



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À UNIVERSIDADE FEDERAL DE CIÊNCIAS DA SAÚDE DE PORTO
ALEGRE/RS

PARECER n. 00117/2022/PFUFCSA/PGE/AGU

NUP: 23103.018819/2022-94

INTERESSADOS: UFCSPA

ASSUNTOS: CONTRATAÇÃO DIRETA. INEXIGIBILIDADE.

DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTRATAÇÃO DIRETA.
INEXIGIBILIDADE. ASSINATURA ANUAL DE ACESSO E USO DA BASE DE DADOS DE
LIVROS ELETRÔNICOS. MGH ACCESSPHARMACY.

I. Inexigibilidade de licitação. Exclusividade. Enquadramento legal no caput do art. 25 da Lei nº 8.666/93.

II. Aprovação condicionada à observância prévia das recomendações exaradas no parecer.

1. RELATÓRIO

1. Vem ao exame desta Procuradoria Federal o procedimento administrativo acima epigraado, contendo requerimento de análise da viabilidade jurídica de inexigibilidade da licitação para a contratação de assinatura anual de acesso e uso da base de dados de livros eletrônicos *Coleção MGH AccessPharmacy*, em língua inglesa, da área de Farmácia e afins, com acesso simultâneo e ilimitado, de forma local e remota, para atender as necessidades da Universidade Federal de Ciências da Saúde de Porto Alegre.

2. Dos autos eletrônicos, ao que interessa a esta manifestação, constam os seguintes documentos:

- Documento de Formalização da Demanda- Doc. SEi! 1467697;
- Orçamento - Doc. SEi! 1467742;
- Justificativa do preço e razão da escolha do fornecedor- Doc. SEi! 1467744;
- Declaração de Exclusividade- Docs. SEi! 1467780 e 1468103;
- Orçamentos de terceiros - Doc. SEi! 1467804 e 1467805;
- Análise e deliberação da PROPLAN- Doc. SEi! 1468268;
- Ordenação de despesa- Doc. SEi! 1468585;
- Portaria de nomeação da Equipe de Planejamento- Doc. SEi! 1470155;
- Estudos Preliminares- Doc. SEi!1473462;
- Mapa de Riscos- Doc. SEi!1473540;
- Termos de Referência- Docs. SEi! 1475269 e 1479523;

Documentos de Licença de subscrição

- Análise e Orientação de Termo de Referência- Doc. SEi!1479258;
- Classificação Contábil e disponibilidade orçamentária- Docs. SEi!1480379 e 1480400;
- Certidões de regularidade fiscal, trabalhista e de idoneidade - Docs. SEi! 1482572 e 1482575;
- Nota Técnica- Doc. SEi!1482577;
- Check List AGU- Doc. SEi!1483329;
- Despacho do DCC- Doc. SEi!1483351;
- Aprovação da despesa, Projeto Básico e do Termo de Referência- Doc. SEi!1483510;
- Portaria de Delegação de Competência- Doc. SEi!1483520; e

• Despacho de encaminhamento à Procuradoria Federal junto à UFCSPA- Doc. SEi!1483522.

3. É o suficiente relatório.

2. ANÁLISE JURÍDICA

2.1 Da Inexigibilidade de Licitação

4. Acerca da eventual possibilidade de inexigibilidade de licitação, verifiquemos, preliminarmente, que a atividade administrativa deve pautar-se, sempre, pelo respeito de determinados princípios que irão nortear suas relações com terceiros, especificamente aquelas que traduzem um determinado ajuste de interesse do Estado e também do interesse do particular.

5. A exigência desse procedimento formal encontra-se normatizado no artigo 37 da Constituição Federal que estabelece o quanto segue:

“ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

6. Com exceção à regra geral de realização de licitação pelo ente público tem-se os casos de dispensa e de inexigibilidade elencados nos artigos 17, 24 e 25, da Lei 8.666/93.

7. O artigo 17 engloba os casos de "*licitação dispensada*", que são aquelas hipóteses relacionadas à alienação de bens móveis ou imóveis pela Administração Pública.

8. O artigo 24 trata dos casos de dispensa de licitação, sendo esta verificada em situações em que, embora viável a competição entre os particulares, a licitação afigura-se objetivamente incompatível com os valores norteadores da atividade administrativa.

9. O artigo 25 trata dos casos de inexigibilidade de licitação, que, conforme o mesmo doutrinador, ocorre quando a licitação não é instaurada por inviabilidade de competição, sendo, em suma, uma imposição da realidade extranormativa, tendo, como decorrência, que as causas de inexigibilidade contidas na lei têm cunho meramente exemplificativo.

10. Como se depreende do texto legal, a inexigibilidade de licitação deriva da inviabilidade de competição para o fornecimento dos bens ou serviços demandados pela Administração:

“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. (...)

11. Verifica-se que o legislador elencou, em rol não taxativo, algumas das hipóteses de inexigibilidade de licitação. No entanto, deve-se ressaltar que o *caput* do art. 25 apresenta função normativa autônoma, de modo que uma contratação direta poderá nele se fundar de forma exclusiva. Não se impõe que a hipótese seja enquadrada em um dos incisos do referido art. 25, que possuem natureza exemplificativa.

12. Assim, **sempre que se tratar de serviço demandado pela Administração desenvolvido de forma exclusiva por uma determinada pessoa jurídica, ter-se-á seu enquadramento no *caput* do art. 25**, considerando que o inciso I cuida de hipóteses de aquisição de bens, e não de serviços. Nesse sentido, vale citar como referência o entendimento da Advocacia-Geral da União consolidado na Orientação Normativa nº 15/2009, *verbis*:

“A contratação direta com fundamento na inexigibilidade prevista no art. 25, inc. I, da Lei nº 8.666, de 1993, é restrita aos casos de compras, não podendo abranger serviços”.

13. Com efeito, tendo como fundamento o artigo 25 para a inexigibilidade, necessário comprovar a situação de fornecedor exclusivo. Para tanto, recomenda-se que a autoridade se valha do rol de opções apresentadas no mencionado inciso I, a saber: atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio local, ou pelo sindicato, federação, confederação patronal ou ainda pelas entidades equivalentes.

14. Nessa seara, em observância ao dispositivo legal em comento, **foi juntada aos autos documentação tendente a comprovar a exclusividade da empresa indicada na prestação do serviço que se pretende contratar (SEi! 1467780 e 1468103)**. Necessário, no tópico, atentar para as disposições contidas na Orientação Normativa da AGU n. 16/2009:

“Compete à Administração averiguar a veracidade do atestado de exclusividade apresentado nos termos do art. 25, inc. I, da Lei n. 8.666/93”.

15. De outro lado, cumpre destacar que, além da exclusividade do fornecedor para a caracterização da contratação com fulcro no art. 25 da Lei nº 8.666/93, é necessário também comprovar que o objeto almejado pela Administração é singular no sentido de que somente ele, com todas as suas características, pode atender ao interesse público envolvido.

16. Assim, o fato de haver um único fornecedor de certo produto não significa que não existam produtos similares no mercado, produzidos por outras empresas, que possam atender à necessidade da Administração.

17. Desse modo, é importante registrar que a caracterização da inexigibilidade não se configura apenas com o destaque de que há exclusividade do fornecedor de um bem ou serviço, **sendo necessária a demonstração também da exclusividade das características do produto ou serviço demandado, de forma que somente aquele, com todas suas especificidades, poderá satisfazer o interesse público**.

18. Em conformidade com o parágrafo único do artigo 26 da Lei 8.666/93, a instrução do processo referente à inexigibilidade de licitação deve englobar, entre outros, a razão de escolha do fornecedor e a justificativa do preço contratado:

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

I - (...)

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III – justificativa do preço.”

19. No que respeita à **escolha do fornecedor, a Coordenação da Biblioteca assim se manifestou** (SEi! 1467744):

“Para efeito de justificar a escolha pela contratação da Empresa Dot Lib Information LLC por Inexigibilidade de Licitação (artigo 25, inciso I da Lei nº 8.666/93), informamos que a futura contratada é a única autorizada a comercializar a base de dados de livros eletrônicos Coleção MGH AccessPharmacy da Editora McGraw-Hill dentro do território brasileiro, justificando-se a escolha deste fornecedor, dada a inviabilidade de competição e por contemplar em suas coleções, bibliografias na área da farmácia e afins recomendadas como bibliografias básicas e complementares para desenvolvimento das atividades curriculares dos cursos oferecidos pela UFCSPA.”. (grifei)

20. Sobre a justificativa do preço, esta decorre dos princípios da motivação, da economicidade e da razoabilidade, sendo dever da Administração demonstrar que o valor contratado é compatível com o interesse público, à luz da razoabilidade e levando em consideração a prática do mercado.

21. Cumpre destacar o disposto na Orientação Normativa AGU nº 17/2009, cuja redação atual segue adiante transcrita:

“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.”

22. Sob essa ótica, registre-se que o entendimento da Advocacia-Geral da União, por meio da supracitada Orientação Normativa nº 17, converge com os dois parâmetros destacados pela Lei 8.666/1993 no tópico em questão: o dever da Administração Pública de buscar as condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado, bem como o dever de balizar-se pelos preços praticados em outros órgãos públicos.

23. No caso em comento, **observa-se que a Administração acostou documentação atinente ao preço de outras contratações realizadas pela empresa (SEI! 1467804 e 1467805), bem como declarou que o valor praticado é compatível com o mercado (SEI! 1467744).**

2.2 Do Projeto Básico e sua aprovação

24. No que tange às formalidades legais da instrução processual, registra-se que o art. 6º, IX c/c o art. 7º, I, § 9º, e art. 12, todos da Lei 8.666/93, determinam que as obras e serviços somente poderão ser licitados quando houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para o exame dos interessados em participar do certame, o que é aplicável também em casos de dispensa e inexigibilidade do procedimento licitatório, nos termos do § 9º do citado art. 7º.

25. Os arts. 28 a 30 da IN-SEGES/MPDG nº 05/2017, por sua vez, fixa o seu conteúdo mínimo, arrolando os principais elementos a serem previstos, o que poderá constar de um documento mais simples, se as características e o valor da contratação assim recomendarem

26. No caso dos autos, o termo de referência foi anexado, em sua última versão, no doc. SEI! 1479523, tendo sido aprovado pela Autoridade Administrativa (SEI! 1483510).

27. Aponta-se, ainda, a elaboração dos estudos preliminares e do mapa de riscos específico para a contratação em comento (SEI! 1473462 e 1473540).

2.3 Da previsão de recursos orçamentários

28. Relativamente à disponibilidade orçamentária, é sabido que toda aquisição só pode ser realizada se houver previsão orçamentária própria para a realização da despesa correspondente. Verifica-se que há nos autos despacho do setor competente atestando a sua existência (SEI! 1480400).

2.4 Da regularidade fiscal, trabalhista e de idoneidade

29. Em relação à regularidade fiscal, trabalhista e de idoneidade, constata-se a existência de certidão do SICAF (SEI! 1482572) e Consulta Consolidada de Pessoa Jurídica do Tribunal de Contas da União (SEI! 1482575).

2.5 Da minuta contratual

30. No que tange à minuta contratual, é possível identificar a deliberação constante do item "20" do Termo de Referência (SEI! 1479523), no sentido da dispensa de formalização de termo específico, na forma do disposto no artigo 62 da Lei Federal 8.666/93, sendo o mesmo substituído pela Nota de Empenho de despesa e pelo próprio Termo de Referência.

3. CONCLUSÃO

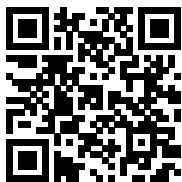
31. Pelo exposto, **a Advocacia-Geral da União, por intermédio da Procuradoria Federal junto à UFCSPA (art. 131 da Constituição Federal, art. 11, IV, "b" da Lei Complementar n. 73/93 e art. 38, parágrafo único, da Lei n. 8.666/93), opina pela viabilidade jurídica da inexigibilidade de licitação em apreço**, na forma da fundamentação desta manifestação jurídica.

Porto Alegre, 20 de outubro de 2022.

Alexandre Brentano
Procurador Federal

Procurador-Chefe da PF-UFCSPA

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 23103018819202294 e da chave de acesso f9877340



Documento assinado eletronicamente por ALEXANDRE BRENTANO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1014122552 e chave de acesso f9877340 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): ALEXANDRE BRENTANO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 20-10-2022 15:52. Número de Série: 77218269410488336199396275606. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.
