

PROCOLO 202173476

PARECER Nº 056/2021

ASSUNTO: INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO – CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA EM TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO E SUSTENTAÇÃO DE SOFTWARE (INCLUINDO SUPORTE TÉCNICO. ATUALIZAÇÕES DE SISTEMAS E EVOLUÇÃO DO SISTEMA COMPUTACIONAL) PARA ATENDER À DEMANDA DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MATO GROSSO – ÚNICA EMPRESA DETENTORA (EM ESCALA MUNDIAL) DA PROPRIEDADE INTELECTUAL E CÓDIGOS FONTE DOS PROGRAMAS DE COMPUTADOR POR ELA COMERCIALIZADOS – VIABILIDADE DA CONTRATAÇÃO DIRETA CONDICIONADA À APRESENTAÇÃO DE NOTAS DE EMPENHO/FISCAIS DEMONSTRANDO A EQUIVALÊNCIA DE PREÇOS COM OUTROS ÓRGÃOS/ENTES PÚBLICOS OU PRIVADOS.

I- RELATÓRIO

Trata-se de procedimento licitatório voltado à contratação de empresa especializada na prestação de serviços de manutenção e sustentação de software (incluindo suporte técnico. atualizações de sistemas e evolução do sistema computacional) para atender à demanda da Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso.



PROCESSO Nº 2021/041

125
Aem

O feito foi inaugurado pelo Memorando n° 001/2021/SLD/SSL (fl. 01), oriundo da Secretaria de Serviços Legislativos da Casa.

Os autos vieram à Procuradoria Geral, por meio do Memorando n° 134/2021/SGEL (fls. 123), para análise e emissão de parecer jurídico.

Constam dos autos: Estudo Técnico Preliminar n° 002/2021 (fls. 02/21); Termo de Referência n° 001/2021 (fls. 22/42); Cópia do Contrato n° 008/2020, celebrado entre o Conselho da Justiça Federal e ISH Tecnologia S.A. (fls. 43/59); Cópia do Contrato n° 09/2019, celebrado entre a União e a empresa TECNISYS INFORMÁTICA E ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA. (fls. 60/70); Cópia do Primeiro termo aditivo ao Contrato n° 09/2019 (fls. 71/72); Proposta de Preços da empresa DEXATEC - BRASIL ONE SERVIÇOS DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO LTDA., a qual se pretende contratar (fl. 73); Planilha Comparativa de Preços (fls. 74/75); Documento da Assessoria Técnica, informando que a pesquisa de preços seguiu o estabelecido pelo TCE/MT (fl. 76); Cópia do Contrato social da empresa DEXATEC - BRASIL ONE SERVIÇOS DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO LTDA. (fls. 77/84); Cópias de documentos pessoais dos representantes da empresa (85/86); Cópias de Certidões relativas à regularidade fiscal, trabalhista e junto ao FGTS (fls. 87/93); Cópias de demonstrações contábeis da empresa DEXATEC - BRASIL ONE SERVIÇOS DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO LTDA. (fls. 94/99); Atestado de Capacidade técnica emitido pela Associação Mato-grossense dos Municípios (fl. 100); Cópia de Certificado de Registro de Programa de Computador, emitido pelo Instituto Nacional de Propriedade Intelectual – INPI (fl. 101); Declaração de que

não emprega menor, de inexistência de fato impeditivo, e de que não emprega servidor do Poder Legislativo Estadual de Mato Grosso (fl. 102); Memorando nº 303/2021-SG (103); Autorização da Abertura de Processo Licitatório (fl. 104); Memorando nº 325/2021-SG (fl. 105); Memorando nº 102/2021/SGEL (fl. 106); Memorando nº 224/2021-SPOF - dotação orçamentária (fl. 107); Minuta contratual (fls. 108/120); Instrução de processo licitatório (fl. 121); Análise dos documentos de habilitação (fls. 122/122v); Memorando nº 134/2021/SGEL (fls. 123/123v).

É o essencial a relatar. Passo a opinar.

II- FUNDAMENTOS

Análise da Procuradoria da ALMT

O parecer ser restringirá a analisar a possibilidade de contratação direta, via inexigibilidade, de empresa para o fornecimento de software cujo detentor tem a exclusividade de comercialização.

A análise da Procuradoria é estritamente jurídica. O Procurador não tem competência técnica para analisar o acerto das especificações técnicas do objeto da licitação ou do contrato, se o preço de referência está de acordo com o praticado no mercado, bem como se há conveniência ou oportunidade, em razão desses temas escaparem da área de atuação jurídica desse profissional¹.

¹ TCU: "Não se pode responsabilizar o parecerista jurídico pela deficiência na especificação técnica da licitação, pela desordem processual, pela ausência de documentos comprobatórios da entrega de edital e pelas irregularidades no julgamento e classificação das propostas, já que tais atos são estranhos à área de atuação daquele profissional". Acórdão

É nesse sentido a doutrina²:

“Não é adequado que o assessor jurídico, no manejo de sua competência técnica específica, pretenda aventurar-se em outras searas, expondo motivos pertinentes à expertise do objeto da licitação ou quanto à conveniência e oportunidade dela ou, mesmo, quanto à critérios técnicos de composição dos custos e execução do contrato. O jurista só pode analisar os aspectos jurídicos do instrumento convocatório.” (g.n.)

Desse modo, a atuação da Procuradoria da Assembleia tem por missão proteger o patrimônio público de qualquer cláusula ou condição **jurídica** que frustre a busca da proposta mais vantajosa ou que implique em responsabilidade civil por prática de ato ilícito.

Procedimento da contratação direta

Registro que, mesmo se tratando de contratação direta, devem ser observados todos os requisitos da fase interna da licitação.

Nesse sentido:

“Nas etapas internas iniciais, a atividade administrativa será idêntica, seja ou não a futura contratação antecedida de licitação. Em um momento inicial, a Administração verificará a existência de uma necessidade a ser atendida. Deverá diagnosticar o meio mais adequado para atender ao

181/2015 – Plenário.

2 GUIMARÃES, Fernando Vernalha; MOREIRA, Egon Bockmann. Licitação Pública – A Lei Geral de Licitações/LGL e o Regime Diferenciado de Contratações/RDC, 2ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2015, página 262.



PROCESSO Nº 2021/001

ALMT
128
AEM

reclamo. Definirá um objeto a ser contratado, inclusive adotando providências acerca da elaboração de projetos, apuração da compatibilidade entre a contratação e as previsões orçamentárias. Tudo isso estará documentado em procedimento administrativo, externando-se em documentação constante dos respectivos autos.³

Desse modo, deve ser respeitada a Lei 8.666/93 quanto à fase interna.

A mencionada Lei assim dispõe acerca do procedimento da fase interna:

Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência:

I - projeto básico;

II - projeto executivo;

III - execução das obras e serviços.

§ 1º A execução de cada etapa será obrigatoriamente precedida da conclusão e aprovação, pela autoridade competente, dos trabalhos relativos às etapas anteriores, à exceção do projeto executivo, o qual poderá ser desenvolvido concomitantemente com a execução das obras e serviços, desde que também autorizado pela Administração.

(...)

³ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 13ª edição. São Paulo: Dialética, 2009, página 283.

Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:

(...)

VI - pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade:

(...)

IX - despacho de anulação ou de revogação da licitação, quando for o caso, fundamentado circunstanciadamente;

X - termo de contrato ou instrumento equivalente, conforme o caso;

XI - outros comprovantes de publicações;

(...)

Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.

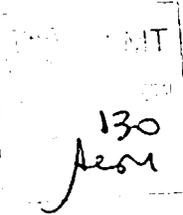
Portanto, mesmo se tratando de uma contratação direta, os requisitos da fase interna da licitação devem ser atendidos.

Análise dos autos

Verifico que os procedimentos da fase interna foram atendidos, entre eles a existência de um processo autuado,



protocolado, numerado e autorizado, conforme exige o art. 38 da Lei 8.666/93.



Há projeto básico do serviço (intitulado de Termo de Referência nº 001/2021 – fls. 25/42), contendo os elementos legais, como justificativa para a contratação (itens 5.1 a 5.7), razão da escolha do fornecedor e justificativa de preço, inclusive com documentos paradigmas de órgãos federais em contratações que guardam semelhança com o objeto do feito em exame.

Encontra-se nos autos autorização da Mesa Diretora para a pretendida contratação (fl. 104), bem como previsão de dotação orçamentária para tal desiderato (fl. 107).

O quanto consta dos autos amolda-se à hipótese de inexigibilidade de licitação, conforme previsão daquela mesma lei, *ad litteram*:

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

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou



empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

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

De se notar que o *caput* do artigo citado assevera ser inexigível a licitação quando houver **inviabilidade de competição**, sendo que o seus incisos especificam determinados casos, porém sem esgotar todas as possibilidades passíveis de ocorrerem no cotidiano da Administração.

Acerca da inviabilidade de competição, vale a pena citar o eminente doutrinador administrativista Marçal Justen Filho:

As causas de inviabilidade de competição podem ser agrupadas em dois grandes grupos, tendo por critério a sua natureza. Há uma primeira espécie que envolve inviabilidade de competição derivada de circunstâncias atinentes ao sujeito a ser contratado. A segunda espécie abrange os casos de inviabilidade de competição relacionada com a natureza do objeto a ser contratado.

Na primeira categoria encontra-se o caso de inviabilidade de competição por ausência de pluralidade de sujeitos em condição de contratação. São as hipóteses em que é irrelevante a natureza do objeto, eis que a inviabilidade de competição não decorre diretamente disso. Não é possível a contratação porque existe um único sujeito a ser contratado.



Na segunda categoria, podem existir inúmeros sujeitos desempenhando a atividade que satisfaz o interesse público. O problema da inviabilidade de competição não é de natureza numérica, mas se relaciona com a natureza da atividade a ser desenvolvida ou de peculiaridade quanto à própria profissão desempenhada. Não é viável a competição porque características do objeto funcionam como causas impeditivas.⁴

ALMT
32
Aca

Acerca do fato de que as hipóteses esmiuçadas nos incisos do artigo 25 da Lei 8.666/93 não serem exaustivas, vejamos o que diz outro doutrinador administrativista festejado:

Cumpra salientar que a relação dos casos de inexigibilidade não é exaustiva. Com efeito, o art. 25 refere que a licitação é inexigível quando inviável a competição. E apenas destaca algumas hipóteses. Por isso disse em seguida: “em especial quando (...)”. Em suma: o que os incisos I a II do art. 25 estabelecem é, simplesmente, uma prévia e já resolvida indicação de hipóteses nas quais ficam antecipadas situações características de inviabilidade, nos termos ali enumerados, sem exclusão dos casos não catalogados, mas igualmente possíveis.

E mais:

Tais casos, como se exemplificará, têm que ser excludentes de licitação e, então, devem, conforme se disse, ser havidos como abrangidos no caput do art. 25, ainda que a ele se tenha que conferir algum elastério, se por outra razão não fosse, sê-lo-ia, ao menos para atender à incontável e sempre lembrada advertência de Carlos Maximiliano: “Deve o direito ser

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitação e Contratos Administrativos.*, 10ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2005.



PROCESSO Nº 2012/141

interpretado inteligentemente, não de modo a que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis.⁵

133
jun

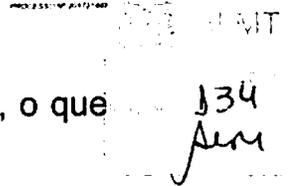
Desse modo, segundo o que consta dos autos: Estudo Técnico Preliminar (fls. 02/21) e Termo de Referência nº oo1/2021 (fls. 22/42), depreende-se a necessidade de contratação de empresa que seja detentora mundial de códigos fonte de software, com o fito de se proceder à manutenção/atualização e melhoramento de programas de computador os quais a Casa já detém.

Assim, uma vez que a empresa que se pretende contratar é a única detentora dos direitos do software que se pretende adquirir (vide a Cópia de Certificado de Registro de Programa de Computador, emitido pelo Instituto Nacional de Propriedade Intelectual – INPI, à fl. 101), fica clara a inviabilidade de competição com outras empresas do ramo.

As cópias de contratos públicos acostadas aos autos demonstram, em tese, a semelhança de preços praticados no mercado, haja vista tratarem-se de contratações com empresas detentoras de softwares comercializados com exclusividade.

Entretanto, conforme exigência legal (art. 26 da Lei Geral de Licitações), é mister que se juntem aos autos notas de empenho ou notas fiscais demonstrando que os preços praticados pela DEXATEC - BRASIL ONE SERVIÇOS DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO LTDA. encontram-se compatíveis com aqueles

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito Administrativo*, 20ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2006., p. 514.



apresentados à Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso, o que deve ser providenciado.

Ainda no que tange à fase interna, deve ser realizada a ratificação da inexigibilidade, conforme exige a Lei 8.666/93, *ad litteram*:

*Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, **as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.***

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

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

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados. (g.n.)

Registro, oportunamente, que a contratada deverá preencher todos os requisitos para a contratação pública previstos na Lei de Licitações:

Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

I - habilitação jurídica;

II - qualificação técnica;

III - qualificação econômico-financeira;

IV - regularidade fiscal e trabalhista;

V - cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

A Administração deverá proceder a análise do preenchimento desses requisitos previamente à contratação, observando-se o prazo de validade dos documentos.

No que concerne à minuta do contrato a ser eventualmente celebrado (fls. 108/120), segundo o artigo 55 da Lei de Licitações, que rege as cláusulas necessárias dos contratos administrativos, temos:

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

I - o objeto e seus elementos característicos;

II - o regime de execução ou a forma de fornecimento;

III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

IV - os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o

caso;

V - o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;

VI - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas;

VII - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas;

VIII - os casos de rescisão;

IX - o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 desta Lei;

X - as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;

XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;

XII - a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos;

XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

O quanto disposto nos incisos I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, XI e XII, está devidamente previsto na minuta do contrato mencionado. O disposto no inciso X, por sua vez, é inaplicável ao caso.

Aprovada, portanto, a minuta contratual referida, pode o processo licitatório ter seu devido prosseguimento.

III- PARECER

EX POSITIS, opino pela viabilidade da contratação direta, por inexigibilidade de licitação, observadas as prescrições legais retrocitadas, **e condicionada à apresentação de notas de empenho ou notas fiscais** demonstrando a compatibilidade dos preços apresentados pela contratada, no feito em exame, com outros órgãos/entes públicos e/ou privados.

Ressalto que o parecer se restringiu a analisar o procedimento sob o aspecto jurídico, não adentrando nas questões técnicas e econômicas do objeto, nem nas questões de conveniência e oportunidade da contratação, por escapar da área de atuação da Procuradoria da Assembleia Legislativa.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Cuiabá, 16 de março de 2020.



RICARDO RIVA

**PROCURADOR GERAL
DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA**