



Folha nº: 67

Processo: 020000176/2017

Rubrica Selma - Mat. 43182-6

**GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL**

PGDF
PROCURADORIA-GERAL
DO DISTRITO FEDERAL

PARECER Nº: 465 /2017 - PRCON/PGDF
PROCESSO Nº: 020.000176/2017
INTERESSADO: Procuradoria-Geral do Distrito Federal
ASSUNTO: Contratação serviço – Assinatura de Base de Dados – Editora Fórum.

Parecer **APROVADO** pelo Exmo. Sr.
Procurador-Geral do DF, em 30/06/2017 e
pelo Exmo. Sr. Governador do DF, em
_____/_____/20____

EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONTRATAÇÃO DE ASSINATURA DE BASE DE DADOS. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. FORNECEDOR EXCLUSIVO. ART. 25, I, DA LEI 8.666/93.

- Ao afastar o procedimento da licitação, regra geral para contratações administrativas, o agente público há que demonstrar nos autos, cabalmente, a excepcionalidade do caso, cumprindo rigorosamente as exigências da Lei;
- Necessidade de complementação da instrução processual quanto à situação de inexigibilidade, condicionante da regularidade da contratação.

À Procuradora-Chefe da Procuradoria Especial da Atividade Consultiva,

I- Relatório

Trata-se de consulta sobre a possibilidade de a PGDF contratar diretamente, por inviabilidade de competição, a Editora Fórum Ltda. para a aquisição de doze periódicos eletrônicos que compõem uma parte da Biblioteca Digital Fórum de Direito.

Os autos foram instruídos com:

- Termo de Referência (última versão) - fls. 54-56;
- Proposta da pretensa contratada – fls. 57-61;
- Documentos fiscais da Editora Fórum Ltda. - fls. 17-22;
- Declaração de Exclusividade firmada pela Associação Comercial e Empresarial de Minas – ACMinas – fl. 62;

Folha nº: 68

Processo: 020.000176/2017

Rubrica Tebma - Mat. 431826

- Informação de que há disponibilidade orçamentária para cobrir a despesa prevista de R\$ 34.328,00 (trinta e quatro mil, trezentos e vinte e oito reais) – fl. 34;

- Justificativas quanto à escolha do fornecedor e quanto ao preço – fls. 41-42;

- Notas fiscais visando a comprovação da adequação do valor cobrado - fls. 43-51.

Assim formados, vêm os autos a esta especializada para análise e orientação jurídica quanto à viabilidade da contratação direta em espeque.

II- Fundamentação

Normalmente, os contratos públicos são formalizados após o desenvolvimento de todo um procedimento licitatório em que a Administração escolhe a proposta mais vantajosa dentre as várias apresentadas pelas pessoas interessadas no objeto em questão.

É que se trata a licitação de instrumento obrigatório a cargo do Poder Público para coligir, analisar e avaliar comparativamente ofertas, com a finalidade de, entre elas, verificar a que lhe é mais favorável.

Este o comando constitucional:

“art. 37, XXI – 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 as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

Tomando-se em consideração que Administração versa numerário público, imprescindível que dela se exija a observância de certos princípios básicos, quais sejam, os da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, proibidade administrativa e de outros princípios mais específicos, a saber, os da vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo, isonomia e da proposta mais vantajosa.

Folha nº: 69
Processo: 020.000.176/2017
Rubrica Telma - Mat. 43182-6

Não obstante, nos termos do inciso XXI do art. 37 da Constituição da República, a legislação infraconstitucional pode especificar situações que afastem a licitação, dando-a por dispensada, dispensável ou inexigível. Tais casos são excepcionais e, bem por isso, devem ser tratados com redobrada atenção e interpretados sempre restritivamente.

Nos autos em comento, a Administração expressamente se apoia na possibilidade de inexigibilidade de licitação, invocando o art. 25 da Lei 8.666/93.

Pois bem. O artigo 25 da Lei 8.666/93 estabelece que é **inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição**, por exemplo, quando existir apenas um único produto capaz de satisfazer o interesse público, não sendo possível à Administração fazer escolhas. Confira-se:

"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." - grifei

Importante ter em mente que a regra estatuída no *caput* do artigo 25, da inviabilidade de competição, é fundamental para todas as situações de inexigibilidade, de modo que não basta enquadrar-se o caso em um dos incisos ali listados; há, sempre, que inexistir concorrência.

Sobre o assunto, assim discorreu Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

"Todo estudo da inexigibilidade de licitação repousa numa premissa fundamental: a de que é inviável a competição, seja porque só um agente é capaz de realizá-la nos termos pretendidos, seja porque só existe um objeto que satisfaça o Interesse da Administração."¹

Já no que tange ao inciso I, para Jorge Ulisses, são os seguintes os requisitos necessários para que a contratação direta seja considerada legal:

- a) referentes ao objeto da contratação:
 - a.1. só pode ser referente a compras, não se permitindo para serviços ou obras;
 - a.2. não pode ser indicada marca do produto, em princípio;
- b) referentes ao contratado:
 - b.1. deve ser fornecedor exclusivo do produto;
 - b.2. a exclusividade, dependendo do vulto da aquisição, pode ser somente no local;
- c) referentes aos meios de comprovação:
 - c.1. a exclusividade deve ser comprovada por atestado ou certidão;
 - c.2. a certidão deve ser expedida por um dos seguintes órgãos:
 - junta comercial;
 - sindicato, federação ou confederação patronal;
 - entidade equivalente.

O inciso I, como se vê, traz exigências relacionadas ao objeto a ser contratado e à exclusividade da empresa fornecedora. Quanto ao objeto,

¹ - FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação Direta sem Licitação*. Ed. Brasília Jurídica, 5ª Edição, pág. 585.

a autorização legal deste inciso restringiu-se aos casos de compras, não abrangendo serviços e obras. No que se refere à vedação por indicação de marcas, vale esclarecer que, a tanto, equivale a especificação de produto com características exclusivas.

A melhor doutrina, analisando tal dispositivo legal, tem mitigado essa proibição, entrevendo hipóteses em que restaria sim regular a indicação de marca. Seria o caso de padronização ou, mesmo, quando a escolha por marca decorrer de uma análise técnica objetiva da Administração, voltada para a consecução do interesse público.

Justificando, então, a escolha pelo objeto em questão, assim discorreu a consulente (fl. 41):

"Para atender os interesses da Biblioteca e para continuidade dos serviços ofertados, opta-se pela contratação da assinatura de periódicos eletrônicos e base de dados que fazem parte da plataforma da Biblioteca Digital Fórum, publicação exclusiva da Editora Fórum.

A escolha baseia-se no fato de que tais publicações têm assuntos atinentes ao exercício das atividades típicas da Procuradoria Geral do Distrito Federal, enquanto órgão consultivo jurídico e representante judiciário. Trata-se de publicações especializadas, cujo conteúdo, sempre atualizado, encontra elevado conceito no mercado editorial, representando grande auxílio na pesquisa jurídica, a propiciar aos leitores embasamento teórico de qualidade e aperfeiçoamento profissional."

Parecem fartas as informações dos autos quanto à importância de se prover a Biblioteca da PGDF com periódicos e base de dados especializados e atualizados.

Contudo, carece a instrução processual de um detalhe de suma importância, qual seja, a justificativa pela escolha específica da base de dados da Editora Fórum, em detrimento de outras possíveis publicações. É preciso que reste claro que ao se comparar os produtos em epígrafe com outros similares no mercado, aqueles apresentam características próprias que os tornam singular, que os diferenciam e acabam por individualizá-los como únicos capazes de atender ao interesse da contratante.

Portanto, não basta à contratante esclarecer sobre a necessidade de se adquirir periódicos e base de dados jurídicos, há que indicar,

tecnicamente, as razões porque dentre outros produtos similares, os da Editora Fórum (o que se equivale à escolha de uma marca) se revelam como peculiares, e porque essa diferenciação é considerada essencial para satisfazer o interesse público.

Nesse sentido, leciona Marçal Justen Filho²:

"A decisão de contratar tem de ser antecedida de verificações acerca das diferentes soluções técnico-científicas disponíveis para atender ao interesse sob tutela estatal. Essa atividade administrativa prévia deverá conduzir à seleção de uma das alternativas como a melhor. (...) Ao desenvolver essas atividades, as avaliações da Administração têm de ser rigorosamente objetivas. Não podem ser influenciadas por preferências subjetivas, fundadas em critérios opinativos. A Lei volta a reprovar escolhas fundadas na pura e simples preferência por marcas. (...) Em suma, não há reprovação legal à utilização da marca como meio de identificação de um objeto escolhido por suas qualidades ou propriedades intrínsecas. A Administração deve avaliar o objeto objetivamente. Poderá valer-se da marca como forma de identificação do objeto que escolheu, desde que tal escolha tenha sido baseada em características pertinentes ao próprio objeto. (...) Havendo motivação técnico-científica adequada, a escolha da Administração não apresenta defeitos." - grifei

Assim é que imprescindível para que seja regular a contratação direta da Editora Fórum Ltda. demonstrar-se que somente os produtos por ela oferecidos sejam capazes de atender ao interesse público perseguido.

Este o ponto fundamental ao qual deve se debruçar o Administrador Público, uma vez que é sua a decisão e, conseqüentemente, a responsabilidade, de afastar o procedimento licitatório e contratar diretamente a empresa escolhida.

Cumprе lembrar que o rigor recomendado para a justificativa da indicação da contratada resultará em proveito do agente que o adota, na medida em que tomará transparente a motivação do ato e reforçará a fundamentação da decisão de contratar diretamente, sem licitação.

² FILHO, Marçal Justen, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 11ª Ed. Editora Dialética – São Paulo – 2005, pp. 276-277.

Desse modo, falta ainda complementar a instrução processual com uma análise quanto à opção exclusiva dos periódicos da Editora Fórum, em comparação com eventuais outras publicações de empresas diferentes.

Já quanto à Declaração de Exclusividade (fl. 62) que busca atestar que os produtos listados à fl. 54 têm como fornecedora exclusiva a Editora Fórum, recomenda-se à consulente aferir a veracidade do seu conteúdo³, como vem orientando o Tribunal de Contas da União⁴:

"Importando-se com o conteúdo do atestado de exclusividade, o TCU definiu que nele deve constar a justificativa detalhada dos critérios técnicos objetivos para a escolha do fornecedor. Deve o administrador abster-se de aceitar atestado de exclusividade que não abranja todo o objeto contratado, inclusive verificando a veracidade do conteúdo das declarações prestadas nas respectivas entidades competentes e no mercado, fazendo constar no processo a documentação comprobatória".⁵

Em continuação, ao mesmo tempo em que a lei permite exceções à regra de se licitar, ela impõe uma série de exigências formais a viabilizar o procedimento administrativo da contratação direta, de modo que o Poder Público deve a elas atentar-se, em especial ao disposto no art. 26 da Lei 8.666/93⁶.

Entre tais exigências, sobressai-se a de justificar o preço. Ou seja, não é porque apenas uma pessoa é capaz de satisfazer minha necessidade que eu vou me submeter aos preços por ela cobrados, sejam eles razoáveis, ou não. Trata-se de dinheiro público, que deve ser

³ Inclusive, há que se perquirir sobre a validade de uma declaração de exclusividade em todo o território nacional vinda de uma associação com abrangência apenas regional.

⁴ TCU. Processo nº TC – 005.561/2002-2. Acórdão nº 2.960/2003. DOU 03 dezembro de 2003.

⁵ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby, *Contratação Direta sem Licitação*. Ed. Fórum, 7ª Edição. Belo Horizonte – 2007. pp 582-583.

⁶ "Art 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

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

(...)

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."

utilizado com todo o zelo e segurança possíveis, vislumbrando-se, sempre, o interesse público.

Destarte, impõe a lei que o Poder Público verifique a regularidade do preço proposto, comparando-o com os praticados pela mesma empresa junto a outros consumidores, privados e públicos, e com os ofertados por empresas similares. Quanto aos valores cobrados pela própria Editora Fórum, foram juntados os documentos de fls. 43-51. No entanto, não há informações quanto a pesquisas de preços junto a outras empresas do ramo.

Em que pese imagine-se ser tarefa de razoável dificuldade, a exigência legal não pode ser dispensada, merecendo a questão ser aprofundada a fim de que se tenham comparativos mercadológicos que vão além dos valores cobrados pela mesma empresa que se quer contratar. Recomenda-se, então, que a consulente pesquise e compare os preços praticados por empresas do mesmo ramo, para serviços/produtos similares.

Consta à fl. 34 informação de que há disponibilidade orçamentária para cobrir a despesa de R\$ 34.328,00 (trinta e quatro mil, trezentos e vinte e oito reais), bem como de que as exigências do art. 16 da Lei Complementar 101/00 foram cumpridas. Resta juntar, contudo, a aprovação da despesa pelo Fundo Jurídico da PGDF.

Adverte-se, ainda, que nenhum contrato poderá ser firmado sem que haja comprovada regularidade jurídica e fiscal da contratada, devendo ser atualizadas as certidões já vencidas e juntada a documentação de habilitação jurídica da Editora Fórum.

Ressalte-se que não foi acostada minuta do contrato, que pode ser substituído por outros instrumentos, nos termos do disposto no art. 62⁷ da Lei 8.666/93.

Registra-se, por fim, a necessidade de se aprovar formalmente o Termo de Referência, bem como de se ratificar a inexigibilidade de

⁷Art. 62. O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço. (...)"

licitação pela autoridade superior, promovendo-se, a seguir, a correspondente publicação no Diário Oficial.

III- Conclusão

Tratando-se a inexigibilidade de licitação de exceção à regra, imperiosa a perfeita adequação da situação concreta às hipóteses legais, o que somente se dará após a complementação documental sugerida no corpo do opinativo.

À consideração superior.
Brasília, 06 de junho de 2017.



Danuza M. Ramos
Procuradora do Distrito Federal

Folha nº: 75
Processo: 00000176/2017
Rubrica elmc - Mat. 431826



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



PROCESSO Nº: 020.000.176/2017
INTERESSADO: Procuradoria-Geral do Distrito Federal
ASSUNTO: Contratação Serviço

MATÉRIA: Administrativa

Folha nº: 76
Processo: 0200000176/2017
Rubrica: Telms - Mat. 43182-6

APROVO O PARECER Nº 0465/2017 – PRCON/PGDF, exarado pela ilustre Procuradora do Distrito Federal Danuza M. Ramos, com a ressalva abaixo.

Faço breve ressalva ao opinativo quanto à recomendação para averiguação da necessidade de comprovação de que as características próprias do objeto o tornam singular a ponto de *"individualizá-los como únicos capazes de atender ao interesse da contratante"*. Tomado nesses termos, o opinativo levaria à conclusão de que, uma vez realizada a contratação do periódico concretamente considerado, não caberia a esta Casa realizar a contratação de mais nenhum, pois as características específicas do retratado nos autos excluiriam os demais.

Entretanto, o motivo ensejador da inviabilidade competitiva na contratação de periódicos é a exclusividade no fornecimento. Segundo o eg. TCU, *"esta Casa tem admitido a aquisição direta de livros, por inexigibilidade de licitação, quando feita diretamente às editoras, por essas possuírem contratos de exclusividade, com os autores, para a editoração e a comercialização das obras (Decisão nº 1.500/2002-P, Acórdão nº 1.299/2003-1ªC, Acórdão nº 1.889/2007-P, Acórdão nº 835/2009-P, Acórdão nº 6.803/2010-2ªC e Acórdão nº 950/2011-P); ou quando reconhecida a condição de comerciante exclusivo de uma empresa (distribuidora ou livraria), outorgada pela editora (Acórdão 320/2005-1ªC)"* Acórdão 3.290/2011-Plenário). Nesse ensejo, o requisito a ser demonstrado para viabilizar a contratação é a exclusividade do fornecedor (Editora Fórum) para o objeto pretendido.

Relativamente à singularidade, esbarra-se na impossibilidade de estabelecimento de critérios objetivos de comparação entre diferentes editores, haja vista a diversidade de seus conteúdos. Com efeito, o material intelectual divulgado

pela empresa a ser contratada não coincidiria com o editado pelas demais em um certame licitatório, a menos que se esteja diante da improvável hipótese de haver mais de um editor para o mesmo conteúdo.

Em resumo, é teoricamente possível que haja ao mesmo tempo dois ou mais periódicos passíveis de contratação pelo Poder Público e ainda assim ser inviável a competição em ambos os casos, rendendo ensejo, pois, a duas ou mais contratações por inexigibilidade. Bastaria que cada editor fosse o responsável **exclusivo** pela comercialização de seu conteúdo.

Por tal razão, faço breve ressalva para dispensar a necessidade de prova de comparação entre o contea editora Fórum

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 30 / 06 /2017.



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

De acordo.

Restituam-se os autos à Unidade de Administração Geral desta Casa Jurídica, para conhecimento e adoção das providências pertinentes.

Em 30 / 06 /2017.



PAOLA AIRES CORRÊA LIMA
Procuradora-Geral do Distrito Federal