

PARECER JURÍDICO. LIC. PROJUR/SAL

PROCESSO Nº: 292110-0001.

INTERESSADO(S): SECRETARIA MUNICIPAL DE PLANEJAMENTO E ADMINISTRAÇÃO.

EMENTA: CONTRATAÇÃO DIRETA POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO. POSSIBILIDADE JURÍDICA DE CONTRATAÇÃO DIRETA DA EMPRESA ESPECIALIZADA NP CAPACITAÇÃO E SOLUÇÕES TECNOLÓGICAS LTDA, PARA FORNECIMENTO DE LICENÇA DO SOFTWARE BANCO DE PREÇOS PELO PERÍODO DE 12 MESES. SERVIÇOS DESENVOLVIDOS EXCLUSIVAMENTE. ART. 25, *CAPUT* DA LEI GERAL DE LICITAÇÕES.

1. RELATÓRIO

Os presentes autos foram encaminhados a esta procuradoria, para emissão de parecer eminentemente jurídico, com a finalidade de opinar acerca da possibilidade de inexigibilidade de licitação na forma do art. 25, *caput* da Lei Federal nº 8666/93, para contratação de empresa especializada, NP CAPACITAÇÃO E SOLUÇÕES TECNOLÓGICAS LTDA, com intuito de disponibilizar assinatura de acesso à ferramenta eletrônica Banco de Preços, visando auxiliar o gestor público na fase interna da licitação, realizando pesquisas e comparação de preços praticados pela Administração Pública, transformando-se em um guia na elaboração do termo de referência ou condições específicas do edital.

Em resuma síntese, é o relatório.

2. DA ANÁLISE PRELIMINAR

2.1 SOBRE A AUTUAÇÃO E REGISTRO DO PROCESSO

Compulsando-se os autos do presente processo administrativo, é possível extrair que fora regularmente iniciado, tendo sido autuado, protocolado e registrado,

na forma exigida pelo artigo 38, caput, c/c artigo 4º, todos da Lei nº 8.666, de 1993. Além disso, suas folhas foram sequencialmente numeradas e rubricadas, tal como exige o artigo 22, § 4º, da Lei nº 9.784, de 1999.



2.2 SOBRE A DISPONIBILIDADE ORÇAMENTÁRIA PARA GARANTIR A DESPESA

Segundo o artigo 14, da Lei nº 8.666/93, nenhuma compra será feita sem a indicação dos recursos orçamentários para o seu pagamento. Igual disposição é albergada no artigo 7º da mesma lei, no que toca às hipóteses de obras e serviços, situação que é repetida no caput do artigo 38 do referido diploma normativo. No caso ora em análise, consta nos autos declaração da existência de crédito orçamentário para atendimento da despesa em questão.

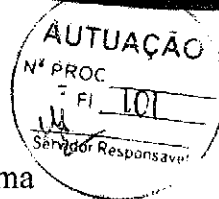
3. SOBRE A JUSTIFICATIVA PARA A DEFLAGRAÇÃO DO PROCEDIMENTO

A doutrina moderna ensina que todo ato administrativo precisa ser motivado. No terreno dos contratos administrativos não é diferente. Além de cumprir regramento legal, como, por exemplo, o contido nos artigos 2º e 50 da Lei nº 9.784/99, a decisão por contratar esse ou aquele objeto precisa ter uma conformação com o interesse público, situação que só é demonstrável a partir da motivação ou justificativa do ato de contratação.

Salienta-se que, em se tratando de licitações e contratos, levando em conta que os órgãos integrantes do controle externo irão analisar a conduta do gestor algum tempo depois, as razões que determinaram a prática do ato devem ser inteiramente registradas, para não permitir qualquer tipo de análise equivocada no futuro. Nesse sentido, tem-se que atentar também para o controle social, em crescimento no país, especialmente através da constituição de "observatórios sociais", pelas redes sociais, ou, ainda, pelos canais de transparência.

Por fim, há que se ponderar, ainda, que justificar a abertura de um processo para contratação significa demonstrar previamente, de maneira metódica e didática, as razões pelas quais a Administração está a contratar esse ou aquele objeto, inclusive quanto ao aspecto quantitativo. Ou mesmo porque escolheu um caminho em detrimento de outro.





4. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

A licitação representa uma disputa entre interessados em estabelecer uma relação patrimonial com a Administração, na qual será selecionada por esta, a proposta que lhe for mais vantajosa. Segundo ALEXANDRINO (2011, p.547), se o processo licitatório é caracterizado por uma disputa, para que ela seja possível deve-se existir mais de uma pessoa, física ou jurídica, capaz de competir a fim de atingir o interesse da gestão pública, qual seja ele.

Desta feita, os objetivos da licitação são o de assegurar a máxima vantagem para a Administração Pública, considerados preço e qualidade e garantir igualdade de oportunidade, isonomia, a todos os contendores ou licitantes, como prescreve o art. 3º da mesma Lei.

Todavia, a Lei Nacional 8.666/93 cuida, em seu artigo 25, das hipóteses de impossibilidade jurídica de licitação, o qual reúnem situações descritas genericamente como de inviabilidade de competição, e, prevê que, ao inexistir viabilidade desta, poderá efetivar-se a contratação direta, ainda que não se configurem situações expressamente constantes do elenco do artigo 25.

Diante disto, ALEXANDRINO (2011, p.547) assevera que “a inexigibilidade de licitação se verifica sempre que houver a impossibilidade jurídica de competição”. Não obstante, a licitação somente é possível, se presentes os seus pressupostos. Desse modo, dispõe o art. 25 da Lei nº 8666/93, *in verbis*:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - 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;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

[...] (Destacado).



É inegável que a inexigibilidade de licitação deriva justamente da inviabilidade de competição para o fornecimento dos bens ou serviços demandados pela Administração. De fato, a regra geral para a celebração de contratos com a Administração Pública é de precedência de licitação, como estabelece o preceito jurídico contido no “caput” do art. 25 retrocitado, quando determina que “é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição”. Ou seja, a “*contrario sensu*”, havendo viabilidade de competição, é exigível a licitação.

A impossibilidade jurídica de competição, para Hely Lopes Meirelles (2006, p. 373): “Decorre da natureza específica do negócio ou dos objetivos visados pela Administração, não cabendo pretender-se melhor proposta quando só um é proprietário do bem desejado pelo Poder Público ou reconhecidamente capaz de cumprir adequadamente determinado contrato”.

Desta forma, de nada adiantaria a Administração arcar com o custo do processo administrativo, movimentar um enorme aparelhamento da máquina estatal, despender tempo, adiando a solução para a necessidade de interesse público surgida, se, no dia, hora e local designado para a disputa, somente aquele (porquanto exclusivo, único existente) se apresentaria munido de proposta e documentos de habilitação.

No tocante a ausência de absoluta pluralidade, são os casos em que o conhecimento tecnológico gerou uma única via de atendimento acerca da necessidade. Essa alternativa tanto pode compreender casos em que haja tutela pelo direito como casos em que a situação é meramente fática. Haverá hipóteses em que a única alternativa disponível está tutelada por privilégio de exclusividade, segundo as regras de propriedade imaterial (direitos autorais, direitos de propriedade industrial).

A teor dos dispositivos em comento, enseja tecer as seguintes considerações feitas com maestria pelo professor Marçal Justen filho na obra comentário à lei de licitações e contratos administrativo:

“As causas de inviolabilidade de competição podem ser agrupadas em dois grandes grupos, tendo por critério a sua natureza. Há uma primeira espécie que envolve inviabilidade de competição derivada de circunstâncias atinentes ao sujeito a ser contratado. A segunda espécie abrange os casos de inviabilidade de competição relacionada com a natureza do objeto a ser contratada”.





Portanto, é dever do agente que faz inclinar seu juízo de conveniência e oportunidade na direção da contratação de produto tido por único ou exclusivo (logo, afastando o Dever Geral de Licitar) que demonstre ser esta a solução a única solução técnica adequada para atender a necessidade da Administração, devendo ser afastada a ideia de que haja outras no mercado que tenham as características, funcionalidades ou soluções similares.

5. DO ENQUADRAMENTO LEGAL DO ART. 25 CAPUT DA LEI 8.666/93

Segundo o entendimento do insigne Celso Antônio Bandeira de Mello que “*é pressuposto lógico da licitação a existência de uma pluralidade de objetos e uma pluralidade de ofertantes*”. Assim sendo, a licitação é um processo seletivo em que se procede ao cotejo de propostas proporcionando a viabilidade da competição, da disputa. Porém existem situações em que a disputa é inviável, tendo em vista a exclusividade do serviço oferecido então, corolariamente, exsurge o caso de inexigibilidade preconizado no art. 25 da lei 8.666/93.

Nesse sentido o *caput* do art. 25 apresenta função normativa autônoma, de modo que uma contratação direta poderá nele se fundar de forma exclusiva. Não se impõe que a hipótese seja enquadrada em um dos incisos do referido art. 25, que possui natureza exemplificativa. Sobre o tema, vale transcrever a lição de Marçal Justen Filho:

“Tratando-se de instituto complexo como se passa com a inexigibilidade, sua extensão dificilmente poderia ser estabelecida de modo meramente teórico. Dá-se um exemplo bastante esclarecedor. Se não existissem os três incisos do art. 25, muitos seriam tentados a restringir a inexigibilidade apenas aos casos de ausência de pluralidade de alternativas. A existência do dispositivo do inc. III evidencia que o conceito de inviabilidade de competição tem de ser interpretado amplamente, inclusive para abranger os casos de impossibilidade de julgamento objetivo. **Em outras palavras, a análise dos incisos do art. 25 permite identificar o conceito de inviabilidade de competição consagrado no caput do dispositivo.**”

(Destacado).

Assim, sempre que os serviços demandados pela Administração forem desenvolvidos de forma exclusiva por uma determinada pessoa jurídica, não havendo

semelhança fática com as hipóteses dos incisos I, II e III, teremos seu enquadramento no *caput* do art. 25.

Nessa feita, é tecnicamente inadequada a indicação do inciso I do artigo 25 como fundamento legal para a contratação direta, por inexigibilidade, de serviço contratado junto a fornecedor exclusivo. Isso porque a hipótese do inciso I é destinada às compras em que o fornecedor for único ou exclusivo, não podendo abranger serviços.

Sobre o tema, aliás, o Advogado-Geral da União expediu Orientação Normativa para os órgãos jurídicos subordinados – Orientação Normativa AGU nº 15, de 1º de abril de 2009, com o seguinte verbete:

“A contratação direta com fundamento na inexigibilidade prevista no art. 25, inc. I, da Lei nº 8.666, de 1993, **é restrita aos casos de compras, não podendo abranger serviços**”.

Não significa, entretanto, que no caso de necessidade de contratação de serviço prestado por fornecedor exclusivo, a licitação seria obrigatória por falta de amparo legal. O que importa, para se enquadrar na situação de inexigibilidade, é que o objeto a ser contratado seja fornecido ou prestado por uma única pessoa, o que pode ocorrer tanto nas hipóteses de aquisição, prevista no inciso I, como nas situações de contratação de um serviço.

Tratando-se de serviços prestado por fornecedor exclusivo, a inviabilidade de competição permitirá a contratação direta por inexigibilidade, tendo por fundamento, no entanto, o *caput* do art. 25 e não seu inciso I. Nesse sentido, é a orientação do Tribunal de Contas da União:

“É lícita a contratação de serviços com fulcro no art. 25, *caput*, sempre que comprovada a inviabilidade de competição. Ressalte-se que, na hipótese de contratação de serviços, o fundamento legal deverá ser o *caput*, posto que o inciso I trata apenas de compras. É mister, ainda, a comprovação da exclusividade na prestação do serviço.” (TC – 300.061/95-1 – TCU).

Pois bem, a contratação direta na Inexigibilidade de licitação tratou do reconhecimento de que era inviável a competição entre ofertantes, porque só um

fornecedor ou prestador de serviço possuía a aptidão para atender ao interesse público, face as peculiaridades do objeto contratual pretendido pela administração.



Não obstante, no caso em tela a Administração Pública enfrenta uma grande dificuldade para aquisições e contratações principalmente no que tange a utilização de ferramentas que facilitem a captação de preços para instrução processual. O Art. 15, inciso V da lei 8666/93 dispõe:

“Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:
(...) V - balizar-se pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública (...)”.

Pensando nessa necessidade da Administração Pública, a empresa NP Eventos e Serviços LTDA, criou o Banco de Preços®, que se trata de uma ferramenta de pesquisas de preços visando o estabelecimento do valor estimado ou máximo da contratação, ou seja, um banco de dados diariamente atualizado, sistematizado por regiões, Estados e Municípios, sendo alimentado com preços obtidos em licitações efetivamente contratadas pelo Poder Público. A ferramenta nasceu com o objetivo de trazer maior eficiência e economicidade aos certames licitatórios.

As especificações técnicas do Banco de Preços foram desenvolvidas buscando ser uma ferramenta de fácil operação, confiável, ágil para acelerar os procedimentos de cotação e estimativa de preços, balizador para observação de forma inequívoca dos preços inexequíveis e/ou exorbitantes. Abaixo, destacamos as especificações técnicas que SOMENTE O BANCO DE PREÇOS possui, quais sejam:

- a) Quantidade de Preços (REAL);
- b) Acesso as ATAS de Registro de Preços (SRP);
- c) Filtragem por Categoria;
- d) Filtragem por Marca;
- e) Filtragem por UASG;
- f) Filtragem por Data;
- g) Filtragem por Estado;
- h) Filtragem por Sistema de Registro de Preços – SRP;
- i) Filtragem por Região;
- j) Filtragem por Cidade;
- k) Filtro avançado de pesquisa;
- l) Exibição Menor Preço;
- m) Exibição de Preço Estimado;
- n) Exibição de Preço Médio;
- o) Exibição da Mediana;

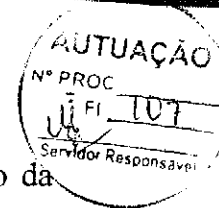


- p) Exibição dos Melhores Lances;
- q) Exibição de Propostas;
- r) Exibição do Fornecedor Vencedor;
- s) Exibição da melhor proposta de cada Fornecedor qualificado;
- t) Acesso aos Editais - originais da licitação - Informação autenticada a publicação oficial da instituição;
- u) Acesso as atas das licitações com descritivo de todos os atos inerentes aquela contratação – Informação autenticada a publicação oficial da instituição;
- v) Anexos, catálogos, manuais e propostas originais enviadas por upload do fornecedor a licitação - Informação autenticada a publicação oficial da instituição;
- w) Palavra Chave Adicional;
- x) Paginação dos Resultados;
- y) Configuração personalizada do Relatório;
- z) Relatório em Lote;

Com base nas especificações elencadas, verifica-se que se tratam de características únicas do software, tratando-se de um serviço exclusivo e singular, fornecido apenas pela empresa NP CAPACITAÇÃO E SOLUÇÕES TECNOLÓGICAS LTDA, é evidente que há a inexistência de pluralidade de ofertantes, torna a competição inviável

Frise-se que, em relação a exclusividade do serviço, a Associação das Empresas Brasileira de Tecnologia da Informação ASSESPRO NACIONAL, atestou que a empresa NP CAPACITAÇÃO E SOLUÇÕES TECNOLÓGICAS LTDA é a única fornecedora do Brasil do produto com as especificações da ferramenta “Banco de Preços”, acima destacadas. Trata-se, portanto, de uma ferramenta exclusiva e indispensável para a fase interna dos processos licitatórios.

Dessa forma, constata-se no próprio dispositivo a possibilidade de contratação de obras ou serviços 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. Assim, a “Carta de Exclusividade” apresentada pela NP CAPACITAÇÃO E SOLUÇÕES TECNOLÓGICAS LTDA atesta que se trata de empresa exclusiva possuidora da ferramenta “Banco de Preços”, com especificações técnicas únicas, podendo ainda ser invocada a Inexigibilidade de Licitação, tendo em vista que a disputa seria contrária a vontade do contrato tornando-se sem sentido.



Neste sentido, destaca-se a doutrina do Professor Ronny Charles:

“Nesta feita, competição inviável, para fins de aplicação da hipótese de inexigibilidade licitatória, não ocorreria apenas nas situações em que é impossível haver disputa, mas também naquelas em que a disputa é inútil ou prejudicial ao atendimento da pretensão contratual, pelo confronto e contradição com aquilo que a justifica (o interesse público).”

Outrossim, cumpre informar que o produto “Banco de Preços” é fornecido, mediante dispensa ou inexigibilidade de licitação, para diversos órgãos e entidades da União, Estados e Municípios. No âmbito da União, destaca-se, a título de exemplo, o Tribunal de Contas da União, que adquiriu a ferramenta “Banco de Preços” mediante inexigibilidade de licitação, haja vista presentes os requisitos permissivos para a não realização do certame, quais sejam, a ausência de competição por se tratar de uma ferramenta exclusiva, tornando-se a disputa inútil, contrária ao interesse público.

Por fim, reforçando a argumentação aqui trazida, importante ressaltar que o Tribunal de Contas da União (Contratante do produto Banco de Preços), por força dos artigos 70 a 75 da Constituição Federal, executa o controle externo da atividade financeira da Administração Pública, decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos pela Lei de Licitações e Contratos Administrativos (art. 113, Lei 8.666/93), fato esse que induz ainda mais a legalidade da contratação mediante inexigibilidade de licitação, de acordo com as justificativas técnicas (produto único) aqui apresentadas.

6. DA JUSTIFICATIVA DO PREÇO

Além da inviabilidade da competição, é necessário justificar o preço da presente contratação, como requer o art. 26 da Lei 8.666/93, *in verbis*:

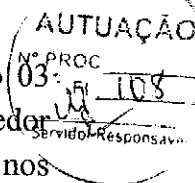
Art. 26. (...).

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

(...);

III - justificativa do preço.

(...). (Destacado).



No que concerne a justificativa de preço, são necessários no mínimo 03 propostas válidas para justificar a compatibilidade do preço oferecido pelo fornecedor com o vigente no mercado, conforme o posicionamento firmado pelo TCU nos seguintes termos: “Também importante é o entendimento pacífico de que a justificativa de preço é elemento essencial da **contratação, posto que a sua validade depende da verificação da razoabilidade do preço** ajustado, conforme prevê o inciso III do art. 26 da Lei nº 8.666/1993. (...) a inviabilidade de competição não constitui óbice, por si, à verificação da razoabilidade do preço. Diversos são os parâmetros que poderão ser utilizados para se avaliar a adequação dos preços, mesmo quando se tratar de fornecedor exclusivo¹.

Assim, tal requisito foi preenchido com a apresentação pela empresa especializada de várias propostas/contratos firmados com outras instituições públicas comprovando que o preço sugerido a esta Prefeitura, é compatível ao praticado no mercado. Ademais, foi emitida pelo setor de contabilidade a disponibilidade orçamentária para a presente contratação do sistema.

7. **DOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS: EFICIÊNCIA**

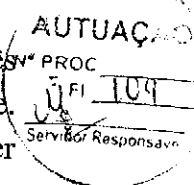
Os princípios do direito administrativo vinculados ao instituto da licitação merecem ser examinados, já que, indiscutivelmente, são de suma importância para a compreensão do sistema jurídico administrativo brasileiro. São relevantes porque impregnam todo o sistema, impondo ao conjunto de normas certas diretrizes axiológicas, uma vez que são os alicerces de qualquer sistema jurídico, pois é com base neles que se originam as demais normas e todas serão interpretadas e aplicadas à luz deles.

A nossa Carta Política de 1988 incluiu, dentre os princípios básicos e orientadores da Administração Pública o princípio da eficiência, introduzido no *caput* do art. 37 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 19, e consiste em impor ao agente público que realize com a máxima presteza, perfeição e rendimento pessoal, suas atribuições para que seus atos alcancem resultados positivos para o serviço público, de modo a satisfazer o atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.

O conceito de eficiência é abordado de forma completa, por Ubirajara Costódio como significado comum, *in verbis*:

¹ TCU, Acórdão nº 2.611/2007, Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes, j. em 05.12.2007.

Identifica-se no princípio constitucional da eficiência três conceitos: economicidade, presteza e prestabilidade. Economicidade visto como a satisfação do cidadão deve ser obtida de modo menos custoso possível ao Erário público. Presteza porque os agentes públicos devem ser rápidos quanto ao atendimento ao cidadão. Prestabilidade, uma vez que o atendimento prestado pela Administração Pública deve ser benéfico e útil ao cidadão. Tais particularidades dizem respeito quer aos métodos empregados (presteza, economicidade), com o fim de atingir os resultados (prestabilidade), situados na relação Administração Pública/cidadão.²



No vertente caso, a contratação da empresa especializada para fornecimento de licença do software Banco de Preços pelo período de 12 meses, se mostra como a melhor alternativa para a realização das pesquisas de preços para instrução dos processos licitatórios da Prefeitura de Santo Antônio dos Lopes/MA, vez que atende ao princípio da eficiência em sua completude, no que tange a sua *economicidade* (preço acessível e compatível com o mercado), possibilitando a *presteza* do usuário (em atender com rapidez as demandas de pesquisas de preços oriundas dos procedimentos licitatórios na fase interna) e, por fim, atingindo a *prestabilidade* do serviço público (garantindo a segurança, agilidade e economia aos processos de compras públicas).

8. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, no que tange aos aspectos legais ressalvados os critérios técnicos, econômicos e discricionários, conclui-se que a contratação preenche todos os requisitos legais necessários, bem como verificando a necessidade de contratação da empresa especializada NP CAPACITAÇÃO E SOLUÇÕES TECNOLÓGICAS LTDA, para fornecimento dos serviços exclusivos da ferramenta eletrônica Banco de Preços, a **Inexigibilidade de licitação fica demonstrada**, com fundamento no art. 25, *caput* da Lei Federal nº8666/93, preconizado ainda o artigo 26 do mencionado diploma legal, haja vista que o objeto em questão obedece os critérios legais para a contratação direta, sem licitação, nessa modalidade. Cumpre salientar que a presente manifestação toma por base, exclusivamente, os elementos que constam, até a presente data, nos autos do processo administrativo ora analisado. Por isso, por se tratar de uma análise estática para um evento que permeia ao tempo, em especial pela presente análise não ser concomitante a própria assinatura

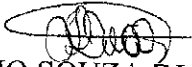
² COSTODIO FILHO, Ubirajara. A Emenda Constitucional 19/98 e o Princípio da Eficiência na Administração Pública, p. 210-217, abr./jul. 1999.

do termo de contrato, recomenda-se que seja efetuada de forma reiterada a conferência dos documentos de regularidade fiscal do contratado, proprietário do imóvel, como meio de se evitar qualquer irregularidade quanto às normas de contratações públicas. Portanto, **opinamos favoravelmente pela possibilidade jurídica de inexigibilidade de licitação** para a aquisição da chave de acesso à ferramenta eletrônica denominada Banco de Preços, na forma e fins requisitados da proposta acostada nos autos.



Salvo Melhor Juízo, é o PARECER.

Santo Antônio dos Lopes, 10 de novembro de 2021.


SÂMARA CARVALHO SOUZA DIAS - OAB/MA nº 5.582
Diretora do Departamento Jurídico
Portaria Nº 006/2021-GP