

## Aquisição de ferramenta específica em Termo de Referência próprio, denominada "Plataforma eletrônica para compra de equipamentos, insumos e suprimentos"

Guilherme Carvalho e Sousa

**Sumário:** **1** Breve esboço fático – **2** Fundamentação jurídica para o caso – **3** Conclusões e demais considerações

Licitação. Inexigibilidade. Possibilidade condicionada ao atendimento dos requisitos legais.

O Secretário Adjunto de Saúde do Estado solicitou<sup>1</sup> dessa Procuradoria parecer técnico-jurídico acerca da aquisição de ferramenta específica denominada "Plataforma eletrônica para compra de equipamentos, insumos e suprimentos", para auxiliar e dinamizar a aquisição de bens e serviços através da modalidade licitatória Pregão Eletrônico.

Juntamente com a solicitação, vieram os autos de todo o processo administrativo, inclusive com manifestação<sup>2</sup> da Assessoria Jurídica da Secretaria, pugnando pela validade da inexigibilidade do procedimento licitatório.

### 1 Breve esboço fático

A presidente da Comissão Permanente de Licitação da Secretaria de Saúde do Estado requereu,<sup>3</sup> ao Secretário de Saúde, autorização para aquisição de ferramenta específica contida no Termo de Referência anexo ao pedido.

O aludido Termo de Referência (fls. 02/10), relativo à contratação de empresa para fornecimento de soluções de plataforma eletrônica de compras, traz, como objetivo geral, *disponibilizar para a unidade gestora de aquisições da Secretaria de Estado da Saúde uma plataforma eletrônica para dinamizar a aquisição de equipamentos, insumos e suprimentos, principalmente materiais médico-hospitalares e medicamentos acessíveis através da web, que atenda às exigências da legislação vigente e que possibilite a implantação de um processo transparente, totalmente auditável, com redução de tempo, otimização de estoques e que resulte em alta eficiência operacional.*

A contratação tem por objeto empresa especializada para prestação de serviços utilizando plataforma eletrônica para dinamizar a aquisição de compras de equipamentos, insumos, suprimentos e contratação de serviços de terceiros de gênero hospitalar, incluindo a disponibilização da plataforma eletrônica e serviços de implantação, manutenção e suporte para a Secretaria.

Houve autorização do Secretário de Saúde para a aquisição requerida, constante às fls. 11 do presente processo administrativo.

Procedeu-se, então, à cotação de preços. *Por ora, um ponto de relevantíssima importância.* É que não consta nos autos nenhuma comprovação de envio de solicitação de preços a outras empresas,

mas, unicamente, a juntada, por uma só empresa, da proposta comercial, acompanhada da alteração contratual, comprovantes e certificados de regularidade cadastral perante a Administração Pública, certidões negativas, atestados de capacidades técnicas e demais documentos que serão elencados ao longo da fundamentação jurídica logo abaixo delineada.

Em ato contínuo, a Chefe da Divisão de Apoio Administrativo já encaminhou, ao presidente da Comissão Permanente de Licitação da Secretaria de Estado da Saúde, justificativa no sentido de demonstrar que a licitação seria inexigível, assim fundamentando com base no artigo 25, I do Estatuto das Licitações. Por conseguinte, este dirigiu o processo à Unidade de Informática da Secretaria, solicitando parecer técnico quanto à eficácia dos serviços a serem contratados (fls. 60).

Em resposta a tal solicitação, o gerente da Divisão de Tecnologia da Informação da Secretaria informou que a proposta apresenta informações que são importantes à Tecnologia da Informação e atendem as demandas do Termo de Referência.

Após a requisição do presidente da CPL sobre a existência de disponibilidade orçamentária, a Chefe de Orçamento da Secretaria informou haver disponibilidade orçamentária, constante na Ação 2001, Fonte 107 e Elemento de Despesa 3390-39.

Consta, também, no processo, rascunho de Justificativa de Inexigibilidade de Procedimento Licitatório, mencionando o objeto da contratação, a fundamentação legal, a empresa adjudicada, os valores (mensal e global) e o elemento da despesa, todavia, sem numeração e totalmente apócrifa, uma vez que sem assinatura do Presidente da Comissão Permanente de Licitação e sem a ratificação do Secretário de Saúde.

Posteriormente, foi emitida manifestação jurídica acerca do processo, pugnando pela contratação através da inexigibilidade de licitação.

Empós, os autos foram encaminhados a essa Procuradoria, para, em conformidade com o Decreto Estadual nº 3.999/10, ser proferido parecer jurídico sobre o caso.

Era o que cumpria, apertadamente, relatar.

- Quesitos

1. Quais situações fáticas são aptas a deflagrarem a contratação por inexigibilidade de licitação?
2. O objeto desta licitação pode ser enquadrado no rol da inexigibilidade?
3. A quem assiste a competência para declarar um procedimento licitatório inexigível?
4. Há discricionariedade para a Administração Pública proceder à contratação por inexigibilidade?
5. Qual o limite do parecer técnico jurídico emitido pela Procuradoria do Estado em casos de inexigibilidade?

Repousa sobre tais questionamentos o discorrer fático-jurídico que se ocupará de responder no presente dictamen.

## 2 Fundamentação jurídica para o caso

O tema encarta uma das mais sérias discussões no âmbito da política governamental — a contratação pela Administração Pública. Vigoram, como normas vertentes do agir público, inclusive institucional, a indisponibilidade do interesse público e a observância da máxima legalidade. É à luz de tais questionamentos que se discutirá sobre a obrigatoriedade de licitar e sobre a inexigibilidade da licitação.

### Quanto ao dever de licitar

A liberdade de contratar, para o particular, não encontra a mesma ressonância para a Administração Pública. É que muito se discute sobre a real existência da autonomia da vontade para o Poder Público. Forte em argumentos contrários à negativa do ideal autonomista, prepondera a regra — ou melhor, matriz, de ordem constitucional, da Administração Pública — da licitação.

O contrato, como categoria jurídica, supõe o mútuo consentimento das partes, supõe a liberdade das convenções, respira liberdade; e a licitação, contraditoriamente, a restrição, embora seja pressuposto constitucional do contrato administrativo.

*O ordenamento constitucional vigente (art. 37, XXI), no entanto, tornou a liberdade de contratar exceção para a Administração, e regra a licitação.* Ao inverter a regra da liberdade contratual clássica do direito privado, o que se almeja, conforme os ideais liberais que vicejaram nos dois últimos séculos, no direito público, é a proteção do indivíduo contra o arbítrio, resguardando não a liberdade do Estado para contratar, mas a do indivíduo para concorrer ao contrato desejado pela Administração: eis por que a contradição é apenas aparente ou lógica, sendo como é o princípio licitatório corolário dos princípios da isonomia, legalidade, impessoalidade e finalidade pública.<sup>4</sup> (grifou-se)

Portanto, licitar não é uma faculdade da Administração, mas um dever, mister constitucionalmente delineado pelo legislador constituinte originário que norteia a atividade administrativa e garante a preservação do interesse público, visando, sobremaneira, à escolha da proposta mais vantajosa para o Poder Público. Bandeira de Mello acentua que:

... sendo encarregada de gerir interesses de toda a coletividade, a Administração não tem sobre estes bens disponibilidade que lhe confira o direito de tratar desigualmente àqueles cujos interesses representa. Não sendo o interesse público algo sobre que a Administração dispõe a seu talante, mas, pelo contrário, bem de todos e de cada um, já assim consagrado pelos mandamentos legais que o erigiram à categoria de interesse desta classe, impõe-se, como consequência, o tratamento impessoal, igualitário ou isonômico, que deve o Poder Público dispensar a todos os

administrados.<sup>5</sup>

Na verdade, o dever de licitar traduz-se não apenas como um *munus* para o Estado, mas, principalmente, como verdadeira política pública.

É impossível compreender-se estado democrático de direito operante sem políticas públicas pré-definidas e funções administrativas sem o balizamento de normas jurídicas. A atividade contratual da Administração Pública, mesmo quando no exercício de competências discricionárias, deve exprimir escolhas ditadas por políticas públicas e implementadas de acordo com as normas jurídicas que viabilizem a concretização do interesse público.

*A norma constitucional que estabelece o dever de licitar traduz política pública na medida em que pressupõe ser a competição seletiva isonômica aquela que habilita a Administração Pública, consultado o mercado, **à identificação da proposta mais favorável à prestação de serviços, à execução de obras, à compra ou à alienação de bens.** A competição reduz o risco de formação de cartéis e superiormente atende aos princípios nomeados na cabeça do art. 37 da CR/88.<sup>6</sup> (grifo não consta no original)*

Enfim, “a licitação é, ela própria, um princípio (agora constitucional), decorrente de outros, como os da indisponibilidade e supremacia do interesse público, e é restrição à liberdade de escolha do contratante”.<sup>7</sup>

## **A inexigibilidade da licitação**

Como já mencionado, a licitação deve, rotineiramente, ser observada pela Administração. Não obstante a existência do dever de licitar, existem situações em que a Administração Pública vê-se impossibilitada<sup>8</sup> de realizar o certame, estabelecendo o ordenamento exceções ao princípio constitucional do dever de licitar, *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.

§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.<sup>9</sup>

Quando o interesse estatal puder ser satisfeito por uma competição padrão, e se considerando possível a competição, haverá licitação. É que “a inviabilidade de competição é consequência derivada de características existentes na realidade extranormativa, que tornam a licitação inútil ou contraproducente”.<sup>10</sup> Todavia, de tal realidade, deve decorrer um interesse estatal, interesse público primário.

Logo, se existe discricionariedade para o administrador público em não realizar — ou não poder realizar — licitação nos casos de inexigibilidade, tal discricionariedade é, extremamente, mitigada, eis que precisamente emoldurada nas restritivas hipóteses previstas em lei.

### **A análise do caso em concreto**

O caso em tela trata de contratação de aquisição de ferramenta específica, denominada “Plataforma eletrônica para compra de equipamentos, insumos e suprimentos” para auxiliar e dinamizar a aquisição de bens e serviços através do procedimento licitatório *Pregão Eletrônico*.

A importância do objeto licitado faz-se escusável, haja vista a menção, por essa Procuradoria, em diversas ocasiões,<sup>11</sup> de quão eficiente é a modalidade licitatória Pregão, sobremaneira porque possibilita a utilização de sistema interno de Registro de Preços.

Todavia, algumas questões merecem ser pontuadas, especificamente para o caso em tela. Deve-se aprimorar o que se entende por objeto singular, prestado por um único fornecedor.

Celso Antônio Bandeira de Mello entende que a singularidade não significa que se trate de produto

único, mas sim porque restam caracterizadas por um estilo ou por uma orientação pessoal.<sup>12</sup>

A bem da verdade, a verificação quanto à singularidade do objeto contratado é tema totalmente distraído ao que a expertise jurídica contida nesse parecer pode proferir. Dito de outro modo, deve ser analisada em concreto pelo próprio órgão licitante, e não pelo advogado público, eis que este, simplesmente, opina.

Se a Secretaria comprovou<sup>13</sup> que somente a empresa que se pretende ver adjudicada é a única fornecedora do programa (objeto da licitação), inquestionavelmente, trata-se de inexigibilidade de licitação, haja vista a inexistência da competição. Mas, mais uma vez, é importante frisar: *somente a Secretaria tem competência para aferir tal fato*. Resta a esse parecerista, exclusivamente, alertar sobre os requisitos inerentes à inexigibilidade e suas referentes características.

Uma vez sendo considerada a única empresa que atende a todas as especificações do Termo de Referência, faz-se possível a inexigibilidade. O próprio Tribunal de Contas da União, em julgado similar, entendeu pela improcedência de representação contra empresa produtora de *software* contra possível irregularidade cometida em certame licitatório realizado pelo Ministério da Educação.<sup>14</sup>

Todavia, imprescindível se faz a pesquisa de mercado, bem assim a comprovação, por parte da empresa a ser contratada, de todas as certidões de regularidade, atualizadas, por óbvio, uma vez que as que constam nos autos, além de insuficientes, estão desatualizadas. Nesse sentido, determinação do TCU para que:

*...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.*<sup>15</sup> (grifo não consta no original)

Ademais, para se comprovar a inexistência de alternativas para a Administração, por mais que haja liberdade de prova, há a necessidade de comprovação técnica e fática.

Verifica-se, portanto, que não é necessária, por parte da Administração Pública, a mera afirmação de que desconhece outro particular que tenha condições de fornecer aquilo que se pretende contratar. É inequívoca, pois, a necessidade de que a singularidade do futuro contratante seja comprovada nos autos do processo administrativo por documentos idôneos, hábeis a tal comprovação.

Como visto, ***não se trata meramente de uma questão jurídica, mas de uma questão fática***, que vai além do cumprimento de uma formalidade, com a apresentação de uma certidão ou documentação similar por parte da empresa

interessada na contratação. **É dever, portanto, da Administração diligenciar acerca de informações fáticas referentes ao mercado daquele objeto**, a fim de que obtenha uma comprovação da situação real que, em última instância, inviabiliza a existência de competição.<sup>16</sup> (grifou-se)

O próprio Tribunal Contas da União recomenda que se comprove a inviabilidade de competição por meio de prova técnica, com ampla pesquisa de mercado. Nesse sentido:

Acordam os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão da 1ª Câmara, ante as razões expostas pelo relator, em:

(...).

9.2.5 – presente, 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.<sup>17</sup>

A verificação de atestados de exclusividade, realização de pesquisa de mercado, averiguação de autenticidade das declarações, dentre outros procedimentos, deve ser realizado pela Secretaria, e não pelo parecerista.

Todos esses requisitos deságuam no cerne da questão: contratação de empresa por inexigibilidade, sem a realização de ampla concorrência. Todavia, a análise da conveniência e oportunidade da contratação — mérito administrativo — foge aos conhecimentos jurídicos insculpidos nesse *legal opinion*. Como já dito, não cabe ao advogado público, ao exarar parecer, proferir opiniões distraídas do que a expertise jurídica lhe permite profligar.

É que “o advogado público, quando chamado a dar uma consulta jurídica nos autos de um processo administrativo, opina”.<sup>18</sup> Ele simplesmente opina. Logo, o agente público que terá que decidir o caso submetido à consulta do advogado é que emitirá o ato administrativo de cunho decisório.

Ainda que não seja competência desse parecerista averiguar a exclusividade da empresa a ser adjudicada, como também se esta cumpre com os requisitos de habilitação e se atende os preços de mercado, verifica-se, nos autos, que nem todos os requisitos foram preenchidos.

A título de ilustração, a Justificativa para inexigibilidade não foi sequer assinada pelo presidente da Comissão Permanente de Licitação e nem pelo Secretário de Saúde.

Mesmo assim, caso se entenda pela contratação da empresa Bionexo do Brasil Ltda., o que — volta-se a repetir — somente poderá ser decidido pelo próprio gestor, e não por esse parecerista, alguns requisitos devem ser tomados, os quais se encontram insertos no art. 26 da Lei nº

8.666/93, a ver:

a) O ato deverá ser comunicado, dentro de 03 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 05 (cinco) dias, como condição para eficácia dos autos. "O ataque autoriza a contratação direta e estabelece as condições de sua formalização deve ser levado à publicação".<sup>19</sup>

b) O processo deve ser instruído com a razão da escolha do fornecedor ou executante e com a justificativa de preço. "A validade da contratação depende da verificação da razoabilidade do preço a ser desembolsado pela Administração Pública".<sup>20</sup>

Por fim, deve-se atentar para as exigências elencadas no art. 55 da Lei nº 8.666/93, é dizer, as cláusulas necessárias em todo e qualquer contrato.

### **3 Conclusões e demais considerações**

À guisa de considerações derradeiras, ciente de que foram respondidos os quesitos previamente formulados, é crível, unicamente, salientar que, caso tenham sido atendidos todos os requisitos comprovantes da exclusividade na prestação dos serviços, bem como realizada pesquisa de mercado, faz-se possível a contratação por inexigibilidade.

Por oportuno, deve restar bem claro que a escolha da empresa e a verificação dos requisitos comprovantes da inexigibilidade devem, necessariamente, ser aferidos, pela Consulente, restando ao gestor a conveniência de realizar a contratação.

Com escusas de haver excedido o limite meramente técnico que a consulta formulava e, adentrando, um pouco, na seara administrativa, *é o que nos parece*.

Remeto às considerações superiores.

Macapá, 18 de maio de 2011.

---

<sup>1</sup> Ofício nº 1.276/2011 – SESA.

<sup>2</sup> Parecer Jurídico nº 0259/2011 – ASSEJUR/SESA.

<sup>3</sup> Memo. nº 29/2010-CPL/SESA.

<sup>4</sup> ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 557.

<sup>5</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo:



Malheiros, 2004. p. 73.

<sup>6</sup> PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. *Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 31.

<sup>7</sup> ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 531.

<sup>8</sup> Há casos, também, em que o ordenamento, mesmo diante da possibilidade de se realizar a licitação, faculta à Administração a possibilidade de não a realizar, obviamente, somente em casos previstos em lei. Ainda que se trate de tema da mais relevada importância (dispensa de licitação), não se revela pertinente a sua discussão para tal caso, uma vez que a consulta se refere, exclusivamente, à inexigibilidade.

<sup>9</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm)>. Acesso em: 19 maio 2011.

<sup>10</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 342.

<sup>11</sup> A propósito do tema, ver parecer dessa Procuradoria, da lavra do procurador que a este subscreve, emitido após consulta formulada pela Secretaria de Estado da Saúde (SOUSA, Guilherme Carvalho. Sistema de Registro de Preços para aquisição de medicamentos básicos da assistência farmacêutica CAF-I para rede saúde pública do Amapá. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 10, n. 110, p. 65-69, fev. 2011).

<sup>12</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Licitação: inexigibilidade e dispensa: objeto singular: serviços técnicos especializados: notória especialização: enriquecimento sem causa: boa-fé: consequências de atos nulos ou anuláveis. *Boletim de Licitações e Contratos – BLC*, ano XI, n. 4, p. 183-198, p. 185, abr. 98.

<sup>13</sup> E se fala em comprovação pela Secretaria, uma vez que há informação de que a empresa Bionexo do Brasil Ltda. é a única empresa que atende a todas as especificações de acordo com o Termo de Referência anexado ao processo (fls. 59 e 61).

<sup>14</sup> Tomada de Contas nº 004.193/01-1. *DOU*, 21 nov. 2003. Licitação: produtos de informática: especificação da marca: princípio da padronização: possibilidade: necessidade de motivação. *Boletim de Licitações e Contratos – BLC*, ano XVII, n. 2, p. 124-130, fev. 98.

<sup>15</sup> TCU. Processo nº. 005.561/2002-2. Acórdão nº. 2.960/2003 – 1ª Câmara.

<sup>16</sup> MUKAI, Toshio. Inexigibilidade de licitação para aquisição de produtos de produtor único exige a demonstração dessa condição. A hipótese, comprovada por atestados e declarações, é *iuris tantum*, admitindo prova em contrário. *Boletim de Licitações e Contratos – BLC*, ano XXII, n. 5, p. 463-470, p. 468, maio 2009.

<sup>17</sup> Acórdão nº 2960/2003 – Primeira Câmara, *DOU*, 3 dez. 03.

[18](#) NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. O advogado parecerista e a lei de improbidade administrativa. *Revista Zênite de Direito Administrativo e LRF*, ano VII, n. 76, p. 346-351, nov. 2007/2008.

[19](#) JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 372.

[20](#) JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 370.

---

### **Como citar este artigo na versão digital:**

Conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

SOUSA, Guilherme Carvalho e. Aquisição de ferramenta específica em Termo de Referência próprio, denominada "Plataforma eletrônica para compra de equipamentos, insumos e suprimentos". *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 10, n. 115, jul. 2011. Parecer. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=73971>>. Acesso em: 10 setembro 2012.

---

### **Como citar este artigo na versão impressa:**

Conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico impresso deve ser citado da seguinte forma:

SOUSA, Guilherme Carvalho e. Aquisição de ferramenta específica em Termo de Referência próprio, denominada "Plataforma eletrônica para compra de equipamentos, insumos e suprimentos". *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 10, n. 115, p. 56-60, jul. 2011. Parecer.

---