



PREFEITURA MUNICIPAL DE ANAJATUBA

Rua Benedito Leite, 868, Centro, CEP: 65.490.000, Anajatuba – MA
CNPJ: 06.002.372/0001-33

PROCESSO Nº: 2021.10.20.0007, de 20/10/2021

SOLICITANTE: Secretaria Municipal de Administração

ASSUNTO: Inexigibilidade de Licitação. Inviabilidade de Competição. **Contratação de Empresa Especializada em Fornecimento de Licença de Uso de Software On-Line, para atender as necessidades do Município de Anajatuba/MA.**

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA EM FORNECIMENTO DE LICENÇA DE USO DE SOFTWARE ON-LINE, PARA ATENDER AS NECESSIDADES DO MUNICÍPIO DE ANAJATUBA/MA. EXAME DO PLEITO A LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DA LEI Nº 8.666/93 (LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

1 – INTRODUÇÃO

A presente manifestação, visa orientar a Autoridade Assessorada no controle interno de atos administrativos, à guisa de fazer valer os princípios implícitos e explícitos do art.37 da Constituição da República Federativa do Brasil (L I M P E), além de assegurar a moralidade administrativa e a legalidade estrita enquanto matérias de ordem pública.

Cuida-se do Processo em epígrafe, à guisa de **Contratação de Empresa Especializada em Fornecimento de Licença de Uso de Software On-Line, para atender as necessidades do Município de Anajatuba/MA**, por meio da Empresa **ORÇAFASCIO**, inscrita no CNPJ nº 23.484.444/0001-45, cuja necessidade encontra-se assinada pelo Secretário Municipal de Administração Dr. Leonardo Mendes Aragão para contratação, a ser ministrado cujo objetivo geral descrito na proposta da empresa alhures visa capacitar os servidores da Prefeitura Municipal de Anajatuba/MA, no controle interno dos atos da Administração Pública Municipal, consoante o documento às fls.04.

Impende destacar que a proposta comercial da empresa alhures citada, consta conteúdo programático, consoante aos documentos às fls.09-12, conforme consta dos autos.

Cumpramos ressaltar finalmente que o valor da pretensa contratação orça R\$ 1.798,00 (um mil, setecentos e noventa e oito reais), conforme consta dos autos às fls.09-12 e 36.

Ressalta-se, finalmente que, esta PGM percebeu que o valor disponível na DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA às fls.61, valor para cobrir a despesa ora citada, tudo sob a



PREFEITURA MUNICIPAL DE ANAJATUBA

Rua Benedito Leite, 868, Centro, CEP: 65.490.000, Anajatuba – MA
CNPJ: 06.002.372/0001-33

chancela do Contador Municipal JADEVALDO CRUZ RIBEIRO, CRC nº 013047/O-5MA, ou seja, tudo de acordo com o que predispõe o art.60 da Lei nº 4.320/64.

O processo em epígrafe, constam dos seguintes documentos que passarei a decifrar, senão vejamos:

- ✓ Capa do Processo (fls. 01);
- ✓ Termo de Abertura do processo (fls.02);
- ✓ Encaminhamento ao Secretário Municipal de Administração Dr. Leonardo Mendes Aragão ao Setor de Compras (fls.03);
- ✓ Encaminhamento para que seja iniciado a contratação via inexigibilidade assinada pelo Coordenador de Engenharia Samyr Fonseca de Arruda (fls.04);
- ✓ Justificativa de Inexigibilidade de Licitação assinada pelo Ordenador de Despesas, Dr. Leonardo Mendes Aragão (fls.05-06);
- ✓ Encaminhamento de Pesquisa de Preços e Documentação de Habilitação da Empresa contratada **a incluir Certificado de Registro de Programador de Computador e Declaração de Exclusividade** (fls.07-59);
- ✓ Solicitação de Dotação Orçamentária (fls.60);
- ✓ Dotação Orçamentária (fls.61);
- ✓ Declaração de Ordenação de Despesas assinada pelo Secretário Municipal de Administração Dr. Leonardo Mendes Aragão (fls.62);
- ✓ Declaração de Adequação Orçamentária e Financeira, assinada pelo Secretário Municipal de Administração Dr. Leonardo Mendes Aragão (fls.63);
- ✓ Declaração sobre Impacto Orçamentário-Financeiro (fls.64);
- ✓ Projeto Básico aprovado e assinado pelo Secretário Municipal de Administração Dr. Leonardo Mendes Aragão e anexo (fls.65-68);
- ✓ Termo de Autuação assinado pelo Secretário Municipal de Administração Dr. Leonardo Mendes Aragão (fls.69);
- ✓ Autorização de Contratação da empresa **ORÇAFASCIO**, inscrita no CNPJ nº 23.484.444/0001-45, assinado pelo Secretário Municipal de Administração Dr. Leonardo Mendes Aragão (fls.70);
- ✓ Encaminhamento à PGM (fls.71);
- ✓ Minuta do Contrato (fls.50-56);

Eis a breve digressão dos fatos. Passaremos a expor:

2 – FUNDAMENTAÇÃO

Preliminarmente, cumpre salientar que a presente manifestação toma por base, exclusivamente, os elementos que constam até a presente data, nos autos do processo administrativo em epígrafe. Destarte, incumbe a esta Procuradoria emitir parecer sobre o processo licitatório de **“Inexigibilidade de Licitação”** sob o prisma estritamente jurídico, que



PREFEITURA MUNICIPAL DE ANAJATUBA

Rua Benedito Leite, 868, Centro, CEP: 65.490.000, Anajatuba – MA
CNPJ: 06.002.372/0001-33

passará a ser analisado adiante, não nos competindo opinar sobre a conveniência e a oportunidade dos atos praticados no âmbito desta Administração.

Cabe a esta procuradoria a emissão de parecer acerca do enquadramento jurídico da contratação, informando sobre a adequação dos procedimentos adotados, incluindo opinião expressa sobre a regularidade ou não do processo, considerando a possibilidade de efetuar a inscrição mediante inexigibilidade de licitação e de realização de pagamento anterior à realização do evento (pagamento antecipado).

Ad argumentandum tantum, determina a Lei nº 8.666/1993, art. 25, I, que é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial para a quando existir Declaração de Exclusividade que inviabilize a contratação.

Com relação à contratação direta fundamentada no art. 25, inc. I, da Lei de Licitações, é de bom alvitre observar que em se tratando de exceção à regra geral da licitação pública, o órgão deverá instruir o processo de inexigibilidade com todos os elementos que entenda seguros e eficazes para robustecer a comprovação da exclusividade de forma convincente, sem perder de vista a moralidade, transparência e interesse público, princípios inerentes a todo ato administrativo.

Como afirma CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, “Só se licitam bens homogêneos, intercambiáveis, equivalentes. Não se licitam coisas desiguais.”

1) Mesmo que existam bens e serviços diversos, mas apenas um deles com características que o diferencia dos demais, estará configurada a inviabilidade de competição.

2) O produto deverá ser único e o fornecedor exclusivo: O inciso I do artigo 25 dispõe: “para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo...”. Um produto deve ser havido como singular quando nele interferir um componente, estilo, capacidade ou qualidade de quem o produz. É o que ocorre quando os conhecimentos científicos, tecnologia, organização e experiência do produtor influem diretamente no produto, impregnando sua específica individualidade e habilitação pessoal.

A Carta Magna preve no âmbito da Administração Pública, além de obediência a princípios constitucionais como o da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, em seu artigo 37, inciso XXI, contratação por intermédio de licitação pública, senão vejamos:

Artigo 37, XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública (...)

O entendimento se amplia pelo fato da Constituição deixar claro que pode haver casos “especificados em lei” que não obedecem a essa norma Constitucional tais como o do



PREFEITURA MUNICIPAL DE ANAJATUBA

Rua Benedito Leite, 868, Centro, CEP: 65.490.000, Anajatuba – MA
CNPJ: 06.002.372/0001-33

artigo 25 da Lei nº 8.666/93, que acolhe a inexigibilidade de licitação, mais especificamente o inciso I, destacado, *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;

Assim como o inciso I, do art. 25, determina que é inexigível a licitação “para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo”. No que interessa ao caso sob análise, por força do art. 25, I, procede-se a contratação por inexigibilidade de licitação desde que se trate de serviço técnico enumerado no art. 13 qualificados pela singularidade da atividade, pela notória especialização e pela inviabilização de competição.

Vê-se, portanto, que a própria lei especifica as hipóteses de exceção à regra geral, oferecendo uma margem de ação ao administrador, diz então que a Administração Pública possui discricionariedade para contratar por inexigibilidade de licitação para os casos expostos. Significa que o Poder Público age de acordo com a conveniência e oportunidade da situação, mas sem desrespeitar o ordenamento jurídico, obedecendo aos princípios gerais da Administração Pública.

Da análise sistemática do art. 25 c/c art. 13, vê-se que materialmente há possibilidade de se realizar o processo de licitação, porém, ainda que se ofereça a oportunidade a todos com o processo de licitação, a adoção do procedimento naquelas hipóteses, poderá representar um obstáculo ao atendimento satisfatório do interesse público, pois o estabelecimento de competição não representaria o melhor critério para a escolha da proposta mais vantajosa ao Poder Público, dada a singularidade da atividade, a notória especialização, a confiança e a inviabilização objetiva de competição. Contudo imprescindível os requisitos.

DO CRITÉRIO ESPECIAL NA CARACTERIZAÇÃO DA EXCLUSIVIDADE DO FORNECEDOR

Na lição de Clayton Ribeiro de Souza, conclui-se que é necessário, ainda, fixar o critério espacial para a verificação de hipótese de inexigibilidade e tal critério pode ser obtido com base no valor da contratação, que, por sua vez determina as modalidades de licitação permitidas para cada caso concreto.

Leciona, então, Ribeiro de Souza: “Assim, de acordo com as modalidades de licitação permitidas, o gestor poderá verificar se o caso é ou não de inexigibilidade. Por exemplo, se o valor da contratação pretendida se enquadra na faixa pertinente ao convite, a



PREFEITURA MUNICIPAL DE ANAJATUBA

Rua Benedito Leite, 868, Centro, CEP: 65.490.000, Anajatuba – MA

CNPJ: 06.002.372/0001-33

demonstração de exclusividade exigirá apenas que não haja outro concorrente na mesma praça. No caso da tomada de preços, a exclusividade é limitada pelo registro cadastral. Por fim, se o valor fixado para a contratação somente permitir a modalidade da concorrência, não há dúvida que a verificação da possibilidade de competição deverá ser estendida a todo o território nacional, de modo que a inexigibilidade somente será cabível se houver apenas um competidor no país apto a cumprir o objeto estabelecido pela Administração Pública.”

Márcio dos Santos Barros, também citado por Ribeiro de Souza, corrobora o entendimento afirmando que:

“A questão da abrangência da exclusividade é biunívoca. Não pode ser analisada apenas, à luz do provável valor da aquisição, que acarretaria a adoção de tal ou qual modalidade de licitação. Também deve ser vista pela ótica da extensão da exclusividade. Se a exclusividade é nacional, não importa a modalidade de licitação que seria adotada, será seu detentor o contratado. Se a exclusividade é para determinada cidade ou região, se a contratação lá ocorrerá, é indiferente perquirir a modalidade licitatória que seria adotada, pois representantes de outra região ou cidade não poderiam dela participar, devendo prevalecer a exclusividade existente.”

Ribeiro de Souza apoia-se, também, no entendimento de José dos Santos Carvalho Filho que, citando Diógenes Gasparini, afirma, “in, Manual de Direito Administrativo. 11. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2004. p. 224.”, que:

“Por isso, é mister distinguir a noção de praça quando se trata de produção de bem da praça comercial. Esta é aferível em função do vulto do contrato. Se a licitação for do tipo convite, considerar-se-á a exclusividade na localidade da futura contratação; se for tomada de preços, levar-se-á em consideração a exclusividade no registro cadastral; e se for concorrência, exclusivo é o que for único no país.”

E, finalmente, como que analisando o caso concreto, Ribeiro de Souza reforça seus argumentos citando Jorge Ulisses Jacoby Fernandes que “in Assinatura de Periódicos: Procedimentos e Jurisprudência. Informativo de Licitações e Contratos ILC nº 134/abril/2005. p. 299.”, afirma que:

“Quando somente a editora produz o periódico e somente essa o comercializa, tem-se configurada a inviabilidade fática e jurídica absoluta de competição, ensejando o enquadramento no caput do art. 25 da Lei nº 8.666/93. Nesses casos a prova da inviabilidade de competição é mais simples: é suficiente a declaração do editor informando que seu produto tem os direitos autorais registrados e que não tem nenhum representante ou fornecedor realizando diretamente a comercialização. Essa declaração, revestida da solenidade legal de autenticação é quanto basta para a comprovação da escolha do fornecedor, exigida por lei. Quando o editor possui representantes a licitação será a regra; se possuir um só representante na localidade, será inexigível a licitação, mas

**PREFEITURA MUNICIPAL DE ANAJATUBA**

Rua Benedito Leite, 868, Centro, CEP: 65.490.000, Anajatuba – MA

CNPJ: 06.002.372/0001-33

nesse caso o enquadramento legal já não será no 'caput' do art. 25, mas no inc. I. A situação é de fato diferente. Numa apurada lição de hermenêutica se na localidade houver apenas um representante comercial – fornecedor exclusivo – deve prevalecer o princípio da especialização da norma implicando a contratação com fundamento no art. 25, inc. I da Lei nº 10.866/93. A inviabilidade de competição não é mais absoluta, mas circunstancial, decorrente da localização geográfica do futuro contratado, fato que pode ou não ser efêmero, temporário. A comprovação das contratações fundamentadas nesse inciso são, como não poderia deixar de ser, um pouco mais complexa, como visto a seguir. Insta observar, contudo, que sendo efetivamente o caso de inexigibilidade, se houver equívoco no enquadramento – art. 25, caput ou inc. I -, o fato deve ser corrigido pelos órgãos de controle mediante mera recomendação, não se tipificando o crime do art. 89 da Lei nº 8.666/93. A conduta equivocada não caracteriza crime. Fixado o limite espacial, cumprirá ao administrador público verificar se no 'lôcus' delimitado se há ou não possibilidade de haver competidores habilitados. Entre os fatos que limitam o número de possíveis concorrentes, a existência de acordos comerciais é um deles. É possível que existam diversos fornecedores de um certo produto, no entanto, cada um deles somente podendo atuar em uma área delimitada (sem interpenetrações), de forma que a depender da modalidade de licitação que abstratamente se enquadre o valor do objeto, poderá ou não ser necessário se realizar o certame licitatório."

FILHO,

Aduza-se que, no provento magistério do já clássico MARÇAL JUSTEN

"[a] contratação com fornecedor exclusivo envolve, normalmente, os casos em que a Administração somente poderá adquirir o produto de um fornecedor específico. A regulação legal abrange os casos onde existir pluralidade de produtos aptos a satisfazerem o interesse público, mas todos eles sujeitos à venda pelo mesmo e único fornecedor. — A exclusividade a que alude a Lei é aquela jurídica. Indica a situação de natureza contratual que assegura a um dos contratantes comercialização de bens ou serviços em determinadas áreas geográficas." (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 7. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2018. p. 169).

Assim, somente se enquadra na inexigibilidade fundada no art. 25, inc. I, diante da Declaração de Exclusividade, o que se percebe nos autos, bem como a prova através de contratações com outros municípios e órgãos públicos, constantes dos autos às fls.37-59

Nessa esteira, pontifica o art.25, I da Lei Federal nº 8.666/93, *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



PREFEITURA MUNICIPAL DE ANAJATUBA
Rua Benedito Leite, 868, Centro, CEP: 65.490.000, Anajatuba – MA
CNPJ: 06.002.372/0001-33

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;

In casu, trata-se de Contratação de Empresa Especializada em Fornecimento de Licença de Uso de Software On-Line, merece prosperar em vista de Declaração de Exclusividade citada e comprovada nos autos.

A Advocacia-Geral da União proferiu a seguinte orientação: “**Orientação Normativa nº 16/2009:** Compete à administração averiguar a veracidade do atestado de exclusividade apresentado nos termos do art. 25, inc. I, da Lei nº 8.666/93.”

De fato, a disposição legal em análise é dura e exige um verdadeiro trabalho investigativo por parte do servidor público, mas averiguar o conteúdo da declaração é imprescindível para garantir a legalidade do contrato. Veja só:

(...) quando do recebimento de atestados de exclusividade de fornecimento de materiais, equipamentos ou gêneros (art. 25, inciso I, da Lei nº 8.666/93), adote, com fulcro nos princípios da igualdade e da proposta mais vantajosa, medidas cautelares visando a assegurar a veracidade das declarações prestadas pelos órgãos e entidades emitentes, como, por exemplo, consulta ao fabricante. (Decisão 578/2002, Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler).

(...) quando do recebimento de atestados de exclusividade de fornecimento de materiais, equipamentos ou gêneros (art. 25, inciso I, da Lei nº 8.666/93), adotem medidas cautelares visando a assegurar a veracidade das declarações prestadas pelos órgãos e entidades emitentes. (Decisão 47/1995, Plenário, Rel. Min. Homero Santos).

É de se ver que a orientação jurisprudencial é no sentido de não contratar serviços pelo inciso I do art. 25 da Lei 8.666/93. O entendimento é que, além do fato de a lei não se referir a serviços, o conhecimento técnico é fluido e não pode ser aprisionado por uma ou outra empresa, inviabilizando a ideia do prestador exclusivo. A Advocacia-Geral da União emitiu a Orientação Normativa 15/2009 sobre o assunto: “A contratação direta com fundamento na inexigibilidade prevista no art. 25, inc. I da Lei nº 8.666/93 é restrita aos casos de compras, não podendo abranger serviços”.

Por outro lado, a jurisprudência tem relativizado o seu entendimento quanto à exclusividade na prestação de serviços na área de informática, conforme acórdão que merece destaque:

A hipótese do inciso I do art. 25 pode ser aplicada para a contratação de serviços. Assim, tendo em vista que as licitações para os serviços se restringiriam às empresas autorizadas a trabalhar com o software, que seria antes contratado, alta seria a probabilidade de tais certames contarem com número de



PREFEITURA MUNICIPAL DE ANAJATUBA

Rua Benedito Leite, 868, Centro, CEP: 65.490.000, Anajatuba – MA
CNPJ: 06.002.372/0001-33

participantes inferior ao Pregão Presencial nº 189/2009, ou de haver inexigibilidade de licitação devido à exclusividade do fornecedor desses serviços para determinado software. (Acórdão 1.549/2009 – Plenário, TCU)

Isso acontece porque a jurisprudência tem reconhecido que os serviços de informática são diferenciados neste particular. É que, muito embora o conhecimento necessário à prestação do serviço seja fluido, possa ser passado de pessoa a pessoa sem chance de controle por parte dos fabricantes ou distribuidores, os fabricantes dos *softwares* têm condições técnicas de limitar o acesso de terceiros a seus produtos, impedindo que pessoas não autorizadas prestem serviços a eles relativos. Dessa forma, começa a fazer sentido a ideia de exclusividade no campo da informática. Mas trata-se de exceção e, como tal, tem interpretação restritiva e sua utilização deve ser motivada de modo bastante pormenorizado.

Nesse sentido, o TCU emitiu a **Decisão 445/95**:

A escolha, com base em prévio e exaustivo estudo técnico, de determinados modelos de veículos para renovar, completar ou ampliar a frota de caminhões “fora da estrada” que operam na Mina de Carajás configura, portanto, inquestionavelmente, procedimento que visa a assegurar a padronização de uma linha de equipamentos de características singulares, padronização essa que não só é recomendada mas até mesmo imposta pelas conveniências de maior economia de manutenção, aproveitamento de estoques de peças, especialização de pessoal que lida com tais máquinas, etc. Descaracteriza-se, portanto, a pura e simples preferência de marca, esta sim vedada pelo Estatuto das Licitações e Contratos, não cabendo, portanto, qualquer restrição à conduta adotada pela empresa.

Finalmente, cumpre salientar que, em decorrência da Decisão TCU nº 705/1994 e do Acórdão TCU nº 1.054/2012, ambos do Plenário, para que se possa proceder ao pagamento, é necessário exigir-se da empresa exclusiva, a documentação relativa à regularidade para com a Seguridade Social (Certidão Negativa de Débitos do INSS) e com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (Certificado de Regularidade do FGTS), além da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas.

3 – CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, conclui-se que:

- a) Pela **POSSIBILIDADE** de contratação direta sem licitação de **Empresa Especializada em Fornecimento de Licença de Uso de Software On-Line, por meio da empresa ORÇAFASCIO**, inscrita no CNPJ nº 23.484.444/0001-45, eis que **foram observados**, *in casu*, os requisitos do art. 25, I c/c art. 13, da Lei nº 8.666/1993, **a destacar, Declaração de Exclusividade**, pelos bastantes fundamentos de fato e de direitos doravante demonstrados e provados.



PREFEITURA MUNICIPAL DE ANAJATUBA

Rua Benedito Leite, 868, Centro, CEP: 65.490.000, Anajatuba – MA
CNPJ: 06.002.372/0001-33

- b) Ao final, sugere-se elaboração de Contrato, atendidas as normas do art.55 da Lei nº 8.666/93.

É meu parecer S. M. J, onde submete-se à apreciação superior e parecer conclusivo do Controlador Geral do Município.

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO, EM ANAJATUBA/MA, 09 DE NOVEMBRO DE 2021.

ANDRÉ LUÍS MENDONÇA MARTINS
PROCURADOR GERAL DO MUNICÍPIO
Matrícula nº 02/2021/OAB/MA - 3.109

ANDRÉ LUÍS MENDONÇA MARTINS
PROCURADOR GERAL DO MUNICÍPIO
Matrícula nº 02/2021/OAB/MA nº 3.109