

ESTADO DE SERGIPE
PREFEITURA MUNICIPAL DE CARIRA
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO DE CARIRA

PARECER Nº 47/2023

PROCESSO: Processo de Inexigibilidade nº 005/2023.

ORIGEM: Secretaria Municipal de Finanças

ASSUNTO: Contratação de empresa especializada no fornecimento de assinatura de ferramenta de pesquisa e comparação de preços praticados pela Administração Pública para a Prefeitura Municipal de Carira/Se.

CONCLUSÃO: Viabilidade Jurídica Condicionada

DESTINO: Comissão Permanente de Licitações - CPL

EMENTA: Direito Administrativo. Licitações e Contratos. Inexigibilidade de Licitação com fundamento no Art. 25, *caput* e inciso I da Lei nº 8.666/1993. Objeto: Contratação de empresa especializada no fornecimento de assinatura de ferramenta de pesquisa e comparação de preços praticados pela Administração Pública para a Prefeitura Municipal de Carira/Se. Exclusividade de fornecedor. Análise Jurídica Prévia. **Viabilidade Jurídica Condicionada.** Recomendações.

I - RELATÓRIO

Cuida os autos de expediente encaminhado pela Secretaria Municipal de Finanças através da Comissão Permanente de Licitações do município de Carira/Se, requerendo a análise e emissão de parecer jurídico sobre a viabilidade de contratação mediante Inexigibilidade de Licitação de ***contratação de empresa especializada no fornecimento de assinatura de ferramenta de pesquisa e comparação de preços praticados pela Administração Pública para a Prefeitura Municipal de Carira/Se.***

Acompanhou o processo, 01 (um) volume contendo: 096 (noventa e seis) páginas, com os seguintes documentos: Capa de processo (fls. 000); Termo de Referência (fls. 001-017); Proposta Comercial de Prestação de Serviços (fls. 018-029); Solicitação de deferimento para a Instauração de Procedimento Licitatório (fls. 030); Solicitação de Despesa - Secretaria Municipal de Finanças (fls. 031); Nota de Empenho que demonstram Preços pretéritos (fls. 032-034); Justificativa de Preços (fls. 035-037); Documentos de habilitação Jurídica e Fiscal da Pretensa Contratada - Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral (fls. 038-039); Certidão Negativa de Tributos

Ana Paula Costa Almeida
Procuradora Municipal
OAB/SE 12.170



ESTADO DE SERGIPE
PREFEITURA MUNICIPAL DE CARIRA
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO DE CARIRA



Estaduais (fls. 040); Certidão Positiva com Efeitos de Negativa de Débitos Relativos aos Tributos Federais e à Dívida Ativa da União (fls. 041); Certidão Negativa de Débitos Municipais (fls. 042); Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas - CNDT (fls. 043); Certidão de Regularidade do FGTS (fls. 044); Cadastro de Inscrição Estadual (fls. 045); Inscrição Municipal (fls. 046); Atestado de Capacidade Técnica (fls. 047-049); Certidão Negativa de Débitos Perante o Conselho Regional de Administração do Estado do Paraná (fls. 050); Certidão de Ausência de Ação de Falência e Concordata, Recuperação Judicial e Extrajudicial (fls. 051); Certidão de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF (fls. 052); Certidão da Associação das Empresas de Tecnologia da Informação - ASSESPRO (fls. 053); Atestado da Associação Comercial do Estado do Paraná - Funcionalidades Exclusivas do Sistema (fls. 054-057); Declaração de Validação - Federação Assespro (fls. 058); Protocolo de Ações (fls. 059-060); Certidão Específica - Junta Comercial (fls. 061-063); Certidão Negativa de Licitantes Inidôneos (fls. 064); Declaração de Inexistência de Fatos Impeditivos (fls. 065); Declaração de Cumprimentos dos Requisitos de Habilitação (fls. 066); Declaração de que não está Inidônea e/ou Impedida de Licitatar (fls. 067); Declaração de Inexistência de Vínculo com o Serviço Público (fls. 068); Declaração de que não Emprega Menor, salvo na Condição de Aprendiz (fls. 069); Autorização para abertura de processo de Licitação na modalidade cabível (fls. 070); Comunicação Interna - Solicitação de Classificação Orçamentária (fls. 071); Declaração de Estimativa de Impacto Orçamentário-financeiro (fls. 072); Declaração sobre Aumento de Despesa (fls. 073); Justificativa de Inexigibilidade de Licitação pela Comissão Permanente de Licitação - CPL (fls. 074-087); Minuta de Extrato de Justificativa (fls. 088); Solicitação de emissão de parecer jurídico (fls. 089); Minuta de Contrato (fls. 090-096).

É o relatório. Fundamento e opino.

II - FUNDAMENTAÇÃO

Conforme podemos observar na leitura dos autos, trata-se de procedimento que visa a procedimento de contratação direta, por inexigibilidade de licitação, para a utilização de ferramenta de pesquisas e comparação de preços chamada "Banco de Preços" para o atendimento das necessidades do município de Carira/Se.

Ana Paula Costa Almeida
Procuradora Municipal
OAB/SE 12.170



ESTADO DE SERGIPE
PREFEITURA MUNICIPAL DE CARIRA
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO DE CARIRA

De início, cumpre-nos esclarecer que a Constituição Federal, em seu art. 37, inc. XXI, revela o dever da Administração em realizar o processo de licitação para aquisição de bens e serviços, figurando as hipóteses de dispensa e de inexigibilidade em exceções, notadamente, prescritas em lei.

O *caput* do art. 25, da Lei Geral de Licitações prevê a inexigibilidade de licitação quando houver a inviabilidade de competição, autorizando a contratação direta pela Administração Pública.

Sobre essa exigência legal, é possível se desenvolver o raciocínio de que, sempre que possível, a Administração deve se abster de não realizar licitação e ao exercer a discricionariedade permitida nos moldes do ar. 25 da Lei nº 8.666/93, deve justificar sua opção, conforme o caso.

Os três incisos dos dispositivos preveem de forma exemplificativa as hipóteses de inexigibilidade de licitação, sendo certo que, poderá haver outros casos concretos enquadráveis no *caput* deste permissivo legal.

Conceitualmente, a inexigibilidade de licitação *“se define pela impossibilidade de licitar por inexistirem produtos ou bens que tenham características aproximadas e que, indistintamente, possam servir ao interesse público, ou por inexistir pluralidade de particulares que possam satisfazer o fornecimento de bens e serviços”*. (D’AVILA, Vera Lúcia Machado. Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998).

A inexistência de uma pluralidade de indivíduos aptos a se candidatarem ao contrato pretendido pela Administração faz surgir a mais clássica forma de inviabilidade de competição. Ora, de modo algum seria razoável admitir que a Administração ver-se-ia obrigada a desenvolver todos os atos administrativos típicos do torneio licitatório, se desde que, já é sabido a quem será direcionada a contratação, dado ser aquele indivíduo o único existente no mercado com possibilidade de atender ao chamamento.

Ana Paula Costa Almeida
Procuradora Municipal
OAB/SE 12.170



ESTADO DE SERGIPE
PREFEITURA MUNICIPAL DE CARIRA
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO DE CARIRA

Em mesmo sentido, temos os ensinamentos do renomado doutrinador Marçal Justen Filho, vejamos:

“Segundo a fórmula legal, a inexigibilidade de licitação deriva da inviabilidade de competição. Essa fórmula não foi explicitada nem esclarecida pela Lei, que se restringiu a fornecer um elenco de exemplos daquilo que caracteriza inviabilidade de competição. O tema tem sido objeto de contínuas incursões doutrinárias e sérias controvérsias jurisprudenciais, sem que tenham atingido soluções plenamente satisfatórias. Mas há alguns pontos definidos, que podem auxiliar à compreensão do art. 25. Todos esses dados se conjugam para conformar o conceito de viabilidade de competição.” (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 11ª ed., São Paulo: Dialética, 2005, p. 271). destaquei

Neste tipo de contratação, o que importa, e sempre será o relevante, é que o objeto a ser contratado seja fornecido ou prestado por quem é único. É desimportante o fato de a exclusividade recair numa hipótese de compra ou de serviço. É que se o objeto do contrato pretendido for um serviço, o enquadramento se dará na cabeça do artigo, e não no seu inciso I. Essa é, inclusive, a orientação da Corte Federal de Contas:

“Abstenha-se de realizar a contratação de serviços com fundamento no inciso I do art. 25 da Lei no 8.666/1993, já que este dispositivo é específico para a aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo. Contrate serviços diretamente, por inexigibilidade de licitação, somente quando restar comprovada a inviabilidade de competição, em consonância com o disposto nos arts. 25 e 26 da Lei no 8.666/1993”. (Acórdão TCU nº 1096/2007 - Plenário). destaquei

Merece especial destaque a anotação de que ser “único” é diferente de ser “exclusivo”. Quando o fornecedor é único, a inviabilidade de competição é absoluta, ou seja, de fato não há outro disponível. Quando o fornecedor é “exclusivo”, existem outros que fornecem o objeto, mas por uma razão qualquer somente aquele indivíduo é que tem autorização para fornecê-lo. Diz-se, pois, que a inexigibilidade é relativa.

Ana Paula Costa Almeida
Procuradora Municipal
OAB/SE 12.170



ESTADO DE SERGIPE
PREFEITURA MUNICIPAL DE CARIRA
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO DE CARIRA

De tal maneira, podemos observar que a hipótese é de impossibilidade fática de haver competição. Se a administração pretende adquirir um determinado produto ou serviço que só se encontra nas mãos de um indivíduo, não há que se falar em disputa ainda que assim o desejasse.

Na forma do Art. 25, I da Lei nº 8.666/93, é inexigível a licitação “*para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes*”.

Resta evidente, portanto, que apenas excepcionalmente, nas hipóteses inscritas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, admite-se sua inexigibilidade, quando inviável a concorrência (art. 25), ou sua dispensa, nas hipóteses taxativamente previstas no art. 24 do citado diploma legal.

Reforça esse entendimento o art. 5º, IV da Lei nº 9.784/1999, que dispõe ser obrigatória a motivação dos atos administrativos que afastem o procedimento licitatório.

Podemos observar que a Administração Municipal, justificou a contratação direta com o argumento de que se trata de fornecedor exclusivo, basta observarmos o Termo de Referência, onde apresenta e enquadra a Justificativa da Inexigibilidade de Contratação nas fls. 008-013. Desta forma, sob esse aspecto, de fato, o art. 25, caput, e inciso I, da lei 8.666/93 reconhece essa circunstância como sendo impeditiva da deflagração do procedimento licitatório. E não podia ser diferente. Ora! Se apenas uma empresa pode fornecer o produto almejado, ou se apenas ela produz aquilo que se pretende adquirir, por óbvio, não há que se falar em competição para escolha do fornecedor; a própria situação fática o impede.

Aliás, é o próprio art. 25, I que impõe essa obrigatoriedade ao estabelecer que “para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser

Ana Paula Costa Almeida
Procuradora Municipal
OAB/SE 12.170



ESTADO DE SERGIPE
PREFEITURA MUNICIPAL DE CARIRA
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO DE CARIRA

fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes”

Pois bem, feitas essas observações considerações, em nosso entender, levam à conclusão de que no caso presente não há óbice à contratação fundada na inexigibilidade de licitação, não se pode esquecer de que essa exclusividade deve estar devidamente comprovada nos autos.

No caso dos autos, encontra-se à fls. 053 a Declaração da Associação das Empresas Brasileiras de Tecnologia da Informação - ASSESPRO REGIONAL PARANÁ de que a empresa a ser contratada é a autora e única fornecedora no Brasil do produto (software do produto Banco de preços), objeto do certame, e na fls. 053-057 da Associação Comercial do Estado do Paraná, no qual demonstra as funcionalidades exclusivas do software - Banco de Preços.

Contudo, não é demais lembrar que segundo o posicionamento do Tribunal de Contas da União, é responsabilidade do agente público, responsável pela contratação, averiguar a veracidade da declaração de exclusividade. É o que está consubstanciado na Súmula TCU nº 255 daquele órgão:

“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”. SÚMULA nº 255 - TCU. destaquei

Nesta esteira, ressalta-se é dever do agente público, que faz inclinar seu juízo de conveniência e oportunidade na direção da contratação de objeto tido por único ou exclusivo (logo, afastando o dever geral de licitar) que demonstre ser esta solução técnica, a única (Software - características que o diferencia dos demais) adequada para atender a necessidade da Administração, devendo ser afastada a ideia de que haja outras no mercado que tenham as características,

Ana Paula Costa Almeida
Procuradora Municipal
OAB/SE 12.170



ESTADO DE SERGIPE
PREFEITURA MUNICIPAL DE CARIRA
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO DE CARIRA

Folha: 103
Rubrica: 2

funcionalidades ou soluções similares. Do contrário, não estaríamos diante de uma situação de inexigibilidade, sendo a realização da competição perfeitamente possível, e, via de consequência, obrigatória.

In casu, a Justificativa da Contratação almejada (fls. 074-087) encontra-se presente na manifestação da Comissão Permanente de Licitação. CONTUDO, ressaltamos a necessidade da CPL, providenciar a reanálise da fundamentação de fato e de direito postas na citada justificativa antes da ratificação pela Autoridade Competente, tendo em vista que, se encontra enquadrada no art. 25, inciso II c/c com o Art. 13, inciso III da Lei nº 8.666/1993, DIFERINDO do enquadramento jurídico disposto no Termo de Referência da contratação pretendida do inciso I do Art. 25 da Lei nº 8.666/199e, para ATESTAR, além do prestador dos serviços exclusivos, a especialização dos serviços prestados pela empresa NP TECNOLOGIA E GESTÃO DE DADOS LTDA.

Por se tratar de questão eminentemente técnica, de integral responsabilidade do órgão, não adentrarei no mérito da Justificativa. Apenas friso da efetiva necessidade de demonstração de que o objeto possui características que o tornam único ou exclusivo, distinguindo-o dos demais, e por consequência lógica, afastando o procedimento licitatório, diante da inviabilidade de competição nos termos do inciso I do Art. 25º da Lei nº 8.666/1993.

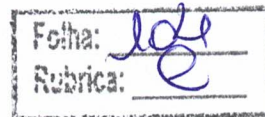
Ainda aqui, verifica-se que a minuta contratual atende aos elementos mínimos previstos nos artigos 54 e 55, da Lei nº 8.666/1993, não havendo, a nosso sentir, qualquer adequação a ser concretizada. Contudo, recomenda-se que a minuta de contrato preveja expressamente o valor mensal, como também, o valor global dos serviços a serem executados.

Com relação ao preço proposto, entendo que não cabe a assessoria jurídica emitir opinião sobre o valor proposto, vislumbrando por seu turno, restar existente nos autos a correspondente justificativa do gestor acerca da compatibilidade do preço cobrado com o de mercado, ex vi documentos de fls. 032-034 e a Justificativa de Preços (fls. 035-036).

Ana Paula Costa Almeida
Procuradora Municipal
OAB/SE 12.170



ESTADO DE SERGIPE
PREFEITURA MUNICIPAL DE CARIRA
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO DE CARIRA



A título de registro, pondera-se que a Advocacia Geral da União, por meio da Orientação Normativa nº 17. De 1º de abril de 2009, se pronunciou que: “*A razoabilidade do valor das contratações decorrentes de inexigibilidade de licitação poderá ser aferida por meio da comparação da proposta apresentada com preços praticados pela futura contratada junto a outros entes públicos e/ou privados, ou outros meios igualmente idôneos*”.

Por derradeiro, sobrelevo há ausência nos autos da contratação, da Portaria que institui e nomeia a Comissão Permanente de Licitação, como também da ausência de apresentação de Ato Constitutivo da Empresa NP Capacitação e Soluções Tecnológica Ltda, devendo a Comissão de Licitação providenciar a juntada dos documentos necessários em casos deste jaez.

Por fim, vislumbra-se oportuno enfatizar a necessidade de observância ao teor contido no art. 26, da Lei nº 8.666/1993, mais precipuamente aos prazos de 03 (três) dias para ratificação pela autoridade superior, e, posteriormente, de 05 (cinco) dias para publicação na imprensa oficial, visando, sobretudo, dar eficácia ao ato de inexigibilidade em per si, além de garantir a publicidade exigida pelo ordenamento jurídico pátrio.

III - CONCLUSÃO

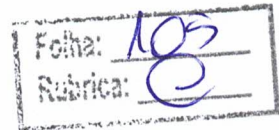
Diante do exposto, em atendimento ao disposto no art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, e com base na argumentação desenvolvida, considerando, portanto, os limites da análise jurídica e excluídos os aspectos técnicos e o juízo de oportunidade e conveniência do ajuste, **OPINA-SE** pela possibilidade da realização do procedimento de contratação direta, ante a configuração da hipótese de inexigibilidade de licitação elencada no artigo 25, inciso II, c/c artigo 13, inciso III, da Lei nº 8.666/93, **CONDICIONADA a:**

- a) a veracidade das informações e documentos anexados aos autos é de inteira responsabilidade da Administração Municipal;
- b) os agentes públicos serão responsabilizados administrativamente pelos danos causados à Fazenda Pública, caso fique comprovado o

Ana Paula Costa Almeida
Procuradora Municipal
OAB/SE 12.170



ESTADO DE SERGIPE
PREFEITURA MUNICIPAL DE CARIRA
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO DE CARIRA



- superfaturamento de preços, e/ou irregularidades, sem prejuízo de outras sanções civis, e criminais cabíveis;
- c) que a CPL a reanálise e reformule a fundamentação de fato e de direito postas na citada justificativa de contratação, antes da ratificação pela Autoridade Competente, tendo em vista que, se encontra enquadrada no art. 25, inciso II c/c com o Art. 13, inciso III da Lei nº 8.666/1993, diferindo do enquadramento jurídico disposto no Termo de Referência da contratação pretendida do inciso I do Art. 25 da Lei nº 8.666/199e, para ATESTAR, além do prestador dos serviços exclusivos, a especialização dos serviços prestados pela empresa NP Tecnologia e Gestão de Dados Ltda.
 - d) que seja acostado aos autos a Portaria que nomeia e constitui a Comissão Permanente de Licitação;
 - e) que seja acostado aos autos, o ato constitutivo da empresa NP Capacitação e Soluções Tecnológica Ltda;
 - f) que a minuta de contrato preveja expressamente o valor mensal, e global dos serviços a serem executados;
 - g) que a Comissão de Licitação cumpra com as disposições do art. 26 da Lei nº 8.666/93, quanto ao encaminhamento do processo para a ratificação da autoridade superior em três dias e sua publicação em cinco dias;
 - h) Que a Justificativa da Contratação e o Extrato de Contrato, sejam publicados no Diário Oficial do Município e no Portal da Transparência;

Assim, concluo pela possibilidade da Contratação Direta, desde que, atendidas as recomendações constantes neste *dictamen*. Por derradeiro, cumpre salientar que esta assessoria emite parecer sob o prisma estritamente jurídico, não lhe competindo adentrar a conveniência e a oportunidade dos atos praticados no âmbito da Administração, nem analisar aspectos de natureza eminentemente técnico-administrativas, ou aqueles de ordem financeira ou orçamentária, cuja exatidão deverá ser verificada pelos responsáveis e pela autoridade competente desta Administração Municipal.

Além disso, ressalta-se que, este parecer é de caráter meramente opinativo, não vinculando, portanto, a decisão do Gestor Municipal (TCU, Acórdão 2935/2011, Plenário, Rel. Min. WALTON ALENCAR RODRIGUES, DOU de 17/05/2011). Como diz JUSTEN FILHO (2014. p. 689) “o essencial é a regularidade dos atos, não a aprovação da assessoria jurídica”, ou seja, o gestor é livre no seu poder de decisão.

Ana Paula Costa Almeida
Procuradora Municipal
OAB/SE 12.170



ESTADO DE SERGIPE
PREFEITURA MUNICIPAL DE CARIRA
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO DE CARIRA

Folha: 106
Rubrica: 2

É o parecer, *sub censura*.

Remeto a elevada consideração da Autoridade superior.

Carira/Se, 10 de março de 2023

Ana Paula Costa Almeida

Ana Paula Costa Almeida
Advogada OAB/SE nº 12.170
Procuradora Geral do Município/Decreto nº 20/2022

Ana Paula Costa Almeida
Procuradora Municipal
OAB/SE 12.170