



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS
Av. Joaquim Teotônio Segurado, 102 Norte, Cj. 01, Lts 01 e 02 - CEP 77006-002 - Palmas - TO - www.tceto.tc.br

PARECER JURÍDICO

EMENTA: Direito Administrativo. Licitações e contratos. Inexigibilidade de licitação, com base no inciso I do art. 74 da Lei nº 14.133, de 1º/04/2021. Contratação de empresa especializada em prestação de serviços técnicos para manutenção, suporte técnico e atualização da solução *framework* de certificação digital. Análise Jurídica.

I - RELATÓRIO

1. Aportou nesta Assessoria Jurídica da **DIGAF** os autos do processo SEI nº 23.004886-2, para fins de análise e emissão de parecer jurídico acerca da contratação direta (inexigibilidade de licitação) da empresa BRY TECNOLOGIA S.A., visando prestação de serviços técnicos para manutenção, suporte técnico e atualização da solução *framework* de certificação digital.

2. Nota-se que a empresa apresentou proposta comercial trazendo todas as especificações técnicas do produto ofertado, bem como o valor para utilização deste durante o período de 12 (doze) meses a partir do décimo dia útil contados da assinatura do contrato, qual seja, R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais).

3. Os autos vieram instruídos com a documentação, em especial:

- a) Documento de Formalização de Demanda-DFD (0638143);
- b) Despacho da Diretoria de Informática – **DINFO** encaminhando os autos à DIGAF para fins de dar prosseguimento na contratação, após juntada dos artefatos de planejamento (0673078);
- c) Estudos Técnicos Preliminares – ETPs (0638175 e 0677351);
- d) Mapas de gerenciamento de riscos da contratação (0652753, 0682347 e 0691390);
- e) Termos de Referência nº 380/2023, 79/2024 e 124/2024 (0650624, 0677357 e 0691392);
- f) Atos constitutivos da empresa Bry Tecnologia S.A. (0698491);
- g) Certidão de Exclusividade do programa para computador BRy *Framework* de Certificação Digital, ou simplesmente denominado *Framework*, atinente a empresa proponente (0687624);
- h) Análises Preliminares da **DIGAF** relativamente aos artefatos de planejamento (0675459 e 0691301);
- i) Certidões de Regularidade Fiscal e Trabalhista (0695859, 0695862, 0695865, 0695875 e 0695879);
- j) Documentos pessoais dos representantes da Bry Tecnologia S.A. (0698491 – páginas 12 e 13);
- k) Comprovação de preços praticados em outras contratações (0687455, 0687618, 0687620 e 0687622);
- l) Autorização nº 93/2024 emitida pela Coordenadoria de Finanças contendo detalhamento da dotação orçamentária; (0696031);
- m) Autorização do **GABPR** para prosseguimento do feito (0693436);
- n) Minuta de Contrato (0696844);
- o) Despacho de aprovação dos artefatos de planejamento da **DIGAF** (0692302).

4. É o relatório, passa-se à análise.

II – FUNDAMENTAÇÃO

5. Inicialmente, urge salientar que a presente manifestação toma por base, exclusivamente, os elementos que constam até a presente data nos autos do processo administrativo em epígrafe. Incumbe a esta Assessora Jurídica prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não lhe competindo adentrar a

conveniência e à oportunidade dos atos praticados no âmbito da Administração deste Tribunal de Contas, nem analisar aspectos de natureza eminentemente técnico-administrativa.

6. A Carta Magna estabeleceu em seu art. 37, inciso XXI, a obrigatoriedade da realização de licitação para as contratações de obras, serviços, compras e alienações, contudo, excetuou os casos previstos na legislação específica, qual seja, a Lei 8.666/1993.

7. Com efeito, a Nova Lei de Licitações e Contratos – Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021 – trouxe a possibilidade da inaplicabilidade da regra referente à licitação quando **não** for viável a competição e para aquisição de materiais, equipamentos, gêneros ou serviços fornecidos por representante comercial exclusivo:

Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:

I - aquisição de materiais, de equipamentos ou de gêneros ou contratação de serviços que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comerciais exclusivos;

(...)

§ 1º Para fins do disposto no inciso I do caput deste artigo, a Administração deverá demonstrar a inviabilidade de competição mediante atestado de exclusividade, contrato de exclusividade, declaração do fabricante ou outro documento idôneo capaz de comprovar que o objeto é fornecido ou prestado por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos, vedada a preferência por marca específica.

8. Pela leitura dos dispositivos acima nota-se que a primeira hipótese do instituto da inexigibilidade de licitação diz respeito à existência de fornecedor exclusivo. Neste caso, resta claro que a unicidade do produto (e não da marca) impossibilita a realização de procedimento licitatório, considerando que não seria possível obter mais de uma proposta. Entretanto, ainda que se trate de fornecedor exclusivo, tal situação não exclui a necessidade de a Administração apresentar justificativa do porquê precisaria contratar, exatamente, um produto que apenas uma empresa pode fornecer.

9. No caso presente foi apresentada uma justificativa para contratação da empresa proponente no item 2 do DFD – 0638143, bem como no item 2 do Termo de Referência nº 124/2024 – 0691392 e, ainda, elucidações no ETP – 0677351, restando evidenciado nos autos, pelo menos em tese, a impossibilidade de competição e exclusividade da solução framework de certificação digital. A despeito disso é oportuno afirmar que os documentos atinentes ao planejamento da contratação foram objeto de análise da DIGAF, sendo estes aprovados por aquela Diretoria Geral (0692302).

10. Ademais, é cediço que o produto ofertado pela Bry Tecnologia S.A. já vinha sendo utilizado por este Tribunal de Contas há alguns anos, sem que houvesse qualquer notícia de insatisfação dos seus usuários ou alguma ocorrência apontada pelos gestores e fiscais que acompanharam a execução de contratos pretéritos.

11. Aliás, a despeito disso, nos chamou à atenção o fato de não ter havido uma prorrogação do prazo de vigência do Contrato nº 32/2022 (0470742), considerando que em sua **Cláusula Nona – Da Vigência** ficou estabelecida a permissibilidade de postergação do prazo de vigência até 48 (quarenta e oito) meses, situação que não restou esclarecida nos autos e que, a nosso ver, consequentemente, acabou pairando uma dúvida, qual seja: de abril de 2023 até a presente data o TCE-TO ficou sem suporte técnico, manutenção e atualização relativamente ao *framework* de certificação digital?

12. Com relação ao produto – *framework* de certificação digital – é indubitoso que a empresa Bry Tecnologia S.A. é a única desenvolvedora e detentora dos direitos autorais e de comercialização autorizada a comercializar, em todo território nacional, o programa para computador **BRy Framework de Certificação Digital**, conforme se vê no documento SEI nº 0687624.

13. Não obstante, é salutar trazer à colação o enunciado do **Acórdão nº 2724/2009 - Plenário – TCU** que indica a necessidade de verificação se haveria no mercado o mesmo produto, isto é, programa de computador com as mesmas funcionalidades, porém sob outro nome comercial. “...9.2.1. ao receber atestados de exclusividade de fornecimento de materiais, equipamentos ou gêneros, adote, com fulcro nos princípios da igualdade e da proposta mais vantajosa, medidas visando assegurar a veracidade das declarações prestadas pelos órgãos e entidades emitentes, como, por exemplo, consulta ao fabricante,

considerando sempre que a exclusividade no fornecimento de determinada marca comercial não preenche os requisitos do referido dispositivo legal, pois não resta afastada a possibilidade de existência do mesmo produto sob outro nome comercial;”

14. Nos chamou atenção a jurisprudência do TCU citada no parágrafo anterior, considerando que a verificação se haveria outros produtos de empresas distintas com as mesmas funcionalidades do *framework* de certificação digital da empresa Bry Tecnologia S.A. seria oportuna quando da elaboração do ETP – Estudo Técnico Preliminar, considerando que este documento tem o intuito de buscar no mercado informações quanto à existência de soluções para a necessidade da administração, que, no caso, seria a utilização de plataforma que utiliza padrões mundiais e atende aos requisitos da ICP-Brasil para a implementação da assinatura digital, autenticação e carimbo de tempo.

15. Nesse contexto, nota-se que o Estudo Técnico Preliminar (0677351) ao descrever a necessidade da contratação e estabelecer os requisitos da contratação já direciona para solução da BRy Tecnologia S.A. Por conseguinte, quando aponta o levantamento de mercado, já de início informa que o produto *Framework* de Certificação Digital é de exclusividade da empresa BRy Tecnologia S.A. É fato que essa assertiva restou comprovada nos autos, porém o que se questiona é se existe somente uma única empresa que possui este tipo de produto que possua as funcionalidades, repita-se, implementação da assinatura digital, autenticação e carimbo de tempo, e, desse modo, somente esta empresa poderia nos atender.

16. Com efeito, restando comprovado nos autos a inviabilidade de competição por meio de levantamento de mercado, poder-se-ia concluir que haveria a possibilidade de realizar a contratação direta, por intermédio do instituto da inexigibilidade de licitação, da empresa BRy Tecnologia S.A.

17. Contudo, mesmo havendo a possibilidade jurídica do pleito, é imperioso verificar a regularidade do procedimento conforme as determinações da NLLC e da RA nº 7. de 29/03/2023.

18. Diz o art. 72 da Lei nº. 14.133/2021:

Do Processo de Contratação Direta

Art. 72. O processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverá ser instruído com os seguintes documentos:

I - documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo;

II - estimativa de despesa, que deverá ser calculada na forma estabelecida no art. 23 desta Lei;

III - parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos;

IV - demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido;

V - comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária;

VI - razão da escolha do contratado;

VII - justificativa de preço;

VIII - autorização da autoridade competente.

Parágrafo único. O ato que autoriza a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial.

19. No que concerne as etapas do planejamento da contratação e exame jurídicos dos respectivos documentos que instruem o processo administrativo em comento, constata-se a presença do documento de oficialização da demanda, estudos técnicos preliminares, mapa de riscos e Termo de Referência. Não seria demais repetir que esses documentos passaram pela análise da **DIGAF** à luz da Lei 14.133/2021 e RA nº 7, de 29/03/2023, sendo todos aprovados.

20. Quanto ao valor estimado da contratação nota-se que a **CODES** – Coordenadoria de Desenvolvimento apresentou os documentos SEI nºs 0687455, 0687618, 0687620 de modo a estabelecer um parâmetro com a proposta (0655942). No entanto, sob a nossa ótica, não bastaria juntar a documentação e sim fazer uma análise crítica dos preços, confrontando com o objeto pretendido por este Tribunal de Contas e, após, emitir uma justificativa conforme requer o inciso VII do art. 72 da Lei nº 14.133/2021. Acresça-se a necessidade de exibir, ainda, a razão da escolha do contratado, nos termos do inciso VI do mesmo dispositivo retro mencionado.

21. Quanto aos demais documentos exigidos no art. 72 da Lei nº 14.133/2021, observa-se que foram acostados aos autos documentos que comprovam a previsão de dotação orçamentária para fazer face as despesas com a pretendida contratação. Entretanto, no que se refere aos documentos relativos à habilitação, observa-se que não providenciada a juntada do comprovante de inscrição no CNPJ da empresa proponente, nem tampouco a certidão de falência exigida no item 11.3.1. do Termo de Referência nº 124/2024 (0691392). Some-se a isso a ausência do atestado de capacidade técnica reclamado no item 11.2.1. do mesmo TR.

22. No que diz respeito a minuta do contrato exibida nos autos (0696844) percebe-se que, a *priori*, esta foi elaborada em atendimento aos preceitos legais, especialmente no que se refere a lei de licitações e contratos administrativos. Todavia, sugerimos alguns ajustes no texto, quais sejam:

a) Na **Cláusula Décima Primeira**, especificamente no **item 11.1.**, percebe-se que, muito embora traz uma informação do TR, esta difere da própria proposta, exatamente no **item 1.3.**, no qual diz o seguinte: “*Durante o período de contrato e pagamento mensal dos serviços de suporte técnico de 2º nível e atualização tecnológica, novas atualizações de software da solução BRy Framework serão disponibilizadas caso sejam identificadas alterações na legislação pertinente à certificação digital, que requeiram a alteração de padrões ou algoritmos, que comprometam a validade técnico-jurídica das operações, além das atualizações necessárias para manter a compatibilidade nos sistemas operacionais compatíveis.*”;

b) Na **Cláusula Quinta** não foi evidenciado os prazos para os recebimentos provisório e definitivo, não atendendo, desse modo, o §3º do art. 14 da NLLC C/C com o §1º do art. 13 da RA nº 07/2023;

III - CONCLUSÃO

23. Ante o exposto, manifestamos pelo **prosseguimento do feito**, com enquadramento na inexigibilidade de licitação, alicerçado no artigo 74, inciso I, da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, desde que seja comprovado nos autos que de fato há inviabilidade de licitação, conforme explicitado nos **itens 12 a 16**.

24. Superada a recomendação do item acima, aconselhamos que, antes da assinatura do instrumento contratual ou da emissão da Nota de Empenho, sejam observadas as recomendações assinaladas nos **itens 21 e 22** desta peça opinativa. Recomenda-se, ainda, sem prejuízo do prosseguimento do feito, que seja explicitada a indagação constante do **item 11**.

25. Por fim, alerta-se para que sejam realizadas as publicações de praxe, especialmente em atendimento o §3º do art. 89 (RA nº 7/2023), bem como que os autos sejam remetidos ao Núcleo de Controle Interno deste Órgão, consoante prevê o inciso X do art. 33 da RA nº 7 de 2023.

26. Encaminhe-se os autos à consideração superior.

27. É o parecer, s.m.j.



Documento assinado eletronicamente por **ALESSANDRO ALBERTO DE CASTRO**, ASSESSOR IV, em 23/04/2024, às 17:18, conforme art. 4º da Resolução Administrativa TCE/TO nº 001, de 15 de outubro de 2014.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site <https://sei.tceto.tc.br/sei/processos/verifica.php> informando o código verificador **0700264** e o código CRC **CF4448CB**.