

Rio de Janeiro, 07 de julho de 2023

PARECER Nº 36/2023/CONJUR-PPSA

Processo nº: DL.PPSA.022/2023

DISPENSA DE LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO REMANESCENTE DE 2 (DOIS) *FIREWALLS APPLIANCE* (*NEXT GENERATION FIREWALL – NGFW*), INCLUINDO A SUA INSTALAÇÃO, CONFIGURAÇÃO, MIGRAÇÃO DO AMBIENTE ATUAL, O FORNECIMENTO DE LICENÇAS, *VIRTUAL PRIVATE NETWORK* (“VPN”), TREINAMENTO, GARANTIA E SUPORTE.

1. Cuida-se de consulta proveniente da Gerência de Licitações e Contratos (“GLC”) sobre o processo de dispensa de licitação visando à contratação remanescente de 2 (dois) *Firewalls Appliance (Next Generation Firewall – NGFW)*, incluindo a sua instalação, configuração, migração do ambiente atual, o fornecimento de licenças, *Virtual Private Network* (“VPN”), treinamento, garantia e suporte, em razão da rescisão do contrato nº CT.PPSA.004/2022, celebrado no âmbito do Pregão Eletrônico PE.PPSA.003/2022.

2. Os documentos e informações – todos digitais – relativos a essa contratação no âmbito do processo administrativo nº DL.PPSA.022/2023 (“Processo”), consubstanciado na Correspondência Interna DAFC nº 054/2023, datada de 29 de junho de 2023, foram enviados a esta Consultoria Jurídica (“Conjur”), por meio das correspondências eletrônicas recebidas em 29 de junho de 2023 (16:46), 4 de julho de 2023 (14:11), 6 de julho de 2023 (12:49) e 7 de julho de 2023 (14:35), nas quais constam:

I. Correspondência Interna DAFC nº 054/2021, datada de 29 de junho de 2023 (arquivo com nome de “0 - Solicitação de Parecer Jurídico - Remanescente FIREWALL AHMP.pdf” e com 1 (uma) página, enviado pela correspondência eletrônica recebida no dia 29 de junho de 2023, 16:46);

II. Termo de Abertura de Processo de Dispensa de Licitação – DL.PPSA.022/2023, datado de 29 de junho de 2023 (arquivo com nome de “1 - Termo Abertura - Remanescente FIREWALL - AHMP.pdf” e com 1 (uma) página, enviado pela correspondência eletrônica recebida no dia 29 de junho de 2023, 16:46);

III. Termo de Rescisão do Contrato nº CT.PPSA.004/2022 (arquivo com nome de “2 - Termo de Rescisão com a NETWARE - Aquisição de Firewall - assinado.pdf” e com 3 (três) páginas, enviado pela correspondência eletrônica recebida no dia 29 de junho de 2023, 16:46);

IV. Conjunto de arquivos com o nome de “3 - Resultado Pregão 003-2022 e cálculo de atualização dos valores.zip”, contendo os seguintes documentos: “3 - Resultado do Pregão de FIREWALL.pdf”, com 2 (duas) páginas; e “3.1 - Cálculo dos valores atualizados proposta NETWARE para NETCENTER.xls”, enviado pela correspondência eletrônica recebida no dia 29 de junho de 2023, 16:46;

V. Nota Técnica nº DAFC-050/2023 – Versão 01, emitida em 29 de junho de 2023 (arquivo com nome de “4 - Nota Técnica - Contratação Remanescente Firewall assinada.pdf” e com 5 (cinco) páginas, enviado pela correspondência eletrônica recebida no dia 29 de junho de 2023, 16:46);

VI. Nota Técnica nº DAFC-050/2023 – Versão 01, emitida em 04 de julho de 2023 (arquivo com nome de “NT - Contratação Remanescente Firewall v2.0.pdf” e com 5 (cinco) páginas, enviado pela correspondência eletrônica recebida no dia 4 de julho de 2023, 14:11);

VII. Anexo 1 à Nota Técnica nº DAFC-050/2023 – Versão 01 – Mensagem de Consulta à Netcenter (arquivo com nome de “4.1 - Anexo 1- Mensagem de consulta

a *NETCENTER.pdf*” e com 2 (duas) páginas, enviado pela correspondência eletrônica recebida no dia 29 de junho de 2023, 16:46);

VIII. Anexo 2 à Nota Técnica nº DAFC-050/2023 – Versão 01 – Proposta Netcenter (Conjunto de arquivos com o nome de “4.2 - Anexo 2- Documentação e Proposta Atualizada *NETCENTER.zip*”, contendo os seguintes documentos: conjunto de arquivos com o nome de “*Anexo 2- Documentacao da Netcenter.zip*”, tendo como anexos: “*PROPOSTA COMERCIAL - PPSA - 003_2022 - Relação de equipamentos e licenças.pdf*”, com 2 (duas) páginas; “*PROPOSTA COMERCIAL - PPSA - 003_2022.pdf*”, com 2 (duas) páginas; e “*Planilha de Preços do Anexo II - Modelo de Proposta – atual.xls*”; conjunto de arquivos com o nome de “*Atestados Técnicos.zip*”, tendo como anexos: “*ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA – CESGRANRIO.pdf*”, com 1 (uma) página; “*Atestado Técnico - Sonicwall – Nortec.pdf*”, com 1 (uma) página; e “*ATESTADO_EAC_FIREWALL.pdf*”, com 1 (uma) página; conjunto de arquivos com o nome de “*Documentação Técnica.zip*”, tendo como anexos: “*sonicos-7-0-about.pdf*”, com 81 (oitenta e uma) páginas; e “*sonicwall-gen-7-nsa-series.pdf*”, com 10 (dez) páginas; conjunto de arquivos com o nome de “*Qualificação Econômico Financeira.zip*”, tendo como anexos: “*18 - Certidão 1º Ofício - Falências e Concordatas - 21-03-23 a 20-06-23.pdf*”, com 1 (uma) página; “*18 - Certidão 2º Ofício - Falências e Concordatas - 21-03-23 a 20-06-23.pdf*”, com 1 (uma) página; “*18 - Certidão 3º Ofício - Falências e Concordatas - 21-03-23 a 20-06-23.pdf*”, com 2 (duas) páginas; “*18 - Certidão 4º Ofício - Falências e Concordatas - 21-03-23 a 20-06-23.pdf*”, com 1 (uma) página; “*DECLARAÇÃO DE ATENDIMENTO AO INCISO XXXIII DO ART. 7º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.pdf*”, com 1 (uma) página; “*NETCENTER - Termo de abertura e encerramento 2022 (ECD 2023).pdf*”, com 1 (uma) página; “*NETCENTER BALANÇO 2022.pdf*”, com 5 (cinco) páginas; e “*NETCENTER DRE 2022.pdf*”, com 4 (quatro) páginas; enviado pela correspondência eletrônica recebida no dia 29 de junho de 2023, 16:46);

IX. Disponibilidade Orçamentaria (arquivo com o nome de “4.1 - Anexo 1- Mensagem de consulta a *NETCENTER.pdf*” e com 2 (duas) páginas, enviado pela correspondência eletrônica recebida no dia 29 de junho de 2023, 16:46);

X. Mensagem de Aceite Netcenter (arquivo com o nome de “4.4 - Anexo 4 - Mensagem de aceite da *NETCENTER.pdf*” e com 11 (onze) páginas, enviado pela correspondência eletrônica recebida no dia 29 de junho de 2023, 16:46);

XI. Minuta do Contrato nº CT.PPSA.009/2023 (arquivo com o nome de “4.5 - Anexo 5 - Contrato 009-23 - Remanescente Aquisição Firewall.doc” e com 27

(vinte e sete) páginas, enviado pela correspondência eletrônica recebida no dia 29 de junho de 2023, 16:46);

XII. Minuta do Contrato nº CT.PPSA.009/2023 (arquivo com o nome de “4.5 - Anexo 5 - Contrato 009-23 - Remanescente Aquisição Firewall v.2.doc” e com 28 (vinte e oito) páginas, enviado pela correspondência eletrônica recebida no dia 4 de julho de 2023, 14:11);

XIII. Relatório Litera (arquivo com o nome de “Relatório Litera - Contrato NETWARE – NETCENTER.pdf” e com 31 (trinta e uma) páginas, enviado pela correspondência eletrônica recebida no dia 4 de julho de 2023, 14:11);

XIV. Confirmação de Habilitação Econômica (arquivo com o nome de “4.6 - Anexo 6 - Confirmação Habilitação Econômico Financeira.pdf” e com 11 (onze) páginas, enviado pela correspondência eletrônica recebida no dia 29 de junho de 2023, 16:46);

XV. Conjunto de arquivos com o nome de “Certidões da NETCENTER.zip”, contendo os seguintes documentos: “Certidão CNDT.pdf”, com 1 (uma) página; “Certidão FGTS.pdf”, com 1 (uma) página; e “Certidão Receita.pdf”, com 1 (uma) página, enviado pela correspondência eletrônica recebida no dia 4 de julho de 2023, 14:11);

XVI. Mensagem de Aprovação do Diretor de Administração, Finanças e Comercialização (arquivo com o nome de “Mensagem de TI - Aprovação do Samir.pdf” e com 5 (cinco) páginas, enviado pela correspondência eletrônica recebida no dia 4 de julho de 2023, 14:11);

XVII. Despacho de Rescisão (arquivo com o nome de “Despacho Rescisão do Pregão 003 2022 Netware.pdf” e com 1 (uma) página, enviado pela correspondência eletrônica recebida no dia 6 de julho de 2023, 12:49); e

XVIII. Despacho de Rescisão (arquivo com o nome de “Revisão - Despacho Rescisão do Pregão 003 2022 V2_A.pdf” e com 1 (uma) página, enviado pela correspondência eletrônica recebida no dia 7 de julho de 2023, 14:35).

3. É o relatório. Passa-se à análise jurídica.

4. Na forma do preceito constitucional contido no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, é obrigatória a instauração de procedimento licitatório para contratações feitas pelo Poder Público. Todos os órgãos da Administração Pública direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios são, em regra, obrigados a licitar.

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

5. Nessa linha, foi realizado o processo licitatório de nº PE.PPSA.003/2022, para aquisição dos equipamentos e serviços em questão. Entretanto, o contrato resultante foi encerrado prematuramente, conforme relatado na Nota Técnica nº DAFC-050/2023 – Versão 01:

“II – HISTÓRICO

A PPSA firmou com a NETWARE o instrumento contratual supracitado, no âmbito do processo licitatório de Pregão Eletrônico nº PE.PPSA.003/2022.

O referido instrumento contratual foi firmado em 12/09/2022, no valor total de R\$ 222.000,00 (duzentos e vinte e dois mil reais), com prazo de execução e de vigência de 60 (sessenta) meses. e desembolso conforme tabela a seguir.

Item	Descrição	Percentual do Preço Total	Valor (R\$)
1	Firewall Appliance	30%	66.600,00
2	Instalação Firewall	5%	11.100,00
3	Migração Firewall	20%	44.400,00
4	Serviço VPN	10%	22.200,00
5	Licenças	10%	22.200,00
6	Garantia e Suporte	20%	44.400,00
7	Treinamento	5%	11.100,00
Preço Total (R\$)		100%	222.000,00

Em 12/05/2023 através da Nota Técnica DAFC.025/2023, a Diretoria de Administração, Finanças e Comercialização da PPSA aprovou a rescisão do contrato CT-PPSA-004/2022.

Em 28/06/2023, a PPSA e a NETWARE celebraram o correspondente Termo de Rescisão do contrato CT-PPSA-004/2022, para todos os fins de direito e em comum acordo, tendo por fundamento a sua cláusula décima nona e o inciso II do art. 118 do Regulamento Interno de Licitações e Contratos da PPSA (“RILC”).” (grifo nosso)

6. A necessidade desses serviços para a PPSA é justificada, não só pela documentação que embasou a aprovação do Pregão Eletrônico nº PE.PPSA.003/2022, como também pelos argumentos aduzidos na Nota Técnica nº DAFC-050/2023 – Versão 01:

“III- JUSTIFICATIVA

Atualmente, a PPSA conta somente com 1 (um) equipamento do tipo firewall em sua rede. A paralisação deste por falha (hardware ou software) causaria a interrupção de serviços que são indispensáveis para a segurança e o funcionamento adequado da rede da PPSA.

Em função do exposto acima, é urgente que a PPSA substitua esse equipamento de firewall, uma vez que esse é o principal dispositivo de controle e segurança de sua rede e o fabricante (Palo Alto) estabeleceu o

prazo de 31 de outubro 2023 para o encerramento completo de suas atualizações.

*A demora na substituição desse equipamento traz riscos à PPSA, **uma vez que um equipamento desatualizado coloca a empresa numa situação de extrema vulnerabilidade, podendo permitir que invasores acessem a rede interna, comprometam dados confidenciais, infectem sistemas com malware, ou realizem outras atividades maliciosas.***
(grifo nosso)

7. Cumpre destacar, ainda, os argumentos trazidos pela Nota Técnica nº NT.DAFC.013/2022 – Versão 01, que instruiu o processo administrativo nº PE.PPSA.003/2022:

“O modelo PA-500 que foi dimensionado para época, atualmente, está em processo de ‘end of life’, prejudicando algumas atualizações de licenças. O fabricante (Palo Alto) fixou o dia 31/10/2023 como data para o fim total dessas atualizações.

O modelo mencionado está em funcionamento ininterrupto desde a sua implementação, porém com o aumento de usuários e da demanda de novos serviços ao longo dos anos, a capacidade de processamento utilizada está além do recomendável para o bom funcionamento.

Isso porque, relatórios internos da área de Tecnologia da Informação (“T.I.”) apontam para um uso constante de mais de 90% da sua capacidade. Portanto, o PA-500 não é mais suficiente para atender as necessidades da PPSA.
(grifo nosso)

8. Para resguardar a PPSA dos prejuízos decorrentes da descontinuidade do único *firewall* atualmente instalado na empresa e que já opera além da sua capacidade, a

Unidade Requisitante, de acordo com a Nota Técnica nº DAFC-050/2023 – Versão 01, pretende, por meio do procedimento de dispensa de licitação, realizar a contratação remanescente do serviço:

“IV- DEFINIÇÃO DA FORMA DA CONTRATAÇÃO

Diante da situação de rescisão do contrato CT-PPSA-004/2022, a PPSA precisou avaliar as possibilidades existentes para a continuidade do serviço contratado pela duração originalmente intentada com a contratação no âmbito do Pregão Eletrônico nº PE.PPSA.003/2022, qual seja a de 60 (sessenta) meses.

Assim, foi verificado que seria possível realizar a contratação: (1) pela hipótese de Dispensa de Licitação (a contratação do remanescente da prestação de serviço do contrato anterior, desde que atendida a ordem de classificação da licitação e aceitas as mesmas condições do contrato encerrado) prevista na Lei nº 13.303/2016 (art. 29, inciso VI, §1º) e no Regulamento Interno de Licitações e Contratos da PPSA (art. 98, inciso VI); ou (2) por novo processo licitatório na modalidade pregão eletrônico.

Com base na análise realizada, **mostrou-se razoável e mais benéfico para a PPSA, do ponto de vista da conveniência e oportunidade, a escolha pela contratação direta por Dispensa de Licitação, acima identificada, com base na urgência da necessidade dos serviços e pela maior celeridade do processo de contratação,** conforme argumentos que se sumariza na tabela abaixo:

Tópico	Contratação de Remanescente	Nova Licitação
Prazo estimado de contratação	15 dias	90 dias
Valor do contrato	Conhecido e considerado aceitável	Desconhecido e dependerá da concorrência

” (grifo

nosso)

9. Nesse contexto, recomendou:

*“Com base no exposto, **recomenda-se a contratação da NETCENTER, por meio de Dispensa de Licitação amparada na Lei nº 13.303/2016 (art. 29, inciso VI) e no RILC da PPSA (art. 98, inciso VI), nas seguintes condições:***

- *Valor total atualizado: R\$ 230.771,01 (duzentos e trinta mil, setecentos e sessenta e um reais e um centavo).*
- *Prazo de execução e vigência: 60 meses, conforme cronograma constante do item 3.10 do instrumento contratual anterior (contrato CT-PPSA-004/2022), contados a partir da data de assinatura do contrato decorrente dessa contratação por Dispensa de Licitação.” (Nota Técnica nº DAFC-050/2023 – Versão 01) (grifo nosso)*

10. Frisa-se aqui a concordância, por meio do despacho de rescisão do dia 06 de julho de 2023, da Diretora Técnica e do Diretor de Gestão de Contratos da PPSA com essa opção aventada pela Unidade Requisitante (item XVIII da lista de documentos constante do parágrafo 2 deste Parecer), nos seguintes termos:

“Tendo por fundamento a Cláusula Décima Nona do Contrato e o inciso II do art. 118 do Regulamento Interno

de Licitações e Contratos da Pré-Sal Petróleo S.A. – PPSA (“RILC”), fica autorizada a rescisão do contrato CT.PPSA.004/2022, conforme Termo de Rescisão, em anexo, bem como a retomada do processo licitatório correspondente para a assunção do escopo do contrato ora rescindido.” (grifo nosso)

11. A situação fática, vislumbramos subsunção dessa, à normativa contida no art. 29, inciso VI, da Lei nº 13.303/2016, que preceitua:

“Art. 29. É dispensável a realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista: (Vide Lei nº 1.4002, de 2020)

(...)

VI - na contratação de remanescente de obra, de serviço ou de fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições do contrato encerrado por rescisão ou distrato, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido;” (grifo nosso)

12. No mesmo sentido, dispõe o Regulamento Interno de Licitações e Contratos da PPSA (“RILC”):

“Art. 98 – É dispensável a realização de Licitação pela PPSA:

(...)

VI - na contratação de remanescente de Obra, de serviço ou de fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da Licitação anterior e aceitas as mesmas condições do Contrato encerrado por rescisão ou distrato, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido;” (grifo nosso)

13. De acordo com a legislação aplicável, portanto, a licitação é dispensável nos casos em que a nova contratação é motivada pela rescisão de contrato anteriormente mantido pela empresa estatal, observados os requisitos legais e regulamentares.

14. Nesse diapasão, ensina José Anacleto Abduch Santos:

“A previsão legal visa à continuidade de contratos que não puderam ser concluídos. Assim, pela ruptura inesperada de uma avença e para não haver comprometimento ou prejuízo da parcela até então executada, justifica-se a dispensa da licitação.

O cabimento desta dispensa de licitação **pressupõe o cumprimento dos seguintes requisitos:** (i) **existência de um contrato e sua rescisão ou distrato;** a contratação direta visa suprir as necessidades geradas pelo rompimento do contrato extinto. Assim, o objeto dessa nova avença diz respeito tão somente às parcelas ainda pendentes de execução; (ii) **conveniência e oportunidade da dispensa em face de nova licitação;** caberá à Administração avaliar estas duas possibilidades (dispensa ou nova licitação) e justificar, no processo administrativo da contratação direta, o seu cabimento; (iii) **obediência à ordem de classificação obtida na licitação anterior;** a ordem de classificação constatada na licitação original deverá ser respeitada, o que impõe o chamamento do segundo colocado para, querendo, firmar a contratação direta. O desinteresse deste obriga ao chamamento do terceiro colocado e, assim, sucessivamente; (iv) **a princípio, a manutenção das mesmas condições do contrato extinto;** o segundo colocado, ou outro na ordem de classificação, poderá ser contratado se **aceitar os mesmos termos e condições constantes do contrato encerrado, assumindo a execução nos mesmos**

moldes, admitindo-se apenas a atualização dos preços, se necessário.

Salientamos que os licitantes classificados originalmente, que forem convidados a dar continuidade à execução do objeto do contrato, não estão obrigados a aceitar e, por consequente, contratar. Estão, em verdade, vinculados aos termos de suas propostas e apenas durante o respectivo prazo de validade. *Caberá, portanto, ao licitante avaliar e decidir livremente acerca da assunção do remanescente do contrato.*

Na hipótese de nenhum dos licitantes aceitar a contratação nos termos originais, a empresa pública e a sociedade de economia mista poderão convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a celebração do contrato nas condições ofertadas por estes, desde que o respectivo valor seja igual ou inferior ao orçamento estimado para a contratação, inclusive quanto aos preços atualizados nos termos do instrumento convocatório.” (Lei das estatais: comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016/Edgar Guimarães, José Anacleto Abduch Santos. – Belo Horizonte: Fórum, 2017. Págs. 58 e 59) (grifo nosso)

15. Segundo ensina a doutrina, para que seja possível a dispensa de licitação calcada na hipótese de remanescente de objeto contratual, são necessários, por consequente, os seguintes pressupostos:

- I. Existência de um contrato e sua rescisão ou distrato;
- II. Conveniência e oportunidade da dispensa em face de nova licitação;
- III. Obediência à ordem de classificação obtida na licitação anterior; e
- IV. A manutenção das mesmas condições do contrato extinto admitindo-se a atualização monetária dos preços praticados.

16. Acerca do instituto da dispensa de licitação, Marçal Justen Filho complementa:

“5) A dispensa de licitação

A dispensa de licitação verifica-se em situações em que, embora viável competição entre particulares, a lei reconhece a incompatibilidade entre a licitação e os valores norteadores da atividade administrativa, sob um prisma de proporcionalidade.

5.1) A viabilidade de competição

A dispensa de licitação é consagrada por lei para situações em que é viável a competição. A lei determina a dispensa da licitação por reconhecer que a sua ocorrência não traria os benefícios pretendidos ou, mesmo, acarretaria outros malefícios indesejáveis. A licitação seria uma solução inadequada ou desnecessária para promover o atendimento às necessidades coletivas ou comprometeria a realização de outros valores igualmente protegidos pelo direito.

5.2) A questão dos custos e benefícios

Toda licitação envolve uma relação entre custos e benefícios. Há custos econômicos propriamente ditos, derivados do cumprimento dos atos materiais da licitação (publicação pela imprensa, realização de testes laboratoriais etc.) e da alocação de pessoal. Há custos de tempo, referentes à demora para desenvolvimento dos atos da licitação. Podem existir outras espécies de custos, a serem examinadas caso a caso.

Em contrapartida, a licitação produz benefícios para a Administração. Esses benefícios consistem em que a Administração efetivará (em tese) contratação mais

vantajosa do que realizaria se a licitação não tivesse existido. A dispensa de licitação decorre do reconhecimento por lei de que os custos inerentes a uma licitação superam os benefícios que dela poderiam advir. A lei dispensa a licitação para evitar o sacrifício dos interesses coletivos e supraindividuais.

5.3) A questão de outros valores a realizar

Mas há outras situações em que, embora pudesse propiciar benefícios econômicos significativos e não envolver problemas insuportáveis no tocante ao tempo, a licitação comprometeria a realização satisfatória de outros valores legitimamente perseguidos pela Administração. Há casos em que a licitação impediria o sigilo indispensável à preservação de interesses nacionais. Existem outras situações em que a contratação administrativa é utilizada não apenas para a satisfação direta das necessidades administrativas.

5.4) A escolha legislativa fundamentada: a proporcionalidade

Todas as hipóteses de dispensa de licitação apresentam em comum a característica de previsão legislativa. Não se admite a criação de um caso de dispensa sem lei assim dispondo. É evidente que isso não implica reconhecer a possibilidade de uma lei instituir arbitrariamente os casos de dispensa. A lei é indispensável, mas a validade da previsão legislativa depende da presença de elementos fáticos e jurídicos que legitimem a decisão de dispensar a licitação. Nesse ponto, é essencial destacar a relevância do princípio da proporcionalidade. A hipótese de dispensa da licitação somente será válida quando

existir um juízo de proporcionalidade que dê suporte à disciplina legal adotada.

5.5) Ainda a observância do princípio da isonomia

A dispensa de licitação é justificada, muitas vezes, por meio da invocação ao ‘interesse público’. Essa fórmula, como é usual, deve ser examinada com cautela. É indispensável verificar o interesse público concreto e produzir a identificação dos interesses públicos e privados envolvidos na situação existente. O juízo de proporcionalidade exige a avaliação das circunstâncias da realidade e da relação entre a decisão adotada (mesmo pela lei) e os valores a serem realizados.

*Deve ter-se em vista que a contratação direta não afasta a obrigatoriedade da observância do tratamento igualitário a todos os administrados. Não se justifica que, estando subordinada a realizar interesses indisponíveis e a obedecer ao princípio da isonomia, a Administração efetive contratação abusiva ou beneficie indevidamente um determinado sujeito.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 8.666/1993*. – 18. Ed. Ev. rev., atual e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. Págs. 477 e 478) (grifo nosso)*

17. Para o festejado autor, as hipóteses de dispensa de licitação podem ser classificadas segundo o ângulo de manifestação de desequilíbrio na relação custo/benefício, do seguinte modo: a) custo econômico da licitação; b) custo temporal da licitação; c) ausência de potencialidade de benefício; e d) destinação da contratação (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 8.666/1993*. – 18. Ed. Ev. rev., atual e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. Págs. 477 e 478).

18. A dispensa para contratação de objeto remanescente em função de rescisão contratual encontra-se, pois, respaldada tanto pelo seu critério temporal, quanto pelo econômico, uma vez que a realização de um novo processo licitatório demandaria tempo superior ao admissível e envolveria custos superiores ao da dispensa de licitação, como o de recursos humanos e de publicação.

19. Nessa linha, para fins de continuidade da prestação do serviço, o aproveitamento de um rol de fornecedores classificados em processo competitivo anterior se mostra vantajosa.

20. Nessa linha, colaciona-se julgados do TCU:

“17. A contratação do segundo colocado por conta de rescisão contratual serve para tornar mais ágil a Administração Pública. Não se pode reclamar a realização de novo certame, quando a legislação permite a contratação direta. Ademais, no caso concreto, seria desarrazoado exigir que o órgão funcionasse sem receber os serviços de conservação e limpeza enquanto outra licitação fosse realizada.” (Acórdão TCU nº 412/2008 – Plenário. Relator Marcos Bemquerer. Data da Sessão: 12/03/2008) (grifo nosso)

“REPRESENTAÇÃO DE UNIDADE TÉCNICA DO TCU, FORMULADA EM CUMPRIMENTO A DESPACHO DE MINISTRO. CONTRATAÇÃO INDEVIDA DE REMANESCENTE DE OBRA POR DISPENSA DE LICITAÇÃO. PAGAMENTO ANTECIPADO DE DESPESAS. RAZÕES DE JUSTIFICATIVA INSUFICIENTES PARA AFASTAR AS IRREGULARIDADES. INCIDÊNCIA DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. ARQUIVAMENTO DOS AUTOS. 1. A licitação tem o triplo objetivo de obter a contratação mais vantajosa para Administração, de garantir a isonomia de

oportunidades a todos que se interessarem em contratar com o Poder Público e de promover o desenvolvimento nacional sustentável. 2. **Permitir a contratação direta de empresa sem que a hipótese fática esteja subsumida ao art. 24, inciso XI, da Lei 8.666/1993, por motivo de a sociedade empresária não ter participado do certame antecedente ao contrato rescindido, promove-se indevida escolha livre da contratada, alijando todos os demais interessados em participar de nova licitação para finalizar a execução do remanescente de obras, o que contraria o precitado dispositivo legal, e os princípios da isonomia (art. 5º, caput, CF) e da impessoalidade (art. 37, caput, CF).** 3. Somente devem ser aceitas antecipações de pagamentos contratuais em situações excepcionais nas quais fique demonstrada a existência de interesse público, devendo haver previsão no edital de licitação e serem exigidas as devidas garantias. 4. A pretensão punitiva do Tribunal de Contas da União subordina-se ao prazo geral de prescrição de dez anos indicado no art. 205 do Código Civil, contado a partir da data de ocorrência da irregularidade sancionada (Acórdão 1.441/2016 - Plenário).” (Acórdão TCU nº 2.132/2016 – Plenário. Relator: Marcos Bemquerer. Data da Sessão: 17/08/2016) (grifo nosso)

“6. O primeiro ponto tratado foi a contratação direta da Servegel por dispensa de licitação, **lastreada no art. 24, XI - isto é, remanescente de licitação -, em condições diversas das da contratação anterior (Contrato 69/2015), notadamente quanto ao valor contratado, superior ao do pacto rescindido.**

7. Com base nas razões de justificativa apresentadas, constatou-se que a Servegel aceitou tão somente cobrir o preço global da GVP, já que sua planilha de preços possuía diferenças em relação à da licitante vencedora, a exemplo das taxas de lucro e de administração, ao passo que o correto seria assumir integralmente o valor da planilha. Foi encontrada a diferença de R\$ 6.287,45/mês (peça 37, pp. 17-18) entre o contrato rescindido e o novo contrato, apesar de os preços da GVP já estarem devidamente atualizados.

8. Conquanto esta Corte tenha precedentes que consideram ilegal a contratação de remanescente mediante dispensa de licitação em condições diversas daquelas oferecidas pela vencedora do processo licitatório, a citada diferença apurada de R\$ 6.287,45/mês representa, aproximadamente, 0,20% do valor do Contrato 69/2015.

9. Dessa forma, a unidade técnica considerou suficiente para saneamento da questão determinar ao FNDE que adote medidas para adequar os termos do Contrato 10/2016, firmado com a Servegel, aos ditames do art. 24, XI, da Lei de Licitações e Contratos, de modo a adaptar o valor contratado aos termos da proposta da GVP e promover a recuperação dos valores pagos a maior no âmbito do atual contrato desde o seu início, propostas que considero adequadas.” (Acórdão TCU nº 7.979/2017 - Segunda Câmara. Relator: Ana Arraes. Data da Sessão 29/08/2017) (grifo nosso)

“No primeiro exame destes autos, ao pugnar pela instauração desta tomada de contas especial,

destaquei que a referida hipótese de dispensa do procedimento licitatório impõe, como requisito essencial, a manutenção das condições ofertadas pelo licitante vencedor, inclusive em seus aspectos econômicos.

O inciso XI do art. 24 da Lei 8.666/1993, que estabelece a possibilidade de dispensa de licitação para contratação de remanescente de obra, expressamente exige a manutenção das condições oferecidas pela licitante vencedora, nos seguintes termos (destaques acrescidos):

‘Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

XI - na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido;’

Não estão obrigados nem o gestor público a aproveitar o certame, nem os demais licitantes a aceitar os termos da proposta vencedora. No entanto, para legitimar a contratação direta, devem ser adotadas as exatas condições vencedoras do processo concorrencial.

A doutrina administrativista, ao examinar a hipótese de dispensa para contratação de remanescente, pugna nesse mesmo sentido (destaques acrescidos):

“Os licitantes não são obrigados a aceitar a contratação, inclusive porque o contrato se fará nos

termos de proposta formulada por terceiro”. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 8ª edição. p. 253)

e

“... os licitantes remanescentes, se aceitarem, estarão vinculados à proposta do licitante classificado em primeiro lugar no certame; não só ao preço, como também a todas as condições ofertadas, integralmente. A proposta que o licitante remanescente formulou à Administração será desprezada, não intervindo de qualquer modo no ajuste: ou ele aceita as condições ofertadas pela Administração, que estará balizada, repita-se, integralmente, pelas condições constantes da proposta do licitante vencedor, ou não. Inexiste qualquer possibilidade de negociação, acertamento, conciliação ou alteração equivalente.” (JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Licitações e Contratos – Lei 8.666/1993*. 6ª edição. p. 397).

A contratação de remanescente de obra pressupõe que o proponente estudou a equação inicial e aceitou assumir uma proposta diversa da que apresentara na concorrência. Ocorre, nesse tipo de dispensa licitatória, a adesão por parte do novo contratado às condições vencedoras do certame e, por conseguinte, a renúncia tácita às balizas por ele apresentadas no momento da licitação.

(...)

O instituto da dispensa para contratação de remanescente, nos termos da Lei 8.666/1993, consubstancia-se, na prática, na retomada da proposta vencedora do certame por um novo

signatário. Ainda que formalmente haja novo contrato e novo contratado, materialmente o ajuste a ser executado deve ser o mesmo. Caso fosse imprescindível alterar o contrato inicial, novo procedimento licitatório seria obrigatório.

O TCU já se manifestou acerca da necessidade de manutenção dos preços unitários (destaques acrescidos):

‘...o art. 24, inc. XI, do Estatuto Federal de Licitações e Contratos exige que a contratação direta de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, oriunda de rescisão contratual, obedeça às mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, até mesmo quanto ao preço, devidamente corrigido. Essas condições referem-se aos prazos de execução, aos preços unitários e global e à forma de pagamento, as quais devem ser idênticas às da proponente vencedora do certame licitatório.’ (acórdão 151/2005-2ª Câmara; Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues.)” (Acórdão TCU nº 2.830/2016 - Plenário. Relator: Ana Arraes) (grifo nosso)

21. No mais, cabe ressaltar a necessidade de cumprimento das formalidades estabelecidas no § 3º do art. 30 da Lei nº 13.303/2016, como condição para a eficácia do processo administrativo correspondente:

“Art. 30 (...)

§ 3º O processo de contratação direta 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 do executante;

III – justificativa do preço.”

22. Após a verificação dos pressupostos da dispensa de licitação para contratação de remanescente de serviços em consequência de rescisão contratual, a escolha do novo executante pela Administração está restrita àqueles presentes na respectiva licitação, cuja ordem deve ser obedecida. Não obstante, faz-se necessário analisar a existência de capacidade jurídica, regularidade fiscal e o preenchimento dos requisitos de capacidade técnica e econômico-financeira compatíveis com as exigências do objeto a executar.

23. Sobre as tratativas realizadas com a segunda colocada do certame, conforme ordem classificatória, assinala a Nota Técnica nº DAFC-050/2023 – Versão 01:

“V- DA CONTRATADA

A ordem de classificação final do Pregão Eletrônico nº PE.PPSA.003/2022, foi a seguinte:

Classificação	Proponente	Valor (R\$)
1º	NETWARE	222.000,00
2º	NETCENTER	223.000,00
3º	PTLS	243.000,00
4º	SOFTWALL	850.000,00
5º	TELTEC	1.209.620,00

Foi realizada consulta à NETCENTER, solicitando manifestação sobre interesse em assumir a prestação dos serviços remanescentes do contrato rescindido, por e-mail na data 07 de junho de 2023 às 10:05. Conforme a seguir:

‘Prezados, bom dia.

No dia 03/08/2022 realizamos na PPSA o pregão eletrônico nº 03/2022, para aquisição 2 (dois) Firewalls Appliance (Next Generation Firewall – NGFW), incluindo a instalação, configuração, migração do ambiente atual, o fornecimento de licenças, Virtual Private Network (“VPN”), treinamento, garantia e suporte, pelo período de execução de 60 (sessenta) meses.

A empresa vencedora do certame ofertou o equipamento Sophos XGS3100, que ao longo do processo de migração do atual equipamento da PPSA (Palo Alto PA-500), não foi capaz de atender aos requisitos estabelecidos no Termo de Referência anexo ao Edital, resultando em uma rescisão do contrato.

Diante disto, estando previsto no Regulamento Interno de Licitações da PPSA em seu Art. 98, inciso VI:

‘Na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido;’

Gostaríamos de convocá-lo na condição de segundo colocado para atender ao objeto do referido certame, sendo o valor ofertado a época de R\$ 222.000,00 corrigido pelo IPCA acumulado no período (3,95%) totalizando o valor de R\$ 230.771,01.

Caso tenha interesse aguardamos sua manifestação até o dia 12/06/2023, apresentando a proposta, a documentação técnica e os demais documentos de habilitação técnica exigidos no Edital e Termo de Referência anexo.

Caso não tenham interesse solicitamos que se manifestem no mesmo prazo estabelecido acima para darmos continuidade ao certame.’

Em 07/06/2023 às (sic.) 10:54, por meio de e-mail em anexo, a NETCENTER respondeu à solicitação da PPSA, confirmando seu interesse para a contratação do remanescente do serviço contratado, nas mesmas condições do contrato encerrado, conforme e-mail anexo.

A PPSA avaliou e aceitou a documentação recebida da NETCENTER, por meio do e-mail em anexo, juntamente com as informações do SICAF, por atender as exigências estabelecidas no Edital da licitação original (Pregão Eletrônico PE.PPSA.003/2022) e nas condições estabelecidas neste processo de Dispensa de Licitação.” (grifo nosso)

24. Com relação ao prazo de vigência contratual, o *caput* do art. 71 da Lei nº 13.303/2016 e o art. 109 do RILC fixam como regra para os contratos o limite de 5 (cinco) anos. No caso em tela, observa-se que o prazo de execução e vigência se encontra dentro do limite legalmente previsto, de acordo com a Nota Técnica nº DAFC-050/2023 – Versão 1:

“Prazo de execução e vigência: 60 meses, conforme cronograma constante do item 3.10 do instrumento contratual anterior (contrato CT-PPSA-004/2022), contados a partir da data de assinatura do contrato decorrente dessa contratação por Dispensa de Licitação.” (grifo nosso)

25. Quanto ao preço, será praticado pela antiga contratada, nas condições de sua proposta aplicada a devida correção:

“VI. CUSTOS ENVOLVIDOS

Conforme determinado pela Lei nº 13.303/2016 (art. 29, inciso VI) e no RILC (art. 98, inciso VI), a contratação deverá ser efetivada pelo mesmo preço do licitante vencedor, devidamente corrigido. (...)

A correção de preços foi realizada pela aplicação do IPCA acumulado no período de 03/agosto/2022 (data da proposta) até 12/junho/2023 (data do aceite do segundo colocado) sobre os preços ofertados pelo licitante vencedor, conforme tabelas abaixo.

Nota: Em função do IPCA de junho ainda não ter sido divulgado pelo IBGE, o cálculo de atualização do valor foi efetuado tendo como referência o IPCA de Mai/23.

Resultado de Correção pelo IPCA (IBGE)				Item	Descrição	Valor Contrato Rescindido (R\$)	Percentual de atualização - IPCA (Jun/22 - Mai/23)	Valor do Contrato Atual (R\$)
Dados básicos da correção pelo IPCA (IBGE)								
Dados informativos				1	Firewall Appliance	09.600,00		09.231,31
Data inicial				2	Instalação Firewall	11.100,00		11.538,55
Data final				3	Migração Firewall	44.400,00		46.154,20
Valor nominal R\$ 1,00 (REAL)				4	Serviço VPN	22.200,00	3,95%	23.077,10
Dados calculados				5	Licença	22.200,00		23.077,10
Índice de correção no período				6	Garantia e Suporte	44.400,00		46.154,20
Valor percentual correspondente				7	Treinamento	11.100,00		11.538,55
Valor corrigido na data final R\$ 1,04 (REAL)				Preço Total (R\$)		222.000,00		230.771,01

(Nota Técnica DAFC-050/2023 – Versão 01) (grifo nosso)

26. Os documentos acostados ao Processo atestam o cumprimento dos pressupostos legais trazidos pelo inciso VI, do art. 29 e § 3º, do art. 30, ambos da Lei nº 13.303/2016, bem como da jurisprudência e doutrina acima referenciadas.

27. Há, igualmente, comprovação de disponibilidade de recursos da PPSA para fazer frente às despesas decorrentes do contrato (item IX da lista de documentos constante do parágrafo 2 deste Parecer), conforme trecho da Nota Técnica nº DAFC-050/2023 – Versão 01 abaixo transcrito:

“O valor de R\$ 230.771,01 (duzentos e trinta mil, setecentos e sessenta e um reais e um centavo) encontra amparo orçamentário no PDG 2023 na rubrica 1.2.04.01.005 – Investimentos no Ativo Imobilizado e Intangível - Aquisição de Equipamentos de TI.” (grifo nosso)

28. Analisando-se o aspecto jurídico-formal do conteúdo contratual, depreende-se que a minuta apresentada está em consonância com as boas práticas de mercado, com a legislação aplicável, bem como com o modelo presente no Edital do Pregão Eletrônico nº

PE.PPSA.003/2022, do qual decorreu a contratação inicial e a classificação da nova empresa a ser contratada.

29. Feitas as ponderações acima e pressupondo que, sob os aspectos técnicos e comerciais, estão presentes as condicionantes de conveniência e oportunidade para a PPSA, não vislumbramos óbice jurídico à realização da contratação direta por dispensa de licitação fundada no inciso VI do art. 29 da Lei nº 13.303/2016 em tela.

30. É o Parecer, que ora devolvo à Gerência de Licitações e Contratos, com sugestão de encaminhamento à deliberação da entidade competente de acordo com o previsto no art. 16 do RILC.

Maria Amélia Braga
Consultora Jurídica
Pré-Sal Petróleo S.A.