



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO  
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO  
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA CULTURA  
COORDENAÇÃO-GERAL JURÍDICA DE LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS  
ESPLANADA DOS MINISTÉRIOS, BLOCO B, 3º ANDAR

**PARECER n. 00629/2018/CONJUR-MINC/CGU/AGU**

**NUP: 01400.216517/2016-44**

**INTERESSADOS: SECRETARIA DE FOMENTO E INCENTIVO À CULTURA - SEFIC/MINC**

**ASSUNTOS: PLANOS, PROGRAMAS E PROJETOS DE TRABALHO**

EMENTA: Direito Administrativo. Inexigibilidade de licitação. Art. 25, da Lei n.º 8.666/1993. Atualização de versão e suporte técnico de *software* em favor do Ministério da Cultura. Possibilidade jurídica condicionada ao atendimento das recomendações.

## 1. RELATÓRIO

1. Trata-se de processo encaminhado a esta Consultoria Jurídica para análise e manifestação acerca possibilidade de contratação direta, por inexigibilidade de licitação (art. 25, inciso I, da Lei n.º 8.666/1993), da empresa Netmake Soluções em Informática Ltda., com vistas à atualização e suporte de licença de uso do *software ScriptCase* em favor do Ministério da Cultura, pelo período de 36 (trinta e seis) meses.

2. No que importa à presente análise, os autos foram instruídos com os seguintes documentos:

- o Parecer Técnico n.º 2/2018/SEFIC (Sei 0559729), por meio do qual a Secretaria de Fomento e Incentivo à Cultura se manifesta sobre os aspectos técnicos da contratação da atualização da versão do *software ScriptCase* e apresenta as respectivas justificativas, solicitando à Coordenação-Geral de Infraestrutura Tecnológica o prosseguimento do feito;
- o Ofício SEI n.º 6/2018/CGTEC/SGE/SE-MINC (Sei 0499433), por meio do qual a Coordenação-Geral de Infraestrutura Tecnológica do MinC solicitou da Secretaria de Tecnologia da Informação e Comunicação (SETIC) do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão orientações a respeito de como proceder em relação à contratação a ser feita, tendo em vista haver constatado, por ocasião do planejamento da contratação, "*a capacidade de atendimento da demanda da área requisitante por meio da solução de software livre MetaBase.*";
- o Ofício n.º 14971/2018-MP (Sei 0522619), por meio do qual o Departamento de Estruturação de Soluções e Serviços de Tecnologia e Comunicação (DETIC) do Ministério de Estado do Planejamento se manifestou no sentido de que os integrantes da Equipe de Planejamento da Contratação do MinC deverão entrar em consenso sobre a melhor estratégia a ser adotada para atendimento das necessidades da respectiva área demandante (opção entre atualizar o *software* já adquirido ou se valer do *software* livre Metabase), levando em conta os benefícios a serem alcançados com a solução escolhida, após análise comparativa entre as alternativas disponíveis, em termos de eficácia, eficiência, efetividade e economicidade;
- o Despacho n.º 0571067/2018 (Sei n.º 0571067), por meio do qual a Coordenação-Geral de Infraestrutura Tecnológica sugere que seja verificada a pertinência de atualização do DOD (Sei n.º [0262659](#)) já apresentado pela unidade demandante, levando em conta o Parecer Técnico 2 (SEI n.º [0559729](#)) e a manifestação do Ministério do Planejamento,

- Desenvolvimento e Gestão (SEI nº [0522619](#)), recomendando, ainda que fossem realizados "novos contatos com representantes do produto demandado no sentido de obter o maior número de propostas, comparar com outros contratos existentes, principalmente com a iniciativa pública, e dar prosseguimento com a aquisição";
- o Indicação do Integrante Técnico pelo Coordenador-Geral de Infraestrutura Tecnológica (Sei nº 0584627), informando que "as demandas objeto do Documento de Oficialização da Demanda (Sei nº [0262659](#)) encontram-se previstas na minuta de PDTIC a ser submetida ao Comitê de Governança Digital - CGD, ficando condicionada à aprovação daquele Comitê a continuidade do presente processo";
  - o Despacho nº 0585845/2018, por meio do qual o Coordenador de Licitações e Gestão de Contratos indica o integrante administrativo (Sei nº 0585845);
  - o Despacho do Subsecretário de Planejamento, Orçamento e Administração, aprovando o prosseguimento da presente contratação e instituindo a Equipe de Planejamento da Contratação (Sei 0587477);
  - o Certidão por meio da qual a Associação Brasileira das Empresas de Software (ABES) declara que a NetMake Soluções em Informática Ltda. é a única desenvolvedora e detentora exclusiva dos direitos autorais e de comercialização, suporte técnico e *upgrade* do software Scriptcase (Sei 0640495);
  - o Declaração do Sindicato das Empresas de Processamento de Dados de Pernambuco no sentido de que a NetMake Soluções em Informática Ltda. é a única que mantém os direitos de propriedade, comercialização, distribuição, instalação e treinamento do *software* Scriptcase (Sei 0640499);
  - o Contrato Social da empresa NetMake Soluções em Informática Ltda. (Sei 0640505);
  - o Atestado de capacidade técnica (Sei 0640508);
  - o Pesquisa no painel de preços (Sei 0642740)
  - o Notas fiscais emitidas pela empresa em virtude da atualização do *software* Scriptcase em favor da Câmara Municipal do Rio de Janeiro e do Município de Diadema/SP (Sei 0642743 e 0643566);
  - o Proposta da empresa Netmake Soluções em Informática Ltda. (Sei 0646436);
  - o Certidões de consultas ao SICAF, ao Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Ato de Improbidade Administrativa e Inelegibilidade do CNJ, à Lista de Inidôneos do TCU, ao CEIS e ao CADIN (Sei 0654050, 0654053 e 0654060);
  - o Declaração da empresa Netmake Soluções em Informática Ltda. para os fins do art. 27, inciso V, da Lei n.º 8.666/1993 e do art. 7º, inciso XXXIII, da Constituição Federal (Sei 0654539);
  - o Nota de Movimentação de Crédito no valor de R\$ 67.500,00 (Sei [0654526](#));
  - o Despacho nº 0654532/2018, por meio do qual a Coordenação-Geral de Planejamento, Orçamento, Finanças e Contabilidade atesta que "foi efetuada a descentralização orçamentária para a Unidade Gestora 420020 - CGTEC, mediante Nota de Crédito nº 594 ([0654526](#)), no valor de R\$ 67.500,00 (sessenta e sete mil e quinhentos reais), no Programa de Trabalho da Administração Direta - 13.122.2107.2000.0001 - Administração da Unidade, PTRES 110132." (Sei 0654532);
  - o Despacho nº 0654436/2018 (Sei 0654436), por meio do qual a Coordenação-Geral de Licitações, Contratos e Recursos Logísticos avalia que contratação não se enquadra na Instrução Normativa SLTI/MP nº 4, de 11 de setembro de 2014, tendo em vista o valor da contratação, concluindo, assim, que deverá ser aplicada a Instrução Normativa SEGES/MP nº 05/2017;
  - o Estudos Preliminares (Sei 0664731);
  - o Análise de Riscos (Sei 0673069);
  - o Projeto Básico (Sei 0673165);
  - o Lista de Verificação da AGU (Sei 0691245)
  - o Minuta de contrato (Sei 0691289);
  - o Despacho nº 0705562/2018, por meio do qual o Subsecretário de Planejamento, Orçamento e Administração encaminha os autos a esta Consultoria Jurídica, para análise e manifestação (Sei 0705562).

3. É o breve relatório. Passo à fundamentação.

## 2. ANÁLISE JURÍDICA

4. Preliminarmente, cumpre ressaltar que o exame do processo por parte desta Consultoria se dá nos termos da alínea “a” do inciso VI do art. 11 da Lei Complementar nº 73/93, bem como em atenção ao disposto no art. 38, parágrafo único, da Lei n.º 8.666/1993, subtraindo-se do âmbito da competência institucional deste órgão consultivo, delimitada em lei, análises que importem considerações de ordem técnica, financeira ou orçamentária. Sublinhe-se, ainda, que a apreciação ora empreendida cinge-se aos aspectos jurídicos-formais da contratação proposta.

### 2.1 Aplicação obrigatória da IN SLTI/MP n. 04/2014

5. Inicialmente, cumpre alertar o gestor público sobre as exigências constantes da Instrução Normativa SLTI/MP nº 04/2014, que dispõe sobre o processo de contratação de soluções de tecnologia da informação, especialmente no tocante à forma de planejamento para a contratação desse tipo de serviços.

6. Em seu art. 2º, inciso X, a referida Instrução Normativa define a Solução de Tecnologia da Informação, como o “conjunto de bens e/ou serviços de Tecnologia da Informação e automação que se integram para o alcance dos resultados pretendidos com a contratação”.

7. Ainda segundo a norma, as contratações de Soluções de Tecnologia da Informação deverão ser precedidas de planejamento, elaborado em harmonia com o Plano Diretor de Tecnologia da Informação - PDTI, alinhado à Estratégia Geral de Tecnologia da Informação e Comunicação - EGTIC do órgão ou entidade (art. 3º), de modo que o procedimento deverá seguir três fases, a saber: a) Planejamento da Contratação; b) Seleção do Fornecedor; e c) Gestão do Contrato (art. 8º).

8. Há que se observar, contudo, que, consoante o art. 1º, § 1º, inciso I, da IN SLTI/MP nº 04/2014, a instrução normativa não se aplica “às contratações cuja estimativa de preços seja inferior ao disposto no art. 23, inciso II, alínea “a” da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993”, isto é, ao limite de R\$ 176.000,00 (cento e setenta e seis mil reais), nos termos da redação conferida ao citado dispositivo da Lei n.º 8.666/1993 pelo Decreto n.º 9.412/2018.

9. E é exatamente essa a situação dos presentes autos, já que, nada obstante a área técnica tenha enquadrado o objeto da contratação como uma solução de TI (Documento de Oficialização da Demanda, Sei 0262659), o valor total da contratação que se pretende foi estimado em R\$ 67.500,00, conforme consta no item 9 do Projeto Básico, inferior, portanto, ao limite previsto na IN SLTI/MP nº 04/2014.

10. Assim, constata-se que a contratação em tela não se subsume, a princípio, aos ditames da IN SLTI/MP nº 04/2014. A despeito disso, a própria norma estabelece em seu art. 1º, § 2º, que “O art. 4º desta IN deverá ser sempre observado, mesmo nos casos enquadrados nos parágrafos anteriores deste artigo”, como o de que ora se cuida (art. 1º, § 1º).

11. O art. 4º da IN SLTI/MP nº 04/2014, a seu turno, prevê que:

Art. 4º As contratações de que trata esta IN deverão ser precedidas de planejamento, elaborado em harmonia com o Plano Diretor de Tecnologia da Informação - PDTI.

§ 1º O PDTI deverá estar alinhado à EGTIC e ao plano estratégico institucional e aprovado pelo Comitê de Tecnologia da Informação do órgão ou entidade. (Redação dada pela Instrução Normativa Nº 2, de 12 de janeiro de 2015)

§ 2º Inexistindo o PDTI, o órgão ou entidade deverá proceder à sua elaboração, observando, no que couber, o Guia de Elaboração de PDTI do SISP, acessível no Portal do SISP.

§ 3º Inexistindo o plano estratégico institucional, sua ausência deverá ser registrada no PDTI e deverá ser utilizado um documento equivalente, como o Plano Plurianual -PPA.

§ 4º O Comitê de Tecnologia da Informação declarará quais são os Serviços Estratégicos de Tecnologia da Informação e quais são as Soluções de Tecnologia da Informação que possam comprometer a segurança nacional para fins de atendimento ao disposto no § 1º do art. 1º desta IN.

§ 5º O disposto no parágrafo anterior deverá ser formalizado por meio de Portaria expedida pela autoridade máxima do órgão ou entidade.

§ 6º Não sendo o Comitê de Tecnologia da Informação de caráter deliberativo, as aprovações deverão ser feitas pela autoridade máxima do órgão ou entidade.

§ 7º Inexistindo o Comitê de Tecnologia da Informação, o órgão ou entidade deverá instituí-lo e dar-lhe pleno funcionamento, observando, no que couber, o Guia de Comitê de Tecnologia da Informação do SISP, acessível no Portal do SISP.

12. Em suma, ainda que não seja necessária, em hipóteses como as de que ora se cuida, a realização da fase de planejamento da contratação nos moldes detalhadamente estabelecidos nos arts. 9º a 25 da IN SLTI/MP n.º 04/2014, exige a Instrução Normativa que a contratação seja, de toda forma, precedida de planejamento elaborado em harmonia com o PDTIC, o qual deverá estar alinhado à EGTIC do órgão ou entidade e ao plano estratégico institucional, sendo aprovado pelo Comitê de Tecnologia da Informação do órgão ou entidade.

13. A relevância do planejamento estratégico, sobretudo das contratações na área de Tecnologia da Informação, é constantemente destacada pelo Tribunal de Contas da União, como forma de evitar irregularidades “*como a descrição insuficiente do que se quer adquirir (seja bem ou serviço) e a generalidade da definição dos requisitos técnicos do futuro fornecedor,*” além de “*estimativas de preço falhas que, se fossem feitas da maneira correta, diminuiriam bastante as chances de haver contratações ou reajustes contratuais com valores distorcidos, sem contar com a contenção de verdadeiras avalanches de impugnações e representações que entram as licitações e acabam encarecendo bens e produtos e chegando aos tribunais*” (Acórdão n.º 265/2010 – Plenário).

14. Portanto, considerando que o objeto a ser contratado tem natureza de solução de tecnologia da informação, recomenda-se que a Administração observe os requisitos e cuidados especiais previstos no art. 4º da Instrução Normativa SLTI/MP n.º 04/2014, certificando nos autos que o planejamento da contratação da solução de tecnologia em questão foi elaborado em harmonia com o PDTIC, bem assim que o PDTIC está alinhado à EGTIC da entidade e ao plano estratégico institucional, tendo sido aprovado pelo Comitê de Tecnologia da Informação da entidade.

15. Ademais, recomenda-se que a Administração atenda às orientações constantes da Portaria nº 20, de 14 de junho de 2016, do então Secretário de Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, nos seguintes termos:

Art. 1º As contratações de soluções de Tecnologia da Informação (TI) pelos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Administração dos Recursos de Tecnologia da Informação (SISP) devem:

I - ser precedidas por processo de planejamento específico alinhado ao Plano Diretor de Tecnologia da Informação e Comunicações (PDTIC) do órgão e aderente às políticas de aquisição, substituição e descarte de equipamentos constantes da Instrução Normativa SLTI/MP n.º 1, de 19 de janeiro de 2010, da Instrução Normativa SLTI/MP n.º 4, de 11 de setembro de 2014, e do Decreto n.º 99.658, de 30 de outubro de 1990;

II - observar as boas práticas, vedações e orientações constantes no sítio Orientações para Contratação de Soluções de TI, do Núcleo de Contratações de TI do SISP (NCTI) (<http://governoeletronico.gov.br/sisp-conteudo/nucleo-de-contratacoes-de-ti/orientacoes-de-ti>); e

III - considerar as planilhas sobre contratações de soluções de TI disponíveis no sítio Consulta Licitações de TI do NCTI (<http://governoeletronico.gov.br/sisp-conteudo/nucleo-de-contratacoes-de-ti/consulta-licitacoes-de-ti>) como referência para:

a) a especificação de Soluções de TI, adequando-as à satisfação de suas necessidades específicas; e

b) a estimativa de preço público.

16. Sem embargo disso, não se pode deixar de registrar o acerto da Coordenação-Geral de Licitações, Contratos e Recursos Logísticos ao concluir, no Despacho n.º 0654436/2018, pela aplicabilidade, à espécie, do disposto na Instrução Normativa SEGES/MP n.º 05/2017, inclusive, pois, no que toca à realização das etapas de planejamento da contratação estabelecidas na referida norma, no que couber, o que será avaliado ao longo do presente parecer.

## **2.2 Limites de contratação previstos no Decreto nº 7.689/2012**

17. No âmbito do Poder Executivo Federal, o Decreto n.º 7.689/2012, com a redação conferida pelo novel Decreto n.º 9.533/2018, estabeleceu limites e instâncias de governança para a contratação de bens e serviços e para a realização de gastos com diárias e passagens, aplicáveis aos órgãos, entidades e fundos do

Poder Executivo Federal integrantes do Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social, donde se destaca a previsão contida em seu artigo 2º:

Art. 2º. A celebração de novos contratos administrativos e a prorrogação dos contratos administrativos em vigor relativos a atividades de custeio serão autorizadas por ato do Ministro de Estado ou do titular de órgão diretamente subordinado ao Presidente da República.

§ 1º Para os contratos com valor igual ou superior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), a competência de que trata o **caput** poderá ser delegada às seguintes autoridades, vedada a subdelegação:

I - titulares de cargos de natureza especial;

II - dirigentes máximos das unidades diretamente subordinadas aos Ministros de Estado;  
e

III - dirigentes máximos das entidades vinculadas.

§ 2º Para os contratos com valor inferior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), a competência de que trata o **caput** poderá ser delegada aos subsecretários de planejamento, orçamento e administração ou à autoridade equivalente, vedada a subdelegação, ressalvada, neste caso, a subdelegação a que se refere o § 3º.

§ 3º Para os contratos com valor igual ou inferior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), a competência de que trata o **caput** poderá ser delegada ou subdelegada aos coordenadores ou aos chefes das unidades administrativas dos órgãos ou das entidades.

§ 4º O Ministro de Estado do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão poderá alterar ou atualizar, a qualquer tempo, os valores estabelecidos nos § 1º, § 2º e § 3º.” (NR)

18. Por sua vez, a Portaria/MP nº 249, de 13 de junho de 2012 estabeleceu normas complementares para o cumprimento do mencionado Decreto, prevendo em seu artigo 3º que as atividades de custeio decorrem de contratações diretamente relacionadas às atividades comuns a todos os órgãos e entidades, que apoiam o desempenho de suas atividades institucionais, tais como fornecimento de combustíveis, energia elétrica, água, esgoto e serviços de telecomunicação; atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, **informática**, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações, dentre outras.

19. Dessa forma, compete à Administração certificar-se sobre a natureza da atividade a ser contratada, adotando as providências necessárias com vistas a trazer oportunamente aos autos, observado o art. 4º, § 1º, da Portaria/MP n.º 409/2012, a autorização necessária para a contratação pretendida, concedida pela autoridade competente, nos termos do art. 2º, do Decreto n.º 7.689/2012 c/c o art. 1º, inciso IV, da Portaria/MinC n.º 46, de 11 de abril de 2018.

### 2.3 Inexigibilidade de licitação – enquadramento legal

20. Conquanto a vigente Constituição Federal tenha acolhido a presunção de que a prévia licitação produz a melhor contratação – assim entendida como aquela que assegura a maior vantagem possível à Administração Pública, com observância do princípio da isonomia –, o próprio texto constitucional, em seu art. 37, inciso XXI, se encarregou de limitar tal presunção, facultando a contratação direta nos casos previstos em lei.

21. Dá-se, pois, a inexigibilidade de licitação quando for inviável a competição. O conceito de inviabilidade de competição não foi explicitado pela lei, sendo certo que todas as situações que a caracterizarem podem propiciar a ausência de licitação e a contratação direta. A lei remete à verificação das circunstâncias de fato, reconhecendo, implicitamente, a impossibilidade de prévio e exaustivo elenco.

22. Nesse passo, veio a lume a Lei nº 8.666/93, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, dispondo em seu art. 25, *in verbis*:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou

o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

23. Quanto ao enquadramento legal da pretendida contratação, verifica-se que a Administração, no item 11.2 do Projeto Básico, posicionou-se no sentido de que "*Diante da situação de fornecedor exclusivo, que configura a inviabilidade de competição, será utilizada a inexigibilidade da licitação na forma do artigo 25, inciso I, da lei 8.666/93*".

24. De plano, afasta-se, realmente, a incidência dos incisos II e III do art. 25 acima transcrito, uma vez que não se está diante de contratação de profissional artístico, tampouco houve caracterização de um serviço técnico de natureza singular.

25. Em que pese a instrução do processo de contratação direta tenha se fundamentado apenas na apresentação do atestado de exclusividade do fornecedor, o que induziria à hipótese do art. 25, inciso I, da Lei n.º 8.666/1993, parece-nos não estar clara nos autos a natureza do objeto a ser contratado, isto é, se a solução de tecnologia da informação a ser contratada consiste na execução de serviços, ou, apenas, na realização de uma compra de nova licença de uso de *software*.

26. A esse respeito, impende notar o teor da Orientação Normativa n.º 15/2009, da Advocacia Geral da União, segundo a qual "*A contratação direta com fundamento na inexigibilidade prevista no art. 25, inc. I, da Lei n.º 8.666, de 1993, é restrita aos casos de compras, não podendo abranger serviços*".

27. Com efeito, o objeto do contrato foi descrito no item 1.1 do Projeto Básico como sendo a "*Contratação de empresa especializada em tecnologia da informação para renovação, atualização, garantia e suporte de licença do software Scriptcase*".

28. Constam do item 4 do Projeto Básico as seguintes especificações técnicas da solução a ser contratada, que parecem denotar a natureza de uma contratação de serviços, *in verbis*:

#### 4. ESPECIFICAÇÃO TÉCNICA

##### 4.1 Entende-se por Suporte Técnico e Manutenção:

a) Assessoramento que envolva a transmissão de conhecimentos indispensáveis ao perfeito uso do produto;

b) Correção de erros do software licenciado;

c) Atualização para a versão mais recente do *software*.

##### 4.2 Entende-se como atualização de versão do *software* (*upgrades*) e atualizações (*releases*):

a) Fornecimento de versões atualizadas e de todos os manuais e literatura técnica pertinente;

b) Apoio técnico através de e-mail, telefone e on-site no período de implantação de novas versões, tendo em vista eventual conversão de aplicações e dados decorrentes de novos dispositivos ou componentes introduzidos nas novas versões;

c) Compatibilização com a plataforma de software utilizada no MinC, seja em máquinas servidoras, onde se encontra o controle das licenças, seja em máquinas clientes.

29. No Parecer Técnico n.º 2/2018/SEFIC, a Secretaria de Fomento e Incentivo à Cultura deixa claro que a licença do *software Scriptcase* fora adquirida pelo Ministério da Cultura em 2005, sendo necessária, já agora, a atualização e suporte das licenças de propriedade do MinC, nos seguintes termos:

2.1 Em dezembro de 2005, o MinC adquiriu o direito de uso do software por meio do Processo 01400.17833/2005-82, que tinha como objeto a cessão de direito de uso de software de desenvolvimento web (05 licenças de uso ScriptCase Enterprise), Implantação, Suporte técnico e treinamento, correspondente a Nota Fiscal 637 de 29/12/2005 e Nota de Empenho 2005NE900739 de 23/12/2005. A escolha do software ScriptCase se deu por ser uma ferramenta que oferece grande produtividade na programação web por meio da facilidade de sua interface e da riqueza de seus recursos de desenvolvimento.

2.2 Num segundo momento, em 2006, ocorreu a primeira atualização, que tinha como objeto a migração da modalidade Enterprise para Diamante, que consiste na licença de uso de software de desenvolvimento de aplicações web para ilimitado número de desenvolvedores simultâneos, correspondente a Nota Fiscal 1112 de 05/12/2006 e Nota de Empenho 2006NE9008, podendo ser utilizado por todos os usuários da Rede MinC.

[...]

9.1 Isto posto, com a urgência que o caso requer, visando a continuidade dos bons serviços prestados à sociedade, solicita-se a SGE/CGTEC providenciar a atualização do software ScriptCase para versão atual, com direito a upgrade e update por três anos (36 meses), com o objetivo de permitir a evolução, o desenvolvimento e a manutenção dos subsistemas Salic Comparar e Salic Gerencial, entre outros que se fizerem necessários.

30. O item 5 do Projeto Básico, por sua vez, fala em "*recebimento da licença de software*" (item 5.2) e estabelece que "*O objeto deve ser entregue no prazo máximo de 10 (dez) dias úteis da solicitação formal feita pelo Ministério da Cultura*" (item 5.1), parecendo atribuir uma natureza de compra ao objeto. Já no item 5.3, menciona, lado outro, a realização de serviços, ao prever que "*O início da prestação de serviços de suporte e atualizações (upgrade) se dará por 36 (trinta e seis) meses a partir da data de efetiva entrega do produto.*".

31. A nosso ver, para que seja feito o devido enquadramento da situação narrada ao art. 25 da Lei n.º 8.666/1993, mostra-se necessário que a Administração esclareça nos autos se a pretendida atualização da versão do software ScriptCase equivale à aquisição de nova licença de uso do software, em sua versão atualizada, acompanhada dos serviços acessórios de suporte, manutenção e upgrade, a ser desenvolvida pelo período de 36 meses, ou se o caso se limita à prestação de serviços pela empresa a ser contratada, relativos às licenças de uso já adquiridas pelo MinC.

32. A proposta ofertada pela empresa, inclusive, parece denotar que a renovação/atualização da licença já adquirida pelo MinC consiste na compra de "*Licença completa do software ScriptCase com conexão para todos os bancos de dados para um número ILIMITADO de desenvolvedores simultâneos com suporte, manutenção e upgrade pelo período de 36 meses*".

33. Oportuno destacar, nesse ponto, o disposto no art. 9º, *caput*, da Lei n.º 9.609/1998, segundo o qual "O uso de programa de computador no País será objeto de contrato de licença".

34. Consoante o art. 8º, *caput*, da Lei n.º 9.609/1998, inclusive, "*Aquele que comercializar programa de computador, quer seja titular dos direitos do programa, quer seja titular dos direitos de comercialização, fica obrigado, no território nacional, durante o prazo de validade técnica da respectiva versão, a assegurar aos respectivos usuários a prestação de serviços técnicos complementares relativos ao adequado funcionamento do programa, consideradas as suas especificações*". Em outras palavras, a empresa que comercializa o *software* deve garantir a funcionalidade do programa durante o respectivo prazo de validade técnica da versão, prestando ao usuário os serviços técnicos complementares necessários para tanto.

35. Observe-se que a prestação desses serviços, decorrente da própria garantia dos produtos comercializados, consiste em obrigação acessória do fornecedor, não configurando o objeto em si do contrato de licença de uso de *software*.

36. Sendo assim, deve a Administração se pronunciar conclusivamente sobre a natureza do objeto a ser contratado, é dizer, se consiste em nova compra de licença de uso do software ScriptCase, acompanhada dos serviços de suporte, manutenção e upgrade pelo período de 36 meses, ou se o caso se limita à prestação de serviços de atualização, suporte e manutenção da licença anteriormente adquirida pelo MinC pelo referido período. No primeiro caso, a situação realmente se amoldará ao inciso I do art. 25 da Lei n.º 8.666/1993, ao passo que, na segunda hipótese, o enquadramento da contratação deverá ser feito no caput do art. 25 da Lei n.º 8.666/1993, o que deverá ser analisado pela Administração.

37. De todo modo, para o enquadramento legal da situação concreta ao art. 25 da Lei n.º 8.666/1993, seja no respectivo *caput* ou em seu inciso I, necessário se faz demonstrar a inviabilidade de competição, seja pela ausência de pluralidade de sujeitos em condições de contratação, seja pelas características e peculiaridades do objeto pretendido pela Administração.

38. Sobre o assunto, pronunciou-se a Equipe de Planejamento da Contratação, no item 11 do Projeto Básico, nos seguintes termos:

11.1 O Scriptcase é um software brasileiro, de propriedade da empresa Netmake Soluções em Informática Ltda. Ficou comprovado, por certidão emitida e validada pela Associação Brasileira das Empresas de Software (ABES), que a empresa é a única desenvolvedora e detentora dos direitos autorais e de comercialização, suporte técnico e



upgrade, autorizada a comercializar com exclusividade em todo o território nacional o programa/produto (software) Scriptcase destinado ao desenvolvimento de sistema Web.

11.2 Diante da situação de fornecedor exclusivo, que configura a inviabilidade de competição, será utilizada a inexigibilidade da licitação na forma do artigo 25, inciso I, da lei 8.666/93:

39. Fora trazida aos autos, assim, para justificar a contratação da referida empresa por meio de inexigibilidade de licitação, certidão por meio da qual a Associação Brasileira das Empresas de *Software* (ABES) declara que a NetMake Soluções em Informática Ltda. é a única desenvolvedora e detentora exclusiva dos direitos autorais e de comercialização, suporte técnico e *upgrade* do *software Scriptcase*, além da Declaração do Sindicato das Empresas de Processamento de Dados de Pernambuco no sentido de que a NetMake Soluções em Informática Ltda. é mantém, com exclusividade, os direitos de propriedade, comercialização, distribuição, instalação e treinamento do *software Scriptcase*.

40. Sobre a comprovação da exclusividade da empresa quanto à comercialização e prestação de serviços relativos ao *software* em questão, deve-se considerar que, de acordo com a Orientação Normativa n.º 16, expedida pelo Advogado-Geral da União, “Compete à Administração averiguar a veracidade do atestado de exclusividade apresentado nos termos do art. 25, inc. I, da lei n.º 8.666, de 1993”.

41. Igualmente, a Súmula n.º 255 do Tribunal de Contas da União (TCU) dispõe que “Nas contratações em que o objeto só possa ser fornecido por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, é dever do agente público responsável pela contratação a adoção das providências necessárias para confirmar a veracidade da documentação comprobatória da condição de exclusividade”.

42. Aplicando o entendimento sumulado, a Corte de Contas, no Acórdão n.º 207/2011-Plenário, considerou que a apresentação de “carta de exclusividade” quanto ao fornecimento de materiais ou à prestação de serviços, por si só, não é apta a comprovar que a empresa é, de fato, fornecedora exclusiva de um dado produto ou serviço, razão pela qual a Administração deve sempre adotar medidas cautelares com vistas a assegurar a veracidade das declarações prestadas pelos órgãos emitentes. Nesse sentido, confira-se:

**O documento “carta de exclusividade”, per si, é insuficiente para demonstrar que a empresa que o apresenta é fornecedora exclusiva de determinado produto**

Mediante recurso de revisão, o Ministério Público junto ao TCU – (MPTCU) pediu a reabertura das contas anuais, do exercício de 2002, da então Delegacia Federal de Agricultura do Estado do Tocantins – (DFA/TO). As contas do órgão tinham sido julgadas regulares com ressalvas, com quitação aos respectivos responsáveis e devidas determinações. O presente recurso, então, deveu-se a diversas possíveis irregularidades praticadas na execução do Contrato n.º 3/2002, firmado entre a DFA/TO e a Fundação de Apoio a Recursos Genéticos e Biotecnologia ‘Dalmo Catuali Giacometti’, e que visava, dentre outras ações, à disponibilização do Sistema de Pragas Nacionais de Valor Econômico – SPNVE para o órgão, a fim de possibilitar a manutenção e atualização em tempo real de banco de dados contendo informações sobre produtos fitossanitários registrados no Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento – (MAPA). Uma das irregularidades motivadoras do mencionado recurso de revisão fora a inexigibilidade de licitação fundamentada no art. 25, inciso I, da Lei n.º 8.666/1993, sem a efetiva demonstração que a contratada era fornecedora exclusiva, uma vez que a declaração de exclusividade fornecida pela Federação das Associações Comerciais e Industriais do Distrito Federal baseou-se em informações prestadas pela própria Fundação Dalmo Catuali Giacometti’ e em Carta de Exclusividade emitida pela contratada, na qual afirmava que a instituição, e a Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária – Embrapa, seriam as únicas autorizadas a comercializar o SPNVE e outros produtos junto aos órgãos públicos e entidades de direito privado. Ao examinar o assunto, o relator, após a oitiva do responsável, destacou não restar demonstrado que a contratada era, efetivamente, fornecedora exclusiva, pois, para ele, fora apresentada “apenas uma carta de exclusividade, emitida pela Federação das Associações Comerciais e Industriais do Distrito Federal, e elaborada a partir de uma declaração da própria Fundação contratada”. Aduz, ainda, o relator que “a jurisprudência deste Tribunal tem se posicionado no sentido de que o órgão licitante, quando do recebimento de atestados de exclusividade de fornecimento de materiais ou serviços, deve adotar medidas cautelares visando assegurar a veracidade das declarações prestadas pelos órgãos emitentes. Como não há relatos de tais medidas, a declaração não se presta para



atestar a exclusividade da empresa”. Assim, neste ponto, votou pela rejeição das justificativas apresentadas, bem como pela aplicação de multa ao responsável, o que foi acolhido pelo Plenário. Precedente citado: Decisão nº 047/1995, do Plenário. *Acórdão n.º 207/2011-Plenário, TC-007.254/2003-9, rel. Min. Augusto Nardes, 02.02.2011. Inf. 49.*

43. Assim, tendo em vista o teor da Orientação Normativa AGU n.º 16 e da Súmula TCU n.º 255, recomenda-se que a Administração, previamente à contratação, e como condição para tanto, adote providências no sentido de averiguar e confirmar nos autos a veracidade da certidão e da declaração de exclusividade acima citadas, medidas essas cuja adoção, salvo melhor juízo, não se verifica nestes autos. Sugere-se, inclusive, que a Administração diligencie, caso assim entenda, obter a comprovação dos registros de direito exclusivo de desenvolvimento, comercialização, suporte e atualização do software ScriptCase pela empresa Netmake Soluções em Informática Ltda. junto ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI.

44. Destaca-se a título exemplificativo, que a Administração pode se valer das seguintes providências para aferir a veracidade das referidas declarações, a saber (NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 102/103):

Sugere-se aos agentes administrativos valerem-se de pareceres técnicos de especialistas, sobretudo de acadêmicos que não tenham qualquer interesse na contratação. Esses especialistas, que conhecem a área ou segmento relacionado ao objeto do contrato, normalmente têm condições de afirmar se o produto que se pretende contratar por meio de inexigibilidade de licitação realmente é exclusivo ou não.

É interessante, também, consultar outras entidades administrativas que atuam no mesmo segmento, requerendo a indicação, se houver, de outros produtos que visem à utilidade pretendida pela Administração. A declaração de entidades administrativas de que não conhecem outro produto análogo presta-se a corroborar a caracterização da exclusividade.

Na mesma linha, recomenda-se instruir o processo com cópia de extratos de inexigibilidade e pareceres de outras contratações do mesmo objeto com inexigibilidade realizada por outras entidades administrativas. Ora, se outras entidades administrativas também contrataram por meio de inexigibilidade, é porque o fornecedor, na avaliação delas, era exclusivo. Isso também corrobora a caracterização da exclusividade.

E, enfim, os agentes administrativos devem ir ao mercado, baixar diligência junto a outros possíveis fornecedores, realizando, se for o caso, visitas. Tudo para verificar a exclusividade do fornecedor que se pretende contratar por intermédio da inexigibilidade prevista no inciso I do art. 25 da Lei n.º 8.666/93.

45. Releva notar, ainda, que, para o enquadramento no art. 25 da Lei n.º 8.666/1993, a escolha do contratado tido como exclusivo deve ser decorrente da identificação de que a solução técnica por ele apresentada é a única que atende às necessidades da Administração, ou seja, de que o objeto a ser adquirido ostenta a nota indispensável da singularidade.

46. A respeito do tema, convém trazer à baila os ensinamentos de Marçal Justen Filho (in *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2008. P. 342/343):

De modo geral, poderia dizer-se que a inviabilidade de competição apenas ocorre em casos em que a necessidade estatal apresenta peculiaridades e anomalias. Quando o interesse estatal puder ser satisfeito por uma prestação padrão, desvestida de alguma peculiaridade, a competição será possível e haverá licitação.

Deve destacar-se, portanto, que a inviabilidade de competição ocorre em casos em que a necessidade estatal apresenta peculiaridades que escampam aos padrões de normalidade. A disputa entre particulares por contratos administrativos retrata peculiaridades do mercado, apto a atender satisfatoriamente as necessidades usuais, costumeiras, padronizadas. Assim, como regra, é impensável inexigibilidade para aquisição de folhas de papel para fotocopadora. Trata-se de produto disponível no mercado, que não possui maior especialidade. A questão muda de figura quando a Administração Pública necessitar prestações que escapam da normalidade. Nesses casos é que surgirá a inviabilidade de competição.

Isso permite afirmar que a inviabilidade de competição é uma característica do universo extranormativo, mas resultante da peculiaridade da necessidade a ser satisfeita pelo

contrato administrativo. Essa circunstância permite compreender a expressão “objeto singular”, que consta do inc. II do art. 25. Embora conste apenas desse dispositivo, nada impede a generalização do conceito para todos os casos de inexigibilidade. Em todos os casos de inviabilidade de competição, há um objeto singular. A singularidade consiste na impossibilidade de encontrar o objeto que satisfaz o interesse sob tutela estatal dentro de um gênero padronizado, com categoria homogênea. Objeto singular é aquele que poderia ser qualificado como “infungível”, para valer-se de categoria da Teoria Geral do Direito. São infungíveis os objetos que não podem ser substituídos por outros de mesma espécie, qualidade e quantidade. Um objeto singular se caracteriza quando é relevante para a Administração Pública a identidade específica do objeto, sendo impossível sua substituição por “equivalente”.

Ocorre que a singularidade do objeto nada mais reflete do que a singularidade do próprio interesse estatal a ser atendido. Ou seja, um certo objeto não pode ser substituído por outro, para fins de contratação administrativa, por ser ele o único adequado a atender a necessidade estatal ou pela impossibilidade de satisfação das necessidades coletivas de modo equivalente, por meio de outro objeto.

47. Evidente, pois, que, quanto à configuração da exclusividade no fornecimento ou prestação de serviços, esta não se limita à pessoa do fornecedor ou prestador, mas, também, ao próprio objeto a ser contratado, devendo este, à exclusão de qualquer outro, ser o único capaz de atender às necessidades da Administração. Só assim restará configurada a inviabilidade de competição.

48. Em outras palavras, haverá a inviabilidade de competição, com a consequente inexigibilidade de licitação, quando houver a constatação de que apenas uma solução técnica atende às necessidades da Administração, bem assim que essa solução, para fins do art. 25 da Lei n.º 8.666/93, é fornecida ou executada por produtor ou empresa exclusivos.

49. Exatamente nesse sentido se mostra a jurisprudência do TCU, como se infere das seguintes decisões:

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 n.º 8.666/93 e ao Acórdão n.º 822/2005 e 723/2005 - TCU - Plenário; (Acórdão n.º 3.645/2008 – 2ª Câmara)

O enquadramento em situação de inexigibilidade de licitação, prevista no Estatuto de Licitações e contratos – Lei n.º 8.666/93, art. 25, “caput” – exige inviabilidade de competição, sendo que o caso especial previsto no inciso I do mesmo artigo só se configura se comprovado não apenas que determinado material, equipamento ou gênero só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo – vedada a preferência de marca – mas também que inexistem produtos similares capazes de atender às necessidades do serviço. (Decisão n.º 325/93 – Plenário)

50. Destarte, faz-se imperioso que a Administração justifique nos autos a opção pela aquisição/renovação/atualização das licenças de uso do *software ScriptCase*, ante singularidades não encontradas em outros programas eventualmente disponíveis no mercado, ou seja, qualidades específicas do *software* diante dos quais não se recomendaria a instauração de procedimento licitatório, dada a especificidade da necessidade pública a ser suprida. Recomenda-se, inclusive, que seja feita a necessária correlação entre essas funcionalidades específicas do programa cuja licença de uso será adquirida/renovada/atualizada e os objetivos e necessidades administrativas do Ministério da Cultura a serem satisfeitas por meio da contratação que se pretende.

51. Em suma, para que possa estar configurada a hipótese de inexigibilidade de licitação, a Administração deve, necessariamente, (i) definir, com exatidão, a utilidade pretendida; (ii) analisar como esse bem é fornecido ou o serviço é prestado no mercado (soluções disponíveis no mercado); (iii) identificar as empresas que forneçam o bem ou prestem o serviço conforme demandado; (iv) avaliar a possibilidade de competição (seleção da proposta mais vantajosa) entre essas empresas. Entretanto, não se vislumbram nos autos nenhum desses elementos.

52. Por exemplo, não há informação sobre a existência ou não de outras soluções disponíveis no mercado quanto ao serviço desejado, se existem no mercado opções de *softwares* livres com o mesmo conteúdo ou com conteúdo que atenda a necessidade pública, se é vantajoso economicamente a renovação da licença ou a aquisição de um novo pacote, entre outras possibilidades, não estando devidamente justificada a opção pela aquisição/renovação/atualização do *software ScriptCase* em detrimento de outras soluções similares eventualmente existentes.

53. Registre-se, inclusive, que a Subsecretaria de Gestão Estratégica do MinC, por meio do Ofício SEI nº 6/2018/CGTEC/SGE/SE-MINC, afirmou haver constatado, por ocasião do planejamento da contratação, "a capacidade de atendimento da demanda da área requisitante por meio da solução de *software livre MetaBase*", informando que:

Por oportuno, informo que a solução de *software livre* supracitada já tem sido utilizada por outras áreas do Ministério da Cultura e tem atendido às expectativas. Além disso, a área de Tecnologia da Informação vinculada a esta Subsecretaria tem procurado capacitar todos os interessados na utilização da ferramenta de modo a minimizar qualquer dificuldade, além de colocar à disposição dos usuários deste Ministério o serviço de geração de *dashboards*.

No entanto, a área requisitante solicita a continuidade do processo de aquisição da licença do *software* proprietário *ScriptCase*, que seria justificada pela dificuldade de adaptação à nova solução por aquela área no curto prazo.

54. A despeito disso, não consta dos autos, salvo melhor juízo, qualquer menção outra à existência do *software livre MetaBase*, tampouco a comparação entre suas funcionalidades e as funcionalidades do *ScriptCase* no tocante ao atendimento das necessidades administrativas, o que reforça a necessidade de se aprimorar a instrução dos autos quanto à motivação da singularidade do objeto.

55. A certidão emitida pela ABES e a declaração do Sindicato das Empresas de Processamento de Dados de Pernambuco, por sua vez, não se mostram suficientes para tanto, pois servem apenas, em tese, para comprovar que a empresa detém os direitos de desenvolvimento, comercialização, atualização e suporte do *software* indicado pela Administração e com quem, em razão desse atestado, deveria ser firmado o contrato. Não foi justificada, entretanto, a solução adotada como um todo, ou seja, não há demonstração de que a melhor maneira de atendimento ao interesse público é a utilização do *software* em questão. Não constam dos autos os estudos ou avaliações feitos pela Administração para se chegar à conclusão de que somente aquele *software* específico - e só ele - atende à demanda.

56. Como se trata de possível aquisição/renovação/atualização de licença já utilizada pelo MinC, importante destacar a orientação do Tribunal de Contas da União no Acórdão 822/2007-Plenário:

Proceda à contratação por inexigibilidade de licitação de *software* já em uso, somente quando restar comprovado ser econômica e operacionalmente desvantajosa a aquisição de novo *software* no mercado por licitação, com fundamento no art. 25, inciso I, da Lei nº 8.666/1993.

57. Portanto, a contratação direta dos bens/serviços objeto do presente processo só será possível se não houver no mercado outros *softwares* adequados para o atendimento da necessidade pública. Reforça-se, assim, que não basta a comprovação de que a empresa NetMake Soluções em Informática Ltda. é a única fornecedora do *software ScriptCase*, mas sim que esse *software* é o único capaz de atender a necessidade da Administração.

58. Dessa forma, conclui-se que, uma vez atendidas as recomendações supra e demonstrada nos autos, indubitavelmente, a exclusividade no fornecimento/renovação/atualização do *software* e/ou da prestação dos serviços em tela por parte da empresa NetMake Soluções em Informática Ltda., bem assim a singularidade do *software ScriptCase* em face das necessidades do Ministério da Cultura, a Administração poderá dar seguimento às providências administrativas com vistas a pretendida contratação direta, nos moldes do art. 25 (*caput* ou inciso I) da Lei n.º 8.666/1993, observando-se, ainda, as considerações desta Consultoria delineadas nos tópicos a seguir.

## 2.4 Requisitos do procedimento de inexigibilidade de licitação

59. Como se sabe, o procedimento de inexigibilidade de licitação, sob o ponto de vista formal, deverá atender aos seguintes requisitos, conforme previsão constante no art. 26 da Lei n. 8.666/1993, *in verbis*:

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:

I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

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.

60. Em hipóteses tais, entende o TCU (*Licitações e Contratos. Orientações e jurisprudência do TCU*. 4ª edição, revista, atualizada e ampliada. p. 634/635), inclusive, que devem ser satisfeitas as seguintes condições para a inexigibilidade de licitação, a saber:

Processo administrativo de contratação direta será instruído com os elementos previstos no art. 26 da Lei no 8.666/1993, sendo dispensa de licitação, com base nos incisos III e seguintes do art. 24 e **inexigibilidade de licitação, com amparo no art. 25**, observados os passos a seguir:

1. **solicitação do material ou serviço, com descrição clara do objeto;**

2. **justificativa da necessidade do objeto;**

3. caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, se for o caso;

4. **elaboração da especificação do objeto e**, nas hipóteses de aquisição de material, das unidades e quantidades a serem adquiridas;

5. **elaboração de projetos básico e executivo para obras e serviços, no que couber;**

6. **indicação dos recursos para a cobertura da despesa;**

7. **razões da escolha do fornecedor do bem, executante da obra ou prestador do serviço;**

8. **juntada aos autos do original da(s) proposta(s);**

9. **juntada aos autos do original ou cópia autenticada ou conferida com o original dos documentos de habilitação exigidos;**

- os documentos de habilitação quanto às informações disponibilizadas em sistema informatizado, desde que o registro tenha sido feito em obediência ao disposto na Lei nº 8.666/1993;

- nesse caso, deverá ser juntada aos autos cópia do certificado, com as informações respectivas;

10. **declaração de exclusividade, quanto à inexigibilidade de licitação, fornecida pelo registro do comércio do local onde será realizada a contratação de bens, obras ou serviços, ou pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou ainda por entidades equivalentes;**

11. **justificativa das situações de dispensa ou de inexigibilidade de licitação, acompanhadas dos elementos necessários que as caracterizem, conforme o caso;**

12. **justificativa do preço;**

13. pareceres técnicos e/ou jurídicos;

14. se for o caso, documento de aprovação dos projetos de pesquisa para os quais os bens serão alocados;

15. inclusão de quaisquer outros documentos necessários à caracterização da contratação direta;

16. **autorização do ordenador de despesa;**

17. **comunicação à autoridade superior, no prazo de três dias, da dispensa ou da situação de inexigibilidade de licitação;**

18. **ratificação e publicação da dispensa ou da inexigibilidade de licitação na**

**imprensa oficial, no prazo de cinco dias, a contar do recebimento do processo pela autoridade superior;**

**19. emissão da nota de empenho respectiva;**

**20. assinatura do contrato ou retirada da carta-contrato, nota de empenho, autorização de compra ou ordem de execução do serviço, quando for o caso.**

61. Passaremos, pois, à análise acerca do atendimento dos requisitos acima postos, ressaltando, de logo, não se aplicam ao caso as exigências constantes nos itens 3 e 14 da relação acima transcrita.

62. Quanto aos itens 02, 07, 10 e 11, entende-se que a demonstração da exclusividade no fornecimento da solução e/ou da prestação dos serviços correlatos, bem como da singularidade do objeto para o Ministério da Cultura, incluem a justificativa da necessidade do objeto, as razões da escolha do prestador do serviço e a justificativa da situação de inexigibilidade de licitação, razão pela qual, nesse ponto, devem ser adotadas as providências já recomendadas ao longo deste parecer, não sendo necessário repetir as sugestões formuladas.

63. No tocante aos itens 1 e 4, constam no processo o Documento de Formalização da Demanda pelo setor requisitante do serviço (Sei 0262659), tendo sido especificada na proposta da empresa e nos documentos de planejamento da contratação a descrição do objeto. Nesse ponto, considerando que o documento para formalização da demanda foi emitido em 04/12/2017, registrando, inclusive, que "*A atualização de versão do software ScriptCase foi aprovada pelo Comitê Estratégico de TI e consta no Plano Diretor de Tecnologia da Informação e Comunicação – PDTI do Ministério da Cultura 2015–2017, e também foi referendada na 1ª Reunião Ordinária do Comitê de Governança Digital – CGD, realizada em 11/04/2017*", entende-se pertinente que seja atualizado pela área demandante o referido documento, como já havia sido solicitado, aliás, pela Coordenação-Geral de Infraestrutura Tecnológica, por meio do Despacho nº 0571067/2018.

64. No tocante ao item 8, verifica-se que consta nos autos a proposta de preços apresentada pela empresa NetMake Soluções em Informática Ltda. ao Ministério da Cultura, por meio da Carta Proposta CPSP 02082018-mc01, de 02 de agosto de 2018, com prazo de validade de 90 (noventa) dias.

65. Quanto à exigência constante do item 5, é possível verificar que consta nos autos, dentre os documentos relativos ao planejamento da contratação, o indispensável Projeto Básico. Observa-se, entretanto, que esse instrumento não foi devidamente aprovado pela autoridade competente, o que demanda providências nesse sentido. A aprovação deve ser feita de forma motivada, o que pode ocorrer no mesmo despacho de autorização da inexigibilidade de licitação.

66. Nesse ponto, não é demais registrar, ainda, que, consoante o §1º do art. 20 da IN SEGES/MP n.º 05/2017, "*As situações que ensejam a dispensa ou inexigibilidade da licitação exigem o cumprimento das etapas do Planejamento da Contratação, no que couber.*" Constata-se que tal disposição normativa foi devidamente atendida pela Administração, eis que foram trazidos ao feito, além do Documento de Formalização da Demanda e do Projeto Básico, já mencionados, os Estudos Preliminares e o Mapa de Riscos, em consonância com o art. 20, incisos I a III da IN SEGES/MP n.º 05/2017. Por se tratar de documentos de conteúdo eminentemente técnico, é necessário que os setores competentes se certifiquem de que foram elaborados com base nos requisitos constantes na referida Instrução Normativa.

67. No tocante ao Projeto Básico, releva apontar que o seu item 10 classifica o objeto da contratação, conforme a respectiva indicação do CATSER, como "*Cessão temporária de direitos sobre programas de computador - Locação de Software* Descrição detalhada do serviço: *Cessão temporária de direitos de software / programa de computador - Locação de Software. Compreende a transferência, total ou parcial, de titularidade por tempo estipulado em contrato ou pelo prazo máximo de cinco anos na hipótese de não haver estipulação contratual escrita*".

68. Todavia, consta dos autos, mais especificamente da Cláusula Terceira do Contrato n.º 36/2006, firmado entre o MinC e a empresa NetMake (processo n.º [01400.011809/2006-11](#)), que o produto objeto do referido ajuste consistia na "*Migração da Modalidade ENTERPRISE OURO para ENTERPRISE DIAMANTE - licença de uso por tempo indeterminado (permite número ilimitado de usuários desenvolvedores simultâneos)*". Dessa forma, infere-se que não são temporárias as licenças anteriormente adquiridas pelo MinC e cuja renovação/atualização/suporte ora se pretende, mas, sim, por tempo indeterminado, o que afasta a caracterização constante do Projeto Básico. A nosso ver, os serviços compreendidos no objeto do futuro contrato é que serão temporários (suporte técnico, atualização de versão, *upgrade* etc.), e não as licenças de uso em si mesmas.

69. Essa conclusão é corroborada pela proposta ofertada pela empresa já agora, da qual constam as informações de que a "*Licença Adquirida: Licença do software SCRIPTCASE, em cessão de direito de uso por*

tempo indeterminado em caráter perpétuo", bem assim que a "Licença Diamante: Licença completa do software ScriptCase com conexão para todos os bancos de dados para um número ILIMITADO de desenvolvedores simultâneos com suporte, manutenção e upgrade pelo período de 36 meses".

70. Sendo assim, sugere-se que essa controvérsia seja examinada e solucionada pela Administração, com a adequação do Projeto Básico e do item 1.2 da minuta de contrato, que também contém a mencionada classificação do objeto a ser contratado.

71. É oportuno destacar, ainda, que, segundo o item 8.7.1 do Projeto Básico, "O pagamento será efetuado até 30 dias subsequentes à prestação do serviço ou entrega do produto, mediante apresentação de Nota Fiscal/Fatura devidamente atestada pelo representante do MinC junto ao contrato, após conclusão e aceite do objeto;". A partir dessa disposição, parece-nos que o pagamento do objeto a ser contratado será feito antecipadamente (uma vez que os serviços se estenderão pelo período de 36 meses) e em parcela única.

72. Sobre o assunto, tem-se a Orientação Normativa AGU n.º 37/2011, segundo a qual:

A antecipação de pagamento somente deve ser admitida em situações excepcionais, devidamente justificada pela Administração, demonstrando-se a existência de interesse público, observados os seguintes critérios: 1) represente condição sem a qual não seja possível obter o bem ou assegurar a prestação do serviço, ou propicie sensível economia de recursos; 2) existência de previsão no edital de licitação ou nos instrumentos formais de contratação direta; e 3) adoção de indispensáveis garantias, como as do art. 56 da lei n.º 8.666/93, ou cautelas, como por exemplo a previsão de devolução do valor antecipado caso não executado o objeto, a comprovação de execução de parte ou etapa do objeto e a emissão de título de crédito pelo contratado, entre outras.

73. Destarte, sugere-se que a Administração se manifeste acerca desse ponto, para esclarecer se a hipótese realmente é de pagamento antecipado. Em caso positivo, recomenda-se a integral observância da Orientação Normativa AGU n.º 37/2011, devendo ser justificado nos autos, nos termos expostos, se estão presentes as condições necessárias à antecipação de pagamento, em especial quanto às cautelas e garantias para fiel execução do contrato, adaptando-se, inclusive, as regras sobre pagamento, para deixar clara a previsão de pagamento antecipado.

74. Nesse particular, verifica-se que não consta do Projeto Básico nem da minuta do contrato qualquer manifestação ou disposição que trate sobre a eventual oferta de garantia de execução do contrato (art. 56, da Lei n.º 8.666/1993), o que, a teor das disposições da Instrução Normativa SEGES/MP n.º 05/2017 e da Orientação Normativa AGU n.º 37/2011, acima transcrita, não se mostra recomendável em caso de antecipação de pagamento. Por essa razão, recomenda-se que a área técnica, caso não resolva exigir da contratada a prestação de garantia, justifique nos autos os motivos para assim proceder, adotando, ainda, a depender do caso, as demais cautelas indicadas na Orientação Normativa AGU n.º 37/2011.

75. Lado outro, caso não se trate de antecipação de pagamento, recomenda-se a adoção das regras de pagamento constantes do modelo de minuta de edital para serviços não continuados ou para compras (a depender da natureza do objeto), elaborada pela Comissão Permanente de Modelos de Licitações e Contratos Administrativos da Consultoria-Geral da União (CPMLC/CGU), no que couber (<http://www.agu.gov.br/unidade/MODELOSLICITACOES>).

76. Ainda no tocante ao Projeto Básico, recomenda-se, com espeque no Acórdão n. 669/2008-TCU/Plenário, que a Administração, em atenção aos princípios da proporcionalidade e da prudência, analise detidamente as previsões contidas nos itens 8.2 a 8.6 do referido documento, a fim de evitar que a efetiva ocorrência das infrações contratuais estabelecidas venha a implicar, quando da execução contratual, na aplicação de sanções excessivas ou desarrazoadas. Nesse ponto, recomendável se mostra, por exemplo, que a Administração promova cálculos matemáticos para aferir a pertinência e razoabilidade dos valores de multa eventualmente aplicáveis para as situações hipotéticas ali previstas, levando em consideração o grau de lesividade de cada infração prevista.

77. Recomenda-se, ainda, que seja adotada a redação constante do modelo de minuta de termo de referência elaborado pela CPMLC/CGU para a cláusula que estabelece as sanções contratuais, com as devidas adequações.

78. No que se refere à exigência do item 12, preceitua a Orientação Normativa n.º 17, expedida pelo Advogado-Geral da União, com a redação conferida pela Portaria AGU n.º 572, de 13.12.2011, que "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".

79. A fim de justificar o preço praticado pela empresa, a área técnica trouxe aos autos pesquisa junto ao Painel de Preços, bem como duas notas fiscais emitidas pela empresa NetMake em virtude da sua contratação para atualização do *software Scriptcase* em favor da Câmara Municipal do Rio de Janeiro e do Município de Diadema/SP. Constatam dos Estudos Preliminares as seguintes considerações sobre esse aspecto:

6.1 Devido ao fato de somente uma empresa ser a detentora do direito de comercialização, foi feito levantamento para verificar, junto a outros órgãos que se utilizam da mesma solução, se a proposta comercial ofertada ao Ministério da Cultura estaria vantajosa em relação aos demais preços praticados pela empresa fornecedora no mercado.

6.2 Em consulta ao Painel de Preços do Ministério do Planejamento (<http://paineldeprecos.planejamento.gov.br/>) identificou-se uma contratação, de 2018, do serviço de atualização de software Scriptcase para Unidade de Perícias Médicas do Hospital de Força Aérea de Brasília e outras cinco contratações no ano de 2017. No entanto, os valores praticados eram bem inferiores à proposta comercial feita ao MinC, conforme relatório extraído ([0642740](#)).

6.3 Ao analisar a divergência de preços, foi constatado pelas descrições das contratações que o objeto não seria o mesmo que estava sendo pretendido pelo MinC. Tratavam-se de licenças simples, com número de desenvolvedores limitado, por período de 12 meses, enquanto a licença solicitada pelo MinC era do tipo Diamante, com número de desenvolvedores ilimitado e por período de 36 meses (3 anos).

6.4 Para dirimir dúvidas sobre o objeto Scriptcase em questão, o representante da empresa fornecedora exclusiva do software foi contatado conforme e-mails ([0674308](#)) ([0674310](#)) e ([0674314](#)), anexos a este processo, para esclarecer as diferenças entre as licenças disponíveis, a dificuldade de se obter notas fiscais atuais com os valores praticados, visto que disponibilizou somente duas faturas, quando são necessárias três para comparação.

6.5 A partir de solicitação de contratos similares para se obter a referência de preços praticadas no mercado, chegou-se somente a dois contratos, conforme antecipado anteriormente:

a) Câmara Municipal do Rio de Janeiro, 02 de julho de 2018, Nota Fiscal nº 014580 ([0642743](#)), valor de R\$ 56.000,00, sendo R\$ 30.000,00 cobrados pela atualização da licença Diamante por 12 meses (um ano) e R\$ 26.000,00 por treinamentos, este último, serviço não solicitado pelo MinC;

b) Prefeitura do município Diadema (SP), 01 de agosto de 2018, Nota Fiscal Nº 015184 ([0643566](#)), foi faturado o valor de R\$ 90.000,00 para renovação da licença (full) de uso do software Scriptcase com 48 meses (4 anos) de atualizações, equivalendo ao valor de R\$ 22.500,00 por cada ano, verificando-se que a cada ano contratado é conferido maior desconto.

6.6 Levando-se em conta que o valor proposto ao MinC pela atualização da licença Diamante do software Scriptcase foi de R\$ 67.500,00 por 36 meses (3 anos) ([0646436](#)), verificou-se que o valor ficou abaixo do que foi praticado à Câmara Municipal do Rio de Janeiro, e semelhante ao valor cobrado da Prefeitura de Diadema, embora por período menor, visto que o fornecedor justifica oferecer maior desconto proporcional ao maior período de aquisição.

6.7 Quadro comparativo de referência de preços segue abaixo: [...]

80. Salvo melhor juízo, a análise feita acima atende ao disposto na Orientação Normativa AGU n.º 17, por conter as justificativas exigíveis para tanto, não sendo dado a esta Consultoria se imiscuir na metodologia utilizada pela Administração para justificar a razoabilidade do preço ofertado pela empresa, tampouco avaliar ou atestar a veracidade das informações prestadas nos autos sobre o assunto.

81. No tocante à exigência do item 6, consta dos autos o Despacho nº 0654532/2018, por meio do qual a Coordenação-Geral de Planejamento, Orçamento, Finanças e Contabilidade atesta que “foi efetuada a descentralização orçamentária para a Unidade Gestora 420020 - CGTEC, mediante Nota de Crédito nº 594 ([0654526](#)), no valor de R\$ 67.500,00 (sessenta e sete mil e quinhentos reais), no Programa de Trabalho da Administração Direta - 13.122.2107.2000.0001 - Administração da Unidade, PTRES 110132.”. Nesse sentido, fora juntada ao processo a respectiva Nota de Movimentação de Crédito no valor de R\$ 67.500,00.



82. Alerta-se, apenas, para o fato de que o administrador deverá observar a necessidade de serem juntadas ao feito, antes da celebração do contrato, a(s) nota(s) de empenho suficiente(s) para o suporte financeiro da contratação, em atenção ao disposto no art. 60 da Lei nº 4.320/64 e no art. 30, §1º, do Decreto nº 93.872/1986.

83. Destaque-se que o cumprimento do art. 16, incisos I e II, da Lei Complementar nº 101/2000, somente será necessário se as despesas que amparam a ação em apreço não forem qualificáveis como atividades, isto é, se não forem rotineiras (Orientação Normativa AGU nº 52/2014). Recomenda-se que a Administração informe nos autos a natureza da ação que suporta a despesa decorrente da pretendida contratação, de sorte a adotar, a depender do caso, as providências previstas no art. 16, incisos I e II, da Lei de Responsabilidade Fiscal.

84. Quanto à regularidade fiscal e trabalhista da futura contratada e à ausência de sanções que a impeçam de firmar contratos com o Ministério da Cultura, pode-se constatar, a partir da análise da documentação trazida aos autos, que a empresa se encontra com certidões vencidas perante o SICAF (FGTS, Receitas Estadual/Distrital e Municipal), tendo sido registrada, ainda, uma "ocorrência" em seu cadastro no referido sistema. Tais circunstâncias deverão ser averiguadas, cabendo à Administração, inclusive, instar a empresa a regularizar a sua situação no SICAF previamente à celebração do contrato.

85. De todo modo, recomenda-se que sejam renovadas, em data próxima à da assinatura do contrato, todas as consultas realizadas quanto à situação da empresa, registrando-se que a celebração do ajuste estará condicionada à comprovação da total regularidade fiscal e trabalhista da empresa e à ausência de sanções que obstem sua contratação pelo MinC, em atenção ao art. 55, inciso XIII, da Lei n.º 8.666/1993.

86. No tocante à formalização do ajuste, muito embora, à luz do art. 62 da Lei 8.666/93, pudesse ter sido dispensado o termo de contrato devido ao valor da despesa em tela, a Administração optou pela futura celebração do instrumento contratual. Nesse sentido, foi juntada aos autos minuta de termo de contrato, elaborada, ao que parece, com base no modelo de minuta de contrato padronizada da CPMLC/CGU. Não se verificam, pois, quaisquer óbices jurídicos à celebração do contrato, nos termos ora apresentados no documento Sei 0691289, desde que sejam realizadas as modificações acima sugeridas nas cláusulas e condições relativas à contratação constantes do Projeto Básico.

87. Cumpre observar, apenas, que foi estabelecido na minuta de contrato (cláusula segunda) que "*O prazo de vigência deste Termo de Contrato é aquele fixado no Projeto Básico (38 meses), com início na data de ...../...../..... e encerramento em ...../...../....., e somente poderá ser prorrogado nos termos do artigo 57, parágrafo 1, da Lei n. 8.666, de 1993*". Todavia, não consta nos autos manifestação formal, nos artefatos de planejamento da contratação, acerca do assunto, falha que deverá ser corrigida, levando-se em conta, inclusive, que o prazo para prestação dos serviços de suporte técnico, atualização e upgrade do ScriptCase é de 36 (trinta e seis) meses, devendo ser tecnicamente justificada, pois, a fixação do prazo de vigência contratual de 38 (trinta e oito) meses.

88. Quanto aos demais requisitos para a inexigibilidade de licitação, recomenda-se que a Administração adote as seguintes providências:

- o Obtenha a autorização do ordenador de despesa;
- o Proceda à comunicação à autoridade superior, no prazo de três dias, da situação de inexigibilidade de licitação;
- o Proceda à ratificação e publicação do ato de inexigibilidade de licitação na imprensa oficial, no prazo de cinco dias, a contar do recebimento do processo pela autoridade superior (art. 26, *caput*, da Lei n.º 8.666/93), observando-se que, de acordo com a Orientação Normativa AGU nº 33, de 13/12/2011, "*O ato administrativo que autoriza a contratação direta (art. 17, §§ 2º e 4º, art. 24, inc. III e seguintes, e art. 25 da lei nº 8.666, de 1993) deve ser publicado na imprensa oficial, sendo desnecessária a publicação do extrato contratual*";
- o Proceda à emissão da nota de empenho respectiva;
- o Promova a assinatura do termo de contrato.

### 3. CONCLUSÃO

89. Em face do exposto, esta Consultoria Jurídica manifesta-se no sentido de que é juridicamente possível a contratação direta da Netmake Soluções em Informática Ltda., por meio de inexigibilidade de licitação, com fundamento no art. 25, da Lei n.º 8.666/1993, com vistas à atualização e suporte de licença de uso do *software ScriptCase* em favor do Ministério da Cultura, pelo período de 36 (trinta e seis) meses, desde

que sejam previamente atendidas as recomendações formuladas nos itens 14, 15, 19, 31, 36, 43, 50, 51, 62, 63, 65, 66, 70, 73, 74, 75, 76, 77, 82, 83, 84, 85, 86, 87 e 88 deste parecer.

90. Sendo assim, encaminhem-se os presentes autos, COM URGÊNCIA, diretamente à Subsecretaria de Planejamento, Orçamento e Administração - SPOA/SE/MINC, nos termos das Portarias CONJUR/MINC nº 1/2009 e nº 2/2011, para conhecimento e adoção das providências cabíveis.

91. Cumpre destacar que todas as observações expostas têm como premissa a veracidade e a exatidão dos dados, informações, cálculos e valores constantes do processo, que são de responsabilidade exclusiva da Administração.

92. Por fim, de acordo com o Enunciado nº 05 do Manual de Boas Práticas Consultivas da AGU (2016, p. 29) "*Ao Órgão Consultivo que em caso concreto haja exteriorizado juízo conclusivo de aprovação de minuta de edital ou contrato e tenha sugerido as alterações necessárias, não incumbe pronunciamento subsequente de verificação do cumprimento das recomendações consignadas*". Assim, não é necessário o retorno dos autos a esta Consultoria, salvo se subsistir dúvida de cunho jurídico.

93. É o parecer, elaborado por meio do Sistema AGU de Inteligência Jurídica - SAPIENS, assinado digitalmente.

Brasília, 26 de outubro de 2018.

CAROLINE MARINHO BOAVENTURA SANTOS  
Procuradora Federal  
Coordenadora-Geral Jurídica de Licitações e Contratações Públicas

---

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 01400216517201644 e da chave de acesso 1bffafd0

---

Documento assinado eletronicamente por CAROLINE MARINHO BOAVENTURA SANTOS, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 188313514 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): CAROLINE MARINHO BOAVENTURA SANTOS. Data e Hora: 28-10-2018 23:10. Número de Série: 17122948. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

---