



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À UNIVERSIDADE FEDERAL DO PIAUÍ
NÚCLEO DE CONSULTORIA E ACESSORAMENTO
PARECER n. 268/2022/NCA/PFFUFPI/PGF/AGU

PROCESSO: 23111.010890/2022-34

INTERESSADOS: DEPARTAMENTO DE ENFERMAGEM/CCS

ASSUNTOS: DOCUMENTO DE FORMALIZAÇÃO DE DEMANDA PARA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO.

EMENTA: CONTRATAÇÃO DIRETA POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. SERVIÇO DE MANUTENÇÃO PREVENTIVA E CORRETIVA COM REPOSIÇÃO DE PEÇAS. ART. 25, CAPUT E INC. I DA LEI N. 8.666/93. POSSIBILIDADE CONDICIONADA AO ATENDIMENTO DAS OBSERVAÇÕES EXPENDIDAS NESTA MANIFESTAÇÃO.

1. Chega a este órgão de execução da Procuradoria-Geral Federal, para análise e parecer, o processo em epígrafe, que contém documento de formalização de demanda para a contratação direta, por inexigibilidade de licitação, de *"empresa especializada para prestação de serviços de treinamento e manutenção preventiva dos simuladores de alta e média fidelidade da marca Laerdal, incluindo os seguintes serviços: um Kit de peças para substituição preventiva anual; mão de obra para manutenção preventiva; atualização de softwares que tenham novas versões disponíveis; limpeza e calibração dos equipamentos; custos de frete de devolução do material até o cliente, se necessário; custo de locomoção do pessoal para a execução dos serviços. Os simuladores são: 01 (um) Nursing Kid (350-05050PMC), manequim pediátrico de 6 anos de idade de corpo inteiro; 01 (uma) Nursing Anne (325-05050PMC), manequim adulto feminino de corpo inteiro; 01 (um) SimMan Essential (213-00050PMC), manequim adulto de corpo inteiro; 01 (um) Sim Man Classic (211-00050PMC), manequim adulto de corpo inteiro"*, conforme fls. 3.

2. Instruem os autos:

- a. Memorando Eletrônico N° 10/2022 - DE/CCS (Fls. 2);
- b. Documento de Formalização da Demanda (Fls. 3-4);
- c. Planejamento e Gerenciamento de Contratações (Fls. 5);
- d. Termo de Ciência da Indicação para Integrar Equipe de Planejamento da Contratação (fls. 11-12);
- e. PORTARIA N° 23 / 2022 - PRAD (fls. 1);
- f. Estudo Técnico Preliminar 101/2022 - versão inicial e alterações (fls. 23-43; 72-98; 168-194; 292-318);
- g. Projeto Básico (fls. 46-71; 142-167);
- h. Instrumento de medição do resultado (fls. 99-104; 195-200);
- i. Mapa de riscos (fls. 106-109; 201-205);
- j. Orçamentos (fls. 112-115; 210-213);
- k. Declaração de razoabilidade de preços (fls. 117; 209; 275);
- l. Atestado de exclusividade (fls. 119; 208; 238);
- m. Notas fiscais comprobatórias do preço praticado (fls. 121-141; 214-234; 247-274);
- n. Confirmação de carta de exclusividade (fls. 239-240);
- o. Planilha de apresentação de notas (fls. 245-246);
- p. Documentos de regularidade fiscal e trabalhista (fls. 276-287; 291);
- q. Dotação orçamentária (fls. 322);
- r. Declaração de adequação orçamentária (fls. 323);
- s. Lista de verificação AGU (fls. 324-328; 335-339);
- t. Autorização do Reitor (fls. 330);
- u. Cota n. 084/2022/NCA/PFFUFPI/PGF/AGU (fls. 332);
- v. DESPACHO N° 2499/2022 - PRAD (fls. 340).

É o relatório. Passo a opinar.

3. Em sede de considerações iniciais, mister obtemperar que a licitação é o procedimento administrativo pelo qual a Administração Pública compra, vende, loca, contrata empresas prestadoras de serviços, através da escolha da proposta mais vantajosa ao interesse público, bem como às suas conveniências e necessidades, ou ainda na lição abalizada de José dos Santos Carvalho Filho:

“É o procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos: a celebração de contrato ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico.” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 19ª Ed. 2008. Pg. 217/218)

4. Há casos, contudo, em que a licitação não é indispensável ao bom andamento do processo administrativo. Pois bem, no pleito em testilha, pretende-se a celebração de contrato com a empresa **LAERDAL MEDICAL IMPORTACAO E COMERCIO DE PRODUTOS MEDICOS LTDA.**, objetivando a contratação de serviço de manutenção corretiva e preventiva nos equipamentos mencionados nos autos, bem como a reposição de peças específicas, sem licitação, por inexigibilidade.

5. Aliás, em se tratando de licitações e contratos, levando em conta que os órgãos integrantes do controle externo analisarão a conduta do gestor muito tempo depois, acredita-se ser do maior interesse que as razões que determinaram a prática do ato fiquem inteiramente registradas para evitar qualquer tipo de análise equivocada no futuro.

6. O que se põe aqui é que, se houver no futuro algum questionamento sobre o porquê da contratação, o fato de ter sido bem justificado, com a indicação precisa das necessidades administrativas no momento histórico, bem como do porquê ter sido escolhido esse ou aquele caminho, colocará o gestor numa situação de tranquilidade frente as auditorias realizadas pelos órgãos de controle.

7. Na pretensão em tela, pretende-se a celebração de contrato com a empresa **LAERDAL MEDICAL IMPORTACAO E COMERCIO DE PRODUTOS MEDICOS LTDA**, sem licitação, por inexigibilidade. O pleito tem previsão legal, em tese, no artigo 25, caput da Lei 8.666/93:

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.

8. Registro, oportunamente, em vista da redação do inciso II, do art. 25, da mesma Lei, fica claro que o objeto contratual **não é um serviço técnico singular**, isto é, impossível de ser executado satisfatoriamente por qualquer profissional médio, **mas sim um serviço exclusivo, prestado unicamente pela empresa apontada, passível de inexigibilidade de licitação**, não de dispensa. Por conta disso, a inviabilidade de competição do processo compatibiliza-se com o art. 25, caput, conforme já ressaltado.

9. A inexigibilidade antecede logicamente a dispensa, ou seja, primeiro se verifica a viabilidade de competição para depois se checar o enquadramento nas hipóteses em que a lei dispensa licitação, como no momento se procede.

10. Na inexigibilidade de licitação temos a inviabilidade da competição, isso quer dizer que, no caso de se instaurar uma licitação, sendo, esta, inexigível, pode-se deixar de obter uma proposta ou, ainda, obter-se uma proposta inadequada. Assim, primeiramente deve ser avaliada a viabilidade da competição, pois sendo inviável, caracteriza-se a inexigibilidade. A inexigibilidade é, na verdade, uma imposição da realidade, e disso decorre ser meramente

exemplificativo o elenco de suas hipóteses. Do contrário, se houver viabilidade de competição, passa-se à verificação da existência de alguma hipótese de dispensa.

11. Ao analisar os autos do processo, em especial o Atestado de Exclusividade (**fls. 119; 208; 238**), podemos identificar que a inviabilidade de competição se concentra na ausência de pluralidade de sujeitos, conforme classificação do jurista Marçal Justen Filho, já que, segundo consta nos fólios processuais, a potencial contratada **LAERDAL MEDICAL IMPORTACAO E COMERCIO DE PRODUTOS MEDICOS LTDA** seria, em tese, a única empresa oficialmente designada para "*vendas, instalação, manutenção, comercialização de peças e de suporte a aplicações no Brasil da empresa LAERDAL MEDICAL CORPORATION*".

12. Cumpre atentar que, de acordo com o art. 3º, II, da Lei 10.520/02, "**a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição**".

13. Isto significa dizer que a caracterização não deve ser omissa, de modo a prejudicar a Administração com a compra de algo que não corresponda a suas necessidades, nem tão excessiva, de modo a restringir a participação no certame a apenas um ou poucos fornecedores.

14. O TCU, por sua vez, tem admoestado as condutas tendentes ao excessivo detalhamento do objeto, de modo a evitar o direcionamento da licitação ou a restrição de seu caráter competitivo, determinando, em tais casos, que o Administrador deve "*justificar e fundamentar tecnicamente quaisquer especificações ou condições que restrinjam o universo de possíveis fornecedores dos bens ou prestadores de serviços o objeto do certame*" (Acórdão 2407/2006 – Plenário).

15. Daí a determinação do TCU de que, ao definir o objeto da licitação, **somente sejam incluídos bens e serviços sem similaridade ou com características e especificações exclusivas, quando tecnicamente justificável, a teor do que prescreve o art. 7º, § 5º, da Lei nº 8.666/1993 (itens 1.7.1.1 e 1.7.1.2, TC-006.597/2013-0, Acórdão nº 2.035/2013-2ª Câmara)**.

16. No entanto, no que concerne à indicação de marca do produto, são necessários alguns apontamentos.

17. De regra, não é permitido indicar marcas. Uma vez identificada a necessidade da contratação, o órgão deve descrever o objeto pretendido com sua adequada e completa caracterização, **de modo a alcançar os objetivos desejados sem direcionar a aquisição a um determinado fabricante, exceto se este detém características exclusivas, tecnicamente justificáveis**.

18. Desta feita, a escolha por uma determinada marca não pode ser influenciada por preferências subjetivas, fundadas em critérios meramente opinativos, devendo cingir-se, quando for o caso, aos aspectos técnicos envolvidos.

19. Sobre o tema, convém mais uma vez trazer à colação o ensinamento de Jorge Ulisses Jacoby (Ob. Cit. Pag. 567), *in verbis*:

b) a justificativa para a indicação de marca deverá, como se insere único dispositivo que baliza o assunto, amparar-se em motivos de ordem técnica, como tal entendido o alinhamento de fatores impessoais e que tenham um fundamento científico;

20. Nesse sentido, aliás, há muito tem se manifestado a Corte de Contas da União, a exemplo do Acórdão 252/2005 – 1ª Câmara e do Acórdão nº 1122/2010 – 1ª Câmara, além do Acórdão nº 636/2006, *verbis*:

A indicação de marca na licitação deve ser precedida da apresentação de justificativas técnicas que demonstrem, de forma clara e inafastável, que a alternativa adotada é a mais vantajosa e a única que atende às necessidades da Administração.

21. Neste passo, colhem-se justificativas técnicas a partir do teor dos Estudos Preliminares da Contratação, lançados às **fls. 23-43; 72-98; 168-194; 292-318**, especialmente quando se diz que:

O Laboratório de Simulação de Práticas Clínicas em Enfermagem e Saúde (LABSIMENFS), do Departamento de Enfermagem, do Centro de Ciências da Saúde (CCS), da Universidade Federal

do Piauí (UFPI), no Campus Ministro Petrônio Portella, foi criado para fins curriculares de ensino teórico-prático, prático, estágio, pesquisa e extensão, destinado a discentes e docentes, devidamente vinculados ao Curso de Enfermagem, desta Instituição Federal de Ensino Superior (IFES).

Trata-se de um laboratório que proporciona a prática da simulação como uma técnica de ensino que utiliza tecnologia para desenvolver atividades que reproduzem a realidade do ambiente clínico e destinam-se a demonstrar procedimentos, exercitar tomada de decisões e desenvolver pensamento crítico por meio de práticas, desenvolvendo papéis de profissionais em saúde, utilizando peças e manequins.

Este laboratório objetiva:

I – atender todas as disciplinas profissionais do Curso de Graduação de Enfermagem possibilitando práticas de ensino, pesquisa e extensão previstas no Projeto Pedagógico;

II - integrar as bases curriculares, permitindo a iniciação no ensino tecnológico de enfermagem pela modalidade de simulação de práticas assistenciais clínicas;

III - favorecer habilidades comunicativas, psicomotoras e manuais, raciocínio clínico e atitudinais aos discentes de graduação e pós-graduação de enfermagem, por meio de simulações de práticas clínicas reais que antecedem o contato discente-paciente e discente-equipe de saúde;

IV - minimizar iatrogenias advindas da prática assistencial ao paciente, família e comunidade nos diversos contextos de atuação da Enfermagem;

V - fomentar a produção científica, a criação de grupos de pesquisas e de estudo, a execução de trabalhos multidisciplinares nos diferentes contextos clínicos de enfermagem, permitindo o desenvolvimento de pesquisa em graduação e pósgraduação;

VI – gerar, no discente de graduação em enfermagem, confiança e segurança na assistência integral de enfermagem coerente com as necessidades dos pacientes, família e comunidade;

VII - favorecer a realização de procedimentos diagnósticos, terapêuticos invasivos e complexos de enfermagem;

VIII - promover atitudes éticas e valores, como o respeito ao paciente na execução da assistência de enfermagem.

O LABSIMENFS foi estruturado para atender condições de ensino, pesquisa e extensão de baixa, moderada e alta complexidade em graus variados de fidelidade, conforme o manequim utilizado.

Diante do exposto, justifica-se a importância do laboratório para o ensino de enfermagem de qualidade desta universidade, especialmente neste momento de pandemia, uma vez que o laboratório tem sido muito útil para o desenvolvimento das atividades didáticas que envolvem as práticas das disciplinas do Curso de Enfermagem e, portanto, sendo necessário mantê-lo em pleno funcionamento.

Ademais, ressalta-se a necessidade da prestação de serviço de manutenção preventiva e corretiva de forma a proporcionar maior durabilidade e um bom desempenho dos manequins e equipamentos pertencentes à UFPI, bem como atender as atuais exigências legais de controle de qualidade, segurança, calibração e manutenção de equipamentos, tornando-se necessário buscar serviços em Assistência Técnica especializada. A realização desses serviços por empresa terceirizada torna-se necessária, pois a Universidade Federal do Piauí, (UFPI) não dispõe, em seu quadro de pessoal, de recursos humanos para o atendimento aos serviços requisitados. Ademais, desde o fim do prazo de garantia após a aquisição, já há dez anos, os manequins não passaram por nenhum processo de manutenção preventiva e/ou corretiva. Logo, nunca houve instrumento contratual vigente que contemplasse o objeto deste.

Destaca-se que o manequim SimMan Classic, um dos simuladores contemplados por este estudo, não está mais disponível no mercado para comercialização desde abril de 2011 e o seu sistema operacional Legacy, desde 2015. Assim, existe a necessidade de manutenção corretiva para atualização do software e troca de peças, o que é possível ainda, segundo a empresa fabricante, desde que os itens necessários estejam disponíveis no seu catálogo, garantindo, assim, seu perfeito funcionamento.

Desta forma, a manutenção preventiva e corretiva, tornam-se necessárias para maior eficiência na utilização dos equipamentos, gerando resultados mais vantajosos para a Administração Pública, considerando todo o ciclo de vida útil dos simuladores.

22. Assinale-se que a responsabilidade pela veracidade de tais informações é de inteira responsabilidade da administração, responsável pelo projeto básico e demais documentos.

23. **Com efeito, é preciso que se busque, informando-se nos autos, acerca da inexistência no mercado de empresa ou profissional que preste o mesmo ou similar serviço, que atenda as necessidades da administração, conforme os requisitos técnicos apropriados.**

24. Todavia, a análise de tal justificativa extravasa a competência deste órgão, demandando, para maior segurança da Administração, parecer ou laudo técnico circunstanciado, ou pericial como bem obtempera Jacoby Fernandes (ob. Cit. Págs. 567/568):

*[...] a especialização do conhecimento humano e o fato de que várias áreas da ciência constituem, na atualidade, profissões regulamentadas por diplomas legais são fatores que indicam que a justificativa técnica deverá preencher os rigores da lei, devendo ser documentada, quando se tratar de área de ciência autônoma, **mediante laudo pericial circunstanciado**. Em se tratando de equipamento eletrônico, por um engenheiro da especialidade que não apenas descreva a característica pretendida e considerada essencial para administração, **quanto demonstre que as outras marcas não a ostentam, acrescentando, inclusive, porque essa peculiaridade é essencial;***

25. Nesta toada, cumpre atentar para a Súmula nº 255, do Tribunal de Contas da União, que trata da obrigação da Administração aferir a veracidade do conteúdo dos atestados de exclusividade:

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.

26. Destaque-se que o rigor das justificativas em casos como o dos autos é imperioso para garantir clareza e transparência na motivação e na finalidade dos atos (princípios da motivação e finalidade previstos no art. 2º, da Lei 9.784/99), e, portanto, para reforçar a decisão administrativa, resguardando, inclusive, os gestores e agentes responsáveis.

27. No que se refere aos serviços de manutenção dos equipamentos, objeto da contratação, torna-se necessária a devida cautela por parte da Administração, credenciados para uma determinada empresa. Nesse sentido, cabe transcrever o esclarecimento de Jacoby Fernandes:

É comum que, iniciado o processo licitatório para a manutenção de determinado equipamento, apresente-se o próprio fabricante pretendendo demonstrar a inviabilidade de competição. Redobrada cautela deve ser adotada em relação à questão. Poderá determinado fabricante ‘credenciar’ apenas uma empresa em cada localidade para realizar os serviços de manutenção em seus equipamentos.

Esse credenciamento deve ser examinado por agentes especializados da Administração, que, independentemente desse ato do fabricante, deverão verificar se existem outros profissionais ou empresas com efetiva capacidade de fazer a manutenção nos equipamentos.

O ato de credenciamento do produtor não deve ser acolhido como relevante, mesmo quando registrado em cartório, no Ministério da Indústria e Comércio, porque tais órgãos são uma espécie de depósito oficial dos registros, sem exercer qualquer exame de mérito nos documentos apresentados. (FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Contratação Direta sem Licitação. 1. ed. Brasília: DF, 1995, p.285)

28. Desta sorte, **mesmo quando comprovada a devida exclusividade do fornecedor, deve a administração se resguardar e diligenciar para constatar se existe de fato, ou não, outro fornecedor hábil para prestar o mesmo serviço**, porquanto o TCU já entendeu pela impossibilidade de inexigibilidade quanto ao serviço de manutenção de elevadores (Decisão 393/93 – 2ª Câmara).

29. Sobre as providências para a comprovação dessa inviabilidade, o Professor Marçal Justen Filho comentou:

A comprovação da inexistência de alternativas para a Administração faz-se segundo o princípio da liberdade de prova. Pode dar-se por qualquer via, desde que idônea e satisfatória. Lembre-se que a inviabilidade de competição é uma questão não apenas jurídica, mas também fática. Alguns

exemplos bastam para evidenciar a impossibilidade de estabelecer regras formais inalteráveis. Suponha-se que a Administração descubra que um certo fabricante tenha inventado um equipamento para auxiliar o desbaste de árvores. Trata-se, na acepção jurídica, de um invento. Imagine-se que, como é usual no Brasil, tal invento não foi objeto de patenteamento. O inventor é o próprio e único fabricante. Se a administração necessitar da aquisição desse equipamento, poderá fazê-lo com inexigibilidade de contratação? A resposta é positiva. Seria um despropósito exigir um “atestado de exclusividade de representação comercial”, eis que nem se cogita da existência de um intermediário. O que seria necessário para fundamentar a comprovação da inviabilidade de competição? Seria imprescindível informar o processo com documentos probatórios da ausência de outra alternativa para administração. Isso poderia fazer-se por diligência dos próprios agentes administrativos. O fundamental consiste na documentação confiável acerca da ausência de outras alternativas senão uma, o que basta para configurar a inexigibilidade.

30. Conforme a Orientação Normativa nº 15/2009 da AGU, “**A CONTRATAÇÃO DIRETA COM FUNDAMENTO NA INEXIGIBILIDADE PREVISTA NO ART. 25, INC. I, DA LEI 8.666, DE 1993, É RESTRITA AOS CASOS DE COMPRAS, NÃO PODENDO ABRANGER SERVIÇOS.**” **Porém, quanto à comprovação da inviabilidade do caput do art. 25, devem-se adotar os parâmetros do seu inciso I.**

31. Veja-se que a doutrina aceita que a comprovação da inviabilidade e exclusividade seja feita por qualquer meio idôneo, inclusive por diligência dos próprios agentes administrativos. Por outro lado, diz que o fundamental consiste na documentação confiável acerca da ausência de outras alternativas para a contratação. Conforme o inciso I do art. 25 da Lei 8.666/93, requer-se a comprovação da exclusividade seja feita por meio 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*”.

32. Quanto à declaração de **fls. 119; 208; 238**, emitida por entidade relacionada no art. 25, I da Lei nº 8.666/93 (federação), cumpre ressaltar a necessidade de que a Administração diligencie a órgãos locais e/ou regionais, dentre os previstos na capitulação legal, de modo a verificar a pertinência da inviabilidade de competição e, assim, atender integralmente ao disposto na legislação de regência, eis que a que consta dos autos é de praça distinta da localidade da licitação, razão pela qual, por cautela, recomenda-se, também, uma certidão de órgão local, ainda que negativa, como ressalta Jacoby Fernandes:

Nesse caso, o atestado da Junta Comercial deve indicar que na localidade não há representante comercial do produto. Essa negativa não comprova a exclusividade, mas apenas a inexistência de outro fornecedor. (FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Contratação direta sem licitação. 5. ed. Revista ICL. Editora Zênite: Brasília, 2000).

33. Não é suficiente, todavia, apenas a juntada do atestado referenciado no inciso I do art. 25 da Lei nº 8.666/93, ainda quando emitido por um das entidades formalmente indicadas pelo dispositivo. É imprescindível, como dito, que o órgão verifique a veracidade do conteúdo das declarações prestadas no atestado de exclusividade, realizando pesquisa no mercado, fazendo constar do processo a documentação comprobatória.

34. Nesse sentido, já caminhava a jurisprudência do TCU antes da edição da Súmula acima transcrita:

9.2.5-apresente, quando das contratações por exclusividade, justificativa detalhada dos critérios técnicos e objetivos para a escolha do fornecedor, abstendo-se de aceitar atestado de exclusividade que não abranja todo o objeto contratado, bem como que verifique a veracidade do conteúdo das declarações prestadas no atestado de exclusividade, realizando pesquisa no mercado, fazendo constar do processo a documentação comprobatória. Acórdão 2960/2003 – TCU – Primeira Câmara, proferido no processo 005.561/2002-2, publicado no DOU de 03.12.2003.

35. O Advogado-Geral da União, por meio da Orientação Normativa nº 16, de 1º de abril de 2009, publicada no D.O.U. em 07 de abril de 2009, também orientou em sentido simétrico: “*Compete à administração averiguar a veracidade do atestado de exclusividade apresentado nos termos do art. 25, inc. I, da lei nº 8.666, de 1993.*”

36. Portanto, para a legitimidade do procedimento de inexigibilidade e o afastamento da licitação, é imprescindível que a Administração adote providências no sentido de **juntar um novo e atual atestado, emitido por parte dos órgãos relacionados no inciso I, do art. 25, da Lei 8666/93, salvo de impossível, hipótese em que deverão atender conferindo a veracidade do conteúdo do atestado e juntando aos autos o resultado de sua pesquisa.**

37. O parágrafo único do art. 26, da Lei 8.666/93 dispõe sobre os documentos com que o processo de inexigibilidade deve ser instruído:

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.

38. No que diz respeito à justificativa do afastamento da licitação, bem como a razão da escolha do fornecedor, as observações pertinentes foram destacadas na ocasião da análise dos pressupostos para inexigibilidade de licitação, com fulcro no art. 25 da Lei nº 8.666/93, em tópico específico deste parecer, às quais reportamo-nos. Assim, cabe apenas reiterar que a contratação com fundamento no permissivo legal indicado deriva da inviabilidade de competição em razão da ausência de pluralidade de sujeitos, conforme classificação do já citado Marçal Justen Filho.

39. Com relação à justificação do preço, trata-se de um dever imposto ao Administrador, que tem por finalidade confirmar a razoabilidade do valor da contratação conferindo, por consequência, probidade e moralidade ao ajuste.

40. É imperioso destacar, ainda, a orientação para a Administração no sentido de justificar o preço praticado nas contratações diretas, por inexigibilidade de licitação, com base no entendimento que haverá maior segurança e atendimento à jurisprudência do TCU se houver a demonstração de que os mesmos preços são praticados no mercado:

– Assuntos: *DISPENSA DE LICITAÇÃO e INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. DOU de 19.08.2010, S. 1, p. 123. Ementa: determinação à Diretoria-Geral do Senado Federal para que: a) somente contrate serviços por inexigibilidade de licitação quando ficar efetivamente comprovada a inviabilidade de competição, em consonância com o disposto no art. 25 da Lei nº 8.666/1993; b) nas contratações por dispensa ou inexigibilidade de licitação, consigne no processo justificativa de preço, devidamente embasada e documentada, que evidencie sua razoabilidade, na forma do art. 26, parágrafo único, inc. III, da Lei nº 8.666/1993 (itens 9.2.1 e 9.2.2, TC-012.618/2005-1, Acórdão nº 4.396/2010-2ª Câmara).*

– Assuntos: *DISPENSA DE LICITAÇÃO e INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. DOU de 11.12.2009, S. 1, p. 104. Ementa: determinação à CPRM para que inclua, nos processos de contratação direta, orçamento prévio detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os custos unitários a serem contratados e suas quantidades, bem como a pesquisa de preços para os itens que possuam referência no mercado e, daqueles itens que não possuam referência de mercado, a justificativa de preços, sempre que possível, com base em parâmetros históricos de contratações anteriores ou de outros órgãos da Administração, de forma a respeitar o art. 26, parágrafo único, inc. III, da Lei nº 8.666/1993 (item 1.5, TC-019.073/2009-5, Acórdão nº 2.980/2009-Plenário).*

– Assuntos: *INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO e LICITAÇÕES. DOU de 04.06.2010, S. 1, p. 96. Ementa: alerta ao MRE para a obrigatoriedade de registrar, nos processos de contratação, a justificativa de preços a que se refere o inc. III do art. 26 da Lei nº 8.666/1993, mesmo na hipótese de existência de um único fornecedor, mediante verificação da conformidade do orçamento com preços de mercado ou fixados por órgão oficial competente ou, ainda, com os constantes do sistema de registro de preços, que devem ser registrados nos autos, conforme Decisão nº 627/1999-P, ou, ainda, mediante inclusão nos autos de documentos que comprovem a compatibilidade das condições econômicas adotadas com aquelas praticadas em contratações usuais pelo particular (item 9.3.1, TC-015.162/2009-9, Acórdão nº 1.183/2010-Plenário).*

41. Ainda sobre o tema, cabe à Administração observar o enunciado da Orientação Normativa AGU nº 17:
- 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.*
42. Em relação ao preço, por consequência ao exposto, há que ser aferido pela Administração, se o orçamento apresentado pela fornecedora exclusiva é razoável, incluindo-se todos os custos que devem totalizar o valor da contratação (hospedagem, alimentação, conforme o caso). Por fim, em eventual contratação recomenda-se para que não seja esquecido da ratificação da inexigibilidade pela autoridade competente e publicação no prazo de 05 dias, além dos termos do art. 26, parágrafo único, da Lei 8666/93.
43. No que tange à escolha do fornecedor, há que alertar para a necessidade justificar de forma convincente a razão da escolha do material de consumo. Nesse sentido são os julgados abaixo transcritos do TCU:
- 9.2 – determinar ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama que:*
- [...]*
- 9.2.5 – apresente, quando das contratações por exclusividade, justificativa detalhada dos critérios técnicos e objetivos para a escolha do fornecedor, abstendo-se de aceitar atestado de exclusividade que não abranja todo o objeto contratado, bem como que verifique a veracidade do conteúdo das declarações prestadas no atestado de exclusividade, realizando pesquisa no mercado, fazendo constar do processo a documentação comprobatória; (AC-2960-43/03-1Sessão: 25/11/03 Grupo: II Classe: III Relator: Ministro Lincoln Magalhães da Rocha – FISCALIZAÇÃO – AUDITORIA DE CONFORMIDADE – INICIATIVA PRÓPRIA).*
44. **É bom frisar, mais uma vez, que a comprovação da exclusividade do fornecedor é de inteira responsabilidade do órgão consultante.** A propósito, cabe alertar que o art. 337-E, do Código Penal, na redação dada pela Lei nº 14.133/2021, já em pleno vigor, tipifica, também, como crime o fato de deixar de observar as formalidades pertinentes à inexigibilidade, *verbis*:
- Contratação direta ilegal***
- Art. 337-E. Admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei:*
- Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.*
45. Portanto, para que se promova a inexigibilidade, é fundamental que no processo de contratação esteja inteiramente justificado que as opções de similares existentes no mercado são incapazes de atender aos interesses da Administração, tendo em vista que as funcionalidades ou características essenciais buscadas pela entidade pública só podem ser atendidas por um específico prestador.
46. A não realização de licitação não significa que a administração possa contratar com qualquer pessoa, ao bel prazer do dirigente estatal. O contratado deve possuir os requisitos mínimos exigidos em lei, tal como se fosse concorrente em uma licitação, sob pena de privilegiar pessoas físicas ou jurídicas sem a devida competência ou entregar a execução do objeto sem garantias básicas de adimplemento contratual, o que pode gerar insegurança jurídica e prejuízos irreversíveis ao erário e à sociedade como um todo.
47. É fundamental alertar, também, que, mesmo nas dispensas ou inexigibilidades de licitação, a comprovação da habilitação do contratado deve ser exigida com relação aos aspectos essenciais à regularidade da contratação (art. 55, XIII c/c art. 27 a 33, da Lei nº 8.666/93), na medida necessária para a pronta salvaguarda do interesse público.
48. Cabe destacar que, conforme entendimento pacífico do Tribunal de Contas da União – TCU, o contrato administrativo deverá ser assinado com contratado que esteja com a regularidade fiscal em dia, de maneira que cabe à Administração Pública, à época da assinatura do contrato, anexar ao processo administrativo um extrato devidamente

atualizado do SICAF e do CADIN e, por outro lado, exigir a comprovação da regularidade fiscal e trabalhista da empresa, nos termos do art. 29 da Lei nº 8.666/93, com a redação que lhe imprimiu a Lei nº 12.440, de 2011, bem como os registros de sanção administrativa. Cabe ao Administrador, pois, zelar pela efetiva validade dessas certidões.

49. Compulsando os autos, nota-se que foram juntadas declarações e certidões, valendo destacar as de **fls. 276-287 e 291**, hábeis a comprovar a mencionada regularidade fiscal e trabalhista da empresa a ser contratada. Não deve o Gestor olvidar, todavia, de manter atualizados tais documentos.

50. Os contratos decorrentes de afastamento de licitação costumam ser vistos com maior rigor pelos órgãos de controle, assim, tais recomendações são feitas para que a Administração reúna todos os elementos ao seu alcance para demonstração da razoabilidade dos preços, visando afastar eventuais questionamentos apontando para superfaturamento de preços, comprometendo a eficácia do ajuste.

51. Ademais, impende ressaltar a necessidade de existência de prévia dotação orçamentária, nos termos do art. 7º, §2º, III, da Lei 8.666/93, a ser declarada/certificada pelo setor competente, bem assim a aplicação, conforme o caso, da Orientação Normativa nº 34/2011, da AGU, verbis:

AS HIPÓTESES DE INEXIGIBILIDADE (ART. 25) E DISPENSA DE LICITAÇÃO (INCISOS III E SEQUINTE DO ART. 24) DA LEI Nº 8.666, DE 1993, CUJOS VALORES NÃO ULTRAPASSEM AQUELES FIXADOS NOS INCISOS I E II DO ART. 24 DA MESMA LEI, DISPENSAM A PUBLICAÇÃO NA IMPRENSA OFICIAL DO ATO QUE AUTORIZA A CONTRATAÇÃO DIRETA, EM VIRTUDE DOS PRINCÍPIOS DA ECONOMICIDADE E EFICIÊNCIA, SEM PREJUÍZO DA UTILIZAÇÃO DE MEIOS ELETRÔNICOS DE PUBLICIDADE DOS ATOS E DA OBSERVÂNCIA DOS DEMAIS REQUISITOS DO ART. 26 E DE SEU PARÁGRAFO ÚNICO, RESPEITANDO-SE O FUNDAMENTO JURÍDICO QUE AMPAROU A DISPENSA E A INEXIGIBILIDADE.

52. Há nos autos, às **fls. 323**, Declaração de Adequação Orçamentária, de lavra da senhora Pró-Reitora de Administração da UFPI, a respeito da pretendida contratação.

53. **Como não consta nos autos minuta contratual**, cabe destacar ainda que compete à Administração verificar a possibilidade de substituição do contrato por autorização de empenho. Tal substituição encontra guarida no art. 62, § 4º da Lei 8.666/93. A esse respeito, caso possível, cumpre seja observado, todavia, o disposto no item 27 do PARECER Nº 05/2014/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, aprovado pelo Procurador-Geral Federal, que assim dita:

Destarte, ainda quando seja efetuada a substituição do instrumento de contrato, devem ser observadas, no que for cabível, as cláusulas essenciais ao contrato administrativo – entendimento esse, inclusive, sufragado pelo TCU no Acórdão n.º 1.179/2006 – Primeira Câmara –, razão pela qual inafastável se mostra a conclusão de que, também, nesses casos, deve o processo de contratação direta de pequeno valor ser submetido ao exame do órgão de consultoria da Administração, salvo se existente minuta padronizada de instrumento substitutivo do contrato.

54. Registo, finalmente, recomendação para que, doravante, a Administração adote providências no sentido de orientar os setores requisitantes de modo a tornar mais "enxutos" os processos administrativos, considerando a reiterada repetição de documentos, o que torna os processos volumosos e culmina por dificultar e tornar mais morosa sua análise.

55. **Em face do exposto, opino pela possibilidade de prosseguimento da contratação direta, por inexigibilidade de licitação, nos termos do art. 25, caput e inc. I da Lei n. 8.666/93, desde que previamente atendidas as recomendações expendidas neste parecer.**

À consideração superior.

Teresina, 11 de outubro de 2022.

FRANCISCO DE CASTRO MACÊDO

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 23111010890202220 e da chave de acesso bab9f338