

Parecer nº 1001-015/2023

**EMENTA: LOCAÇÃO DE
SOFTWARES. LICENCIAMENTO DE
USO. SISTEMA DE INFORMÁTICA. LEI
8.666/93. INEXIBILIDADE.
POSSIBILIDADE.**

I – CONSULTA:

A Comissão Permanente de Licitação encaminhou a esta Assessoria Jurídica para análise e emissão de parecer jurídico, memorando sobre a possibilidade de contratação da Empresa Aspec Informática por Inexigibilidade de Licitação.

Segue análise e manifestação conclusiva acerca do pedido formulado pelo consulente.

II – ANÁLISE:

É de conhecimento geral que a grande maioria dos municípios paraenses utiliza a empresa **ASP – Automação, Serviços e Produtos de Informática Ltda. – ASPEC INFORMÁTICA**, a qual já atua no Estado do Pará há bastante tempo, tendo uma vasta experiência em programas de softwares ligados ao setor de contabilidade, além de um grande mix de outros softwares para outros setores da gestão pública.

O software de contabilidade da referida empresa, já está totalmente compatibilizado com o sistema *e-contas* do TCM – Tribunal de Contas dos Municípios, não tendo, portanto, nenhuma dificuldade na operacionalização da prestação de contas dos municípios junto a esta Corte, havendo compatibilidade, também, com o SPE, sistema eletrônico de prestação de contas do TCM/PA, utilizado a partir do exercício 2015 para todos os Município paraenses.

Nessa esteira, foi solicitado Parecer Jurídico, sobre a possibilidade da contratação da citada empresa por inexigibilidade de licitação, pelas justificativas expostas alhures.

Passamos a análise jurídica dos fatos.

Os entes da federação devem primar pelo respeito e obediência aos Princípios que regem a administração Pública estampados no *caput* art. 37 da Constituição Federal de 1988, senão vejamos:

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: (grifo nosso)

Assim, *in casu*, a Administração Pública municipal, deve realizar suas compras e obras e a contratação de serviços, por intermédio de licitação, objetivando e oportunizando atender o maior número de interessados em contratar com o setor público para que se tenha a proposta mais vantajosa. Dentre as modalidades de licitação, temos: Convite, Tomada de Preços, Concorrência e Pregão.

Entretanto, há, ainda, a possibilidade de contratação sem licitação, seja por Dispensa ou Inexigibilidade; estas diferentemente das outras citadas acima, não implicam em disputa para vencer o certame, pois a legislação adota critérios excepcionais que justificam a contratação direta para essas duas modalidades. Nesse ínterim, iremos tratar em particular da modalidade inexigibilidade para contratação de empresa de locação de software de contabilidade e de outros programas para gestão pública.

A Inexigibilidade encontra amparo no art. 25, da Lei 8.666/93, *in verbis*:

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. **(grifo nosso)**

O *caput* do artigo supracitado é bem explicativo para os casos de inexigibilidade, ou seja, refere-se há situações onde é inviável a competição. No entanto, tal dispositivo deve ser interpretado com reservas, pois a exegese do mesmo nos remete ao limiar entre a possibilidade do enquadramento de determinada situação ao conceito e as possibilidades da modalidade inexigibilidade e os ditames legais e os Princípios que regem a administração pública. Caso contrário, poderemos banalizar os institutos que norteiam a administração pública, deixando fecundo o gene corrosivo da improbidade.

Podemos observar ainda, que a expressão “em especial” na parte final do “*caput*” do art. 25, da Lei 8.666/93, nos remete a uma interpretação de que o rol elencado nos 03 (três) incisos desse dispositivo é um rol meramente exemplificativo, diferentemente do art. 24 do mesmo diploma que trata da dispensa, onde apresenta um rol taxativo para esses casos. Por conseguinte, as possibilidades do enquadramento da inexigibilidade não estão restritas somente a essas previsões.

Outrossim, fica claro que os casos de inexigibilidade poderão ocorrer noutras situações diversas, obviamente quando for inviável a competição, observado a dosimetria dos princípios e a razoabilidade do caso concreto.

Diante do caso em tela, verificamos tratar-se de um seguimento de mercado de softwares de contabilidade e outros sistemas de gestão pública, onde certamente poderemos encontrar certa quantidade de empresas atuando nesse setor. Contudo, não poderemos esquecer que estamos falando de um dos setores mais importantes da administração pública, o da contabilidade, que importa num alto grau de confiabilidade e segurança, além do que, tal empresa tem larga experiência no território paraense, onde quase a totalidade dos municípios utilizam seus serviços, isso sem

falar da relação de compatibilidade com o sistema do Tribunal de Contas dos Municípios.

Nessa esteira, a jurisprudência pátria tem se manifestado de forma favorável a casos de contratação de empresa de software por inexigibilidade. Vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LICITAÇÃO. INEXIGIBILIDADE. AQUISIÇÃO DE SOFTWARE COM BASE EM PARECER TÉCNICO. LEGITIMIDADE.

1. Nos termos do art. 25 da lei 8666/1993, é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição.
2. A aquisição de software por contratação direta por inexigibilidade de licitação, após análise de protótipos e pareceres técnicos diversos de que apenas uma amostra atende às necessidades, ainda que em razão de pequenas diferenças, não consubstancia ato de improbidade administrativa. Ausência de indicação mínima de que os réus agiram com dolo ou culpa para justificar o processamento da ação.
3. Na operacionalização de sistema de atendimento aos clientes da Caixa Econômica Federal, com agências e terminais de atendimento espalhados por todo o território nacional, o pequeno diferencial em um software, como o caso, justifica sua compra direta.
4. Correta a rejeição da inicial com base no § 8º do art. 17 da Lei 8429/1992. 5. Apelação desprovida. (Processo: AC 36829 DF 0036829-87.2006.4.01.3400 Relator(a):DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS OLAVO Julgamento:18/10/2011 Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA Publicação: e-DJF1 p.505 de 25/11/2011
Ementa)

Dessa forma, seria um alto risco, “experimentar” um sistema advindo de um processo licitatório, modalidade tomada de preços ou pregão que rendesse para administração a proposta mais vantajosa; tal situação poderia trazer prejuízos irreparáveis para o Município e para o próprio gestor na hora de prestar contas; isso sem falar que nessa situação específica a proposta mais vantajosa não está no preço, mas sim na confiança, na segurança, na experiência, no histórico, portanto, o bem jurídico tutelado é outro. Enfim, a inexigibilidade, está caracterizada, pois se mostrou por tudo o que foi dito, que é inviável a competição para o caso específico da contratação de empresa de software de contabilidade e outros sistemas.

De outra ponta, a singularidade do objeto impossibilita à Administração quantificar um preço médio para o serviço ou produto, portanto não há que se falar em comparação de preços para serviços/produtos que são de natureza singular e, portanto, não possuem critérios comparativos.

O Tribunal de Contas da União já manifestou o seguinte entendimento acerca de pesquisa de preços em casos de contratação por inexigibilidade:

A justificativa do preço em contratações diretas (art. 26, parágrafo único, inciso III, da Lei 8.666/93) deve ser realizada, preferencialmente, mediante: (i) no caso de dispensa, apresentação de, no mínimo, três cotações válidas de empresas do ramo, ou justificativa circunstanciada se não for possível obter essa quantidade mínima; (ii) no caso de inexigibilidade, comparação com os preços praticados pelo fornecedor junto a outras instituições públicas ou privadas.

Pedidos de Reexame interpostos por gestores do Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (Inmetro) questionaram deliberação pela qual o TCU aplicara multas aos recorrentes em razão, dentre outras irregularidades, da *“aquisição de equipamentos, por dispensa de licitação (art. 24, XXI, da Lei 8.666/93), por preços unitários superiores ao menor preço obtido na cotação/pesquisa de mercado, sem justificativa para a escolha do fornecedor e do preço praticado”*. Ao analisar as razões recursais, o relator entendeu que a escolha dos fornecedores para as aquisições *“foi tecnicamente motivada pela entidade”*. Quanto ao preço, destacou que, *“mesmo nos casos de contratações diretas, deve ser justificado, a teor do art. 26, III, da Lei 8.666/93”*, ressaltando ainda que *“o Tribunal tem entendido que a apresentação de cotações junto ao mercado é a forma preferencial de se justificar o preço em contratações sem licitação (dispensa de licitação), devendo ser cotadas, no mínimo, 3 propostas válidas de empresas do ramo; ou, caso não seja viável obter esse número de cotações, deve-se apresentar justificativa circunstanciada (...). **E, nos casos de inviabilidade de licitação, este Plenário se manifestou, conforme ...o Acórdão 819/2005, no sentido de que, para atender o disposto no inciso III do art. 26 da Lei de Licitações, poder-se-ia fazer uma comparação entre os preços praticados pelo fornecedor exclusivo junto a outras instituições públicas ou privadas**”*. Nesse sentido, concluiu o relator que, no caso concreto, a prática adotada pelo Inmetro para os casos de dispensa de licitação estaria de acordo com o entendimento do TCU. Quanto aos casos de inviabilidade de licitação, observou que não fora comprovado *“que a entidade tenha promovido alguma medida tendente a verificar outros preços praticados pelo fornecedor exclusivo do microscópio”*. Ponderou, contudo, que *“essa medida, ainda que desejável, é, ainda, uma orientação singular feita por esta Casa”*. Considerando que a manutenção da multa aplicada aos gestores seria medida de extremo rigor, *“especialmente frente à ausência de dano ao erário”*, o Tribunal, pelos motivos expostos pelo relator, deu provimento aos pedidos de reexame, afastando a sanção imposta aos responsáveis. **Acórdão 1565/2015-Plenário, TC 031.478/2011-5, relator Ministro Vital do Rêgo, 24.6.2015.**

Assim, o Tribunal de Contas da União sedimentou o entendimento de que, nos casos de contratação por inexigibilidade de licitação, a Administração deve comparar os preços praticados pelo mesmo fornecedor dos serviços com outros órgãos

da Administração ou, ainda, com a iniciativa privada, inexistindo a possibilidade de se tabelar preços de serviços singulares.

Desta maneira, a apresentação das 03 (três) propostas não se afiguram como requisito para justificativa de preço. Deve, a Administração, juntar aos autos do processo, comprovantes acerca do preço praticado pelo proponente com outros entes de direito público ou privado, que sejam capazes de demonstrar o preço praticado.

No caso em apreço, verifica-se que a proposta da empresa está em consonância com o cobrado pela mesma sociedade de outros entes de direito público, significando um preço até de certa forma tabelado.

No concernente à documentação necessária à comprovação das condições de habilitação, mister se faz salientar que a Lei 8.666/93 dispõe no rol do art. 27, documentos necessários para habilitação, sejam estes:

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; ([Redação dada pela Lei nº 12.440, de 2011](#)) ([Vigência](#))

V – cumprimento do disposto no [inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal](#). ([Incluído pela Lei nº 9.854, de 1999](#))

O disposto no artigo supracitado rege, **de um modo geral**, sobre a documentação necessária para a habilitação nas licitações. Entretanto, é importante frisar o disposto no § 1º, do art. 32 da Lei nº 8.666/93 que dispõe da seguinte forma: "a documentação de que tratam o art. 28 a 31 desta Lei poderá ser dispensada, no todo ou em parte, nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão."

Considerando que Dispensa e Inexigibilidade de Licitação não são consideradas "*modalidades de licitação*", não faz sentido que o art. 27 da referida Lei seja aplicado em tais modalidades.

Faz-se necessário frisar que as contratações feitas através de Dispensa ou Inexigibilidade de Licitação não necessitam da apresentação de documentação,

assim como preleciona os artigos outrora mencionados, mas faz-se necessário a comprovação de regularidade previdenciária, vez que é expressamente vedada a contratação de pessoa jurídica em débito com o INSS nos termos do art. 195, §3º da Constituição Federal, bem como a regularidade junto ao FGTS e, em casos de prestação de serviços como o presente, a Certidão Nacional de Débitos Trabalhistas (CNDT).

O Tribunal de Contas da União, já pacificou tal entendimento nos seguintes termos:

39. Nas demais aquisições feitas com dispensa/inexigibilidade, decorrentes de regular processo de aquisição e conforme limites estabelecidos nos regulamentos próprios dos entes, somos de opinião que, além de documento comprobatório idôneo, devem ser juntados comprovantes de regularidade com a seguridade social e FGTS, em respeito ao entendimento firmado pela Decisão 705/1994-TCU-Plenário, dispensando-se, porém, a comprovação da regularidade com a Fazenda, tendo em conta o entendimento firmado mediante o AC-1661/2011-TCU-Plenário.

40. No que trata da prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, instituída pela lei 12440/2011, não encontramos deliberações sobre o tema, mas nosso entendimento é que deva ser exigida apenas quando da formalização de contratos que envolvam a prestação de serviços.” (Ata nº 34/2013 – 2ª Câmara – Data da Sessão: 24/9/2013 – Ordinária – AC-5836-34/13-2).

Observe o art. 195, § 3º, da Constituição Federal, que exige comprovante de regularidade com o INSS e o FGTS de todos aqueles que contratam com o poder público, inclusive nas contratações realizadas mediante convite, dispensa ou inexigibilidade de licitação, mesmo quando se tratar de compras para pronta entrega.

(Acórdão 1708/2003 Plenário)

Desta maneira, resta consignado que em casos de dispensa e inexigibilidade de licitação, o rol de documentos para comprovação da habilitação do contratado se resume à Comprovação de Regularidade Previdenciária, Comprovação de Regularidade junto ao FGTS e, em casos que envolvam prestação de serviços, Comprovação de regularidade de débitos trabalhistas (CNDT).

Portanto, ante o exposto, entende-se por possível a contratação da empresa **ASP AUTOMAÇÃO, SERVIÇOS E PRODUTOS DE INFORMÁTICA LTDA**

através do procedimento de inexigibilidade de licitação, nos termos da lei e jurisprudência colacionados anteriormente.

É o parecer, S.M.J.

Altamira (PA), 10 de Janeiro de 2023.

Ely Benevides de Sousa Neto
Assessor Jurídico – OAB/PA 12.502