



PREFEITURA MUNICIPAL DE PARAUAPEBAS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO



PARECER JURÍDICO

EMENTA: Inexigibilidade de Licitação nº 6/2020-001 SEFAZ.

Objeto: Contratação de empresa para cessão de uso de software disponibilizado pela empresa, na modalidade Inexigibilidade de licitação com base no art. 25, *caput*, da Lei de Licitações, para atender o Município de Parauapebas – Estado do Pará.

Interessado: A própria Administração.

Trata-se de pedido de contratação de empresa para cessão de uso de software disponibilizado pela empresa, na modalidade Inexigibilidade de licitação com base no art. 25, *caput*, da Lei de Licitações, para atender o Município de Parauapebas – Estado do Pará.

1. DO RELATÓRIO

Consta dos autos que:

I. A Secretaria Municipal da Fazenda - SEFAZ emitiu o memorando de solicitação de contratação (fls. 01) e ratificou o projeto básico elaborado pela Procuradoria Geral do Município, que identifica o objeto necessário e apresenta as justificativas circunstanciadas, bem como o prazo e a estimativa financeira do contrato (fls. 02-14);

II. A empresa Liz Serviços Online Ltda apresentou Proposta Comercial (fls. 17-22), que a Procuradoria Geral do Município submeteu à análise do setor técnico competente (fls. 16), tendo a Diretoria de Tecnologia da Informação e Comunicação - DTIC emitido parecer técnico com algumas ressalvas (fls. 23-25);

III. A Procuradoria Geral do Município, atendendo às recomendações do parecer técnico nº 10/2019-SEPLAN, encaminhou o projeto básico para manifestação técnica da equipe do setor de tecnologia da informação (fls. 26-28), que emitiu o parecer técnico nº 1/2020 (fls. 29-30);

IV. A empresa Liz Serviços Online Ltda apresentou proposta atualizada, minuta de contrato e cronograma de execução (fls. 32-41); bem como os documentos da empresa: carteira de identidade do responsável legal (fls. 43), contrato social (fls. 44-50), declaração de opção pelo simples nacional (fls. 51), cartão de CNPJ (fls. 52); certidões de regularidade fiscal, trabalhista e judicial (fls. 53-57 e 71), balanço patrimonial (fls. 59-70), alvará de licença para localização e funcionamento (fls. 72) e declaração de que não emprega menor de idade (fls. 73);

V. O Atestado/Declaração nº 0104/2020 (fls. 75-76), emitido pela Associação Brasileira de Empresas de Tecnologia da Informação, que atesta não existir em território nacional outra plataforma que ofereça de forma integrada as funcionalidades do software disponibilizado pela empresa Liz Serviços Online Ltda;



**PREFEITURA MUNICIPAL DE PARAUAPEBAS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO**



VI. O Certificado de Registro de Programa de Computador, emitido pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial (fls. 77);

VII. A Declaração nº 033/2020 (fls. 78-79), emitida pela Associação das Empresas Brasileiras de Tecnologia da Informação, Regional Santa Catarina (ASSESPRO – SC), que declara que *“não é de conhecimento da Assespro/SC existir em território nacional outra plataforma de gerenciamento e disponibilização de legislação que ofereça de forma integrada todas as funcionalidades abaixo listadas”*;

VIII. O relatório emitido pelo Instituto Brasileiro de Perícias Forenses (fls. 80-88);

IX. Contratos apresentados pela empresa Liz Serviços Online Ltda, referentes à prestação de serviços similares ao objeto, firmados entre a empresa a ser contratada e as Prefeituras Municipais de Casimiro de Abreu (fls. 90-95), Estância Balneária de Peruíbe (fls. 96-99), Pitangueiras (fls. 100-104) e a Câmara Municipal de São Caetano do Sul (fls. 105-113), a fim de justificar o preço da contratação pretendida;

X. A Autoridade Competente apresentou Indicação da Dotação Orçamentária, apresentando saldo orçamentário apto a cobrir a despesa, e Declaração de Adequação Orçamentária e Financeira (fls. 114-115);

XI. A Autoridade Competente, verificando a conveniência e oportunidade da requisição, autorizou a inexigibilidade do processo referente à contratação da empresa (fls. 116);

XII. O Decreto nº 507/2020, referente à designação da Comissão Permanente de Licitação (fls. 117);

XIII. A autuação do processo (fls. 118);

XIV. A Comissão Permanente de Licitação verificou e analisou a referida requisição, indicando por sua vez o objeto, o valor estimado e a adequação da contratação à modalidade de inexigibilidade de licitação, com base no *caput* do art. 25 da Lei 8.666/93 (fls. 119-126);

XV. Juntou-se, às fls. 127-132, a Minuta de Contrato a ser aprovada por esta assessoria;

XVI. O processo foi encaminhado para a Controladoria Geral do Município para análise e providências necessárias (fls. 133);

XVII. No Parecer do Controle Interno, a Controladoria Geral do Município opinou pela continuidade do procedimento, atestando seu enquadramento aos moldes exigidos, acatando a justificativa de preço (fls. 134-146);

XVIII. Constam, ainda, às fls. 147-180, os documentos referentes ao cumprimento das recomendações do parecer da Controladoria Geral do Município.



PREFEITURA MUNICIPAL DE PARAUAPEBAS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO



2. DA ANÁLISE JURÍDICA

Vieram os presentes autos para a devida análise quanto à possibilidade jurídica de se processar a presente Inexigibilidade de Licitação nº 6/2020-001 SEFAZ, bem como da homologação de seu julgamento.

Inicialmente cumpre observar que o exame dos presentes autos restringe-se aos seus aspectos jurídicos, excluídos aqueles de natureza técnica. Em relação a estes, partiremos da premissa de que a autoridade competente municiou-se dos conhecimentos específicos imprescindíveis para a sua adequação ao interesse público, tendo observado todos os requisitos.

Quanto às especificações técnicas contidas no presente processo, inclusive quanto ao detalhamento do objeto da futura contratação, presume-se que suas características, requisitos e avaliação do preço, tenham sido regularmente determinados pelo setor competente do órgão, com base em parâmetros técnicos objetivos, para a melhor consecução do interesse público.

A Secretaria Municipal da Fazenda, por meio do memo nº 414/2020 - SEFAZ (fls. 01) e do projeto básico (fls. 02-14), apresentou a justificativa para se proceder à pretensa contratação, no qual afirma que: *“diante dos inúmeros desafios enfrentados durante a criação e a tramitação para a elaboração de uma norma legislativa, a grande dificuldade consiste em efetuar pesquisa junto ao arcabouço de normas já existentes na municipalidade, de modo a manter um banco de dados consistente e preciso, de tal forma que a proposição de uma nova norma jurídica não venha a ser criada repetidamente (...). Outro grande problema enfrentado pelos legisladores refere-se à **Consolidação e Compilação** das normas já existentes (...). Além das dificuldades apresentadas referentes à própria organização da legislação municipal, outro obstáculo muitas vezes encontrado pelo administrador público é com relação à confecção de novas legislações para o seu município (...). Assim, diante dos inúmeros desafios existentes para o aperfeiçoamento da produção e consulta legislativa, é de extrema importância que esta municipalidade possua um sistema para o gerenciamento e consolidação da sua própria legislação, bem como para a pesquisa de legislações de outros entes da Federação (Municípios e Estados), de maneira organizada e de fácil acesso, a fim de proporcionar agilidade e eficácia no cotidiano do servidor público, e também do cidadão”.*

Quanto à justificativa, esclarecemos que não compete ao órgão jurídico adentrar o mérito – oportunidade e conveniência – das opções do Administrador, exceto em caso de afronta aos preceitos legais.

O papel do órgão jurídico é recomendar que a justificativa seja a mais completa possível, orientando o órgão assistido, se for o caso, pelo seu aperfeiçoamento ou reforço, na hipótese de ela se revelar insuficiente, desproporcional ou desarrazoada, de forma a não deixar margem para eventuais questionamentos.

Cabe ressaltar que a avaliação da justificativa do preço apresentada pela Autoridade Competente, da indicação orçamentária, bem como da regularidade contábil e fiscal da empresa a ser contratada, coube à Controladoria Geral do Município, de acordo com as atribuições conferidas pela Lei Municipal nº 4.293/2005, a qual emitiu parecer favorável à pretensa contratação (fls. 134-146).



**PREFEITURA MUNICIPAL DE PARAUAPEBAS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO**

Pois bem. Excluindo-se os elementos técnicos e econômicos que consubstanciaram todo o procedimento, passemos, estritamente, a análise dos elementos/requisitos jurídicos do presente processo.

Inicialmente, mister observarmos que as contratações efetuadas pelo Poder Público devem, em regra, ser precedidas de licitação. Nesse sentido, dispõe o art. 2º da Lei nº 8.666/93. E a Constituição Federal de 1988, em seu inciso XXI do art. 37, delineou e fixou a licitação como princípio básico a ser observado por toda Administração Pública, *in verbis*:

"Art. 37. A Administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, e também ao seguinte:

(...)

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".

Assim, regra geral, é que todas as Unidades da Federação Brasileira e seus Poderes sujeitem-se à obrigatoriedade de licitar, salvo nos casos/exceções previstos pela Lei de licitações (Lei nº 8.666/93), estabelecidos, por exemplo, no caso do art. 25, onde a Administração Pública está autorizada a celebrar, de forma discricionária, contratações diretas, com o fornecedor, sem a concretização de certame licitatório.

Com efeito, o Legislador Constituinte admitiu a possibilidade de existirem casos em que a licitação poderá deixar de ser realizada, autorizando a Administração Pública a celebrar, de forma discricionária, contratações diretas sem a concretização de certame licitatório.

Assim, *in casu*, temos o fundamento jurídico explícito no *caput* art. 25, da Lei nº 8.666/93, *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;

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.



**PREFEITURA MUNICIPAL DE PARAUAPEBAS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO**

§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

§ 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis."

De plano, impende salientar que a hipótese dos incisos acima transcritos é destinada às compras em que o fornecedor, distribuidor ou produtor for único ou exclusivo. O que não significa dizer que em caso de haver necessidade de contratar um determinado serviço e este somente puder ser executado por um único prestador, a licitação seria obrigatória por falta de amparo legal.

Importante citarmos o entendimento de Jessé Torres:

1º - a competitividade é da essência da licitação, seguindo-se por ser esta exigível sempre que presente a possibilidade daquela; licitação inexigível equivale a licitação impossível; é inexigível porque impossível; é impossível porque não há como promover-se a competição;

2º - ao revés do que se inferiria da primeira vertente interpretativa, as hipóteses formuladas na lei não geram presunção 'jûris et de jure', porque estão submetidas ao núcleo conceitual fixado na cabeça do artigo, que afirma, além de qualquer dúvida razoável, que a licitação é inexigível "quando houver inviabilidade de competição; por conseguinte, havendo viabilidade de competição, é exigível a licitação, impondo-se à autoridade verificar, mesmo em face das hipóteses descritas nos incisos, se a competição, nas circunstâncias do caso concreto, é ou não viável; não sendo, não haverá o que licitar; logo, a inexigibilidade presumida nas hipóteses da lei admite prova factual em contrário quanto à viabilidade da competição, daí ser jûris tantum;

3º - as hipóteses dos incisos não tem autonomia conceitual; entender diversamente significa subordinar o caput do artigo a seus incisos, o que afronta regra palmar de hermenêutica, sendo, como devem ser, os incisos de um artigo subordinados à cabeça deste, a inexigibilidade de licitação materializa-se somente quando a competição for inviável.

Logo, 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 da 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.

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.



PREFEITURA MUNICIPAL DE PARAUAPEBAS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO



Destaca-se que o elenco do art. 25, inciso I, da Lei Geral de Licitações, refere-se a entidades que congregam empresários, com exceção da Junta Comercial, que é órgão estatal regulador dos registros empresariais, mas que, no fundo, cumprem missão análoga às primeiras. A ideia central de os atestados serem emitidos por uma dessas entidades é a de promover publicidade, principalmente, dentro do meio empresarial a que pertence a detentora de cláusula de exclusividade. Não comportaria outra interpretação, ante a imprecisão da expressão, senão a de se considerar que "entidades equivalentes" devem ser associações de que congreguem o empresariado ou associações representativas do empresariado, assemelhados aos Sindicatos, Federações e Confederações patronais relativas ao segmento a que pertence o objeto da contratação. Para Jacoby¹ "além da associação comercial, até o Clube de Diretores Lojistas". Não será possível, contudo, admitir-se atestados emitidos por clubes recreativos ou entidades de promoção social ainda que indiscutivelmente idôneos, por falta de legitimidade para representar um segmento empresarial determinado.

O Tribunal de Contas da União há muito vem demonstrando preocupação com o teor dos atestados de exclusividade que instruem os processos de adjudicação direta por inexigibilidade de licitação, tanto que já sumulou orientação aos órgãos jurisdicionados no sentido de se cercarem de cuidados no recebimento de documentos dessa natureza. Vejamos:

SÚMULA 255-TCU 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. A preocupação da Corte Federal de Contas é justamente em razão da natureza enunciativa ou declaratória do atestado. Fosse uma certidão tal insegurança seria minimizado pelo fato de haver registro formal.

O Acórdão 633/2010-Plenário, da relatoria do Min. José Jorge e que gerou a acima trasladada Súmula traz bem delineado o problema, senão vejamos: "Bem de ver que a regra na Administração Pública é a licitação, sendo que a contratação direta, sobretudo na hipótese de inexigibilidade, deve ser entendida como exceção, e como tal foi tratada pelo legislador a contratação junto a fornecedor exclusivo ao impor como condição para sua efetivação a comprovação, por meio de atestado, da exclusividade. Então, em sendo a exclusividade a causa da inviabilidade de competição, razão da inexigibilidade, há que se ter o devido cuidado com sua caracterização. No entanto (...) o Tribunal lamentavelmente se deparou, em inúmeras oportunidades, com situações em que os atestados de exclusividade não condiziam com a realidade ou eram inverídicos, inclusive objeto de falsificação. Daí que a jurisprudência do Tribunal evoluiu no sentido de exigir dos agentes públicos responsáveis pelas contratações não só o recebimento e acolhimento do atestado de exclusividade mencionado no dispositivo legal, mas também a confirmação dessa condição, seja por diligências ou até mesmo consultas ao fabricantes, a exemplo do Acórdão 2.505/2006 - 2ª Câmara, em que se determinou à entidade jurisdicionada a adoção de medidas acautelatórias com vistas a assegurar a veracidade das declarações prestadas pelos órgãos e entidades emittentes. (...) Nesse contexto, afigura-se pertinente o projeto em questão, consistindo em mais um esforço do Tribunal no sentido de evitar irregularidades na comprovação da exclusividade de fornecedor e garantir a observância do preceito legal, não sendo demais ressaltar que a atuação do agente público não deve se resumir à exigência da documentação especificada, mas também à verificação da real condição de exclusividade invocada pelo fornecedor". Portanto, claro está que a simples apresentação do atestado de exclusividade será, em alguns casos, insuficiente para que se dê garantia no sentido de que a contratação sem licitação veio coberta pelo manto da legalidade.



**PREFEITURA MUNICIPAL DE PARAUAPEBAS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO**



Quanto a programa de computador, devemos considerar que sua proteção legal, no que tange à propriedade intelectual, é definida na Lei de Direitos Autorais, conforme apregoa o art. 7º, XII da Lei nº 9.610/98. Sobre o tema, devem ser consideradas, ainda, as condições específicas expressas na Lei de Softwares (Lei nº 9.609/98) e na Constituição Federal, que estabelece em seu art. 5º, inciso XXVII, que aos autores pertencem os direitos exclusivos de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar.

Nesse contexto normativo, não cabe a existência de dois programas de computador iguais, uma vez que, caso isso ocorresse, haveria claramente uma violação dos direitos autorais. Dessa forma, podemos afirmar que cada programa de computador é um item único, condição essa que não deve ser confundida com exclusividade.

Não obstante a unicidade dos programas de computador, condição fundamentada na Lei de Direitos Autorais, os órgãos de controle tem entendido que esse fundamento, por si só, não serve para a caracterização da exclusividade exigida pelo art. 25, da Lei de Licitações. Isso porque podem existir no mercado, outros programas de computador com características que suprem as necessidades da Administração Pública. Portanto, compete à Autoridade Competente verificar se existem outras empresas aptas à execução do objeto pretendido, pois diante de dúvida com relação à inviabilidade de competição, o meio mais seguro é o regular processo licitatório.

Observamos, também, que ainda que se trate de contratação direta, é necessária a formalização de um procedimento licitatório que culmine na celebração do contrato. E isto de fato foi feito pela Administração. Assim, vejamos o ensinamento de Marçal Justen Filho¹:

"Os casos de dispensa e inexistência de licitação envolvem, na verdade, um procedimento especial e simplificado para seleção do contrato mais vantajoso para a Administração Pública. Há uma série ordenada de atos, colimando selecionar a melhor proposta e o contratante mais adequado. 'Ausência de licitação' não significa desnecessidade de observar formalidades prévias (tais como verificação da necessidade e conveniência da contratação, disponibilidade recursos etc.). Devem ser observados os princípios fundamentais da atividade administrativa, buscando selecionar a melhor contratação possível, segundo os princípios da licitação. (...)"

Em um momento inicial, a Administração verificará a existência de uma necessidade a ser atendida. Deverá diagnosticar o meio mais adequado para atender ao reclamo. Definirá o objeto a ser contratado, inclusive adotando providências acerca da elaboração de projetos, apuração da compatibilidade entre a contratação e as previsões orçamentárias. Tudo isso estará documentado nem procedimento administrativo, externando-se em documentação constante dos respectivos autos.

A diferença residirá em que, no momento de definir as fórmulas para contratação, a Administração constatará a inaplicabilidade das regras acerca da licitação. Assim, ao invés de elaborar o ato convocatório da licitação e instaurar a fase externa apropriada, a atividade administrativa interna desembocará na contratação direta." (Grifamos).

¹ JACOBY, Jorge Ulisses Fernandes, Contratação Direta Sem Licitação. Belo Horizonte, Ed. Fórum, 9ª, 2011, p. 598.



**PREFEITURA MUNICIPAL DE PARAUAPEBAS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO**



Destacamos, ainda, que a própria Lei nº 8.666/93 deixa claro que a observação das formalidades para o método da contratação direta é indispensável, considerando qualquer que seja o procedimento, deve-se ater à instrução processual, com suas fases: justificativas; comprovações de preços, devendo ser confirmada a autenticidade das assinaturas de todos os contratos que instruem o presente procedimento quanto à justificativa do preço; clareza do objeto; planilha de custos; decisão da autoridade superior; publicações; visando sempre o efetivo cumprimento do princípio da transparência dos atos de gestão.

Desta forma, mesmo na contratação direta, aplicam-se os princípios básicos da licitação, princípios estes que norteiam, em toda sua extensão, a atuação administrativa, visto que o administrador está obrigado a seguir a um determinado procedimento destinado a garantir a realização da melhor contratação.

E tal procedimento, evidentemente, não tem a mesma complexidade inerente à licitação normal, pois, em havendo apenas uma empresa capaz de concorrer, o custo de um procedimento completo, nos termos da Lei nº 8.666/93, seria totalmente desnecessário.

Em obediência às formalidades previstas no art. 26, inciso III, da Lei 8.666/93, o procedimento deverá conter a devida justificativa de preço, senão vejamos:

"Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

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

I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados."

Quanto à necessidade de justificativa de preço, a jurisprudência do TCU sinaliza:

"A justificativa do preço em contratações diretas (art. 26, parágrafo único, inciso III, da Lei 8.666/93) deve ser realizada, preferencialmente, mediante: (i) no caso de dispensa, apresentação de, no mínimo, três cotações válidas de empresas do ramo, ou justificativa circunstanciada se não for possível obter essa quantidade mínima; (ii) no caso de inexigibilidade, comparação com os preços praticados pelo fornecedor junto a outras instituições públicas ou privadas. (...) Quanto ao preço, destacou que, "mesmo nos casos de contratações diretas, deve ser justificado, a teor do art. 26, III, da Lei 8.666/93", ressaltando ainda que "o Tribunal tem entendido que a



**PREFEITURA MUNICIPAL DE PARAUAPEBAS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO**

apresentação de cotações junto ao mercado é a forma preferencial de se justificar o preço em contratações sem licitação (dispensa de licitação), devendo ser cotadas, no mínimo, 3 propostas válidas de empresas do ramo; ou, caso não seja viável obter esse número de cotações, deve-se apresentar justificativa circunstanciada (...). E, nos casos de inviabilidade de licitação, este Plenário se manifestou, conforme ...o Acórdão 819/2005, no sentido de que, para atender o disposto no inciso III do art. 26 da Lei de Licitações, poder-se-ia fazer uma comparação entre os preços praticados pelo fornecedor exclusivo junto a outras instituições públicas ou privadas". Nesse sentido, concluiu o relator que, no caso concreto, a prática adotada pelo Inmetro para os casos de dispensa de licitação estaria de acordo com o entendimento do TCU. Quanto aos casos de inviabilidade de licitação, observou que não fora comprovado "que a entidade tenha promovido alguma medida tendente a verificar outros preços praticados pelo fornecedor exclusivo do microscópio". Considerando que a manutenção da multa aplicada aos gestores seria medida de extremo rigor, "especialmente frente à ausência de dano ao erário", o Tribunal, pelos motivos expostos pelo relator, deu provimento aos pedidos de reexame, afastando a sanção imposta aos responsáveis." (Acórdão 1565/2015-Plenário, TC 031.478/2011-5, relator Ministro Vital do Rêgo, 24.6.2015.)

A segurança na correta justificativa de preço para a contratação em questão não pode ser encarada como mera formalidade de cunho informativo. É inegável que a pesquisa de preços representa importante instrumento para as contratações administrativas e a correta aplicação dos recursos públicos. A possibilidade de a Administração contratar diretamente não a isenta de comprovar a regularidade dos preços e desconsiderar propostas excessivas ou inexequíveis.

Por esse motivo, em diversas passagens, a lei de licitações impõe que a Administração deve justificar a adequação dos preços aos praticados no mercado. No entanto, é comum a dúvida sobre qual a necessidade de realização de pesquisa de preços nas dispensas de licitação e contratações por inexigibilidade.

Parece estranho falar em "justificar a compatibilidade do preço contratado com os preços praticados no mercado" quando o assunto é inexigibilidade. Se nessa modalidade de contratação a competição é inviável, como demonstrar a compatibilidade do preço contratado com o preço praticado no mercado?

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 os preços praticados pela futura contratada junto a outros entes públicos e/ou privados, ou outros meios igualmente idôneos".

Vale observar que a jurisprudência do TCU é firme em indicar que a realização de pesquisa de preços de mercado, previamente à fase externa da licitação, é uma exigência legal para todos os processos licitatórios, inclusive para os casos de dispensa e inexigibilidade.

Como referência, citam-se os acórdãos 2.742/2017-1ª Câmara, 1.022/2013-Plenário, 3.506/2009-1ª Câmara, 1.379/2007-Plenário, 568/2008-1ª Câmara, 1.378/2008-1ª Câmara, 2.809/2008-2ª Câmara, 5.262/2008-1ª Câmara, 4.013/2008-1ª Câmara, 1.344/2009-2ª Câmara, 837/2008-Plenário, e 3.667/2009-2ª Câmara.



**PREFEITURA MUNICIPAL DE PARAUAPEBAS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO**



Esses julgados, a exemplo do acórdão 1.842/2017 – Plenário, apontam que a pesquisa de preços para os casos de dispensa e inexigibilidade deve consistir de um mínimo de três orçamentos de fornecedores distintos, sendo “*necessária a apresentação de justificativa adequada sempre que não for possível obter número razoável de cotações*”.

Ainda de acordo com o TCU, a justificativa do preço se insere na fase interna do processo de dispensa/inexigibilidade, quando a administração estima os custos da contratação. Lançar a inexigibilidade sem esses parâmetros a deixa à mercê de desvios, tanto mais quando o processo se faz por essa modalidade informal de contratação, quando não se tem a mesma rigidez, por exemplo, quanto ao sigilo das propostas.

O TCU, no Acórdão 2380/2013-Plenário, exarou o seguinte entendimento:

“É obrigatória, nos processos de licitação, dispensa ou inexigibilidade, a consulta dos preços correntes no mercado, dos fixados por órgão oficial competente ou, ainda, dos constantes em sistema de registro de preços. A ausência de pesquisa de preços configura descumprimento de exigência legal.”

Em 2015, através do Acórdão 1565/2015, o Tribunal foi ainda mais específico em apontar o procedimento de justificação de preços na inexigibilidade, que se dará com a apresentação nos autos de levantamento comparativo com os preços praticados pelo fornecedor junto a outras instituições públicas ou privadas.

Por fim, é importante observar que “obrigação de seguir os preços praticados no mercado se aplica tanto à Administração Pública quanto aos colaboradores privados, pois ambos são destinatários do regime jurídico-administrativo relativo às contratações públicas”. Segundo o TCU, “o fato de a administração não ter cumprido seu dever de verificar a economicidade dos preços ofertados em processo de dispensa ou inexigibilidade de licitação não isenta de responsabilidade a empresa contratada por eventual sobrepreço constatado no contrato”. (Acórdão 1.392/2016-Plenário).

Sobre esse tema, o doutrinador Marçal Justen Filho também afirma a existência de outros métodos possíveis para se evidenciar a razoabilidade dos preços. Na impossibilidade de justificar o preço com base em contratos anteriores firmados entre a Administração e o particular, Marçal entende que “o contrato com a Administração Pública deverá ser praticado em condições econômicas similares com as adotadas pelo particular para o restante de sua atividade profissional”².

Este também é o entendimento extraído do Acórdão 898/2012, senão vejamos:

“Mesmo em se tratando de contratação de serviços que tenham natureza intuitu personae, não estaria afastada a necessidade de verificar a razoabilidade do preço cotado, o que obrigaria a realização de prévio levantamento de preços.”

Após essas considerações podemos concluir que quando o assunto é inexigibilidade de licitação, a compatibilidade do preço contratado deve ser comprovada no

² JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 17ª ed. Revista dos Tribunais: 2016, p. 630.



**PREFEITURA MUNICIPAL DE PARAUAPEBAS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO**



processo através de contratos firmados anteriormente com a Administração ou por meio de contratos firmados com outros particulares. É necessário entender que a justificativa de preço na inexigibilidade visa impedir que o contratado eleve o seu preço pelo simples fato de estar contratando com a Administração.

A correta aplicação dos recursos públicos é dever legal, estando diretamente relacionada ao princípio da probidade administrativa, ao qual estamos vinculados.

Conclui-se assim que a justificativa prévia de preço, em toda contratação direta, constitui obrigação legal do administrador público, expressamente prevista no art. 26, parágrafo único, da Lei 8.666/1993, aplicável em todos os contratos administrativos. E, tão importante quanto a justificativa, é a lisura e veracidade dos meios utilizados para tanto.

Registre-se que a responsabilidade quanto à justificativa de preços e, posterior, concordância com o valor da proposta da contratada é matéria técnica, de competência da área solicitante, qual seja o Secretário Municipal da Fazenda, tendo este total responsabilidade quanto à veracidade das informações apresentadas nos autos e lisura dos meios usados para justificar o preço, cabendo alertar que, conforme inteligência do art. 26, § 2º, da Lei 8.666/1993, nos casos inexigibilidade de licitação, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública, o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

Quanto à justificativa de preços em processos de inexigibilidade de licitação, é de competência desta Procuradoria, quando da análise jurídica, informar os parâmetros legais e regulamentares que devem ser observados na respectiva justificativa, conforme acima realizado, não tendo que se falar em juízo decisório, por parte desta assessoria, de aprovação/adequação da justificativa apresentada pela SEFAZ à lei.

E, por derradeiro, quanto ao procedimento propriamente dito, cabe ressaltarmos, ainda, a necessidade de ser observada a publicação na imprensa oficial como condição para eficácia dos atos (art. 26, caput, da Lei 8.666/93).

3. DAS RECOMENDAÇÕES

Para melhor instruir este procedimento, recomenda-se:

Que seja anexada nova Certidão Negativa de Débitos Federais, uma vez que a certidão de fls. 53 venceu em 04/07/2020.

Recomenda-se a juntada de novo Certificado de Regularidade de FGTS, tendo em vista que a certidão de fls. 180 venceu em 28/07/2020.

Recomenda-se que seja anexada nova declaração de que não emprega menor de idade, considerando que a declaração de fls. 73 foi emitida em 31 de janeiro de 2020.

Recomenda-se que os documentos de fls. 114, 118 e 119-126 sejam devidamente assinados.



**PREFEITURA MUNICIPAL DE PARAUAPEBAS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO**



Recomenda-se que seja confirmada a autenticidade de todos os documentos anexados em cópias simples.

Recomenda-se a juntada das publicações dos contratos de fls. 90-113.

Recomenda-se que sejam cumpridas as recomendações 2, 4, 5 e 6 que constam no Parecer da Controladoria Geral do Município (fls. 134-146).

Recomenda-se seja confirmada a autenticidade de todas as certidões de regularidade fiscal, trabalhista e certidão de falência, juntadas aos autos e, por fim, que sejam atualizadas todas as certidões que, porventura, tenham o prazo de validade expirado quando da emissão do contrato.

3 DA CONCLUSÃO

Ex positis, abstendo-se, obviamente, da apreciação dos aspectos inerentes à conveniência e oportunidade, uma vez procedida a presente análise por esta Procuradoria Geral, invocando os princípios básicos norteadores dos atos administrativos, não vislumbramos óbice legal quanto ao processamento da contratação direta com a devida aplicação do permissivo de inexigibilidade de licitação contido no *caput* do art. 25 da Lei nº 8.666/93, nos termos aqui solicitados, que visa a contratação de empresa para cessão de uso de software disponibilizado pela empresa, na modalidade Inexigibilidade de licitação com base no art. 25, *caput*, da Lei de Licitações, para atender o Município de Parauapebas – Estado do Pará, *desde que cumpridas as recomendações desta Procuradoria Geral*, devendo observar que a decisão de se processar a presente contratação direta, bem como as condições contratuais, sejam ratificadas pela autoridade superior, publicando-se, após a celebração do contrato, na imprensa oficial (art. 26, *caput*, da Lei 8.666/93).

É o parecer que submetemos à consideração superior, S.M.J.

Parauapebas/PA, 10 de Agosto de 2020.


CÂNDIDA DA SILVA LOPES NETA
Assessora Jurídica de Procurador
Dec. 752/2017


KÊNIA TAVARES DE OLIVEIRA
Procuradora-Geral Adjunta do Município
Dec. 235/2020