



MUNICÍPIO DE PARNAÍBA
CÂMARA MUNICIPAL
PARNAÍBA – PIAUÍ
CNPJ 14.396.234/0001-04

PROCESSO ADM Nº 002/2020
INEXIGIBILIDADE Nº 002/2020

PARECER TÉCNICO-JURÍDICO

ASSUNTO:

A contratação da Empresa STS INFORMÁTICA LTDA - EPP, para prestação de serviços de locação e assistência de uso de software – Sistema integrado de administração financeira e controle para a Câmara Municipal de Parnaíba.

EMENTA:

A enumeração dos casos de inexigibilidade de licitação, por ser inviável a competição, feita pelo artigo 25, caput da lei n.º 8.666/93, é exemplificativa e não taxativa.

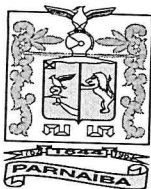
I - INTRODUÇÃO

O Excelentíssimo Senhor Presidente da Câmara Municipal de Parnaíba submete a exame da Comissão de Licitação, consulta sobre a possibilidade de contratação, com inexigibilidade de certame licitatório de serviços da Empresa STS INFORMÁTICA LTDA - EPP, para prestação de serviços de locação e assistência de uso de software – Sistema integrado de administração financeira e controle para Câmara Municipal de Parnaíba, cuja consulta foi encaminhada a esta Assessoria Jurídica. Indaga, ainda, se a referida contratação, outrora mencionada, pode ser feita diretamente sem a realização do certame licitatório, haja vista a inviabilidade de competição, haja vista a ausência de mercado concorrencial.

II - AS NORMAS LEGAIS RELATIVAS À CONTRATAÇÃO

Quando o interesse público demanda a prestação de alguma atividade desempenhada por terceiro, dá-se a causa fática do contrato administrativo. Este não pode, todavia, ser celebrado com qualquer um. Caso a Administração Pública pudesse escolher ao seu talante o prestador, ter-se-ia certamente por privilegiados aqueles próximos ao governo, ferindo de morte a impessoalidade que deve reger as relações estatais de uma República. Por esse motivo, a Constituição de 1988 impôs, no art. 37, XXI, a licitação como procedimento prévio à celebração contratual.

É sabido e que, no Direito Administrativo Brasileiro, a regra é a obrigatoriedade de licitação tanto para aquisição de bens como para que haja prestação de serviços para a Administração, tendo como fundamento Legal, na norma constitucional, o art. 37, inciso XXI, *in verbis*:



MUNICÍPIO DE PARNAÍBA
CÂMARA MUNICIPAL
PARNAÍBA - PIAUI
CNPJ 14.396.234/0001-04

"Art. 37 - omissis;

.....
XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão(a) CONTRATADO(A)s 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".

E na norma infraconstitucional, o art. 2º, da Lei n.º 8.666/93, no seguinte teor:

"Art. 2º. As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta lei". (Grifos acrescidos)

1 - Excepcionalidades: dispensa e inexigibilidade de licitação – Distinção

Como toda regra tem sua exceção, o Estatuto de Licitações permite como ressalva à obrigação de licitar, a contratação direta através de processos de dispensa e inexigibilidade de licitação, desde que preenchidos os requisitos previstos na lei.

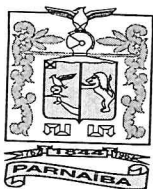
Dispensa de licitação é a possibilidade de celebração direta de contrato entre a Administração e o particular, nos casos estabelecidos no art. 24, da Lei 8.666/93.

Observa-se que a lei enumerou expressamente as hipóteses de dispensa de licitação, sendo este rol taxativo. Neste sentido, as lições do renomado Jessé Torres Pereira Júnior:

"As hipóteses de dispensabilidade do art. 24 constituem rol taxativo, isto é, a Administração somente poderá dispensar-se de realizar a competição se ocorrer uma das situações previstas na lei federal. Lei estadual, municipal ou distrital, bem assim regulamento interno da entidade vinculada não poderá criar hipótese de dispensabilidade".

Além disso, ressalte-se que, nestes casos relacionados pela legislação, há a discricionariedade da Administração na escolha da dispensa ou não do certame, devendo sempre levar em conta o interesse público. Muitas vezes, o administrador opta pela dispensa, posto que, como afirma o ilustre Marçal Justen Filho, "os custos necessários à licitação ultrapassarão benefícios que dela poderão advir".

Nos termos da norma constitucional, presume-se que a licitação propicia a contratação mais vantajosa para o interesse público, na medida em que são exigidos requisitos de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Além disso, ao assegurar-se a igualdade de condições a todos os concorrentes, prestigia-se



MUNICÍPIO DE PARNAÍBA
CÂMARA MUNICIPAL
PARNAÍBA – PIAUI
CNPJ 14.396.234/0001-04

impessoalidade, princípio regente do Estado republicano, que não se harmoniza com privilégios calcados na vontade do administrador.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 532-533), tais pressupostos englobam três ordens de análise: a) lógica; b) jurídica; c) fática. O pressuposto lógico refere-se à necessidade de que haja pluralidade de fornecedores e pluralidade de objetos, de modo que se se trata de produto exclusivo, fica logicamente inviabilizada a competição. O pressuposto jurídico reporta-se ao interesse público, fim mor de toda a atividade administrativa, que invariavelmente deverá apresentar-se na realização do certame; logo, caso fique comprovado que a licitação vai de encontro ao interesse da sociedade, inexigível será a sua realização. Finalmente, o pressuposto fático relaciona-se ao interesse de mercado na contratação do objeto licitado. A bem dizer, é preciso que haja um número plural de participantes interessados em contratar com a Administração, sob pena de tornar a concorrência inviável.

Tais pressupostos não estão previstos em lei. Por isso dão origem a debate na doutrina administrativista, que ora diverge quanto ao nome dos pressupostos, ora quanto às suas consequências.

A enumeração desses pressupostos é bastante divergente. A primeira divergência é quanto ao nome, e a segunda, quanto às consequências causadas pela sua ausência. Para a maioria da doutrina, a ausência de qualquer dos pressupostos levará à inviabilidade da competição e, portanto, à inexigibilidade da licitação, e não à dispensa como defendem alguns doutrinadores. (MARINELA, 2010, p. 329).

De qualquer modo, não se verificando algum dos pressupostos enumerados (lógico, jurídico ou fático), a competição torna-se impossível e, ato contínuo, a própria licitação.

Já a inexigibilidade de licitação ocorre quando há inviabilidade de competição, melhor dizendo, é impossível promover-se a competição, tendo em vista que um dos contendores reúne qualidades tais que o tornam único, exclusivo, sui generis, inibindo os demais pretendentes participantes.

Saliente-se que o rol normativo do art. 25, do Estatuto das Licitações diferencia-se do da dispensa, uma vez que tem natureza exemplificativa, segundo posicionamento uníssono da doutrina pátria.

Desta forma, conclui-se que nos casos de dispensa, previstos em lei, o administrador tem a faculdade de licitar ou não, enquanto que na inexigibilidade, há impossibilidade de ser realizado o procedimento de competitividade para aquisição da proposta mais vantajosa para a Administração.

2 - Casos de inexigibilidade de licitação mais utilizados (Art. 25, incisos I e II)

No que tange à inexigibilidade de licitação, o caso mais utilizado pela Administração é, na verdade, o previsto no inciso I, do art. 25, in verbis:



MUNICÍPIO DE PARNAÍBA
CÂMARA MUNICIPAL
PARNAÍBA – PIAUI
CNPJ 14.396.234/0001-04

"I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência por 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";

É importante asseverar que, muitas vezes, a Administração se utiliza erroneamente desta norma legal, posto que a contratação direta para enquadrar-se neste dispositivo deve se referir a uma compra e não a prestação de serviços, e necessita ter a comprovação da exclusividade através de uma declaração emitida pelos órgãos competentes.

Nessa linha, a propósito, há orientação do Tribunal de Contas da União, citada pelo professor Renato Geraldo Mendes:

"A prestação de serviços não se inclui no inciso I do art. 25, portanto contratação de serviços com fundamento no preceito é ilegal".

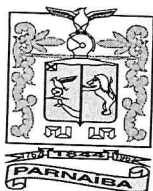
Outrossim, é preciso ter cautela na análise da exclusividade do objeto que se busca adquirir, procurando verificar se o mesmo possui uma individualidade tal que se torna único na espécie, não podendo ser substituído por outro equivalente.

Finalmente, o administrador também emprega, com frequência, o inciso II do art. 25, da Lei n.º 8.666/93, que dispõe sobre 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".

Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

- I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;
- II - pareceres, perícias e avaliações em geral;
- III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
(Redação dada pela Lei n.º 8.883, de 1994)
- IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
- V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
- VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
- VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico.
- VIII - (Vetado). (Incluído pela Lei n.º 8.883, de 1994)

Pode-se conceituar serviço singular como aquele que, para ser produzido exige que o prestador reúna muito mais que apenas conhecimento técnico. É necessário deter um conjunto de recursos técnicos especiais, tais como: conhecimento teórico e prático; experiência com situações de idêntico grau de complexidade; capacidade de compreender e dimensionar o problema a ser resolvido; potencial para idealizar e construir a solução para o problema; aptidão para excepcionar situações não compreendidas na solução a ser proposta ou apresentada; capacidade didática para comunicar a solução idealizada; raciocínio sistêmico; facilidade



MUNICÍPIO DE PARNAÍBA
CÂMARA MUNICIPAL
PARNAÍBA – PIAUI
CNPJ 14.396.234/0001-04

manipular valores diversos e por vezes contraditórios; aptidão para articular ideias e estratégias numa concatenação lógica; capacidade de produzir convencimento e estimar riscos envolvidos; bem como criatividade e talento para contornar problemas difíceis e para produzir uma solução plenamente satisfatória.

Faz-se mister ressaltar que, para que a empresa tenha singularidade nos serviços que irá prestar, não precisa ser única no mercado, mas precisa ter particularidades, especialidades, que outras empresas não possuam.

Quanto à notória especialização, o § 1º, do supracitado artigo a conceitua, permitindo-nos deduzir que o trabalho da empresa deve se destacar na área profissional e ser o mais adequado à satisfação do objeto que se busca contratar.

Ademais disso, é oportuno salientar que existem hipóteses que não se enquadram em nenhum dos incisos do mencionado art. 25, mas que estão incluídas no caput deste artigo, face a comprovada inviabilidade de competição.

O artigo 25 da Lei n.º 8.666, de 1.993, ao enumerar os casos de inexigibilidade de licitação, por inviabilidade de competição, não o fez de forma exaustiva, mas exemplificativa: “É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial...”. Isso permite ao administrador discricionariedade para agir, visando, única e exclusivamente, ao interesse público que deve, sempre estar em primeiro lugar.

“É a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, for força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair, objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.” (Celso Antonio Bandeira de Mello, Discricionariedade e Controle Jurisdicional, São Paulo, Malheiros, 1.993).

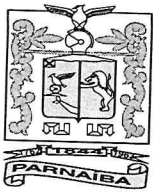
A regra geral, deve-se frisar, é a exigência da licitação e, nos casos de inexigibilidade, a observância das normas já enunciadas.

3 - Instrução dos processos de dispensa e inexigibilidade de licitação

É evidente que os processos de dispensa e de inexigibilidade de licitação não exigem o cumprimento de etapas formais imprescindíveis num processo de licitação, entretanto devem obediência aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade e probidade administrativa impostos à Administração Pública.

Nesta linha de pensamento, encontramos a lição de Antônio Roque Citadini:

"Conquanto esteja desobrigado de cumprir tais etapas formais, não estará o administrador desobrigado da obediência aos princípios básicos da contratação."



MUNICÍPIO DE PARNAÍBA
CÂMARA MUNICIPAL
PARNAÍBA – PIAUI
CNPJ 14.396.234/0001-04

impostos à Administração Pública. Assim, será sempre cobrada ao administrador a estrita obediência aos princípios: da legalidade (a dispensa deverá ser prevista em lei e não fruto de artimanha do administrador para eliminar a disputa); da impessoalidade (a contratação direta, ainda que prevista, não deverá ser objeto de protecionismo a um ou outro fornecedor); da moralidade (a não realização das etapas de licitação não elimina a preocupação com o gasto parcimonioso dos recursos públicos, que deve nortear a ação do administrador); da igualdade (a contratação direta não significa o estabelecimento de privilégio de um ou outro ente privado perante a Administração); da publicidade (embora restrita, a contratação direta não será clandestina ou inacessível, de modo que venha a impedir que dela conheçam os outros fornecedores, bem como os cidadãos em geral); e da probidade administrativa (que é o zelo com que a Administração deve agir ao contratar obras, serviços ou compras)".

Por outro lado, esses processos devem ser muito bem instruídos, e além dos documentos de habilitação e regularidade fiscal da empresa, devem ser comprovados nos autos a caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso; a razão da escolha do fornecedor ou executante; e a justificativa do preço, nos termos do parágrafo único do art. 26, do Regramento Licitatório.

4 - Responsabilidade dos Administradores

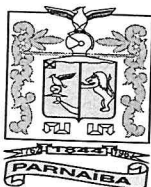
As penas aplicáveis aos administradores no caso de dispensar ou inexigir licitação em detrimento ao determinante legal, encontra-se previstas na Lei de Licitações no artigo 89, que estabelece expressamente, *in verbis*:

"Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:
Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa".

Desta feita, o administrador deve ter muita cautela ao dispensar uma licitação, tendo em vista que o agente público será punido não somente quando contratar diretamente sem amparo na previsão legal (arts. 24 e 25 da Lei n.º 8.666/93), mas também quando deixar de observar as formalidades exigíveis para os processos de dispensa e inexigibilidade de licitação (art. 26).

O ilustre Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, escritor de um livro que trata da contratação direta, já citado anteriormente, afirma que após a vigência deste dispositivo legal, há maior preocupação do Administrador Público nos processos relativos à dispensa e inexigibilidade de licitação, senão vejamos:

"Parece efetivamente que o art. 89 da Lei 8.666/93 situa-se na linha evolutiva do aperfeiçoamento da Administração Pública, pois, não raro, as justificativas da contratação direta eram elaboradas posteriormente à celebração do contrato, à sua execução e, às vezes, só após a ação dos órgãos de controle, onde passava a desafiar a criatividade dos órgãos jurídicos das entidades públicas.



MUNICÍPIO DE PARNAÍBA
CÂMARA MUNICIPAL
PARNAÍBA – PIAUÍ
CNPJ 14.396.234/0001-04

O fato é que, com o advento desse diploma legal, passou a haver maior preocupação com os procedimentos que devem ser adotados para que a contratação direta seja considerada regular".

De outro modo, é evidente que se o fornecedor ou prestador de serviços concorrer para a ilegalidade também deverá ser aplicada pena semelhante à atribuída ao administrador.

III - CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO DE INFORMÁTICA POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

A contratação de programas de informática não se enquadra dentre os serviços específicos do art. 13, da Lei nº 8.666/93, não obstante, poderá ser contratado por inexigibilidade de licitação nos termos do inciso I do art. 25 da mesma Lei, quando se trata de fornecedor detentor de direitos autorais sobre os programas.

Atente-se que o TCU no Acórdão 717/2005 – Plenário, estendeu que comprovados os requisitos da inviabilidade de competição previsto no Art. 25 da Lei nº 8.666/93, especificamente quanto a singularidade do objeto e a notória especialização é inexigível a licitação.

Embora o art. 25, inciso I, da Lei de licitações faça alusão, de forma direta, apenas a compras, entendo ser cabível uma interpretação extensiva do dispositivo, admitindo-se a aplicabilidade, também, quanto a contratação de serviços.

No caso em comento a Câmara Municipal tem que instruir o processo administrativo com justificativa da singularidade dos serviços, da notória especialização da empresa e da impossibilidade de competição, fazendo alusão, principalmente sobre a propriedade intelectual do sistema em uso pelo Legislativo.

A inexigibilidade de licitação para prestação de serviços de informática somente é admitida quando guarda relação com os serviços relacionados no art. 13 da Lei nº 8.666/93, ou quando se referir a manutenção de sistema ou software em que o prestador de serviço detenha os direitos de propriedade intelectual, situação em que deve estar devidamente comprovada nos termos do inciso I, do art. 25 da referida norma legal, conforme os termos do item 9.1.3 do Acórdão 2094/2004 Plenário. Acórdão 648/2002 Plenário (sumário)

Nos termos da jurisprudência do TCU é imperiosa a comprovação da propriedade intelectual dos sistemas em uso pelo Município para que se realize contratação direta por inexigibilidade de licitação.

Adiante-se que nada impede a contratação de sistemas de informática para o uso na Administração Pública, o que se deve evitar é a submissão total aos ditames da empresa detentora de direitos sobre esses sistemas.



MUNICÍPIO DE PARNAÍBA
CÂMARA MUNICIPAL
PARNAÍBA – PIAUI
CNPJ 14.396.234/0001-04

Vejo que no presente caso, presume-se a propriedade intelectual dos sistemas em uso na Administração da empresa a ser contratada, diante a isso o Legislativo está totalmente refém desta empresa. Não resta outra opção que não seja a contratação direta para a sua manutenção e suporte técnico. Essa associação em longo prazo, torna-se predatória e pode acarretar prejuízos para o Poder Legislativo.

Por isso o Poder Legislativo Municipal deve verificar a quanto tempo a empresa fornece seus serviços a Administração Pública e providencie os estudos necessários a aquisição de sistemas com seus respectivos códigos fontes.

Os softwares utilizados pela Administração são estratégicos e essenciais aos serviços públicos, pois se trata de serviços de tecnologia da informação, cuja descontinuidade provoque dano significativo a administração pública, pois envolve requisitos relacionados as informações críticas (art. 6º, XIX, Lei 8.666/93).

Ademais o setor competente deve justificar o preço pago pelos serviços, cuja exigência é de caráter essencial para legitimação das contratações diretas, sua ausência torna a contratação viciada. A verificação da compatibilidade do preço contratado com o valor de mercado é dever que independe de exigência legal, estando atento ao cuidado do administrador com o erário público.

Verifica-se, destarte, a inviabilidade jurídica de competição, que, consoante Toshio Mukai, “... **aparecem em casos tais que o ordenamento jurídico impede a competição; não se trata, portanto, de objeto singular, impossibilidade material ou inconveniência administrativa. É o direito, ele próprio, que torna inviável a competição. Daí serem inexigíveis licitação nesses casos.**” (In Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos - 2ª edição - São Paulo, Saraiva, 1.990).

IV – CONCLUSÃO

Sendo concludente, é importante reforçar o entendimento de que o procedimento licitatório, consubstanciado nos princípios constitucionais que norteiam os atos a serem praticados pela Administração, é exigência formal a ser observada na contratação pelo Poder Público.

Apesar de configurar regra na seleção de particulares com os quais serão celebrados os contratos administrativos, a lei prevê alguns casos que dispensam ou simplesmente inexigem a instauração de procedimento licitatório, conforme acima reportado.

Há de se observar, contudo, que, não só a licitação, mas também a contratação direta através de processos de inexigibilidade, deve sempre buscar atender o interesse público, dentro do menor espaço de tempo e no melhor preço possível, objetivando, assim, a preservação do patrimônio público.

Como meio para atingir esses objetivos, é absolutamente necessária a observância dos preceitos constitucionais e legais, que prevêm algumas formalidades para os processos de inexigibilidade de licitação, cujo descumprimento pelos administradores importa em infração de natureza penal tipificada na Lei n.º 8.666/93.



MUNICÍPIO DE PARNAÍBA
CÂMARA MUNICIPAL
PARNAÍBA – PIAUI
CNPJ 14.396.234/0001-04

Dessa forma, com fundamentos na Lei n.º 8.666, de 1993 (com redação dada pelas Leis n.º 8.883, de 08 de junho de 1.994 e n.º 9.648, de 27 de maio de 1.998), e com base na lição de doutrinadores eminentes, concluímos:

Confirmada a disponibilidade de recurso orçamentário manifestamo-nos quanto ao reconhecimento da inexigibilidade da licitação pelo Ordenador de Despesas, observando as demais exigências do artigo 26 do citado diploma legal.

Ante a tudo que fora exposto, a assessoria jurídica opina no sentido da legalidade da contratação direta, por inexigibilidade de licitação, nos termos do disposto no art. 25 caput da lei n.º 8.666/93, da empresa STS INFORMATICA para prestação de serviços técnicos especializados a dotar o sistema de administração financeira da Câmara Municipal de Parnaíba – PI.

É o parecer que submete à consideração superior.

João Batista Silva da Costa
OAB/PI - 5484
Assessor Jurídico
Câmara Municipal Parnaíba
Assessor Jurídico

Parnaíba (PI), 16 de janeiro de 2020.