e a transparência, elementos essenciais à legitimidade do processo licitatório.

Recomenda-se que sejam observados os apontamentos dispostos no item 3 do presente parecer. Destaca-se que a autenticidade das informações e documentos constantes do Expediente, assim como a especificação do objeto, é de inteira responsabilidade da autoridade requisitante, e que os documentos juntados devem ser sempre assinados pelos agentes que os apresentaram

É o parecer, sem embargos de posicionamentos contrários, os quais, desde já, respeitamos.

Encaminhe-se o presente expediente à **Diretoria Administrativa e Financeira - DAF** para análise e providências de estilo.

Aracaju/SE, 24 de outubro de 2024.



ASSESSORIA JURÍDICA DA PRESIDÊNCIA

Priscilla Cristine Porto Leó Costa
Chefe da Assessoria Jurídica da Presidência
Matrícula nº 2.021
OAB/SE nº 5.698