



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 6ª REGIÃO

## DESPACHO TRF6-ASJUD 43/2023

Trata-se de processo de contratação de solução em TI sob regime da inexigibilidade de licitação, com fundamento no art. 74-I da Lei n. 14133/2021 ([0450467](#)).

Com o objetivo de evitar reanálises desnecessárias e homenagear a celeridade da análise jurídica na tramitação do procedimento nesta Assessoria, promovo análise preliminar num exame perfunctório de questão prejudicial à análise de todos os artefatos da contratação.

A NLLC prevê que a licitação é inexigível nas situações em que há inviabilidade de competição. No caso sob exame, a instrução enquadra a contratação na hipótese do inciso I do art. 74 da NLLC diante da exclusividade de comercialização ([0367537](#)) do objeto da contratação.

Nos termos do art. 74-I da NLLC:

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 comercial 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.

Como primeiro e mais relevante requisito, a permissão legal para inexigibilidade de licitação reside na compreensão do conceito de inviabilidade de competição, fórmula legal que não detém significado unívoco. Para auxiliar na sua compreensão, reproduz-se, no que interessa, as lições de JUSTEN FILHO<sup>[1]</sup> ao comentar o art. 74 da NLLC:

### **1) Considerações gerais acerca da inexigibilidade de licitação**

Segundo a fórmula legal, a inexigibilidade de licitação deriva da inviabilidade de competição.

#### **1.1) Ausência de definição legislativa para inviabilidade de competição**

Essa fórmula não foi explicitada nem esclarecida pela Lei 14.133/2021, que se restringiu a fornecer um elenco de exemplos daquilo que caracteriza inviabilidade de competição. O tema tem sido objeto de contínuas incursões doutrinárias e sérias controvérsias jurisprudenciais, sem que se tenham atingido

soluções plenamente satisfatórias. Mas há alguns pontos definidos, que podem auxiliar à compreensão do art. 74. Todos esses dados se conjugam para conformar o conceito de viabilidade de competição. 158

1.2) “Inviabilidade de competição” como situação anômala

A expressão “inviabilidade de competição” indica situações em que não se encontram presentes os pressupostos para a escolha objetiva da proposta mais vantajosa.

1.3) “Inviabilidade de competição” como uma decorrência

É imperioso destacar que a inviabilidade de competição não é um conceito simples, que corresponda a uma ideia única. Trata-se de um gênero, comportando diferentes modalidades. Mais precisamente, **a inviabilidade de competição é uma consequência, que pode ser produzida por diferentes causas, as quais consistem nas diversas hipóteses de ausência de pressupostos necessários à licitação.**

1.4) Inexigibilidade como caso de “dupla crise” da licitação

**As considerações acima permitem configurar a inexigibilidade como situação em que a licitação, tal como estruturada legalmente, torna-se via inadequada para obtenção do resultado pretendido. A licitação não cumpre a função a ela reservada (seleção da proposta mais vantajosa) porque sua estrutura não é adequada a tanto.**

Até se poderia imaginar possível algum tipo de seleção entre potenciais contratados, mas isso somente seria praticável se a estruturação do procedimento fosse outra.

**Por outro lado, impor a licitação em casos de inexigibilidade frustraria o interesse sob tutela estatal. A Administração Pública ou não obteria proposta alguma ou selecionaria propostas inadequadas a satisfazer dito interesse.**

[...]

3) Ausência de pressupostos necessários à licitação

É difícil sistematizar todos os eventos que podem conduzir à inviabilidade de competição. A dificuldade é causada pela complexidade do mundo real, cuja riqueza é impossível de ser delimitada através de regras legais. Sobre esse tema, voltar-se-á adiante.

3.1) Ausência de pluralidade de alternativas

A primeira hipótese de inviabilidade de competição reside na ausência de pluralidade de alternativas de contratação para a Administração Pública. Quando existe uma única solução e um único particular em condições de executar a prestação, a licitação seria imprestável. Mais precisamente, **a competição será inviável porque não há alternativas diversas para serem entre si cotejadas.**

3.2) Ausência de “mercado concorrencial”

Outra hipótese consiste nas características do mercado privado envolvendo o tipo de prestação pretendida pela Administração Pública.

Embora possam existir diferentes alternativas para satisfação do interesse sob tutela estatal, não se configura um mercado na acepção de conjunto de fornecedores em disputa permanente pela contratação.

**Não há disponibilidade de ofertas de contratação a qualquer tempo, eis que os particulares em condições de executar a prestação não competem entre si formulando propostas.**

Esses particulares aguardam as propostas de possíveis interessados, não estabelecendo diferença mesmo em relação ao setor público. Ou seja, configura-se um mercado peculiar, eis que não existe a dimensão concorrencial encontrada no âmbito de compras, obras e outros serviços. Daí a referência à

inexistência de um mercado concorrencial.

A hipótese se passa usualmente no setor de serviços e, em especial, com aqueles de natureza personalíssima. São situações em que a prestação que satisfaz o interesse sob tutela estatal é produzida através de atuação predominantemente intelectual e retrata uma manifestação da criatividade humana, não se materializando em objetos físicos disponíveis para aquisição imediata.

Nas situações assim consideradas, a convocação de interessados para formular propostas é inútil. Não existem ofertantes para disputar entre si. É inviável a competição porque a peculiaridade do mercado consiste na ausência de competição direta e frontal.

A regra aqui é contrária, é a Administração quem tem de formular propostas. Logo não existirá disputa formal entre particulares para contratar o objeto necessário a satisfazer a necessidade estatal.

Como exemplo, considere-se a necessidade de contratação de um cirurgião cardíaco de alta qualificação para atendimento a um chefe de Estado. Independentemente do eventual fator emergencial, é evidente a impossibilidade de convocar todos os interessados para participar de um certame licitatório. Os particulares em condições de satisfazer a necessidade da Administração Pública não se disporiam a participar de uma competição de natureza licitatória. Seria inviável a competição entre os melhores cirurgiões.

### **3.3) Ausência de objetividade na seleção do objeto**

A hipótese imediatamente considerada acima também se caracteriza, como regra, pela impossibilidade de seleção segundo critérios objetivos. **Existem diferentes alternativas, mas a natureza personalíssima da atuação do particular impede julgamento objetivo.** É impossível definir com precisão uma relação custo-benefício. Ainda que seja possível determinar o custo, os benefícios que serão usufruídos pela Administração são relativamente imponderáveis.

Essa incerteza deriva basicamente da natureza subjetiva da avaliação, eis que a natureza da prestação envolve fatores intelectuais, artísticos, criativos e assim por diante. Não há critério objetivo de julgamento para escolher o melhor. Quando não houver critério objetivo de julgamento, a competição perde o sentido.

### **3.4) Ausência de definição objetiva da prestação a ser executada**

Outra hipótese inconfundível, ainda que semelhante, abrange contratações em que o particular assume obrigação cujo conteúdo somente se definirá ao longo da própria execução. Não há possibilidade de competição pela ausência de definição prévia das prestações exatas e precisas a serem executadas ao longo do contrato.

Suponha-se um processo judicial de grande relevo, tendo como ré uma pessoa integrante da Administração Pública. O contrato estabelece o dever de realizar a melhor defesa possível, mas nem pode impor a obtenção do resultado favorável nem comporta definição precisa e exata das alternativas a adotar.

Não é possível determinar, por exemplo, que o advogado deverá opor exceção de suspeição do julgador, nem que deverá pedir a palavra para esclarecimentos durante o julgamento em Tribunal.

Nem poderá estabelecer que as petições escritas deverão apresentar um número mínimo de páginas.

Todas essas variáveis serão determinadas em função dos fatos futuros. Somente se pode estabelecer que o contratado deverá exercer sua profissão do melhor modo possível – o que significa não apenas a observância a regras técnicas objetivas, mas, também, variações subjetivas impossíveis de padronização.

Não se trata de afirmar que cada qual fará o que bem entender, mas que a

criatividade dos particulares poderá resultar em obras melhores ou piores. Tudo isso impossível de ser determinado de antemão.

Ademais, a seleção sempre se restringiria a indícios preliminares acerca das condições do particular para executar a prestação. É que a avaliação do desempenho apenas se pode estabelecer em face da execução propriamente dita do contrato.

#### **4) As funções normativas próprias do caput e dos incisos do art. 74**

Deve-se ressaltar que o *caput* do art. 74 apresenta função normativa específica, de modo que uma contratação direta poderá nele se fundar direta e exclusivamente. Não se impõe que a hipótese seja enquadrada em um dos incisos desse artigo, os quais apresentam natureza exemplificativa - ainda que dotados de função normativa restritiva.

##### **4.1) Espaço o elenco meramente exemplificativo dos incisos**

A redação do art. 74 da Lei 14.133/2021 determina, de modo inquestionável, que as hipóteses referidas nos incisos são meramente exemplificativas. Portanto, pode haver inviabilidade de competição que não se enquadre em nenhuma das situações referidas nos referidos incisos. Um exemplo seria contratação de um determinado fornecedor de serviços ou produtos dotados de elevada complexidade e grande sofisticação, relativamente à atividades dotadas de grande potencial nocivo em caso de falha.

Configurando-se inviabilidade de competição numa situação em que não se enquadra nos incisos do art. 74, a contratação será alicerçada diretamente no *caput* do dispositivo. Em item abaixo o tema será mais bem examinado.

##### **4.2) A função dos incisos do art. 74 da Lei 14.133/2021**

Daí não se segue que os incisos do art. 74 sejam destituídos de relevância normativa. Aliás, muito pelo contrário, os referidos dispositivos possuem grande relevância.

##### **4.3) Ainda questão da função exemplificativa**

Em primeiro lugar, os incisos do art. 74 desempenham função exemplificativa. Tratando-se de instituto complexo, o conceito de inviabilidade de competição pode ser muito mais facilmente compreendido mediante a análise dos exemplos contidos no elenco legal.

Se não existissem os incisos do art. 74 muitos seriam tentados a restringir a inexigibilidade apenas aos casos de ausência de pluralidade alternativas de contratação.

**Mas a análise das diversas previsões contempladas nos incisos evidencia que o conceito de inviabilidade de competição comporta interpretação ampla, inclusive para abranger os casos de impossibilidade de julgamento objetivo.**

##### **4.4) A função normativa restritiva**

Ademais, os incisos apresentam uma função restritiva, estabelecendo requisitos de admissibilidade da contratação direta nos casos especificamente por cada qual disciplinados.

Assim, a Administração Pública não é livre para escolher uma artista qualquer, nas hipóteses em que for cabível contratação dessa ordem. É imperioso que o artista seja consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública. Indo avante, não basta o interesse em adquirir um imóvel, mas é indispensável pela presença dos requisitos e observância das formalidades previstas no §5º do art. 74. **Outro exemplo: não basta existir um serviço técnico especializado**

**de natureza predominantemente intelectual, mas é indispensável notória especialização do sujeito a ser contratado.**

**Em suma, os incisos enunciam as hipóteses de inviabilidade de competição, mas também impõe requisitos e pressupostos limitadores da autonomia da escolha administrativa.**

(grifos nossos)

Registra-se, por oportuno, o disposto no art. 73 da NLLC, segundo o qual, “[n] a hipótese de contratação direta indevida ocorrida com dolo, fraude ou erro grosseiro, o contratado e o agente público responsável responderão solidariamente pelo dano causado ao erário, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis”.

No caso, a contratação sob exame foi assim justificada (item 2.1 do TR 0424015):

A finalidade da contratação é possibilitar que a biblioteca do TRF6 tenha autonomia para gerenciar seu acervo de livros.

São os motivos que justificam a necessidade de aquisição de licença de software:

1) a necessidade de deixarmos de ter dependência dos setores de informática do TRF1;

2) a necessidade de termos autonomia para gerenciar o acervo de livros, pois hoje dependemos dos servidores da biblioteca do TRF1 para gerenciarmos nosso acervo;

3) impossibilidade de acesso ao sistema da biblioteca pelos servidores do TRF6 com matrícula TR;

4) impossibilidade de acessar o sistema através de computadores conectados à internet, pois o TRF1 restringiu o acesso ao sistema apenas para os computadores do TRF1 ou via VPN.

A aquisição da licença do software Pergamum proporcionará autonomia para os profissionais do TRF6 (setores de informática e equipe da biblioteca) que utilizarão o sistema e também para os usuários da biblioteca.

A razão da escolha da solução para atender à necessidade da Administração foi assim apresentada (0438989):

[...]

Solicitamos 04 (quatro) orçamentos a fornecedores, sendo: Pergamum 0351445, Sophia 0423803, Siabi 0432516 e Aleph 0432518. Recebemos orçamentos dos dois primeiros.

O sistema Pergamum se mostrou o mais vantajoso para o TRF6 pelos motivos abaixo:

- o sistema já é utilizado, há vários anos, pela Biblioteca do TRF6;

- dos orçamentos recebidos é o sistema de menor valor total;

- o TRF6 só teria custo com a aquisição da licença do sistema, pois o contrato do CJF com o Pergamum 0134384 já previu as demais etapas.

.

Ainda como razões para a escolha da solução, foram

apresentadas as seguintes vantagens (D.3 do ETP 0422663):

Investimento: valor menor de investimento quando comparado ao outro software apresentado

Familiaridade: os servidores e colaboradores da biblioteca utilizam o sistema Pergamum há anos

Utilização do sistema nas bibliotecas dos TRFs: utilizado pelo TRF1, TRF4 e TRF5

A Assessoria Jurídica não tem atribuição para imiscuir-se no mérito da escolha Administrativa. Contudo, no exercício do prévio controle de legalidade dos atos administrativos, é necessário observar a força normativa do princípio da proporcionalidade como critério de avaliação do preenchimento dos requisitos legais.

As razões apresentadas para escolha da solução para atender a necessidade administrativa não parecem configurar hipótese de inexigibilidade de licitação por inviabilidade de competição. Isso porque o que se revela preponderante para a escolha é a maior vantagem econômica, ainda que tenha sido informado que "os servidores e colaboradores da biblioteca já utilizam o sistema Pergamum há anos".

Vale destacar que ao dispor sobre a existência de alternativas de solução disponíveis no mercado, o item D.1 do ETP 0422663 consignou expressamente que "[e]xistem no mercado vários sistemas de automação de biblioteca".

Neste caso, a exceção ao princípio licitatório (CR, art. 37-XXI) em razão de conveniência e oportunidade são taxativamente previstas nas hipóteses de dispensa, conforme art. 75 da NLLC.

Conforme explicitado pela doutrina citada, na hipótese do art. 74-I da NLLC, a "inviabilidade de competição reside na **ausência de pluralidade de alternativas** de contratação para a Administração Pública. **Quando existe uma única solução** e um único particular em condições de executar a prestação, a licitação seria imprestável. Mais precisamente, **a competição será inviável porque não há alternativas diversas para serem entre si cotejadas**" (grifos nossos).

Em que pese a exclusividade do fornecedor do sistema pretendido (0367537), a instrução revela a existência de pluralidade de alternativas para atender a necessidade da Administração, sem que tenha sido apresentadas razões outras que preponderassem sobre a vantagem econômica como critério de escolha da solução pretendida.

Pelo exposto, considerando o valor da contratação de R\$7500,00 (0432437), caso mantidas as razões da instrução deste processo de contratação, devolve-se os autos à área demandante para avaliar a possibilidade de contratação mediante dispensa (art. 75-II, NLLC) promovendo-se a readequação dos artefatos para a instrução ou para sejam apresentadas novas razões que efetivamente justifiquem hipótese de inexigibilidade, nos termos do art. 74 da NLLC.

**Vilson Santana da Rocha Júnior**

Chefe de Assessoria da ASJUD

*Documento assinado digitalmente*

---

[1] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 958-963.



Documento assinado eletronicamente por **Vilson Santana da Rocha Junior**, **Assessor(a)-chefe**, em 09/10/2023, às 16:16, conforme art. 1º, § 2º, III, "b", da Lei 11.419/2006.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site [https://sei.trf6.jus.br/sei/controlador\\_externo.php?acao=documento\\_conferir&id\\_orgao\\_acesso\\_externo=0](https://sei.trf6.jus.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0) informando o código verificador **0478189** e o código CRC **0E021FE8**.

---

Av. Álvares Cabral, 1805 - Bairro Santo Agostinho - CEP 30170-001 - Belo Horizonte - MG - [www.trf6.jus.br](http://www.trf6.jus.br)  
0004094-72.2022.4.06.8000

0478189v5