PARECER JURÍDICO Nº: 338/SEMG/CLC

INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO Nº: 002/2024 - SEFIN

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº: 1.169/2024 – SEFIN

ASSUNTO: CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA VISANDO A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PARA LICENÇA DE USO DE SOFTWARES DE GESTÃO PÚBLICA COM IMPLANTAÇÃO, CAPACITAÇÃO, TREINAMENTO, SUPORTE E OPERACIONALIZAÇÃO QUE FUNCIONE DE FORMA INTEGRADA E ATENDAM A LEGISLAÇÃO DE IMPLANTAÇÃO DO SIAFIC E E-SOCIAL E REINF, PARA ATENDER AS NECESSIDADES DO MUNICÍPIO E DEMAIS ÓRGÃOS PARTICIPES.

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. LEI Nº 14.133/21. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA VISANDO A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PARA LICENÇA DE USO DE SOFTWARES DE GESTÃO PÚBLICA COM IMPLANTAÇÃO, CAPACITAÇÃO, TREINAMENTO, SUPORTE E OPERACIONALIZAÇÃO QUE FUNCIONE DE FORMA INTEGRADA E ATENDAM A LEGISLAÇÃO DE IMPLANTAÇÃO DO SIAFIC E E-SOCIAL E REINF, PARA ATENDER AS NECESSIDADES DO MUNICÍPIO E DEMAIS ÓRGÃOS PARTICIPES.

I – RELATÓRIO

Síntese dos fatos:

Os autos foram encaminhados a Assessoria Jurídica, na forma do art. 53, parágrafo primeiro, da Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021, para análise e emissão de parecer jurídico, concernente à legalidade do processo de Inexigibilidade de Licitação nº 002/2024, cujo objeto é a "CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA VISANDO A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PARA LICENÇA DE USO DE SOFTWARES DE GESTÃO PÚBLICA COM IMPLANTAÇÃO, CAPACITAÇÃO, TREINAMENTO, SUPORTE E OPERACIONALIZAÇÃO QUE FUNCIONE DE FORMA INTEGRADA E ATENDAM A LEGISLAÇÃO DE IMPLANTAÇÃO DO SIAFIC E E-SOCIAL E

REINF, PARA ATENDER AS NECESSIDADES DO MUNICÍPIO E DEMAIS ÓRGÃOS PARTICIPES", fundamentado com base legal no artigo 74, inciso III, da Lei 14.133/21 e suas posteriores alterações, bem como da minuta do futuro Contrato Administrativo.

Consta nos presentes autos os seguintes documentos:

1) Documento de Formalização da Demanda (DFD);
2) Memorando do Setor Requisitante;
3) Estudo Técnico Preliminar;
4) Termo de Referência;
5) Demonstrativo de Dotação Orçamentária;
6) Razões da Escolha do Fornecedor;
7) Justificativa de Preço;
8) Justificativa;
9) Autorização;
10) Termo de Autuação;
11) Minuta do Contrato Administrativo;
12) Termo de Ratificação;
13) Despacho Homologatório;
14) Propostas de Preços da empresa
15) Documentação da empresa;

É o sucinto relatório.

Passamos a análise jurídica.

II– PARECER

II.1 – Da Análise Jurídica

Preliminarmente, cumpre esclarecer que a presente manifestação limitar-se-á à dúvida estritamente jurídica, ora proposta e, aos aspectos jurídicos da matéria, abstendo-se

quanto aos aspectos técnicos, administrativos, econômico-financeiros e quanto à outras questões não ventiladas ou que exijam o exercício de conveniência e discricionariedade da Administração.

A emissão deste parecer não significa endosso ao mérito administrativo, tendo em vista que é relativo à área jurídica, não adentrando à competência técnica da Administração, em atendimento à recomendação da Consultoria-Geral da União, por meio das Boas Práticas Consultivas – BCP nº 07, qual seja:

> **"O Órgão Consultivo não deve emitir manifestações conclusivas sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, sem prejuízo da possibilidade de emitir opinião ou fazer recomendações sobre tais questões, apontando tratar-se de juízo discricionário, se aplicável. Ademais, caso adentre em questão jurídica que possa ter reflexo significativo em aspecto técnico deve apontar e esclarecer qual a situação jurídica existente que autoriza sua manifestação naquele ponto."**

Portanto, passa-se à análise dos aspectos relacionados às orientações jurídicas ora perquiridas.

II.2 - Da Competência para Análise Jurídica

O art. 53, caput, da Lei nº 14.133/2021, a exemplo do que ocorria no âmbito da Lei nº 8.666/1993, dispõe sobre a obrigatoriedade de envio dos processos licitatórios para análise do órgão de assessoramento jurídico competente. Confira-se:

> Art. 53. Ao final da fase preparatória, o processo licitatório seguirá para o órgão de assessoramento jurídico da Administração, que realizará controle prévio de legalidade mediante análise jurídica da contratação. (...)

Mesmo em se estando diante de contratação direta, tal como é o caso dos autos, é

necessária prévia análise jurídica. Tal exigência decorre do que consta no artigo 72, III, da Lei nº 14.133/21:

> Art. 72. O processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverá ser instruído com os seguintes documentos:
> (…)
> III - parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos;
> (...)

II.3 - Da Fundamentação

A Constituição Federal de 1988, condicionou a prestação de serviços públicos à realização de prévio procedimento licitatório, determinando que as obras, serviços, compras e alienações da Administração Pública serão precedidas de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, ressalvados os casos especificados na legislação.

Neste sentido, a própria Carta Magna, em capítulo destinado à Administração Pública, ressalva casos em que a legislação infraconstitucional confere ao Poder Público a faculdade de contratar sem a necessidade de tal procedimento, conforme se depreende do inciso XXI do art. 37, abaixo transcrito:

> **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.

Repetindo o preceito constitucional, o artigo 2º da Lei 14.133/21, estabelece a regra geral da necessidade da licitação, inclusive para os serviços cuja conceituação se contém no inciso V que englobando os trabalhos técnicos profissionais.

E, devidamente autorizado pela Constituição, o legislador ordinário previu hipóteses em que a Inexigibilidade de Licitação no artigo 74 da Lei 14.133/21.

A despeito do valor constitucional insculpido no artigo 37, XXI da Carta de 1988, que fixa o princípio do dever geral de licitar como condição de contratação de obras, compras, serviços e alienações a todos os órgãos e entidades da Administração Pública, **casos haverá em que o superior atendimento ao interesse público não será atingido pela realização do torneio licitatório, a licitação poderá se afigurar, inviável, configurando o clássico quadro de inexigibilidade de licitação.**

Distingue-se da dispensa de licitação pelo fato de que, nesta última, a licitação é perfeitamente possível, sendo uma alternativa à realização do torneio licitatório, para os estritos casos elencados no art. 74, do mesmo diploma legal. Um aspecto relevante da inexigibilidade é que os casuísmos em que ela pode surgir são infinitos. Sempre que, por alguma razão, não for viável realizar a licitação, a mesma será considerada inexigível.

Segundo os ensinamentos de Jessé Torres:

> **"...as hipóteses dos incisos não têm autonomia conceitual; entender diversamente significa subordinar o caput do artigo a seus incisos, o que afronta regra palmar de hermenêutica; sendo, como devem ser, os incisos de um artigo subordinados à cabeça deste, a inexigibilidade de licitação materializa-se somente quando a competição for inviável." (Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública, 8ª. Ed, Renovar, p.342).**

Mas, a distinção essencial que se deve fazer é entre dispensa e a inexigibilidade de licitação é a seguinte:

Na primeira, há, em tese, possibilidade de competição, que, contudo, a lei não

torna obrigatória, mas facultativa, à discrição do Poder Público. Já na inexigibilidade não há essa possibilidade. **Não é a lei que a torna inexigível; é a própria natureza do objeto que impõe tal solução, também reservada para os casos em que uma única pessoa possa atender às necessidades da Administração**.

Superada a justificativa da inexigibilidade, passamos a tecer antecipadamente algumas considerações sobre os princípios que norteiam a atuação da Administração Pública que também se aplicam na elaboração dos contratos administrativos, os quais estão devidamente esculpidos na Lei Geral de Licitações (14.133/2021), a saber:

> Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Não obstante, os serventuários públicos devem pautar a elaboração de qualquer documento envolvendo a Administração Pública nas referidas diretrizes, sob pena de prejudicar o bem comum, permitindo lacunas que podem ser utilizadas para fins diversos do que almejou o legislador quando da definição da norma.

Dito isto, levaremos em consideração o que dos autos consta, no caso em tela os documentos acostados ao processo em análise iniciam na solicitação da unidade requisitante e encerram, até o presente momento, na solicitação de parecer jurídico sobre o processo, como um todo.

De tal missão se incumbiu a Lei Federal nº 14.133/21, que em seus artigos 74 e 75 excepcionou a regra da prévia licitação, ora em razão de situações de flagrante excepcionalidade, onde a licitação, em tese, seria possível, mas pela particularidade do caso, o interesse público a reputaria inconveniente, como é o caso da dispensa, ora em razão da

inviabilidade da própria competição ou da falta de condições para a Administração confrontar ou cotejar determinados bens ou serviços, que por sua singularidade ou características do executor deixam de apresentar semelhança com outros, como é o caso da inexigibilidade.

O artigo 74 da Lei Federal nº 14.133/2021, regula as hipóteses de inexigibilidade de licitação. O caput trata da hipótese em que simplesmente há inviabilidade de competição e seus incisos I, II e III, disciplinam, respectivamente, a contratação direta em função da exclusividade do fornecedor em face do produto ou serviço, contratação de profissional do setor artístico e a contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, conforme se infere ipsis litteris:

> Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:
>
> I - aquisição de materiais, de equipamentos ou de gêneros ou contratação de serviços que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos;
>
> II - contratação de profissional do setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública;
>
> III - contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:

Neste ponto, cumpre fazer uma digressão para ressaltar que a contratação em análise se fundamenta no art. 74, inciso III, da Lei Federal nº 14.133/2021.

No entanto, tem-se que o caso em tela não se amolda ao disposto nas alíneas do inciso III do artigo 74, vez que o objeto do presente certame difere do mandamento legal em questão.

O que se está a ser analisado no caso em tela é a possibilidade da inserção do objeto em questão nas hipóteses de inexigibilidade de licitação, ainda que não previstas no

texto legal.

Portanto, a questão em si envolve reconhecer que o conceito de inviabilidade de competição está aberto para permitir a contratação direta por inexigibilidade sempre que, concretamente, a licitação se mostrar inaplicável para alcançar os objetivos de contratação.

O conceito de inviabilidade de competição, por sua vez, decorre de causas nas quais há a ausência de pressupostos que permitam a escolha objetiva da proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

A inexigibilidade, nas palavras de Marçal Justen Filho, é uma "imposição da realidade extranormativa" (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de Licitações e Contratos Administrativos, 18. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 594).

Como decorrência disso, o rol dos incisos do artigo 74 da Lei nº 14.133 se afigura como meramente exemplificativo – " numerus apertus". Isso porque é impossível sistematizar todos os eventos dos quais decorrem uma inviabilidade de competição.

Acerca dessa hipótese de inexigibilidade de licitação, pontua a doutrina:

> [...] a inviabilidade de licitação não é um conceito simples, que corresponda a uma ideia única, mas sim um gênero, que comporta várias modalidades. Marcal Justen Filho busca sintetizá-la nas situações de: ausência de pluralidade de alternativas; ausência de mercado concorrencial; impossibilidade de julgamento objetivo; ausência de definição objetiva da prestação. No caso da inexigibilidade, em virtude da inviabilidade de competição, não há sentido em se exigir submissão do negócio ao procedimento licitatório se este não é apto (ou é prejudicial) ao atendimento do interesse público (objetivo pretendido com determinada contratação), pois, a finalidade, a razão de ser do formalismo licitatório, é tal atendimento, através da seleção da melhor proposta. [...] Parece fundamental que o gestor apresente justificativa para a contratação direta, nas hipóteses de inexigibilidade, deixando claro seu principal elemento caracterizador, que é a inviabilidade de competição, e demonstrando a razoabilidade do preço estipulado e o cumprimento das formalidades exigidas pela legislação. Na hipótese em que a razão da contratação direta é a exclusividade, torna-se necessária a apresentação de atestados de exclusividade porventura

existentes. (CHARLES, Ronny. Lei de licitações públicas comentadas.

Pois bem. Nessa linha de raciocínio, os casos típicos de inexigibilidade ocorrem quando existe um único fornecedor ou prestador de serviços que atendam aos requisitos de singularidade e notória especialização, de maneira a atender as necessidades da Administração pública.

O inciso III do artigo 74 da Lei nº 14.133/2021 possibilita ao gestor público a contratação por inexigibilidade de serviços de notória especialização.

O art. 6º, inciso XIX, da Lei nº 14.133/2021, define notória especialização como a "qualidade de profissional ou de empresa cujo conceito, no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permite inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto contratado".

Logo, o serviço deve ser executado por profissional ou empresa cujo reconhecimento na área de atuação seja essencial e reconhecidamente adequado à satisfação do objeto a ser contratado.

Para esses casos, a legislação ainda enumera um rol exemplificativo de serviços especializados, a saber: estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos ou executivos, pareceres, perícias, avaliações em geral, fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras, contratação de advogado ou sociedade de advogados para defesa de causas judiciais ou administrativas, treinamento e aperfeiçoamento de pessoal, etc.

Percebe-se no caso em tela que fora juntado aos autos comprovação da notória especialização do particular a ser contratado, o que cumpre o objetivo da norma, já que demonstra um grau de confiança de que a execução do objeto ora pretendido se dará de forma satisfatória se executada por tal profissional, dentre mais de um notoriamente especializado.

Restaria inviabilizada, portanto, a competição, nos termos do caput do artigo 74 da Lei Federal nº 14.133/21.

Assim, dirimida tal questão, o fato é que o rol inserto no artigo 74 é exemplificativo, o que presume, então, a ocorrência de diversos outros casos não previstos em lei, mas que, em

virtude dos demais requisitos e características de seu objeto, podem ser feitos via inexigibilidade de licitação, como no presente processo.

No caso concreto, ou seja, a prestação de serviços de software, implantação, capacitação, treinamento, suporte e operacionalização, vê-se, em análise à justificativa apresentada que é impossível aferir, mediante processo licitatório, ferramenta única e específica, sem parâmetros para comparação com outras empresas.

Tendo em vista que se trata de uma solução tecnológica, a singularidade consiste na individualidade relacionada ao sistema cujas características atendam às necessidades da Administração Municipal.

Na situação em apreço a implantação, licenciamento, manutenção e atendimento do software deve ser contratado sem licitação, principalmente pelo fato de que a empresa detém o software que melhor se adequa às particularidades do ente municipal, visando assim o melhor desempenho e eficácia na prestação do serviço público através de ferramentas que otimizem e facilitem a consecução do objeto a ser executado, como é o caso dos autos.

Por este motivo, o fornecimento de licença de uso de softwares de gestão pública pela BYTECAP LTDA é totalmente singular à empresa licitante.

Melhor esclarecendo os institutos de inexigibilidade e notória especialização, faz-se necessário que atentemos para os entendimentos a seguir reportados, *verbis:*

> Inexigibilidade de Licitação é a situação em que se verifica a inviabilidade de competição, quer pela natureza específica do negócio, quer pelos objetos sociais visados pelo Município.
>
> **Notória Especialização** – Considera-se notória especialização o profissional ou empresa cujo conhecimento no campo de sua especialidade, decorrente do empenho anterior, estudos e experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou outros requisitos relacionados com sua atividade permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutível o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.
>
> Especialização consiste na titularidade objetiva de requisitos que distinguem o sujeito, atribuindo-lhe maior habilitação do que o normalmente existir no âmbito dos profissionais que exercem a atividade. Isso traduz na existência de técnica de elementos objetivos ou formais, tais como a conclusão de cursos,

> pós-graduação (...) O que não se dispensa é a evidencia objetiva de especificação e qualificação do escolhido.
>
> Notoriedade significa o reconhecimento da qualificação do sujeito por parte da comunidade. Ou seja, trata-se de evitar que a qualificação seja avaliada exclusivamente no âmbito interno da Administração Pública (...). Não se exige a notoriedade no tocante ao público em geral, mas que o conjunto dos profissionais de um certo setor reconheça no contratado um sujeito dotado do requisito da especialização.

Em relação à qualificação técnica a serem prestados pelo proponente, consiste em seus conhecimentos individuais técnicos, estando ligada à sua capacitação profissional sendo, dessa forma, inviável escolher o melhor profissional, para prestar serviço de natureza intelectual, por meio de licitação, pois tal mensuração não se funda em critérios objetivos (como o menor preço).

A existência de uma pluralidade de profissionais aptos à satisfação do objeto, como se disse, não descaracteriza a inexigibilidade, tampouco retira a carga de subjetividade relativa à execução do objeto: cada profissional ou empresa o executaria de uma forma, mediante a aplicação de seus conhecimentos, critérios, técnicas e táticas. Diante dessa pluralidade de opções para satisfazer o objeto desejado, a questão que naturalmente surge é a de como escolher a solução que melhor atenda ao interesse público, remanescendo, na espécie, típico exercício de competência discricionária. Cabe à autoridade competente e aos seus auxiliares avaliar, motivadamente, a contratação conveniente e oportuna para o município.

Diante do caso em tela, verificamos tratar-se de um seguimento de mercado de softwares de contabilidade, folhas de pagamento 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 e folha de pagamento, que importa num alto grau de confiabilidade e segurança.

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.

Em razão do exposto, considerando que até então o procedimento não apresenta irregularidades que acarretem vícios de legalidade e tendo em vista os preceitos legais que regem a matéria, opinamos pelo prosseguimento do processo em seus ulteriores atos.

III - CONCLUSÃO:

Cumpre salientar que esta Assessoria emite parecer sob o prisma estritamente jurídico, não lhe competindo adentrar a conveniência e à oportunidade dos atos praticados no âmbito da Administração, nem analisar aspectos de natureza eminentemente técnico-administrativa. Além disso, este parecer possui caráter meramente opinativo, não vinculando, portanto, a decisão do gestor.

Ex positis, com espeque nos fundamentos de fato e de direito articulados ao norte, e para que aspectos de mero formalismo não se sobreponham a questões de fundo, esta Assessoria Jurídica opina de modo favorável à legalidade da contratação.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Retornem-se os autos a Comissão Permanente de Licitação para as providências cabíveis.

Santarém/PA, 30 de dezembro de 2024.

ANDRE DANTAS COELHO
Assinado de forma digital por ANDRE DANTAS COELHO

ANDRÉ DANTAS COELHO
ASSESSOR JURÍDICO
PORTARIA nº 032/2024-PGM
DECRETO Nº 022/2024-GAB/PMS