

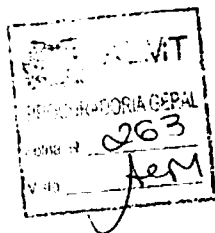
PROTOCOLO 2022/5569.3798-7

PARECER Nº 156/2022

ASSUNTO: INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO – CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA EM TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO PREVENTIVA E CORRETIVA, ALÉM DA ATUALIZAÇÃO DOS “SOFTWARES” DA CENTRAL DE COMUTAÇÃO TELEFÔNICA PARA ATENDER À DEMANDA DA SECRETARIA DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MATO GROSSO – EMPRESA DÍGITRO TECNOLOGIA S. A. – DETENTORA DA EXCLUSIVIDADE NO FORNECIMENTO DOS MÓDULOS DE “HARDWARE” E “SOFTWARE” DA CENTRAL TELEFÔNICA – VIABILIDADE DA CONTRATAÇÃO DIRETA.

I- RELATÓRIO

Trata-se de procedimento licitatório voltado à contratação de empresa especializada na prestação de serviços de manutenção, preventiva e corretiva, da central de comutação telefônica da Casa, além da atualização do “software” do mesmo equipamento, para atender à demanda da Secretaria de Tecnologia da Informação da Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso.



Os autos vieram à Procuradoria Geral, por meio do Memorando nº 310/2022/SGEL (fl. 261), para análise e emissão de parecer jurídico.

Constam dos autos: Estudo Técnico Preliminar nº 004/2022/STI (fls. 02/14); Orçamento/Proposta comercial: DÍGITRO TECNOLOGIA S. A. (fls. 15/25); Cópia de comprovante de inscrição no CNPJ (fl. 26); Certidões relativas à regularidade fiscal, trabalhista e junto ao FGTS (fls. 27/33); Atestado/Certificado de Exclusividade (fl. 34); Cópia do Contrato de Compra e Venda nº 639/2020, celebrado entre as empresas DÍGITRO TECNOLOGIA S. A. e T S J TELEMARKETING LTDA.-ME (fls. 35/45); Cópias de Notas de Empenho de números: 2019NE003499, 2019NE003500, 2019NE003501, 2019NE003503 e 2019NE003504 - Tribunal Regional Eleitoral da Bahia (fls. 46/53); Cópia do Contrato Administrativo nº 1/2020 – Celebrado entre a empresa DÍGITRO TECNOLOGIA S. A. e a Câmara Municipal de São Vicente/SP (fls. 54/97); Termo de Referência nº 004/2022/STI (fls. 98/122); Memorando nº 248/2022/STI/ALMT (fl. 123); Memorando nº 498/2022-SG (fl. 124); Autorização da Mesa Diretora (fl. 125); Memorando nº 539/2022-SG (fl. 126); Orçamento/Proposta comercial: DÍGITRO TECNOLOGIA S. A. (fls. 127/140); Cópia do Contrato nº 133/0/0/2022, celebrado entre a empresa DÍGITRO TECNOLOGIA S. A. e a Prefeitura Municipal de Uberlândia/MG (fls. 141/182); Cópia do Contrato nº CMIL-051/2021, celebrado entre a empresa DÍGITRO TECNOLOGIA S. A. e a Polícia Militar do Estado de São Paulo (fls. 183/192); Planilha para Comprovação de Vantajosidade (fls. 193/198); Cópia do Estatuto Social da DÍGITRO TECNOLOGIA S. A (fls. 199/214); Cópia de documentos pessoais (fl. 215); Cópia de instrumento de mandato/procuração (fl. 216); Cópia de Certidão

Negativa de Falência, Concordata e Recuperação Judicial emitida pelo Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina (fls. 217/218); Declaração negativa de vínculo empregatício com órgão ou entidade pública (fl. 219); Declaração de atendimento à norma do inciso XXXIII do Art. 7º da Constituição Federal (fl. 220); Declaração de inexistência de fato superveniente e impeditivo (fl. 221); Cópias de publicações de Atas de Assembleias Ordinárias e Extraordinárias da DÍGITRO TECNOLOGIA S. A (fls. 222/235); Cópia da Ata da Assembleia Geral Ordinária e Extraordinária realizada em 22 de Abril de 2022 (fls. 236/241); Cópia de certidão de regularidade junto ao FGTS (fl. 242); Cópia de certidão positiva com efeitos de negativa – Prefeitura Municipal de Florianópolis (fl. 243); Memorando nº 303/2022/SGEL (fl. 244); Análise dos Documentos de Habilitação (fls. 245/246); (Volume 2) Memorando nº 446/2022-SPOF (fl. 247); Minuta de contrato (fls. 248/ 260); Memorando nº 310/2022/SGEL (fl. 261).

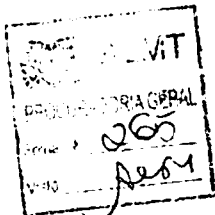
É o essencial a relatar. Passo a opinar.

II- FUNDAMENTOS

Análise da Procuradoria da ALMT

O parecer se 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.

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.)

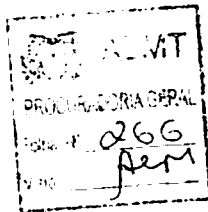
Desse modo, a atuação da Procuradoria da Assembleia tem por missão proteger o patrimônio público de qualquer cláusula ou condição **jurídica** que frustre a busca da proposta mais vantajosa ou que implique em responsabilidade civil por prática de ato ilícito.

Procedimento da contratação direta

De início, cumpre notar que a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021), em vigor

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 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.



desde o dia 1º de abril de 2021, em seu artigo 191, combinado com o artigo 193, inciso II, facultou ao gestor público licitar, ou contratar diretamente, de acordo com a nova lei, acima mencionada, ou de acordo com as Leis 8.666/93 e 10.520/2002.

Destarte, haja vista o presente feito ter sido autuado com fulcro na Lei 8.666/93, nada obsta sua aprovação/homologação com base naquela Lei, salvo entendimento contrário da autoridade superior.

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 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

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

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.

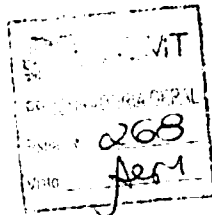
§ 1º A execução de cada etapa será obrigatoriamente precedida da conclusão e aprovação, pela autoridade competente, dos trabalhos relativos às etapas anteriores, à exceção do projeto executivo, o qual poderá ser desenvolvido concomitantemente com a execução das obras e serviços, desde que também autorizado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

(...)

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 004/2022/STI - fls. 98/122), contendo os elementos legais, como justificativa para a contratação (itens 8 e 9), razão da escolha do fornecedor e justificativa de preço, inclusive com documentos

paradigmas de outros órgãos/entes da Administração 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. 125), bem como previsão de dotação orçamentária para tal desiderato (fl. 247).

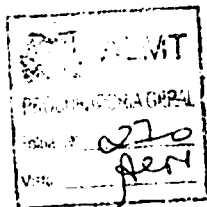
O quanto consta dos autos amolda-se à hipótese de inexigibilidade de licitação, conforme previsão daquela mesma lei, *ad litteram*:

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.



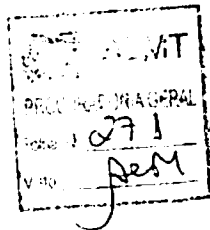
De se notar que o *caput* do artigo citado assevera ser inexigível a licitação quando houver **inviabilidade de competição**, sendo que o seus incisos especificam determinados casos, porém sem esgotar todas as possibilidades passíveis de ocorrerem no cotidiano da Administração.

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

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:

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

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

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

Desse modo, segundo o que consta dos autos: Estudo Técnico Preliminar (fls. 02/14) e Termo de Referência nº 004/2022/STI (fls. 98/122), depreende-se a necessidade de contratação de empresa DÍGITRO TECNOLOGIA S. A., a qual detém a exclusividade no fornecimento de equipamentos (*hardware*), programas (*software*) e manutenção preventiva e corretiva da central de comutação telefônica da Casa, com o fito de se proceder à manutenção e atualização e dos programas de computador da referida central.

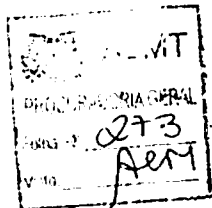
Assim, uma vez que a empresa que se pretende contratar é a única detentora dos direitos do software que se pretende adquirir (vide o atestado/declaração de exclusividade de fl. 34), fica clara a inviabilidade de competição com outras empresas do ramo.

As cópias de contratos celebrados com outros entes/órgãos públicos, acostadas aos autos, demonstram a semelhança de preços praticados no mercado, haja vista tratarem-se de contratações com a empresa DÍGITRO TECNOLOGIA S. A.

Conforme exigência legal (art. 26 da Lei Geral de Licitações), constam dos autos as notas de empenho de números 2019NE003499, 2019NE003500, 2019NE003501, 2019NE003503 e 2019NE003504, emitidas pelo Tribunal Regional Eleitoral da Bahia (fls. 46/53).

Ademais, consta do feito uma Planilha Comparativa de Vantajosidade (fls. 193/198), onde se demonstra a economicidade na pretendida contratação.

2006., p. 514.



Cumpre notar que a Equipe Técnica da Secretaria de Tecnologia da Informação informa que é o setor técnico competente para elaboração de planilhas comparativas de preços referentes às soluções de TI no âmbito desta Casa (item 2, fl. 198).

Nesse sentido, a pesquisa de preços realizada ***“adotou amplitude e rigor metodológico, conforme estabelecida na Resolução de Consulta nº 20/2016/TCE-MT”*** (item 1, fl. 197) e teve como parâmetro a instrução normativa n. 31, de 23 de março de 2021, do Sistema de Administração dos Recursos de Tecnologia da Informação – SISF do Poder Executivo Federal (item 2, fl. 198).

Destarte, a pesquisa realizada nestes autos atende à decisão do TCE-MT tomada na Resolução de Consulta nº 20/2016, onde se decidiu que a pesquisa de preço não pode se restringir à obtenção de três orçamentos junto a potenciais fornecedores. Vejamos o julgado:

RESOLUÇÃO DE CONSULTA Nº 20/2016 – TP Ementa: TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MATO GROSSO. REEXAME DA TESE PREJULGADA NA RESOLUÇÃO DE CONSULTA Nº 41/2010. LICITAÇÃO. AQUISIÇÕES PÚBLICAS. BALIZAMENTO DE PREÇOS. 1) A pesquisa de preços de referência nas aquisições públicas deve adotar amplitude e rigor metodológico proporcionais à materialidade da contratação e aos riscos envolvidos, não podendo se restringir à obtenção de três orçamentos junto a potenciais fornecedores, mas deve considerar o seguinte conjunto (cesta) de preços aceitáveis: preços praticados na Administração Pública, como fonte prioritária; consultas em portais oficiais de referenciamento de preços e em mídias e sites

especializados de amplo domínio público; fornecedores; catálogos de fornecedores; analogia com compras/contratações realizadas por corporações privadas; outras fontes idôneas, desde que devidamente detalhadas e justificadas. 2) Nos processos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, inclusive aqueles amparados no art. 24, I, II, da Lei nº 8.666/1993, devem ser apresentadas as respectivas pesquisas de preços, nos termos do art. 26 da Lei.

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

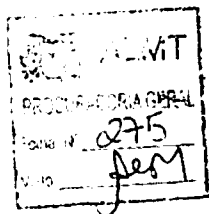
Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) 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.

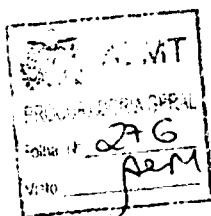
A Administração deverá proceder à análise do preenchimento desses requisitos previamente à contratação, observando-se o prazo de validade dos documentos.

No que concerne à minuta do contrato a ser eventualmente celebrado (fls. 248/260), 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;

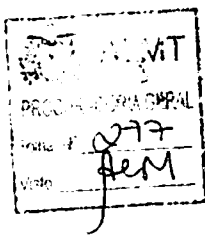
IX - o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 desta Lei;

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.

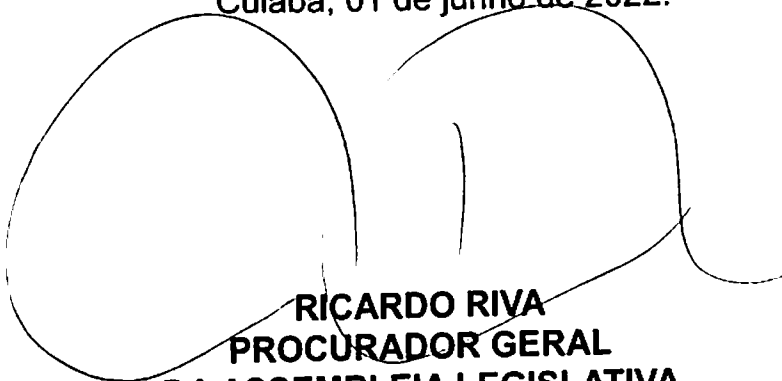
III- PARECER

EX POSITIS, opino pela viabilidade da contratação direta, por inexigibilidade de licitação, observadas as prescrições legais citadas.

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.

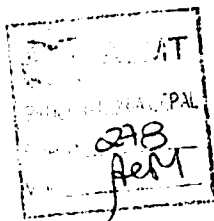
Cuiabá, 01 de junho de 2022.



RICARDO RIVA
PROCURADOR GERAL
DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA



ALMT
Assembleia Legislativa



Procuradoria Geral



Memorando nº. 553/2022/PG/GAJUR/ALMT

Cuiabá, 01 de maio de 2022.

De: Procuradoria-Geral
Para: Superintendência de Licitação
Assunto: Encaminha processo

Senhor Secretário,

Ao tempo em que o cumprimento, em resposta ao Memorando n.310/2022/SGEL, sirvo-me do presente para encaminhar o processo n. 2022/5569.3798-7, contendo o Parecer n. 156/2022 de minha lavra, para providências cabíveis.

Atenciosamente,

RICARDO RIVA
Procurador-Geral