



## PARECER JURÍDICO Nº 017/2017

**PROCESSO Nº INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO N.º 0117001/2017**

INTERESADA: **PREFEITURA MUNICIPAL DE ALTAMIRA**

ASSUNTO: **CONTRATAÇÃO DIRETA DE SERVIÇOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EM MANUTENÇÃO E ATUALIZAÇÃO DE SISTEMA INTEGRADO DE GESTÃO PÚBLICA (SOFTWARES), PARA ATENDIMENTO A GERAÇÃO DO E-CONTAS DO TCM/PA – INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO.**

### PARECER

**Ementa: PREFEITURA MUNICIPAL DE ALTAMIRA. CONTRATAÇÃO DIRETA DE SERVIÇOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS. MANUTENÇÃO E ATUALIZAÇÃO DE SISTEMA INTEGRADO DE GESTÃO PÚBLICA (SOFTWARES), PARA ATENDIMENTO A GERAÇÃO DO E-CONTAS DO TCM/PA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. LEI Nº 8.666/93. POSSIBILIDADE.**

Foi encaminhado no dia 02/01/2017, pelo Prefeito Municipal de Altamira, Eng. Domingos Juvenil, para a Comissão Permanente de Licitação, o encaminhamento na página nº. 024 do processo, para fins de viabilidade da contratação da empresa **ASP – AUTOMAÇÃO, SERVIÇOS E PRODUTOS DE INFORMÁTICA LTDA (ASPEC INFORMÁTICA)**, para a prestação de serviços em **manutenção e atualização de Sistema Integrado de Gestão Pública (Softwares), para atendimento a geração do E-contas do TCM/PA** a Prefeitura Municipal de Altamira, através da modalidade inexigibilidade de licitação, fundamentada no inciso II, do artigo 25 da Lei Federal nº 8666/93.

O Pedido foi encaminhado, através de despacho, da Comissão Permanente de Licitação para a Procuradoria Geral do município, para análise e parecer. Sobre o pedido passamos a opinar:



Versam os presentes autos sobre possibilidade de contratação de serviços manutenção e atualização de sistema integrado de gestão pública (softwares), para atendimento a geração do e-contas do TCM/PA, com contratação direta, por inexigibilidade de licitação.

Como regra a Administração Pública para contratar serviços, ou adquirir produtos, ou produtos e serviços encontra-se obrigada a realizar previamente processo de licitação, conforme previsto no art. 37, inciso XXI da CF/88 e art. 2º da Lei nº 8.666/93, como se pode ver da transcrição da redação dos dispositivos ora citados:

**“Art. 37 – omissis –**

**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.”.**

Essa obrigatoriedade de licitar funda-se em dois aspectos basilares, cujo primeiro é o de estabelecer um tratamento igualitário entre os interessados em contratar, como forma de realização do princípio da impessoalidade, da isonomia e da moralidade; e o segundo revela-se no propósito do poder Público de alcançar a proposta que lhe seja mais vantajosa.

Estes dois aspectos estão previstos de forma bem clara no art. 3º, da Lei de Licitações e Contratos:

**“Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.”**

Dessa forma, Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Visa propiciar iguais oportunidades aos que desejam contratar com o Poder Público, dentro dos padrões previamente estabelecidos pela Administração, e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos.

Do exposto, pode-se chegar a uma conclusão fundamental, qual seja, a de que a licitação atende a duas finalidades essenciais. A primeira delas é permitir que o Poder Público possa escolher, dentre as propostas apresentadas, qual é a mais vantajosa para si, isto é, para o interesse público. De outro lado, presta-se a permitir aos cidadãos, em igualdade de condições e sem privilégios, usufruir do seu direito de participar dos



contratos que o Poder Público celebra. Com isso, evita-se que os agentes públicos, fazendo mau uso da máquina administrativa, obtenham, para si ou para outrem, vantagem ilícita decorrente da celebração de contratos administrativos, em evidente prejuízo para a res pública.

Todavia, existem certas situações em que o gestor público, embora podendo realizar o processo de licitação, em virtude da existência de determinadas situações, poderá dispensar a realização do certame, como são os casos previstos no art. 24 da Lei 8.666/93. Noutros casos, o administrador se encontrará diante de situações, ora materiais, ora jurídicas, que o impossibilitarão de realizar a licitação, como nos casos previstos no art. 25 da mesma Lei, vejamos:

**“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 artigo 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.”**

A teor dos dispositivos em comento enseja tecer as seguintes considerações feitas com maestria pelo professor MARÇAL JUSTEN FILHO na obra COMENTÁRIO À LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVO:

**“As causas de inviolabilidade 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 contratada”.**

Na primeira categoria, encontram-se os casos de inviabilidade de competição por ausência de pluralidade de sujeitos em condição de contratação. Não é possível a competição porque existe um único sujeito para ser contratado.

O inciso I, do art. 25, determina que é inexigível a licitação **“para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo”.**



À primeira vista, pode parecer que basta haver a exclusividade do fornecedor, ou seja, que exista um único fornecedor para os materiais, equipamentos ou gêneros pretendidos. Entretanto, a melhor lição de hermenêutica não leva a esse entendimento.

De fato, a regra básica a ser observada é a de “inviabilidade de competição”, ou seja, mesmo sendo, hipoteticamente, enquadrável no referido inciso I, a licitação será exigível, se houver viabilidade de competição.

Na verdade, uma análise meticulosa e contextualizada do referido dispositivo indicará a necessidade da satisfação de uma “dupla exclusividade”, como leciona o doutor advogado da União Clayton Ribeiro de Souza, “in Inexigibilidade de licitação e Contratação de Assinatura de Periódico Técnico”, Parecer MDIC/CONJUR/MLD No. 416-6. O causídico examina a questão da exclusividade para concluir sobre a inviabilidade de competição e consequentemente sobre a inexigência de licitação para a assinatura de periódico técnico.

Como visto, a inviabilidade de competição é consequência derivada de características existentes na realidade extra normativa (causas exemplificativas), que tornam a licitação inútil ou contraproducente. É necessário destacar, no entanto, a inter-relação entre essa realidade extra normativa e o interesse público a ser atendido.

No tocante a ausência de absoluta pluralidade, são os casos em que o conhecimento tecnológico gerou uma única via de atendimento a cerca da necessidade. Essa alternativa tanto pode compreender casos em que haja tutela pelo Direito como casos em que a situação é meramente fática. Haverá hipóteses em que a única alternativa disponível está tutelada por privilégio de exclusividade, segundo as regras de propriedade imaterial (direitos autorais, direitos de propriedade industrial).

O brilhante autor reforça seus argumentos citando Jessé Torres Pereira Júnior que “in Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública. 6. ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003. p.305.”, no que se refere à dupla exclusividade, assevera:

**“A exclusividade não se limita à pessoa do fornecedor ou executante. Para bem configurar-se a hipótese do art 25, I, o próprio objeto deverá ser aquele que, com exclusão de qualquer outro, seja capaz de atender às necessidades da Administração. Havendo mais de um objeto a tanto apto, não se caracteriza a exclusividade de dupla face definida no inciso, impondo-se a licitação.”**

Nos casos previstos nos incisos II e III, do art. 25, materialmente há possibilidade de se realizar o processo de licitação. Porém, ainda que se ofereça a oportunidade a todos com o processo de licitação, a adoção do procedimento naquelas hipóteses, poderá representar um obstáculo ao atingimento satisfatório do interesse público, pois o estabelecimento de competição não representaria o melhor critério para a escolha da proposta mais vantajosa ao Poder Público, **em razão da singularidade do objeto da futura contratação e da infungibilidade dos serviços e do prestador.**

O inciso II do mencionado art. 25 prevê a inexigibilidade para os serviços técnicos especializados, referenciados no art. 13 da LLC.



Dentre os serviços técnicos para cuja realização a licitação é inexigível, estão incluídos os serviços de **assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; (Redação dada pela Lei nº. 8.883/94) - (art. 13, III)**. Vê-se, portanto, que a própria lei especifica os casos de exceção à regra geral, uma vez que determina a inexigibilidade de licitação para esses casos. Não se trata de dispensa, porquanto dispensa pressupõe que a licitação seja exigível, mas que, por um ato de outorga do Poder Público, em certos casos, se aceite uma contratação sem que a mesma tenha sido realizada.

No caso do art. 25, especialmente do inciso II, que trata dos serviços contábeis, objeto do presente estudo, a licitação não é apenas dispensada, é inexigível. Vale dizer, portanto, que, ingressa na esfera da discricionariedade do Poder Público e, caso este contrate serviços contábeis sem licitação com o particular, por força da ressalva da lei, tal contrato não poderá ser atacado sob alegação de ilegalidade.

Importante destacar, outrossim, que discricionariedade, diferentemente de arbitrariedade, tem ligação com submissão à ordem legal. Significa que o Poder Público age de acordo com a conveniência e oportunidade da situação, mas sem desprezar o ordenamento jurídico, obedecendo aos princípios gerais da Administração. Portanto, a discricionariedade, ainda que permita ao agente público desfrutar de certa liberalidade, pressupõe obediência à lei, e tal obediência está presente quando se constata que a própria legislação prevê as hipóteses em que a licitação é inexigível.

Portanto, sendo legais as hipóteses de inexigibilidade de licitação, igualmente são legais os requisitos que devem ser preenchidos para a exceção ao regime geral. Um desses requisitos é objetivo, qual seja a singularidade do objeto (serviço). O outro é subjetivo, e guarda referência com os atributos do contratante.

## **DO CRITÉRIO ESPECIAL NA CARACTERIZAÇÃO DA EXCLUSIVIDADE DO FORNECEDOR**

Na lição de Clayton Ribeiro de Souza, conclui-se que é necessário, ainda, fixar o critério espacial para a verificação de hipótese de inexigibilidade e tal critério pode ser obtido com base no valor da contratação, que, por sua vez determina as modalidades de licitação permitidas para cada caso concreto.

Leciona, então, Ribeiro de Souza: **"Assim, de acordo com as modalidades de licitação permitidas, o gestor poderá verificar se o caso é ou não de inexigibilidade. Por exemplo, se o valor da contratação pretendida se enquadra na faixa pertinente ao convite, a demonstração de exclusividade exigirá apenas que não haja outro concorrente na mesma praça. No caso da tomada de preços, a exclusividade é limitada pelo registro cadastral. Por fim, se o valor fixado para a contratação somente permitir a modalidade da concorrência, não há dúvida que a verificação da possibilidade de competição deverá ser estendida a todo o território nacional, de modo que a inexigibilidade somente será cabível se houver apenas um competidor no país apto a cumprir o objeto estabelecido pela Administração Pública."**



Márcio dos Santos Barros, também citado por Ribeiro de Souza, corrobora o entendimento afirmando que:

**“A questão da abrangência da exclusividade é biunívoca. Não pode ser analisada apenas, à luz do provável valor da aquisição, que acarretaria a adoção de tal ou qual modalidade de licitação. Também deve ser vista pela ótica da extensão da exclusividade. Se a exclusividade é nacional, não importa a modalidade de licitação que seria adotada, será seu detentor o contratado. Se a exclusividade é para determinada cidade ou região, se a contratação lá ocorrerá, é indiferente perquirir a modalidade licitatória que seria adotada, pois representantes de outra região ou cidade não poderiam dela participar, devendo prevalecer a exclusividade existente.”**

Ribeiro de Souza apóia-se, também, no entendimento de José dos Santos Carvalho Filho que, citando Diógenes Gasparini, afirma, “in, Manual de Direito Administrativo. 11. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2004. p. 224.”, que:

**“Por isso, é mister distinguir a noção de praça quando se trata de produção de bem da praça comercial. Esta é aferível em função do vulto do contrato. Se a licitação for do tipo convite, considerar-se-á a exclusividade na localidade da futura contratação; se for tomada de preços, levar-se-á em consideração a exclusividade no registro cadastral; e se for concorrência, exclusivo é o que for único no país.”**

E, finalmente, como que analisando o caso concreto, Ribeiro de Souza reforça seus argumentos citando Jorge Ulisses Jacoby Fernandes que “in Assinatura de Periódicos: Procedimentos e Jurisprudência. Informativo de Licitações e Contratos ILC nº 134/abril/2005. p. 299.”, afirma que:

**“Quando somente a editora produz o periódico e somente essa o comercializa, tem-se configurada a inviabilidade fática e jurídica absoluta de competição, ensejando o enquadramento no caput do art. 25 da Lei nº 8.666/93. Nesses casos a prova da inviabilidade de competição é mais simples: é suficiente a declaração do editor informando que seu produto tem os direitos autorais registrados e que não tem nenhum representante ou fornecedor realizando diretamente a comercialização. Essa declaração, revestida da solenidade legal de autenticação é quanto basta para a comprovação da escolha do fornecedor, exigida por lei. Quando o editor possui representantes a licitação será a regra; se possuir um só representante na localidade, será inexigível a licitação, mas nesse caso o enquadramento legal já não será no ‘caput’ do art. 25, mas no inc. I. A situação é de fato diferente. Numa apurada lição de hermenêutica se na localidade houver apenas um representante comercial – fornecedor exclusivo – deve prevalecer o princípio da especialização da norma implicando a contratação com fundamento no art. 25, inc. I da Lei nº 10 8.666/93. A inviabilidade de competição não é mais absoluta, mas circunstancial, decorrente da localização geográfica do futuro contratado, fato que pode ou não ser efêmero, temporário. A comprovação das contratações fundamentadas nesse inciso são, como não poderia deixar de ser, um pouco mais complexa, como visto a seguir. Insta observar, contudo, que sendo efetivamente o caso de inexigibilidade, se houver equívoco no enquadramento – art. 25, caput ou inc. I -, o fato deve ser corrigido pelos órgãos de controle mediante mera recomendação, não se tipificando o crime do art. 89 da Lei nº 8.666/93. A conduta equivocada não caracteriza crime. Fixado o limite espacial, cumprirá ao administrador público verificar se no ‘lócus’ delimitado se há ou não possibilidade de haver competidores habilitados. Entre os fatos que limitam o**



número de possíveis concorrentes, a existência de acordos comerciais é um deles. É possível que existam diversos fornecedores de um certo produto, no entanto, cada um deles somente podendo atuar em uma área delimitada (sem interpenetrações), de forma que a depender da modalidade de licitação que abstratamente se enquadre o valor do objeto, poderá ou não ser necessário se realizar o certame licitatório.”

Aduza-se que, no provecto magistério do já clássico MARÇAL JUSTEN FILHO, “[a] contratação com fornecedor exclusivo envolve, normalmente, os casos em que a Administração somente poderá adquirir o produto de um fornecedor específico. A regulação legal abrange os casos onde existir pluralidade de produtos aptos a satisfazerem o interesse público, mas todos eles sujeitos à venda pelo mesmo e único fornecedor. — A exclusividade a que alude a Lei é aquela jurídica. Indica a situação de natureza contratual que assegura a um dos contratantes comercialização de bens ou serviços em determinadas áreas geográficas.”

(JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 3. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1994. p. 169)

Assim, não resta qualquer dúvida sobre a possibilidade da contratação de serviços em manutenção e atualização de Sistema Integrado de gestão Pública (Softwares) com base no art. 25, I, da Lei nº 9.666/93, desde que atendidos os requisitos exigidos nesses dispositivos legais.

## CONCLUSÃO

Por todo exposto esta PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO e observado o valor a ser praticado na contratação que não poderá ser superior aos preços comparativamente praticados no mercado, manifesta-se pela **POSSIBILIDADE DA CONTRATAÇÃO DIRETA** da Empresa **ASP – AUTOMAÇÃO, SERVIÇOS E PRODUTOS DE INFORMÁTICA LTDA (ASPEC INFORMÁTICA)**, pessoa jurídica de direito privado interno, inscrita no **CNPJ nº 02.288.268/0001-04**, para **PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EM MANUTENÇÃO E ATUALIZAÇÃO DE SISTEMA INTEGRADO DE GESTÃO PÚBLICA (SOFTWARES), PARA ATENDIMENTO A GERAÇÃO DO E-CONTAS DO TCM/PA**, com fundamento no **art. 25, II, da Lei nº 8.666/93**, e as alterações que lhe foram realizadas, nos demais dispositivos atinentes à matéria, e por todo o exposto.

É o nosso Parecer.  
S.M.J

Altamira/PA, 03 janeiro de 2017

**ODIVALDO SABÓIA ALVES**

Procurador Geral do Município