

Protocolo nº 201837939

PARECER Nº 572/2018

SOLICITANTE: Procuradoria Geral da ALMT

ASSUNTO: Contratação de licença de uso do software CP-PRO.

CONTRATAÇÃO DIRETA.  
INEXIGIBILIDADE DE  
LICITAÇÃO. ART. 25, *CAPUT*, LEI  
8666/93. ATESTADO DE  
EXCLUSIVIDADE DO  
FORNECEDOR. REQUISITOS  
PRESENTES. PELA  
POSSIBILIDADE  
CONDICIONADA.

## I - RELATÓRIO

Trata-se do Memorando nº 985/2018-SGEL (fls. 112), datado de 12/12/2018, encaminhado a esta Procuradoria pelo Senhor Superintendente de Licitação da Assembleia Legislativa, solicitando parecer quanto à viabilidade de contratação da empresa especializada em prestação de serviço em licença de uso de software CP-PRO, para atender solicitação da Procuradoria-Geral.

É o essencial a relatar. Passo a opinar.

Gustavo Roberto  
Procurador  
ALMT  
Página 1  
de 1

## II - FUNDAMENTOS

### 2.1 – Da Análise da Procuradoria da Assembleia



Este parecer limitar-se-á a analisar a regularidade do procedimento sob a ótica jurídica, vale dizer, esta Procuradoria não se imiscui no juízo de conveniência e oportunidade da contratação, assim como não possui conhecimento técnico para analisar as informações técnicas que deverão ser atendidas pela futura contratante.

A prévia análise dos contratos pela Procuradoria é uma imposição da Lei 8.666/93, que assim dispõe:

Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:

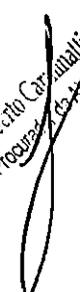
(...)

Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração. (g.n.)

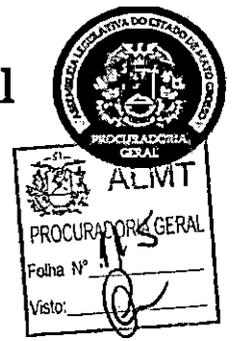
Tal exigência tem por objetivo prevenir a produção de atos irregulares, que possam ser questionados e até mesmo anulados posteriormente. Também visa afastar condições que prejudiquem a competitividade, acarretando prejuízos aos cofres públicos.

Desse modo, a atuação da Procuradoria da Assembleia tem por missão proteger o patrimônio público de qualquer cláusula ou condição jurídica que frustre a busca da proposta mais vantajosa ou que implique em responsabilidade civil por prática de ato ilícito.

Assinado eletronicamente pelo  
Procurador Geral do Estado de Mato Grosso



Página 2



## 2.2 - Da Análise da contratação por inexigibilidade

Como regra, as aquisições feitas pelo Poder Público devem se submeter ao devido processo licitatório, atendendo aos ditames da Lei Federal nº 8.666/93, permitindo que os fornecedores interessados concorram em igualdade de condições, visando realizar a contratação que seja mais benéfica à Administração Pública.

Todavia, é possível a realização de contratação direta - por dispensa (Art. 24) ou inexigibilidade (Art. 25) – nas hipóteses expressamente autorizadas pelo citado diploma normativo.

Dentre as hipóteses excepcionadas pela lei nº 8666/93 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos), destaca-se a inexigibilidade de licitação disciplinada no artigo 25 da lei em comento:

“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,

Roberto Camilotti Cordeiro  
Procurador da ALMT

Página 3



desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

§ 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.”

Acerca da inexigibilidade, pontua a doutrina:

*“Parece fundamental que o gestor apresente justificativa para a contratação direta, nas hipóteses de inexigibilidade, deixando claro seu principal elemento caracterizador, que é a inviabilidade de competição, e demonstrando a razoabilidade do preço estipulado e o cumprimento das formalidades exigidas pela legislação. Nas hipóteses em que a razão da contratação direta é a exclusividade, torna-se necessária a apresentação dos atestados de exclusividade porventura existentes.”* [grifo nosso]

E, especificamente sobre a inexigibilidade pautada na contratação de serviços prestados por empresa exclusiva, destaca-se:

<sup>1</sup> CHARLES, Ronny. Lei de licitações públicas comentadas. 7 ed. Juspodivm: Salvador, 2015, p. 306.



|                    |
|--------------------|
| ALMT               |
| PROCURADORIA GERAL |
| Folha N° 117       |
| Visto: 0           |

*“Embora o dispositivo se refira apenas à exclusividade em função da aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros, o caráter exclusivo pode legitimar uma situação de inexigibilidade em outros tipos de contratações. Primeiramente, deve-se lembrar que as hipóteses de inexigibilidade previstas nos incisos do artigo 25 não são exaustivas; em segundo, e até por conta da assertiva anterior, impõe-se que a hipótese de inexigibilidade tem como pressuposto a inviabilidade de estabelecimento do procedimento de competição, o que pode acontecer tanto nas hipóteses de aquisição (previstas neste inciso), como em situações de contratação de um serviço, prestado por uma única empresa da região. Inexistindo outros eventuais prestadores, restaria configurada uma hipótese de inexigibilidade, embora não expressamente prevista no inciso I, deste artigo 25. Nesse caso, tratando-se, por exemplo, de serviços relacionados a fornecedor exclusivo, a inviabilidade de competição (decorrente da exclusividade), permitirá a contratação direta por inexigibilidade, tendo por fundamento, contudo, o caput do artigo 25 (e não o seu inciso I). 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.”<sup>2</sup> [grifo nosso]*

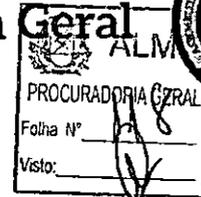
Por outro lado, há também doutrina que defende a inexigibilidade de licitação relativa à prestação de serviço com supedâneo no art. 25, I da lei n° 8666/93, conforme é possível depreender do trecho abaixo:

*“O inc. I do art. 25 alude apenas a compras e somente ao caso do representante exclusivo. Isso não significa, porém, excluir a possibilidade de contratação direta em contratos que envolvam serviços (ou obras). Aliás, a própria redação do inc. I induz essa amplitude,*

<sup>2</sup>

312. CHARLES, Ronny. Lei de licitações públicas comentadas. 7 ed. Juspodivm: Salvador, 2015, p.

Gustavo Roberto Coimbra Coelho  
Página 5



diante da referência final a “local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço”, admitindo implicitamente que também essas espécies de contratações comportam inexigibilidade.<sup>3</sup> [grifo nosso]

Por sua vez, o Tribunal de Contas da União – TCU apresenta os seguintes julgados, *in verbis*:

*“Inexigibilidade – inviabilidade de competição . Nota: O TCU considerou 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. [grifo nosso] (TCU. Processo nº TC-300.061/1995-I Decisão nº 63/1998 – Plenário).*

*“9. Acórdão: VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Representação, ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em: (...) 9.2.4. abstenha-se de realizar contratação direta de serviços com base no inciso I do artigo 25 da Lei 8.666/1993, o qual se aplica somente a aquisições de materiais, equipamentos ou gêneros fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo; e (...) 14. Observe, porém, a existência de uma série de outras falhas ocorridas no transcorrer da contratação direta. Citem-se (...) a incorreta fundamentação legal da inexigibilidade no inciso I do artigo 25 da Lei 8.666/93, o qual aplica-se unicamente em casos de aquisições de materiais, equipamentos ou gêneros fornecidos por*

<sup>3</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 17 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 583.





*Deskweb [...] Esse pacote de serviços é usado como ferramenta de trabalho e no controle de processos judiciais e administrativos desta casa, se justifica também pelo fato de usarmos este software a mais de 10 anos. [...]” grifo nosso*

Acerca dessa hipótese de inexigibilidade de licitação, pontua a doutrina:

*“[...] a inviabilidade de licitação não é um conceito simples, que corresponda a uma ideia única, mas sim um gênero, que comporta várias modalidades. Marçal Justen Filho busca sintetizá-la nas situações de: ausência de pluralidade de alternativas; ausência de mercado concorrencial; impossibilidade de julgamento objetivo; ausência de definição objetiva da prestação. No caso da inexigibilidade, em virtude da inviabilidade de competição, não há sentido em se exigir submissão do negócio ao procedimento licitatório se este não é apto (ou é prejudicial) ao atendimento do interesse público (objetivo pretendido com determinada contratação), pois, a finalidade, a razão de ser do formalismo licitatório, é tal atendimento, através da seleção da melhor proposta. [...] Parece fundamental que o gestor apresente justificativa para a contratação direta, nas hipóteses de inexigibilidade, deixando claro seu principal elemento caracterizador, que é a inviabilidade de competição, e demonstrando a razoabilidade do preço estipulado e o cumprimento das formalidades exigidas pela legislação. Na hipótese em que a razão da contratação direta é a exclusividade, torna-se necessária a apresentação de atestados de exclusividade porventura existentes. [grifo nosso]”<sup>5</sup>*

<sup>5</sup> CHARLES, Ronny. Lei de licitações públicas comentadas. 7 ed. Juspodivm: Salvador, 2015, p. 304/306.



Acerca da configuração de inexigibilidade de licitação em razão da inviabilidade de competição, pela via da exclusividade da empresa, eis que se trata de ponto relevante da presente contratação direta.

Reza a Lei de Licitações, no inciso I do art. 25, que a comprovação da exclusividade deve ser feita por “órgão de registro de comércio”, “Sindicato, Federação ou Confederação Patronal” ou, ainda, por “entidades equivalentes”.

Neste aspecto, preleciona CARVALHO FILHO<sup>6</sup> que os elementos enumerados no dispositivo são formais, uma vez que resultam diretamente do comando legal e, portanto, devem ser observados pelos participantes, vez que vocacionados a certificar a exclusividade do fornecedor.

No caso dos autos, a **Certidão de fls. 11/13** visa a atestar essa qualidade. Tal documento, emitido pela Associação das Empresas Brasileiras de Tecnologia da Informação – Regional São Paulo, assevera que a empresa interessada:

*“é detentora da exclusividade de distribuição, comercialização e a prestar serviço de suporte e atualização, em todo território nacional, das soluções abaixo listadas: 8. CP-PRO”*

Em outro giro, às fls. 02/03 há justificativa apresentada pela Procuradoria-Geral da Assembleia Legislativa relativa à necessidade de contratação e do respectivo preço.

Convém mencionar, ainda, que as informações consignadas nos autos **denotam a imprescindibilidade do software no regular e eficiente desenvolvimento das atividades da Procuradoria**, conforme se extrai da justificativa inscrita no Termo de Referência nº 75/2018 (fls.05).

<sup>6</sup> CARVLHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 24 ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, p. 347/348.



Portanto, a contratação dos serviços e aquisição das licenças CPPRO visam garantir a continuidade do serviço e a eficiência na rotina de trabalho da Procuradoria-Geral, notabilizando-se o sistema CPPRO, especificamente, para os feitos judiciais e requisições ministeriais, além da notória especialização da futura contratada.

Quanto a **justificativa de preço**, é mister analisar-se a razoabilidade do preço a ser desembolsado pela Administração, levando-se em consideração a **atividade anterior e futura do próprio particular**. Em outras palavras, o contrato com a Administração deve possuir condições econômicas similares com as atividades particulares executadas pelo futuro contratado.

Sobre esse ponto, interessante observar o que prescreve a Orientação Normativa nº 17 da Advocacia Geral da União (AGU):

**“Orientação Normativa 17 AGU:** “A razoabilidade do valor das contratações decorrentes de inexigibilidade de licitação poderá ser aferida por meio da comparação da proposta apresentada com outros preços praticados pela futura contratada junto a outros entes públicos e/ou privados, ou outros meios igualmente idôneos”.

**Na mesma linha o TCE-MT:**

**Resolução de Consulta nº 41/2010 (DOE, 07/06/2010).** Licitação. Dispensa e inexigibilidade. Necessidade de justificção do preço contratado. Formas de balizamento de preços. (...) **O balizamento deve ser efetuado pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública, no mercado, no fixado por órgão oficial competente, ou, ainda, por aqueles constantes do sistema de registro de preços.”**



Consta às fls. 90/92 o preço de serviços praticados conforme as notas fiscais anexas, porém, o campo discriminação dos serviços não deixa claro se os valores ali previstos se referem à licença e serviços equivalentes ao objeto do feito, tendo em vista que a empresa a ser contratada possui diversos softwares e serviços diferentes do CPPRO.

Assim, entendo, com base no art.26, parágrafo único, III da Lei 8.666/93, que a justificativa de preço deve ser trazida aos autos.

Por conseguinte, o art. 38 da Lei 8.666/93 traz alguns procedimentos a serem atendidos, quando da fase interna de um processo administrativo licitatório, consistentes na existência de um processo autuado, protocolado, numerado, autorizado e com a indicação sucinta de seu objeto e de recurso para honrar a despesa.

Neste sentido, **verifica-se o atendimento dos procedimentos da fase interna de um processo administrativo licitatório, consistentes na existência de um processo autuado, protocolado, numerado, autorizado e com a indicação sucinta de seu objeto e de recurso para honrar a despesa, conforme exige o art. 38 da Lei 8.666/93.**

Além disso, ainda no que tange à fase interna, **deve ser realizada a ratificação da inexigibilidade e sua publicação na imprensa oficial, conforme exige a Lei 8.666/93, ad litteram:**

**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.**



Portanto, em que pese a autorização constante à fl. 25, a **Mesa Diretora deverá ratificar todos os atos** do processo de inexigibilidade e providenciar a publicação, sob pena de ineficácia dos atos.

No que tange às habilitações necessárias (art. 27 a 32 da Lei nº 8.666/93), **deve a equipe do setor de licitações** (ou outro competente) **decidir pela habilitação ou inabilitação do futuro contratado**, tendo em vista ausência de documentos e/ou a presença de documentos com data de validade expirada (fls. 16 e 19).

Pontuadas essas premissas, devem ser feitas as seguintes considerações adicionais.

No que se refere ao termo de referência (fls. 05) o item 9 deve ser retificado para art. 25, caput da lei nº 8666/93.

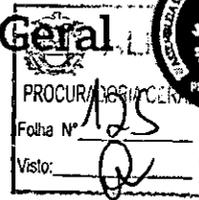
No que atine à minuta de contrato (fls. 96/106): a cláusula 3.2 (fls. 97) deve ser retificada para o art. 25, caput da lei nº 8666/93; deve ser retificada também a data constante na folha 97; não há menção na minuta dos documentos de habilitação constantes nos arts. 27 a 32 da lei nº 8666/93 antes de fechar o contrato, apesar de haver na fase de pagamento, razão pela qual devem ser inseridos na referida minuta.

Diante disso, uma vez preenchidos os requisitos da inexigibilidade do art. 25, caput, da Lei nº 8.666/93, torna-se plenamente possível a realização de contratação direta para contratação da Empresa TSL – Tecnologia em Sistemas de Legislação Ltda, para fornecimento da licença de uso do software CP-PRO e respectivo suporte técnico.

### III - CONCLUSÃO

Ante ao exposto, **OPINAMOS** pela **POSSIBILIDADE** de contratação direta por inexigibilidade, desde que atendidas as seguintes condições:

Gustavo Rivaletti Guimarães Coelho  
Assessor de ALMT  
Página 12



(i) Seja feita a justificativa de preço, nos termos do art.26, parágrafo único, III da Lei 8.666/93;

(ii) Seja juntado pelo contratado e verificado pelo setor competente os documentos pertinentes à habilitação (certidões) e decidir sobre a habilitação ou inabilitação do futuro contratado, alguns estarem com a data de validade expirada;

(iii) No que atine à minuta de contrato (fls. 96/106): a cláusula 3.2 (fls. 97) deve ser retificada para o art. 25, caput da lei nº 8666/93; deve ser retificada também a data constante na folha 97; não há menção na minuta dos documentos de habilitação constantes nos arts. 27 a 32 da lei nº 8666/93 antes de assinar o contrato, apesar de haver na fase de pagamento, razão pela qual devem ser inseridos na referida minuta.

(iv) Que seja ratificado o processo de inexigibilidade de licitação pela Mesa diretora da ALMT e providenciada a respectiva publicação no Diário Oficial na forma supracitada.

Ressalto que o parecer se restringiu a analisar o procedimento sob o aspecto jurídico, não adentrando nas questões técnicas e econômicas do objeto, nem nas questões de conveniência e oportunidade da contratação, por escapar da área de atuação da Procuradoria da Assembleia Legislativa.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Cuiabá/MT, 17 de dezembro de 2018.

  
**Gustavo Roberto Carminatti Coelho**  
Procurador da ALMT  
**Procurador da Assembleia Legislativa**