

Parecer n. : 241/2017-PRCON/PGDF
Processo n. : 054.001.111/2016
Interessada : Polícia Militar do Distrito Federal
Assunto : Contratação de empresa para manutenção preventiva e corretiva de 30 (trinta) controladores de velocidade do tipo Estático Portátil - RADAR.

LICITAÇÃO. INEXIGIBILIDADE (ART. 25, I, LEI N. 8.666/93). SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO PREVENTIVA E CORRETIVA COM REPOSIÇÃO DE PEÇAS. CONTROLADORES DE VELOCIDADE DO TIPO ESTÁTICO PORTÁTIL - RADAR. REPRESENTANTE EXCLUSIVO. JUSTIFICATIVA TÉCNICA E PREÇO.SEGRAÇÃO DE FUNÇÕES. DECRETO N. 37.667/2016.

I - A Súmula 255/TCU estabelece que *"nas contratações em que o objeto só possa ser fornecido por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, o agente público, responsável pela contratação, a adoção das providências necessárias para confirmar a veracidade da documentação comprobatória da condição de exclusividade"*.

II - A justificativa técnica exigida para fins de contratação por inexigibilidade discorre sobre aspectos técnicos sobre os quais nenhum operador do direito possui competência para afirmar ou infirmar, mas tão-somente os técnicos responsáveis, dado as competências legais e técnicas e o princípio da segregação de funções.

III - A contratação de bens e serviços de tecnologia da informação no âmbito da Administração Direta e Indireta do Distrito Federal reger-se-á, no que couber, pelo disposto no Decreto Federal n. 7.174, de 12 de maio de 2010, na Instrução Normativa MP/SLTI n. 04, de 11 de setembro de 2014, e na Instrução Normativa MP/SLTI n. 02, de 12 de janeiro de 2015, ambas da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. (art. 1º do Decreto n. 37.667/2016).

IV - Manifestação no sentido da inviabilidade jurídica de contratação, no momento, em razão de não atendimento do disposto no Decreto n. 37.677/2016.

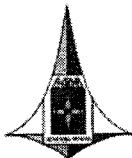
Senhora Procuradora-Chefe da Procuradoria Especial da Atividade Consultiva,

I - RELATÓRIO

Trata-se de processo administrativo instaurado com o fim de promover a contratação de empresa especializada para a prestação de serviço de manutenção preventiva e corretiva, com fornecimento e substituição de peças, em

Folha nº: 97 - Mat. 39.754-7
Processo: 054001111/2016
Rubrica 22

1
2



30 (trinta) radares (controlador de velocidade do tipo estático portátil), da marca Laser Technology Inc, pertencentes à Polícia Militar do Distrito Federal, conforme especificações em projeto básico de fls. 05/28.

A contratação está estimada em R\$ 79.933,25 (setenta e nove mil, novecentos e trinta e três reais e vinte e cinco centavos) e será custeada com recursos provenientes de convênio firmado entre a PMDF e o Departamento de Estradas e Rodagem – DER (item 21.1 do Projeto Básico, fl. 26).

O projeto básico prevê a vigência contratual será de 12 meses, prorrogáveis por até 60 meses (item 15.1 do Projeto Básico, fls. 24/25).

É o relatório.

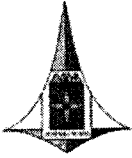
II – FUNDAMENTAÇÃO

Cinge-se a análise à conformidade jurídico-formal deste procedimento administrativo à Lei n. 8.666/93, excluídos os aspectos técnicos relacionados à adequação do objeto pretendido à necessidade da administração, da real configuração da condição de fornecedor exclusivo e da efetiva razoabilidade do preço proposto para a aquisição. De igual modo que o exame da conveniência e da oportunidade da contratação não são objeto do presente parecer, uma vez que são de responsabilidade exclusiva do gestor.

Decreto distrital n. 37.667, de 29 de setembro de 2016. Contratação de bens e serviços de TI no âmbito do Distrito Federal.

A Diretoria de Telemática em seu parecer técnico entendeu que o objeto do contrato encontra-se sob a regência das normas que regulam a contratação de bens e serviços de TI no âmbito do Distrito Federal. Especialmente

Folha nº: 98 - Mat. 39.754-7
Processo: 054001111/2016
Rubrica [assinatura]



a IN n. 04/2010-MP/SLTI, aplicada no âmbito local por força do Decreto n. 37.667/2016 (fls. 03/04).

Asseverou, entretanto, que caso o valor da contratação não alcance o montante de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), o órgão consulente estaria dispensado do cumprimento das regras fixadas nesses normativos.

Decerto é o que preconiza literalmente o § 1º do art. 1º da IN n. 04/2010¹ -MP/SLTI.

Contudo, o projeto básico não incluiu nos custos as despesas de transporte, uma vez que os serviços serão realizados em Araçoiaba da Serra, São Paulo (item 5.1.2, fls. 17/18). Ao se somar esses custos aos serviços, provavelmente, o valor final do contrato anual extrapolará o referido limite previsto no inciso II, alínea "a", do art. 23 da Lei de Licitações.

Ademais, não obstante a contratação inicial se dar por 12 meses, há previsão de prorrogação por até 60 meses (item 15.1, fls. 24/25).

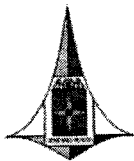
Por conseguinte, o valor estimado para contratação, ao final, excederá o previsto no art. 23 da Lei n. 8.666/93².

Isso porque, de acordo com detalhadas informações da instrução, o serviço a ser contratado é de natureza contínua.

¹ "§ 1º Esta IN não se aplica:

I - às contratações cuja estimativa de preços seja inferior ao disposto no art. 23, inciso II, alínea "a" da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993;"

² Semelhante raciocínio foi aplicado em relação à interpretação sobre obrigatoriedade de audiência pública em licitações de serviços/fornecimento contínuo, que apesar de não excederem anualmente o valor previsto no art. 39 da Lei n. 8.666/93, ultrapassariam esse montante ao final de 60 meses. A prorrogação contratual nesses casos é relacionada à própria natureza do serviço/fornecimento.



Inclusive a verificação dos equipamentos de aferição velocidade, pelo INMETRO ou entidade delegada, é requisito previsto em norma do CONTRAN, a qual dispõe:

Art. 3º O medidor de velocidade de veículos deve observar os seguintes requisitos:

(...)

III - ser verificado pelo INMETRO ou entidade por ele delegada, obrigatoriamente com periodicidade máxima de 12 (doze) meses e, eventualmente, conforme determina a legislação metrológica em vigência.
(Resolução n. 396/2013)

Dessarte, é necessária a observância dos requisitos previstos na Instrução Normativa n. 04/2010-MP/SLTI e na Instrução Normativa n. 02/2015 MP/SLTI, por força do Decreto Distrital n. 37.667/2016.

Dentre as regras que regem as contratações de TI, destaca-se as etapas elencados na fase de planejamento:

Art. 9º A fase de Planejamento da Contratação consiste nas seguintes etapas:

I - Instituição da Equipe de Planejamento da Contratação;

II - Estudo Técnico Preliminar da Contratação;

III - Análise de Riscos; e

IV - Termo de Referência ou Projeto Básico.

§ 1º Os documentos resultantes das etapas elencadas nos incisos II e III deste artigo poderão ser consolidados em um único documento, a critério da Equipe de Planejamento da Contratação.

§ 2º Exceto no caso em que o órgão ou entidade seja partícipe da licitação, quando são dispensáveis as etapas III e IV do caput deste artigo, é obrigatória a execução de todas as etapas da fase de

Folha nº: 100 - Mat. 39.754-7

Processo: 059001 111/2016

Rubrica [assinatura]



Planejamento da Contratação, independentemente do tipo de contratação, inclusive nos casos de:

I - inexigibilidade;

(...)

Todas as etapas do planejamento deverão atender ao disposto na mencionada norma (arts. 10 e segs.), cabendo ao órgão consulente se certificar do cumprimento dos requisitos individualmente previstos nos artigos 11 a 17 da referida Instrução Normativa n. 4/2010-MP/SLTI.

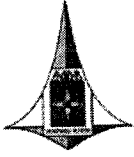
Ainda na etapa de planejamento, deve ser demonstrado o cumprimento do disposto nos arts. 3º e 4º da IN 04/2010-MP/SLTI³.

Posteriormente, se firmado o contrato, o órgão consulente deverá observar as demais prescrições previstas nas normas que tratam da contratação de TI pela Administração Pública (execução do contrato, v.g.).

Em face desses pontos levantados, entende-se que a instrução deverá ser aprimorada de modo a atender o preconizado no Decreto distrital n. 37.667/2016.

Ainda que este processo administrativo não esteja maduro para se firmar, no momento, o contrato em tela, à luz do princípio da eficiência, prossegue-se na análise dos demais elementos jurídicos.

³ Sobre o ponto: "A Estratégia Geral de Tecnologia da Informação - EGTI no âmbito do Distrito Federal foi aprovada pelo Decreto n. 33.528/2012 e se presume (não cabendo ao órgão jurídico avaliar esse quesito) que tenha servido de subsídio à elaboração do PDTI do órgão, sobre o qual não há informação nos autos, devendo ser providenciado para se cumprir o disposto nos arts. 3º e 4º da IN 04/2010" (Parecer n. 868/2016-PRCON/PGDF).



Contratação Direta. Inexigibilidade.

Especificamente sobre o ajuste pretendido, verifica-se sob o enfoque do art. 37, XXI da Constituição Federal, que a contratação direta só se legitimaria diante das hipóteses de licitação dispensável ou de inexigibilidade, respectivamente previstas no art. 24 e 25 da Lei n. 8.666/93.

O art. 25 da Lei n. 8.666/93 estabelece que é inexigível a licitação quando for inviável a competição. *“Assim, mesmo quando se caracterizar um dos casos tratados nos incisos, se for viável a competição, a licitação é exigível, porque não foi preenchido o requisito fundamental descrito no caput do art. 25.”*⁴

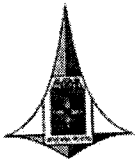
No caso de contratação direta com fulcro no inciso I do art. 25 da Lei de Licitações cumpre-se analisar, preliminarmente, se há singularidade no objeto a ser adquirido, ou seja, se somente o objeto da marca em questão atende ao interesse público, uma vez que é **expressamente vedada a preferência por marca.**

Nesse sentido, apontando a melhor exegese da norma, colhe-se trecho do voto proferido pelo Exmo. Min. Mauro Campbell Marques no RMS n. 37.688/MG⁵:

“Deflui do inciso I do referido dispositivo a necessidade de implementação das seguintes condições para que o fornecimento de equipamento ou produtos prescindia de licitação: (i) o produto estar tutelado por exclusividade, atestada por órgão ou entidades competentes para tanto, o que impede que o Estado adquira produto similar; (ii) quando inviável a competição pela ausência de outro licitante capaz de produzir objeto equivalente, que atenta às

⁴ FERNANDES. Jorge Ulisses Jacoby. “Contratação Direta sem Licitação”. Editora Brasília Jurídica. Pág. 406.

⁵ Recurso em Mandado de Segurança n. 37.688/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 06/08/2012.



necessidades da Administração; e (iii) o produto, ainda que seja tutelado por patente, não possa ser fornecido por terceiros.

(...)

Assim, o que torna inexigível a licitação, segundo a dicção do inciso I do artigo 25 em referência, não é o simples fato de o fornecedor deter a patente de seu produto, mas o fato desse produto deter certas características peculiares, não encontradas nos produtos que lhe são concorrentes, e, ainda, que tais características sejam decisivas para contemplar o interesse público.

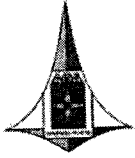
Na hipótese dos autos, o motivo explicitado pelo recorrente para contornar a exigência legal da realização do certame público, na verdade, não restou devidamente comprovado. Ao contrário da ponderações levantadas em suas razões recursais, a documentação juntada aos autos, notadamente o registro feito no Instituto Nacional da Propriedade Industrial, do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, não evidencia prontamente a exclusividade para qualquer tipo de "capa para tampa de caixa d'água" - objeto da licitação, mas apenas demonstra que o recorrente detém a patente de um modelo de utilidade, e não de uma invenção, não havendo exclusividade para o produto licitado, mas apenas sobre os melhoramentos promovidos em produto já existente."

No presente caso a justificativa apresentada indica que (fls. 55/59):

"(...) a razão da escolha da Empresa LT Comercial LTDA para fazer a manutenção preventiva e corretiva dos radares da Polícia Militar do Distrito Federal, está no fato de ela ser a detentora da Carta de Exclusividade emitida pela empresa Laser Technology Inc., datada de 05 de abril de 2010, em inglês, tendo sido traduzida por tradutor juramentado, que atribui à empresa LT Comercial LTDA, exclusividade para comercializar e a manter os produtos descritos no objeto do presente processo e Cópia da Declaração de Exclusividade emitida pela Associação Comercial e Empresarial de Cotia, possuindo exclusividade em todo o Território Nacional para dar garantias e instalações, assistência técnica, manutenção preventiva e corretiva para os equipamentos ofertados pela empresa Laser Technology, com validade até 07 de junho de 2017."

Infere-se da instrução processual que a singularidade do serviço (e da aquisição de peças) estaria relacionada à marca dos aparelhos adquiridos por meio do Edital de Pregão Eletrônico n. 09/2012.

Folha nº: 102 - Mat. 39.754-7
Processo: 059003 511/2016
Rubrica [assinatura]



Entretanto, nos trechos em que se aborda a singularidade do objeto, não há informações técnicas sobre a ausência de serviço similar/equivalente que possa atender a necessidade administrativa, consoante orienta o Tribunal de Contas da União⁶⁷.

Prosseguindo. O inciso I do art. 25 da Lei n. 8.666/93 determina que a prova da exclusividade não poderá ser somente alegada pelo particular (fabricante/fornecedor/prestador de serviço) ou pela autoridade competente.

Esse dispositivo legal encerra comandos formalísticos e de conteúdo, impondo ao gestor que a situação de exclusividade seja apontada por alguma entidade idônea⁸, bem como seja averiguada a “*veracidade da documentação comprobatória da condição de exclusividade*” (Súmula 255 do Tribunal de Contas da União).

⁶ Prestação de Contas. Contas regulares e regulares com ressalva. Determinações.
1.10. determinar à Casa da Moeda do Brasil - CMB/MF que, doravante:

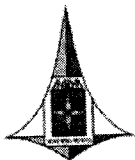
[...]

1.10.2. nas aquisições de materiais com fornecedor exclusivo - vedada a preferência de marca - comprove nos autos que o material, equipamento ou gênero somente pode ser fornecido por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, e **também que inexistem produtos similares capazes de atender às necessidades do serviço**, devendo ambas as assertivas estar devidamente comprovadas nos autos, mediante atestado de exclusividade emitido pelos órgãos competentes, em obediência ao inciso I do art. 25 da Lei nº 8.666/93 e ao Acórdão nº 822/2005 e 723/2005 - TCU - Plenário

(AC-3645-35/08-2 - Relator: Ministro Ubiratan Aguiar)

⁷ Na cota de aprovação ao Parecer n. 888/2016 - PRCON/PGDF, em que também a PCDF pretendia contratar, por inexigibilidade de licitação, a empresa CBC, também se apontou, como deficiência instrutória, a ausência de comprovação da existência de um único produto apto a satisfazer a necessidade administrativa da PCDF.

⁸ “Portanto, caracteristicamente, um **atestado** nada mais é do que uma afirmação do agente, um juízo de valor do declarante, baseado em fato de seu conhecimento. Tem menor grau de certeza e exatidão do que a **certidão** porquanto esta última é o retrato do que de fato existe já formalizado em registro público. O **atestado** não demonstra uma coisa tangível, existente, expressando não mais do que uma opinião ou uma narrativa sob a ótica do declarante”.
Chaves, Luiz Claudio de Azevedo. A contratação por inexigibilidade de licitação com fornecedor ou prestador de serviço exclusivo. Breve análise do art. 25, I da Lei 8.666/93. Revista do TCU, setembro-dezembro de 2015.



Em cumprimento a essa norma, foi juntada declaração de exclusividade expedida pela Associação Comercial e Empresarial de Cotia às fls. 30 (expedida em 07 de dezembro de 2016 e válida por seis meses) e declaração da Laser Technology, emitida em 2010, informando que a LT Comercial Ltda. é representante e distribuidora exclusiva para o Brasil (fls. 31/36).

Contudo, é necessário observar a súmula 255 do TCU⁹. Sobre o tema colaciono trecho do Parecer n. 64/2017-PRCON/PGDF, *verbis*:

“Em termos práticos, isso quer dizer que competiria ao setor técnico da PCDF agregar documentos e/ou dados que confirmassem as declarações da ABIMDE, o que não foi feito. Em arremate, pois, o quadro que se vislumbra, no momento, é de não comprovação de situação de inexigibilidade de licitação.”

Com relação ao detalhamento de preços (art. 7º, § 2º, inciso II, Lei n. 8.666/93), o Parecer n.034/2017/ATJ/DLF informa que (fl. 92):

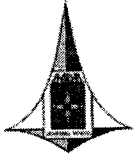
“(…) ao serem avaliados os preços constantes no processo em tela, verifica-se a informação constante no item 4 – Estimativa de Custos do Projeto Básico de que “a execução dos serviços de manutenção e substituição de peças e acessórios se dará com base nos valores unitários ofertados na proposta da contratada, tido como preço de mercado, visto a demonstração de exclusividade e compatibilidade com os preços ofertados a outros órgãos (fl. 17).”

Os anexos C e D do Projeto Básico apresentam orçamentos e notas de empenho dos serviços prestados à outros órgãos públicos (fls. 43 a 53).

Recomenda-se complementar a instrução com a elaboração de tabela que indique que todos os itens cotados para o contrato em tela estão de acordo com os valores praticados no mercado¹⁰¹¹.

⁹ Observa-se que foi juntada extrato de contrato de inexigibilidade.

¹⁰ “É necessário, então, que reste documentalmente comprovado nos autos que o preço pretendido pela empresa a ser contratada é compatível com o preço de mercado, constando dos autos ampla



Outrossim, tendo em vista que os serviços não serão realizados em Brasília, é indispensável demonstrar que os custos com o transporte dos equipamentos - mencionados no item 5.1 do Projeto Básico -, são compatíveis com os praticados no mercado. O detalhamento das despesas não apresenta quaisquer dados sobre os valores envolvidos no frete, apenas faz-se referência à tabelas de preço de fls. 70¹².

Além da demonstração da inviabilidade de competição, igualmente é necessária a adoção de procedimento administrativo regular, atendendo aos ditames da lei.

Nessa toada, nos termos do art. 26 da Lei n. 8.666/93 e da Lei de Responsabilidade Fiscal, a celebração do contrato exige a apresentação de documentos indispensáveis, a seguir:

- a) projeto básico aprovado pela autoridade competente (art. 7º, § 2º, inciso I, da Lei n. 8.666/93) – PRESENTE - fl. 28;
- b) comprovação da existência de recursos orçamentários para fazer frente à futura contratação (art. 7º, § 2º, inciso III, da Lei n. 8.666/93)- PRESENTE – fl.74;
- c) ato constitutivo em vigor da entidade a ser contratada (art. 28, inciso II, da Lei n. 8.666/93) – PRESENTE, fls. 39/42;

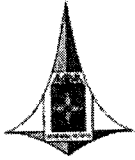
pesquisa de mercado na qual deverão ser indicadas as fontes de consulta e o nome e matrícula do servidor responsável pela pesquisa de mercado.”

(Precedente: Parecer n. 010/2011-PROCAD/PGDF)

¹¹ Decisão TCDF n. 938/2016

*“O Tribunal, por unanimidade, de acordo com o voto do Relator, decidiu:
(...) em face da ilegalidade constatada no feito em exame e tendo em conta o caráter pedagógico de atuação desta Corte de Contas, determinar aos órgãos e entidades integrantes do complexo administrativo do Distrito Federal que, doravante, incluam, nos processos referentes a contratações públicas fundamentadas no artigo 25 da Lei n. 8.666/1993, a devida justificativa de preços exigida no art. 26, parágrafo único, inciso III, do citado diploma legal, alertando-os de que o seu descumprimento poderá sujeitar os responsáveis às penalidades estipuladas pelo art. 57 da Lei Complementar n. 01/1994, obedecidos os princípios da ampla defesa e do contraditório;(…)”*

¹² Nesse documento há uma menção sobre o valor do transporte de alguns itens.



- d) justificativa da inexigibilidade de licitação (art. 26, parágrafo único, incisos II e III, Lei n. 8.666/93) - PRESENTE - fls. 54/61;
- e) ratificação pela Autoridade Superior da inexigibilidade da licitação e publicação na imprensa oficial - PENDENTE.

Ainda, a contratação da empresa interessada somente poderá ocorrer se a mesma estiver absolutamente em dia com suas obrigações fiscais, consoante se depreende do art. 29 da Lei de Licitações e o art. 195, § 3º da CF, que diz: *“a pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o poder público, nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios”*.

Dessa forma, a administração deverá verificar, no momento da contratação, se as certidões de regularidade perante a fazenda – federal e distrital – a seguridade social, a justiça trabalhista e o FGTS, acostadas aos autos, permanecem válidas.

Quanto à minuta contratual (fls. 77/80):

- (i) sugere-se a seguinte redação para a Cláusula Décima Quarta:

Cláusula Décima Quarta – Da Rescisão amigável

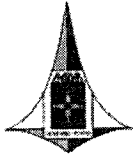
O Contrato poderá ser dissolvido de comum acordo, bastando, para tanto, manifestação escrita de uma das partes, com antecedência mínima de 60 (sessenta) dias, sem interrupção do curso normal da execução do Contrato. A rescisão amigável deve ser precedida de autorização escrita e fundamentada da autoridade competente, conforme disposto no § 1º do art. 79 da Lei n. 8.666/93 e sujeita-se expressamente ao disposto no art. 79, inciso II da Lei n. 8.666/93.

- (ii) sugere-se alterar o título da Cláusula Décima Quinta (Da rescisão amigável) para constar somente “Da rescisão”, bem como no item 15.1 fazer menção à inexigibilidade (ao invés de dispensa) e retirar a sub-cláusula 15.2.

Folha nº: 106 - Mat. 39.754-7

Processo: 059 021112/2016

Rubrica [assinatura]



III. CONCLUSÃO


Considerando que a instrução não atendeu ao disposto no Decreto distrital n. 37.667/2016, opina-se, s.m.j., pela inviabilidade, no momento, da contratação almejada por inexigibilidade de licitação (fornecedor exclusivo), nos termos do art. 25, I, da Lei n. 8.666/93.

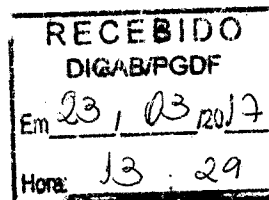
O presente processo administrativo deverá ser instruído, no que couber, com os elementos requeridos pelas normas que regem as contratações públicas envolvendo TI, especialmente o estabelecido na Instrução Normativa n. 04/2010-MP/SLTI e na Instrução Normativa n. 02/2015 MP/SLT, consoante preconiza o Decreto distrital n. n. 37.667/2016.

É o parecer *sub censura*.


A Vossa elevada consideração.

Brasília-DF, 22 de março de 2017.


TATIANA MUNIZ SILVA ALVES
Procuradora do Distrito Federal



39.754-7

Folha nº: 108 - Mat. 39.754-7
Processo: 054001111/2016
Rubrica 



GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
Gabinete da Procuradora-Geral
Procuradoria Especial da Atividade Consultiva



PROCESSO nº: 054.001.111/2016
INTERESSADO: Polícia Militar do Distrito Federal
ASSUNTO: Contratação de empresa

MATÉRIA: Administrativa

APROVO O PARECER Nº 0241/2017-PRCON/PGDF, exarado pelo ilustre Procurador Tatiana Muniz S. Alves.

Ressalto que a autoridade administrativa deverá zelar pela correta condução do processo administrativo submetido a exame, sendo de sua inteira responsabilidade a observância às normas legais de regência e às recomendações constantes do opinativo.

Em 11 / 05 /2017.

JANAÍNA CARLA DOS SANTOS MENDONÇA
Procuradora-Chefe
Procuradoria Especial da Atividade Consultiva

De acordo.

Restituam-se os autos à Polícia Militar do Distrito Federal, para conhecimento e adoção das providências pertinentes.

Em 12 / 05 /2017.

KARLA APARECIDA DE SOUZA MOTTA
Procuradora-Geral Adjunta para Assuntos do Consultivo

Folha nº: 109 - Mat. 29.754-7
Processo: 054.001.111/2016
Rubrica [assinatura]