

ACÓRDÃO 01564/2019-2 – PRIMEIRA CÂMARA

Processo: 00366/2016-1
Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação
UG: PMA - Prefeitura Municipal de Aracruz
Relator: Sebastião Carlos Ranna de Macedo
Representante: FABIO NETTO DA SILVA
Responsável: ANDRE COELHO SILVA, MARCELO DE SOUZA
COELHO
Terceiro interessado: GESTTO ASSESSORIA & CONSULTORIA LTDA
Procuradores: GABRIELE SCHERRER GRIPP, LUIZ FERNANDO
SPERANDIO

**REPRESENTAÇÃO – PREFEITURA MUNICIPAL DE
ARACRUZ – IMPROCEDÊNCIA – CIÊNCIA AOS
INTERESSADOS – ARQUIVAR APÓS TRÂNSITO EM
JULGADO**

O EXMO. SR. CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

1 RELATÓRIO

Versam os presentes autos sobre Representação encaminhada pelo senhor Fábio Netto da Silva, Vereador, noticiando indícios de irregularidades na contratação de empresa especializada para diagnóstico e venda de imóveis e bens patrimoniais e requer a suspensão do Contrato nº 212/2014 (fls. 01/12, com documentação de suporte às fls. 13/198).

Os autos foram encaminhados ao Núcleo de Cautelares, o qual elaborou a **Manifestação Técnica Preliminar MTP 65/2016** (fls. 202/204), opinando pela

presença dos requisitos de admissibilidade, pelo indeferimento da cautelar e pela determinação para que os autos caminhassem sob o rito ordinário, o que foi acolhido no **Voto 699/2016** (fls. 207/211) e na **Decisão TC-457/2016 - Plenário** (fls. 225/226).

Em seguida, foram os autos encaminhados à Secretaria de Controle Externo Denúncia e Representações para instrução. No entanto, esta elaborou a **Manifestação Técnica Preliminar MTP 178/2016** (fls. 251/258), registrando que, com a finalidade de instruir os autos, era necessário o envio de comunicação de diligência ao gestor para que apresentasse diversos documentos nela discriminados, o que foi acolhido na **Decisão Monocrática Preliminar 317/2016** (fls. 260/262).

Após o envio da documentação pelo gestor, o processo foi levado à Secex Denúncia para análise. Mediante a **Instrução Técnica Inicial 664/2016** (fls. 1130/1143), a área técnica apontou indícios de irregularidades, com sugestão pela citação do responsável, senhor André Coelho Silva, Secretário de Suprimentos do Município de Aracruz, para prestar os esclarecimentos que entender necessários.

Assim, foi disparada a Decisão Monocrática nº 1078/2016, peça 17. Devidamente citado o responsável veio aos autos por meio da documentação protocolizada nesta Corte sob o nº 14132/2016 ofertando suas justificativas e documentação de suporte. Ato seguido, o processo foi levado à consideração da área técnica que, após exame de todo documental, exarou a **Instrução Técnica Conclusiva nº 4042/2016**, peça 25, propondo a improcedência da presente Representação.

Em seu **Parecer de nº 5107/2019**, peça 49, o Excelentíssimo Procurador Heron Carlos Gomes de Oliveira, também opinou pela improcedência da Representação.

É o Relatório.

2 FUNDAMENTAÇÃO

Compulsando acuradamente os autos, verifico que o feito encontra-se devidamente instruído, portanto, apto a um julgamento, eis que observados todos os trâmites legais e regimentais.

Ratifico integralmente o posicionamento da área técnica e do Ministério Público Especial de Contas para **tomar como razão de decidir a fundamentação** exarada na **Instrução Técnica Conclusiva 4042/2016**, abaixo transcrita:

1. INTRODUÇÃO

Tratam os presentes autos de Representação, encaminhada pelo Vereador do Município de Aracruz, Sr. Fábio Netto da Silva, em face da Prefeitura Municipal de Aracruz, relatando supostas irregularidades no Processo Administrativo nº 9218/2014, cujo objeto é a contratação da empresa Gestto Assessoria e Consultoria Ltda (Contrato nº 212/2014), por inexigibilidade de licitação.

O Contrato nº 212/2014 (fl. 190/196 - Volume I) teve como objeto a Assessoria Técnica Especializada para venda de imóveis e bens patrimoniais considerados inservíveis, através da disponibilidade do uso de sistema/tecnologia de venda de ativos inservíveis, por meio eletrônico (via web), em tempo real, online e presencial simultaneamente.

Na exordial, o representante alega, de forma resumida, que os preceitos contidos na Lei 8.666/93, no que tange a inexigibilidade de licitação, não foram atendidos, pois no seu entender outras empresas no mercado supostamente realizariam o mesmo tipo de serviço, fato que conduziria à obrigação de licitar os referidos serviços. Aponta, ainda, que o valor cobrado pela empresa contratada no percentual de 10% do valor da arrematação de cada leilão estaria acima do percentual de 5% estabelecido no Decreto Federal 21.981/1932.

Por meio da Manifestação Técnica Preliminar 65/2016 (fls. 202/204 Volume 2), o Núcleo de Cautelares (NCA) não vislumbrou a presença dos requisitos legais autorizadores da medida pleiteada, opinando pelo seu indeferimento e sugerindo que os autos fossem submetidos ao rito ordinário.

Em seguida, foram os autos remetidos ao Exmo. Conselheiro Relator Sebastião Carlos Ranna de Macedo, que, por meio do Voto 699/2016 (fls. 207/211 Volume 2), conheceu da representação, já que presentes os requisitos da admissibilidade; indeferiu a medida cautelar pleiteada e determinou que o presente processo caminhasse sob o rito ordinário, sendo acolhida pela Decisão TC 457/2016 - Plenário (fls. 225/226 Volume 2).

Instada a se manifestar, a Área Técnica elaborou a Manifestação Técnica Preliminar 178/2016 (fls. 251/258 Volume 2) sugerindo o envio de comunicação de diligência ao gestor, para que apresentasse as informações elencadas na referida manifestação, sendo a mesma acolhida pelo Exmo. Relator, através da Decisão Monocrática Preliminar 317/2016 (fls. 260/262 Volume 2).

Devidamente notificado, o Prefeito Municipal de Aracruz apresentou as justificativas pertinentes, conforme documentos de fls. 269/322.

Às fls. 335/390 (Volumes 2 e 3) a empresa GESTTO veio aos autos como terceiro interessado apresentar informações acerca dos serviços oferecidos à Prefeitura Municipal de Aracruz. Às fls. 391/1127 (Volumes 3 a 7) a referida empresa junta, ainda, aos autos documentação que entende pertinente ao caso.

Com o retorno dos autos à Área Técnica, foi confeccionada a Instrução Técnica Inicial 664/2016 de fls. 1131/1143 (Volume 7), tendo sido acolhida pela Decisão Monocrática 1078/2016, nos seguintes termos:

1 Pela **CITAÇÃO** do agente responsável, senhor **André Coelho Silva**, Secretário de Suprimentos do Município de Aracruz, na forma do art. **56, II** da LC 621/2012 para, no **PRAZO DE 30 (TRINTA) DIAS**, apresentar justificativas em relação aos indícios de irregularidades apontado na **Instrução Técnica Inicial ITI 664/2016** (fls. 1130/1143), como se demonstra a seguir:

Responsável	Subitens / Irregularidades
André Coelho Silva	3.1 Indevida contratação por inexigibilidade
André Coelho Silva	3.2 Insuficiente pesquisa de preços no mercado

2 Seja o responsável notificado de que poderá exercer sua defesa por todos os meios em direito admitidos e, querendo, exercer o direito de sustentação oral, nos termos do disposto no art. 327 da Resolução nº

261/2013 – Regimento Interno, quando do julgamento dos presentes autos, cuja data será devidamente publicada no Diário Oficial Eletrônico do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em seu sítio eletrônico, instituído pelo artigo 181 da Lei Complementar nº 621, de 8 de março de 2012 e regulamentado pela [Resolução TC nº 262, de 13 de agosto de 2013](#).

Registra-se, ainda, que não cabe recurso da decisão que determinar a CITAÇÃO, na forma do art. 153, inciso II, da Lei Complementar 621/2012. Na forma do inciso I, do §1º, do artigo 64 da Lei Complementar 621/2012, a comunicação dos atos processuais ter-se-á como realizada quando confirmada por recibo assinado por pessoa encarregada de receber correspondência, ou, conforme o caso, por membro da família ou empregado do responsável ou do interessado.

Acompanha esta decisão, integrando-a, **cópia da Instrução Técnica Inicial ITI 664/2016** (fls. 1130/1143).

Devidamente citado, o Secretário de Suprimentos do Município de Aracruz apresentou suas justificativas às fls. 1153/1241 (volumes 7 e 8), além de documentos que entendeu pertinentes, às fls. 1242/1486 (Volumes 8 e 9).

Por fim, vieram os autos para instrução, conforme Despacho 47811/2016.

2. ANÁLISE TÉCNICA DAS IRREGULARIDADES APONTADAS

2.1. Indevida contratação por inexigibilidade

Critério: Art. 25, inciso I, da Lei nº 8.666/93.

Responsável:

a) ANDRÉ COELHO SILVA (Secretário de Suprimentos do Município de Aracruz)

Conduta: ratificar a inexigibilidade de licitação e contratar a empresa Gestto Assessoria e Consultoria Ltda, com fundamento no art. 25, inciso I, da Lei nº 8.666/93, quando deveria ter negado a contratação com indevida inexigibilidade de licitação.

Nexo: a ratificação da inexigibilidade e a contratação da empresa Gestto Assessoria e Consultoria Ltda gerou violação ao art. 25, inciso I, da Lei nº 8.666/93.

Culpabilidade: era exigível conduta diversa, pois, como ordenador de despesas, tinha o dever de atender aos preceitos legais vigentes acerca da demonstração da inexigibilidade de licitação, para que o Ente Público pudesse obter a maior vantagem possível na contratação.

A ITI 664/2016, apontando indícios de irregularidades, assim se manifesta:

A contratação da empresa Gestto Assessoria e Consultoria Ltda, por inexigibilidade de licitação, teve como fundamento o art. 25, inciso I, da Lei nº 8.666/93, conforme consta da cópia do Processo Administrativo nº 9218/2014 (fls. 60/198), especialmente a ratificação de inexigibilidade, publicada no Diário Oficial de 10/09/2014 (fls. 187/188).

A Lei nº 8.666/93 assim dispõe em seu art. 25, inciso I:

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. (grifo nosso)

Em parecer acostado aos autos (fls. 180/182), a Procuradoria Geral do Município de Aracruz opinou no sentido da contratação direta da empresa, por inexigibilidade de licitação, com fundamento no dispositivo legal supracitado, tendo em vista a declaração de exclusividade apresentada (fls. 81 e 185), que caracterizaria a inviabilidade de competição.

Posteriormente, a Secretaria Municipal de Suprimentos aprovou o parecer da Procuradoria Geral e ratificou a inexigibilidade de licitação, haja vista suposta exclusividade absoluta da empresa em realizar leilões no formato eletrônico juntamente com o presencial, com fundamento no mesmo dispositivo da Lei nº 8.666/93 (fls. 187/188).

No entanto, o representante alega que os preceitos legais vigentes não foram atendidos acerca da demonstração da inexigibilidade de licitação, visto que outras empresas no mercado supostamente realizariam o mesmo tipo de serviço, fato que conduziria à obrigação de licitar os referidos serviços.

Pois bem. Em pesquisa realizada ao Google, encontramos diversos sítios eletrônicos de empresas que prestam serviços relacionados a leilões online e presencial, disponibilizando plataforma eletrônica para sua realização, conforme listamos abaixo:

- **Sítio eletrônico:** <http://www.freitasleiloesonline.com.br>

Principais clientes: Procuradoria Geral do Município de São Paulo, Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, Banco Bradesco S/A, Itaú Unibanco S/A, Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, dentre outros.

- **Sítio eletrônico:** <http://www.nossoleilao.com.br>

Principais clientes: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Mapfre Seguros, Banco do Brasil Seguros, Bradesco Seguros, dentre outros.

- **Sítio eletrônico:** <http://www.vixleiloes.com.br>

Principais clientes: Prefeitura Municipal de Cariacica, Prefeitura Municipal de Cachoeiro de Itapemirim, Prefeitura Municipal de Nova Venécia, Serviço Autônomo de Água e Esgoto (SAAE) de Aracruz/ES, DETRAN/ES, CESAN, Banestes, dentre outros.

Desse modo, a suposta exclusividade absoluta da empresa Gestto Assessoria e Consultoria Ltda em realizar leilões no formato eletrônico e presencial merece ser esclarecida, pois tais serviços são oferecidos amplamente por outras empresas no mercado, fato que descaracteriza o caráter de exclusividade.

Cumprir destacar ainda que as informações iniciais prestadas pela Prefeitura Municipal de Aracruz (fls. 269/322), bem como pela Gestto Assessoria e Consultoria Ltda (fls.335/390), defenderam a contratação direta da empresa, por inexigibilidade de licitação, com fundamento no art. 25, inciso II, da Lei nº 8.666/93.

No entanto, o dispositivo legal mencionado – art. 25, inciso II, da Lei de Licitações - não foi utilizado para fundamentar o processo de contratação em análise (Processo Administrativo nº 9218/2014), não sendo cabíveis as justificativas apresentadas.

A parte representada, devidamente citada, apresentou suas justificativas, constando as razões às fls. 1153/1241.

Passamos ao resumo das justificativas apresentadas.

Justificativas

Em sua defesa, de forma resumida, o Secretário Municipal trouxe a baila os seguintes argumentos:

- O Contrato de Prestação de Serviços nº 212/2014 (fls. 190/196), celebrado entre o Município de Aracruz e a empresa Gestto Assessoria e Consultoria Ltda, teve como objeto a assessoria técnica especializada para venda de imóveis e bens patrimoniais considerados inservíveis, através da disponibilidade do uso de sistema/tecnologia de venda de ativos inservíveis, por meio eletrônico, em tempo real, online e presencial simultaneamente.
- Não se aplica o Decreto Lei 21.981/32, pois os serviços prestados não seriam de Leiloeiro, mas sim os descritos no objeto do contrato.
- Os fornecedores de serviço apontados na ITI não seriam concorrentes da empresa contratada, haja vista que não prestam o mesmo tipo de serviço. Segundo a peça de defesa, os sites elencados na ITI seriam sites para contratação de Leiloeiro Público Oficial, serviço esse que não faz parte do objeto da licitação em questão.
- No país, a única tecnologia disponível capaz de atender a todos os requisitos técnicos, tecnológicos e de desempenho mínimo exigíveis para que a Administração possa disponibilizar na internet procedimentos de licitação seria o sistema Superbid, que estaria licenciado com exclusividade, no atendimento a clientes públicos, para a empresa GESTTO.
- O sistema Superbid, de propriedade da empresa S4B Digital, tem sua propriedade protegida pelo Instituto Nacional de Propriedade Intelectual – INPI, o que garante a singularidade de sua tecnologia e serviços técnicos especializados.
- O sistema é amplamente utilizado por entes estatais com o mesmo propósito da Prefeitura Municipal de Aracruz.

- Ficou demonstrado que a inexigibilidade de licitação teve como fundamento a inviabilidade de competição, tendo fundamentado a justificativa para tanto nos incisos I e II do artigo 25 da Lei 8.666/93.
- A exclusividade de uso do programa Superbid, exigida no inciso I do artigo 25 da Lei 8.666/93, ficou comprovada por meio da Declaração de Exclusividade para uso de software e pelo Registro de Sistema de Patente do Sistema no INPI.
- O INPI possui legitimidade para comprovar a exclusividade na utilização da tecnologia aqui discutida.
- Indo além, afirma que a exclusividade não decorre apenas pela exclusividade no fornecimento, mas também da notória especialização, atestada por desempenhos anteriores, relativa aos serviços prestados pela contratada, nos moldes do inciso II do artigo 25 da Lei 8.666/93.
- De acordo com a defesa, outros entes públicos realizaram licitações com o mesmo objeto pretendido pela Prefeitura de Aracruz, todavia, apenas a empresa Gestto apresentou proposta, por ser a única no mercado, a nível nacional, capaz de prestar os serviços demandados.
- Outros contratos firmados pela contratada e por entes públicos foram alvos de ações perante a justiça, Ministério Público e Tribunal de Contas (Decisão TC 4180/2014), sendo que todas foram pela legalidade da contratação.
- Quando o gestor público identifica que há inviabilidade de competição e, por consequência, inexigibilidade de licitação, deve ele proceder à contratação direta, para que não sejam despendidos recursos públicos de forma inócua, descumprindo a legislação em vigência.

Análise

O representante, em sua exordial, alega que a contratação de empresa para assessoria na venda de bens da Administração Municipal não poderia ter sido realizada com inexigibilidade de licitação, haja vista que havia outras empresas no mercado capazes de atender a demanda municipal.

Em vista dos documentos acostados aos autos pelo representante e em face dos indícios de irregularidades noticiados, a Área Técnica acompanhou a tese e propôs a citação do responsável, a fim de que esclarecesse os motivos que levaram à contratação direta da prestadora do serviço.

Atendendo à citação, o Secretário de Suprimentos do Município de Aracruz trouxe aos autos as justificativas, já resumidas anteriormente, e documentos pertinentes.

Quanto a esse ponto, entendemos que está com a razão a parte representada.

A regra no direito pátrio é a obrigatoriedade de procedimento prévio de licitação para a celebração de contratos administrativos. Todavia, há casos em que, por sua excepcionalidade, não seriam compatíveis com esse procedimento prévio, em decorrência da inviabilidade de competição.

Assim sendo, previu o legislador, no artigo 25 da Lei 8.666/93, que quando ocorrer inviabilidade de competição, a Administração Pública poderá contratar de forma direta. Elenca, ainda e de forma exemplificativa, algumas hipóteses em que se vislumbra essa inviabilidade:

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.

No caso em voga, entende-se que a municipalidade obteve êxito em demonstrar que o serviço demandado é prestado de forma exclusiva pela contratada.

Conforme se infere, o serviço almejado no objeto do contrato (assessoria técnica especializada para venda de imóveis e bens patrimoniais considerados inservíveis, através da disponibilidade do uso de sistema/tecnologia de venda de ativos inservíveis, por meio eletrônico, em tempo real, online e presencial simultaneamente) apenas seria fornecido pela empresa GESTTO, licenciada a utilizar o software Superbid pela empresa S4B Digital. Dessa forma, o serviço contratado está adstrito ao serviço de Leiloeiro Oficial, que apenas faz a venda do bem em Sessão Pública.

Acrescente-se a isso, o fato de que o software em questão é de propriedade da empresa S4B Digital, a qual possui direito de propriedade registrado junto ao Instituto Nacional de Propriedade Intelectual – INPI (fls. 1345/1348), ao passo que foi permitido o seu uso com exclusividade para a empresa GESTTO, conforme declaração de fl. 1344. Consoante jurisprudência, nesses casos é cabível a contratação direta por parte da Administração Pública, todavia não basta apenas o registro da patente, tem que ser claramente demonstrado que o serviço oferecido possui características particulares, únicas, que não seriam ofertadas por outras empresas, sendo, por fim, essas características indispensáveis para atendimento do interesse público, conforme segue:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO POR PREGÃO PRESENCIAL. EXCLUSIVIDADE. HIPÓTESE QUE NÃO SE ENQUADRA NAS HIPÓTESES DE LICITAÇÃO PREVISTAS NO ART. 25, INCISO I, DA LEI 8.666/93. 1. Buscou-se com a impetração anular o Pregão n. 040/2008, realizado pela Secretaria de Estado de Saúde de Minas gerais, defendendo o impetrante que o fornecimento do produto licitado enquadra-se em uma das hipóteses de inexigibilidade de licitação previstas no art. 25da Lei 8.666/92 diante do privilégio de exclusividade para o fornecimento de "capa para tampa de reservatório de água potável (caixa d'água)", que está tutelado por carta de patente. 2. As hipóteses de contratação direta por inexigibilidade de licitação, elencadas no art. 25 da Lei 8.666/93, somente se justificam quando se configura a inviabilidade de competição, diante da existência de apenas um objeto ou pessoa capaz de atender às necessidades da Administração Pública. 3. **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 necessidades da Administração; e (iii) o produto, ainda que seja tutelado por patente, não possa ser fornecido por terceiros. 4. 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. 5. 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. 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 todo e 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. Ou seja, não há exclusividade para o produto licitado, mas apenas sobre os melhoramentos promovidos em produto já existente. 6. Tampouco restou demonstrado que o modelo do produto licitado é exatamente aquele patenteado pelo recorrente e que esse produto, diante de suas características, é o único no mercado capaz de atender as necessidades do órgão licitante. E, a análise desses elementos tampouco pode ser satisfeita em sede de mandado de segurança, incompatível com a dilação probatória. 7. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido. (STJ - RMS: 37688 MG 2012/0080829-7, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 26/06/2012, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 06/08/2012) (grifos nossos).

No mesmo sentido:

- Assunto: INFORMÁTICA. DOU de 04.11.2010, S. 1, p. 158. Ementa: alerta à Petrobras Distribuidora S.A. no sentido de que proceda à realização de procedimento licitatório para a contratação de serviços na área de informática, valendo-se do instituto da inexigibilidade de licitação, com amparo no art. 25, inc. II, da Lei nº 8.666/1993 e no subitem 2.3 do Anexo ao Decreto nº 2.745/1998, somente na hipótese de haver fundamentada demonstração de que a singularidade do objeto - ante as características peculiares das necessidades da Administração -, aliada ao caráter técnico profissional especializado dos serviços e à condição de notória especialização do prestador, tornar inviável a competição no caso concreto, conforme Decisão nº 655/2002-P, Acórdão nº 777/2004-P, Decisão nº 252/1999-P, sumuladas no Enunciado/TCU de nº 252/2010 (item 1.5.6.1, TC-025.671/2007-2, Acórdão nº 6.966/2010-1ª Câmara).

Contratação pública – Inexigibilidade – Exclusividade na exploração de software e tecnologia – Impossibilidade – TJ/MG

Segundo o TJ/MG, não é possível utilizar inexigibilidade de licitação quando outras empresas também possuem tecnologia para exploração de *software*: **“a exclusividade na exploração do *software* e tecnologia dos jogos em questão, por si só, não justifica a inexigibilidade do certame, uma vez que outras empresas poderiam desenvolver tecnologia semelhante para tal exploração.** É vedado ao administrador público a contratação ou permissão de prestação de serviços públicos sem a realização da licitação, máxime se demonstrado nos autos a inexistência de dados autorizadores de sua dispensa, bem como a existência de outras empresas dotadas de capacitação técnica e profissional aptas à execução dos serviços contratados”. (TJ/MG, ARN nº 1.0024.03.025146-6/001, Rel. Belizário de Lacerda, j. em 29.09.2009.)

Contratação pública – Inexigibilidade – Fornecedor exclusivo – Discrecionabilidade do agente administrativo não é absoluta – Características do bem devem ser relevantes – TJ/SP

O TJ/SP entendeu que “(...) para o administrador público, em resumo, a regra geral estabelece o dever de licitar, constituindo-se exceção a dispensa ou a inexigibilidade de licitação”. Assim, baseando-se na doutrina de Joel de Menezes Niebuhr, decidiu o TJ/SP: **“a discrecionabilidade do agente administrativo para definir o objeto da contratação não é absoluta. Ele não pode escolher o objeto que pessoalmente lhe convenha, salientando características que não sejam relevantes para a consecução do interesse público, mas que sirvam a restringir o acesso ao contrato de tal maneira que só uma empresa, fabricante ou fornecedor dele disponha, acarretando indevida inexigibilidade de licitação pública”.** E ainda complementa, afirmando que: **“Em virtude disso, o bem só pode ser considerado exclusivo, autorizando a inexigibilidade, se as suas características peculiares, não encontradas em outros bens que lhe são concorrentes, forem decisivas ao interesse público.** Se essas características não forem relevantes para este, salientá-las como requisito para a contratação a fim de justificar inexigibilidade foge das raias jurídicas, devendo-se reputá-la inválida””. (TJ/SP, Apelação com Revisão nº 213.959-5/2-00, Rel. Osvaldo Magalhães, j. em 18.11.2003).

Quanto ao TCU, segue a mesma linha:

É lícita a aquisição direta de livros, por inexigibilidade de licitação, quando feita junto a editoras que possuam contratos de exclusividade com os autores para editoração e

comercialização das obras, o que, porém, não isenta o gestor de justificar os preços contratados

Representação apontou como irregular a contratação direta de editora para a aquisição de livros didáticos e paradidáticos para 300 escolas de ensino médio, no valor de R\$ 2.516.225,00, efetuada pela Secretaria Estadual de Educação do Pará – Seduc/PA, com recursos oriundos do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE. O relator ressaltou inicialmente que havia concedido medida cautelar, a qual foi endossada pelo Plenário, vedando novas aquisições diretas de livros, por falta de observância do disposto no comando contido no art. 25, inciso I, da Lei n. 8.666/1993. Ao abordar essa questão, observou que o Tribunal deparou-se, em outras ocasiões, com casos concretos semelhantes ao que ora se examina. Registrou que *“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)”*. Tal orientação, consignou, resulta fundamentalmente da inviabilidade de competição, por impossibilidade de efetuar o confronto de ofertas. E prosseguiu: *“Há que se verificar se, na contratação feita pela Seduc/PA, por inexigibilidade de licitação, ficou caracterizada a exclusividade de fornecimento e, portanto, a inviabilidade de competição, respaldada em atestado de exclusividade, em acordo com o preconizado no art. 25, inciso I, da Lei nº 8.666/93 ...”*. O relator, com esse intuito, considerou declaração da Câmara Brasileira do Livro – CBL, que atesta a *“exclusividade da edição, publicação, distribuição e comercialização, em todo o território nacional, das referidas obras”*, assim como a declaração de que a editora contratada é representante exclusiva, no estado do Pará, da editora que detém os direitos para distribuição de seis dos títulos que foram adquiridos. Foram também trazidos aos autos cópias dos contratos firmados entre os autores e as editoras, que demonstram a exclusividade de edição e comercialização. Por esses motivos, o relator, divergindo do entendimento de que seria indevida a referida inexigibilidade, considerou *“estar comprovada a exclusividade da editora contratada na editoração e comercialização das obras adquiridas, sendo regular, a meu ver, sua contratação direta pela Seduc/PA”*. Acrescentou, a propósito, que *“normativo federal (IN/MARE nº 02/98) permite a contratação direta de editoras, por inexigibilidade, para a compra de livros e periódicos”*. A despeito disso, vislumbrou indícios de sobrepreço nas aquisições efetuadas. Isso por que não teria sido observada condição imposta pela IN/MARE 02/1998 de fornecimento de desconto mínimo de 20% sobre o preço de capa. Ressaltou que *“a referida inexigibilidade não é suficiente para dispensar o gestor da justificativa para os preços contratados, a teor do que determina o art. 26, inciso III, da lei de licitações”*. Por esses motivos, ao acolher proposta formulada pelo relator, o Plenário decidiu considerar improcedente a representação. Não obstante, determinou ao FNDE que *“considere, quando da análise da prestação de contas dos recursos repassados à Secretaria Estadual de Educação do Pará – Seduc/PA, no âmbito do*

Programa Especial de Fortalecimento do Ensino Médio, os indícios de sobrepreço apontados no presente processo, referentes à contratação das editoras (...) e, caso sejam detectados que os potenciais prejuízos tenham se concretizado, instaure a competente tomada de contas especial". Precedente mencionados: Acórdãos nºs 6.803/2010 e 1.163/2011, ambos da Segunda Câmara. **Acórdão n.º 3.290/2011-Plenário, TC-030.180/2010-4, rel. Min. José Jorge, 7.12.2011.**

Para evidenciar essa exclusividade, a parte representada trouxe o demonstrativo dos resultados alcançados com seus serviços por outros entes e fez o levantamento de algumas licitações, com mesmo objeto aqui tratado, levadas a cabo por outros entes públicos, conforme se vê às fls. 1223/1225 razões da defesa e 1350/1355 dos documentos acostados, sendo que somente a empresa GESTTO teria participado e se sagrado vencedora.

Assim sendo, entende-se que restou afastada a irregularidade apontada, em decorrência da inviabilidade de competição demonstrada pelo representado, conforme argumentação acima.

2.2. Insuficiente pesquisa de preços no mercado

Critério: Artigo 26, parágrafo único, inciso III, da Lei nº 8.666/93.

Responsável:

a) ANDRÉ COELHO SILVA (Secretário de Suprimentos do Município de Aracruz)

Conduta: realizar pesquisa de preços insuficiente no mercado, quando deveria ter comprovado adequadamente que o preço praticado era vantajoso para o Município.

Nexo: a realização de pesquisa de preços insuficiente gerou violação ao art. 26, inciso III, da Lei nº 8.666/93.

Culpabilidade: era exigível conduta diversa, pois, como ordenador de despesas, tinha o dever de atender aos preceitos legais vigentes acerca da regular justificativa de preços, para que o Ente Público pudesse obter a maior vantajosidade possível na contratação.

A ITI 664/2016, apontando indícios de irregularidades, assim se manifesta:

A justificativa de preço apresentada no processo de contratação da empresa Gestto Assessoria e Consultoria Ltda demonstrou, por meio de cópias de contratos com outras instituições (fls. 104/128), que o

valor cobrado do Município de Aracruz é o mesmo praticado pela empresa perante outras instituições.

No entanto, não constam dos autos quaisquer comprovantes de realização de pesquisa de preços com empresas que ofertam serviços similares no mercado, a fim de justificar que o preço praticado era vantajoso para o Município, em afronta ao artigo 26, parágrafo único, incisos II e III, da Lei nº 8.666/93.

Ademais, o representante alega que o valor cobrado pela empresa contratada de 10% (dez por cento) do valor de arrematação de cada leilão, a ser pago pelo arrematante, estaria acima do percentual de 5% (cinco por cento) estabelecido pela legislação vigente que trata da comissão dos leiloeiros oficiais (Decreto Federal nº 21.981/1932).

Sobre essa questão, é importante destacar o art. 53, da Lei de Licitações, que assim dispõe:

*Art. 53. O leilão pode ser cometido a **leiloeiro oficial** ou a **servidor designado pela Administração**, procedendo-se na forma da legislação pertinente. (grifo nosso)*

Logo, o Município de Aracruz não é obrigado a contratar leiloeiro oficial para realização de seus leilões, que podem ser cometidos a servidores públicos designados pela Administração, conforme dispõe o supracitado art. 53 da Lei nº 8.666/93.

Sobre o assunto, o Contrato de Prestação de Serviços nº 212/2014 (fls. 190/196) estabeleceu como obrigação do Município de Aracruz:

*6.1 Designar **servidor para realização dos leilões públicos**, conforme dispõe o **artigo 53, da Lei 8.666/93**, orientando-o a aderir às regras e procedimentos de utilização do sistema da **CONTRATADA**. (grifo nosso)*

Desse modo, verificamos que a Administração optou por designar servidor para realização dos leilões públicos, não se aplicando, portanto, ao presente contrato, conforme apontado pelo representante, o Decreto nº 21.981/32, que regulamenta a profissão de Leiloeiros Públicos Oficiais.

Assim, o valor cobrado pela empresa contratada de 10% (dez por cento) do valor de arrematação de cada leilão, a ser pago pelo

arrematante, não contraria o Decreto Federal nº 21.981/1932, visto que essa norma não é aplicável ao presente contrato.

No entanto, merece ser esclarecida a ausência de pesquisa de preços com empresas que oferecem serviços similares no mercado, a fim de justificar que o percentual cobrado pela empresa contratada era vantajoso para o Município, conforme determina o artigo 26, parágrafo único, incisos II e III, da Lei nº 8.666/93.

A parte representada, devidamente citada, apresentou suas justificativas, constando as razões às fls. 1153/1241.

Passamos ao resumo das justificativas apresentadas.

Justificativas

Em sua defesa, de forma resumida, o Secretário Municipal trouxe a baila os seguintes argumentos:

- Por ser a única empresa no mercado habilitada para ofertar o serviço demandado, a pesquisa de preço por comparação se torna inviável.
- A justificativa do valor se deu pela comparação de outros contratos firmados entre entes públicos e a empresa contratada, todos com o mesmo valor, ou até maiores, do que o acordado no contrato sob análise, que é de 10% do valor do arremate.

Análise

Do mesmo modo que o item anterior, o representante contestou o preço firmado entre o município e a contratada, tendo a ITI 664/2016 acompanhado a tese e proposto a citação do responsável, a fim de que esclarecesse os valores fixados no contrato.

A parte representada traz em sua defesa que o preço acordado no contrato em questão segue o mesmo índice praticado em outros contratos firmados com entes públicos, conforme documentos de fls. 1357/1486, que variavam entre 10% e 15% do valor da arrematação do bem no leilão.

Nesse sentido, a Advocacia Geral da União expediu a Orientação Normativa nº 17, de 1º de abril de 2009, a qual informa, in verbis:

A justificativa do preço nos casos de inexigibilidade não pode ser realizada à luz de propostas de outros fornecedores ou prestadores. Se inexigível o certame, a proponente é a única a atender as

necessidades do órgão contratante. Destarte, a justificativa há de fazer-se de acordo com os preços cobrados pelo fornecedor ou prestador exclusivo em contratos firmados com outras pessoas físicas ou jurídicas. É a demonstração da compatibilidade dos preços praticados pela própria empresa contratada que deve constar dos autos. Indispensável, para aprovação jurídica do procedimento, que sejam juntados documentos e informações que atestem que o preço proposto seja equivalente aos demais por ela mesmo cobrado de outros entes. (Orientação Normativa nº 17, de 1º de abril de 2009 – Advocacia Geral da União)

Coaduna com esse entendimento o Tribunal de Contas da União, como segue:

45. Também importante é o entendimento pacífico de que a justificativa de preço é elemento essencial da contratação, posto que a sua validade depende da verificação da razoabilidade do preço ajustado, conforme prevê o inciso III do art. 26 da Lei nº 8.666/1993.

46. Há de se considerar, ainda, que aplica-se ao caso em análise, igualmente, as disposições constantes do art. 7º da Lei nº 8.666/1993. É que as obras e serviços, especialmente as de grande vulto, devem ser precedidas de projeto básico. Isso implica, dentre outras exigências, que as obras e serviços somente poderão ser licitados ou contratados quando existir 'orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários', conforme prescreve a alínea 'a' do inciso X do art. 6º c/c o inciso II do § 2º do art. 7º da citada Lei. Exigência que não foi observada pela Dataprev.

47. Por outro lado, diferentemente da tese do recorrente, a inviabilidade de competição não constitui óbice, por si, à verificação da razoabilidade do preço. Diversos são os parâmetros que poderão ser utilizados para se avaliar a adequação dos preços, mesmo quando se tratar de fornecedor exclusivo.

48. Sobre esse tema, o jurista Marçal Justen Filho (Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 9ª ed., 2002, p. 290-291) evidencia, de forma objetiva, a existência de vários métodos exequíveis para se evidenciar a razoabilidade dos preços. Por exemplo, um dos parâmetros poderia ser os preços praticados pelos particulares ou por outros órgãos governamentais, conforme sinaliza, inclusive, o inciso IV do art. 43 da Lei nº 8.666/1993. Ensina o autor que, na ausência de outros parâmetros, 'o contrato com a Administração Pública deverá ser praticado em condições econômicas similares com as adotadas pelo particular para o restante de sua atividade profissional (...).' TCU, Acórdão nº 2.611/2007, Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes, j. em 05.12.2007.

Assim sendo, entende-se que restou afastada a irregularidade apontada, pelas razões acima expostas.

3. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

3.1 Por todo o exposto e com base no inciso I^[3], do artigo 95, da Lei e artigo 99, §2º^[4], da Lei Complementar Estadual 621/2012, sugere-se que seja reconhecida a **IMPROCEDÊNCIA** da presente representação.

3.2 Posto isso e diante do preceituado no art. 319, parágrafo único, inciso IV, da Res. TC 261/13, conclui-se, **opinando** por:

3.2.1 Acolher as justificativas apresentadas e afastar a responsabilidade do senhor **André Coelho Silva** conforme fundamentação constante dos itens 2.1 e 2.2 desta ITC.

3.3 Por fim, sugere-se que seja dada ciência aos interessados acerca do teor da decisão final a ser proferida, conforme preconiza o §3º¹, do artigo 91, da Resolução TC 182/2002 (Regimento Interno do TCEES).

Ante o exposto, obedecidos todos os trâmites processuais e legais, **em consonância com o entendimento da área técnica e do Ministério Público Especial de Contas**, VOTO no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte deliberação que submeto à sua consideração.

SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

Relator

1. ACÓRDÃO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão da Primeira Câmara, ante as razões expostas pelo Relator, em:

^[3] Art. 95. Encerrada a fase de instrução, a denúncia será submetida ao Plenário, que decidirá:
I - pela improcedência, quando não constatada ilegalidade ou irregularidade;

^[4] Art. 99. *omissis*

§2º. Aplicam-se à representação, no que couber, as normas relativas à denúncia.

¹ Art. 91. *omissis*.

[...]

§ 3º Em qualquer hipótese, após decisão final pelo Plenário, será dada ciência aos interessados.

1.1 Julgar improcedente a presente Representação, nos termos do art. 95, inc. I c/c art. 99, §2º, ambos da Lei Complementar 621/2012;

1.2 Dar ciência ao Representante do teor da decisão ao final a ser proferida nestes autos, nos termos do artigo 307, §7º da Resolução TC 261/2013;

1.3 Arquivar os presentes autos após o trânsito em julgado, nos termos do artigo 176, §3º, inciso II da Resolução TC 261/2013.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 20/11/2019 – 40ª Sessão Ordinária da Primeira Câmara.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Sebastião Carlos Ranna de Macedo (presidente/relator) e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

4.2 Conselheira substituta: Márcia Jaccoud Freitas (convocada).

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

Presidente

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

CONSELHEIRA SUBSTITUTA MÁRCIA JACCOUD FREITAS

Convocada

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS HERON CARLOS GOMES DE OLIVEIRA

Em substituição ao procurador-geral

LUCIRLENE SANTOS RIBAS

Secretária-adjunta das sessões