



PROCURADORIA GERAL DO DISTRITO FEDERAL

PROCURADORIA ESPECIAL DA ATIVIDADE
CONSULTIVA

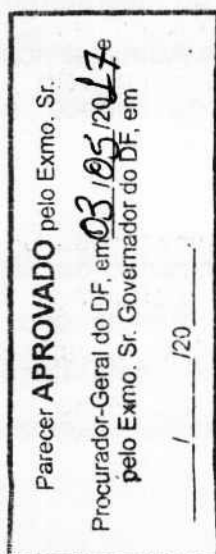


Parecer n. 341/2017 PRCON/PGDF

Processo n. 040.000.494/2017

Interessado: Secretaria de Estado de Fazenda

Assunto: Contratação direta por meio de inexigibilidade de licitação



EMENTA: CONTRATAÇÃO DIRETA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. AQUISIÇÃO E ATUALIZAÇÃO DE LICENÇA DE USO DE SOFTWARE E SERVIÇO DE SUPORTE TÉCNICO ESPECIALIZADO PARA PRODUTOS NATURAL/ADABAS.

1. Quando não houver competitividade em relação ao objeto, a licitação não poderá ser realizada, evidenciando hipótese de contratação direta por inexigibilidade, nos termos do artigo 25 da Lei nº 8.666/93.
2. O atestado de exclusividade fornecido por órgão de registro do comércio do local, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes, não tem sido reputado como suficiente para comprovar, por si só, a singularidade do fornecedor, devendo-se subsidiar os autos com outros elementos capazes de confirmar a validade e regularidade de seu teor.
3. Conclusão pela viabilidade da contratação direta, condicionada ao atendimento irrestrito das recomendações e sugestões lançadas no opinativo.

Excelentíssima Procuradora Chefe,

1. RELATÓRIO

Trata-se de processo administrativo encaminhado a Procuradoria Geral do Distrito Federal pelo Secretário de Estado de Fazenda, em obediência ao disposto no artigo 38 da Lei nº. 8.666/93, para emissão de parecer jurídico acerca da contratação direta, por inexigibilidade, dos serviços descritos no termo de referência.

Com efeito, a Administração pretende efetuar a aquisição e atualização de licenças de uso de *software*, em caráter perpétuo, e suporte técnico especializado para produtos NATURAL/ADABAS, serviço este que seria prestado de forma exclusiva pela empresa Software AG Brasil Informática e Serviços Ltda.

Folha nº 356
Processo: 040.000.494/2017
Rubrica: [assinatura] Mat. 4382-6



A fim de demonstrar que o serviço a ser contratado é relevante para o interesse público a ponto de justificar que a Administração não contrate serviço que não apresente tal funcionalidade, foi apresentada justificativa no Termo de Referência que aponta entre outras circunstâncias a essencialidade do mesmo para o pleno funcionamento do SITAF (Sistema Integrado de Tributação e Administração Fazendária), cuja indisponibilidade, segundo a SEF, geraria grande impacto na arrecadação tributária do Governo do Distrito Federal.

A Subsecretaria de Tecnologia da Informação e Comunicação da SEF ressaltou, ainda, no Termo de Referência de fls. 39/74, que a manutenção e atualização do ambiente do SITAF são o que tornam imprescindível a contratação dos produtos e serviços especificados, uma vez que a arquitetura desse sistema é mantida em ambiente NATURAL/ADABAS.

A contratação direta em comento foi enquadrada no art. 25, *caput*, da Lei n. 8.666/93.

É o breve relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

Inicialmente, é necessário esclarecer que a competição é um dos fundamentos básicos da licitação. Realiza-se esta a fim de que se possa obter a proposta que, nos termos da lei, seja considerada mais vantajosa para a Administração. A licitação não pode ser realizada quando não houver competitividade em relação ao objeto licitado. A principal característica da inexigibilidade de licitação é, portanto, a inviabilidade de competição, conforme dispõe o art. 25 da Lei de Licitações.





A contratação direta por inexigibilidade tem respaldo legal no artigo 25 da Lei n. 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.

§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

§ 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

No presente caso, verifica-se que a contratação direta pretendida não se enquadra nas hipóteses previstas nos incisos I, II e III do artigo 25 da Lei n. 8.666/93.

Em relação ao inciso I, do artigo 25 da Lei n. 8.666/93, é necessário esclarecer que a sua utilização restringe-se aos casos de compras, não podendo abranger serviços. Esse entendimento está consagrado no âmbito do TCU, através

Folha nº 357
Processo: 040.000494/2017
Rubrica: TU me Mat 43.132-6



PROCURADORIA GERAL DO DISTRITO FEDERAL

PROCURADORIA ESPECIAL DA ATIVIDADE
CONSULTIVA



do Acórdão n. 1.796/2007 – Plenário, e da AGU através da Orientação Normativa n. 15, de 01 de abril de 2009.

“A CONTRATAÇÃO DIRETA COM FUNDAMENTO NA INEXIGIBILIDADE PREVISTA NO ART. 25, INC. I, DA LEI Nº 8.666, DE 1993, É RESTRITA AOS CASOS DE COMPRAS, NÃO PODENDO ABRANGER SERVIÇOS.

INDEXAÇÃO: INEXIGIBILIDADE. SERVIÇOS. AQUISIÇÃO. COMPRAS.

REFERÊNCIA: Art. 25, inc. I, da Lei nº 8.666, de 1993. Despacho do Consultor-Geral da União nº 343/2007. Acórdão TCU 1.796/2007-Plenário”.

A contratação pretendida também não se enquadra no inciso II, do artigo 25 da Lei n. 8.666/93, segundo o qual é inexigível a licitação para a contratação de serviços técnicos enumerados no artigo 13, desde que sejam de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização.

Os serviços técnicos enumerados no artigo 13 da Lei 8.666/93 são: I – estudos técnicos, planejamento e projetos básicos ou executivos; II – pareceres, perícias e avaliações em geral; III – assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; IV – fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços; V – patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas; VI – treinamento e aperfeiçoamento de pessoal; VII – restauração de obras e bens de valor histórico.

Como se vê, o serviço objeto da contratação direta pretendida não se encaixa em qualquer das hipóteses enumeradas no artigo 13 da Lei n. 8.666/93.

Por fim, verifica-se que o serviço descrito nos autos do processo não se enquadra, por razões óbvias, no artigo 25, inciso III, da Lei n. 8.666/93.

Em que pese o não enquadramento do serviço descrito nos autos do processo administrativo em epígrafe às hipóteses previstas nos incisos I, II e III do



artigo 25 da Lei n. 8.666/93, urge ressaltar que as referidas hipóteses inexigibilidade não são exaustivas, de modo que, em situações em que a Administração se depare com inviabilidade de competição, a licitação será inexigível.

Dessa forma, sempre que houver inviabilidade de competição, e isso seja devidamente demonstrado e comprovado nos autos, estará autorizada a contratação direta, em face de sua inexigibilidade (art. 25, "caput"). Nesse sentido, o TCU proferiu a decisão n. 63/1998 – Plenário:

"(...) a inexigibilidade de licitação prevista no artigo 25 da Lei 8.666/93 é aplicável também a prestação de serviços, sempre que comprovada a inviabilidade de competição".

Nessa esteira, o enquadramento da contratação direta objeto deste processo administrativo no art. 25, "caput", da Lei n. 8.666/93 se faz correta, na medida em que esta não é abarcada por nenhuma das hipóteses previstas nos incisos I, II e III do supracitado artigo da Lei de Licitações.

Noutro giro, a Subsecretária de Administração Geral da SEF informa, por meio do despacho de fls. 349/351, que os autos estão instruídos com certidão de exclusividade emitida pela ABES – Associação Brasileira de Empresas de Software (fls. 210/219).

Ressalte-se, outrossim, que é atribuição da Administração a tarefa de averiguar a veracidade do atestado de exclusividade apresentado, conforme preceitua a Orientação Normativa n. 16, de 1º de abril de 2009, da Advocacia-Geral da União, *in verbis*:

"Compete à Administração averiguar a veracidade do atestado de exclusividade apresentado nos termos do art. 25, inciso I, da Lei n. 8.666/93."

Folha nº

358

Processo:

Rubrica

12/12/2017

49182-6



PROCURADORIA GERAL DO DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA ESPECIAL DA ATIVIDADE
CONSULTIVA



De todo modo, cabe destacar que a demonstração/comprovação da inviabilidade de competição pode ocorrer através de qualquer tipo de prova, e não apenas através de atestado de exclusividade.

Em relação aos meios de demonstração e comprovação da inviabilidade de competição (licitação), e a sua liberdade de produção, mister se faz recorrer às lições do professor e conferencista Joel de Menezes Niebuhr (NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação Pública e Contrato Administrativo. Curitiba: Zênite, 2008):

“Sugere-se aos agentes administrativos valerem-se de pareceres técnicos de especialistas, sobretudo de acadêmicos que não tenham qualquer interesse na contratação. Esses especialistas, que conhecem a área ou segmento relacionado ao objeto do contrato, normalmente têm condições de afirmar se o produto que se pretende contratar por meio de inexigibilidade de licitação é realmente exclusivo ou não.

É interessante, também, consultar outras entidades administrativas que atuam no mesmo segmento, requerendo indicação, se houver, de outros produtos que visem à utilidade pretendida pela Administração. A declaração de entidades administrativas de que não conhecem o produto análogo presta-se a corroborar a caracterização de exclusividade.

Na mesma linha, recomenda-se instruir o processo com cópia de extratos de inexigibilidade e pareceres de outras contratações do mesmo objeto com inexigibilidade realizada por outras entidades administrativas. Ora, se outras entidades administrativas também contrataram por meio de inexigibilidade, é porque, na avaliação delas, era exclusivo. Isso também corrobora a caracterização da exclusividade.

E enfim, os agentes administrativos devem ir ao mercado, baixar diligências junto a outros possíveis fornecedores, realizando, se for o caso, visitas. Tudo para verificar a exclusividade do fornecedor que se pretende contratar por intermédio de inexigibilidade prevista no inciso I do artigo 25 da Lei n. 8.666/93”.

Apesar das lições acima se referirem à hipótese prevista no inciso I do artigo 25 da Lei n. 8.666/93, esta Procuradoria enfatiza, mais uma vez, que a demonstração e comprovação da inviabilidade de se realizar certame licitatório e,





PROCURADORIA GERAL DO DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA ESPECIAL DA ATIVIDADE
CONSULTIVA



por conseguinte, da necessidade de se proceder à contratação direta por meio de inexigibilidade pode se dá de diversas formas.

Nesse contexto, a análise dos autos indica a existência de contratos celebrados entre a empresa Software AG Brasil Informática e Serviços Ltda com entidades integrantes da Administração por meio de inexigibilidade de licitação com o Serviço Federal de Processamento de Dados – SERPRO (fls. 127/134), Secretaria de Estado de Fazenda do Distrito Federal – SEF (fls. 127/134), Departamento de Transito do Rio de Janeiro – DETRAN/RJ (fls. 142/148 e 188/195), Procuradoria Geral do Estado de Rondônia – PGE/RO (fls. 149/155), Banco Central do Brasil (fls. 156/163), Companhia de Saneamento do Paraná – SANEPAR (176/177) e Companhia de Tecnologia da Informação de Belém – CENBES/PA (fls. 184/187).

Sem embargo da questão supramencionada, cabe alertar mais uma vez a Administração quanto a necessidade de deixar bem evidenciada a inviabilidade de competição no presente caso.

Por seu turno, tratando-se de contratação direta, necessário se faz a observância, no que for pertinente, do art. 26 da Lei n. 8.666/93, *in verbis*:

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. (Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005)

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. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

Folha nº 359
Processo: 010.006/94/2017
Rubrica: 2/mem. 4282-6



No tocante a justificativa do preço, embora fuja da atribuição deste órgão jurídico a análise do mérito da mesma, cabe alertar que a mesma deverá ser realizada mediante a comparação da proposta apresentada com preços praticados pela futura contratada junto a outros órgãos públicos ou pessoas privadas, consoante previsão inserta na Orientação Normativa n. 17, de 1º de abril de 2009, da Advocacia Geral da União.

É OBRIGATÓRIA A JUSTIFICATIVA DE PREÇO NA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO, QUE DEVERÁ SER REALIZADA MEDIANTE A COMPARAÇÃO DA PROPOSTA APRESENTADA COM PREÇOS PRATICADOS PELA FUTURA CONTRATADA JUNTO A OUTROS ÓRGÃOS PÚBLICOS OU PESSOAS PRIVADAS.

REFERÊNCIA: art. 26, parágrafo único, inc. III, da Lei nº 8.666, de 1993; Despacho do Consultor-Geral da União nº 343/2007; Informativo NAJ/RJ, ANO 1, Nº 1, jun/07, Orientação 05; Decisão TCU 439/2003-Plenário, Acórdãos TCU 540/2003-Plenário, 819/2005-Plenário, 1.357/2005-Plenário, 1.796/2007-Plenário.

No tocante a razão da escolha da empresa a ser contratada, vejamos a justificativa contemplada para tanto no item 2 do Termo de Referência (fls. 39/74) que subsidia a inexigibilidade de licitação ora analisada:

“(…)

Considerando que o conjunto de informações hoje existente no âmbito desta Secretaria constitui-se em um importante patrimônio público, torna-se obrigatória a adoção de medidas para a sua proteção (tanto física quanto lógica), associadas às sistemáticas de manutenção, preservação e disponibilidade. No entanto, para que esse contexto seja viável, deve ser considerado como importante componente da gestão dessas informações, o pleno funcionamento dos produtos utilizados no tratamento das informações. Especificamente, no ambiente NATURAL/ADABAS da SEF/DF, é premente a necessidade de manter os serviços, e respectivos produtos, que subsidiam a atuação fazendária.

Torna-se preponderante salientar que os produtos a serem adquiridos e atualizados, razão principal desta Contratação, são responsáveis pelo pleno funcionamento do SITAF (Sistema Integrado de Tributação e Administração Fazendária), cuja indisponibilidade geraria enormes impactos na arrecadação tributária do Governo do Distrito Federal.





Sob esse enfoque, a manutenção e atualização do ambiente do SITAF é a demanda que torna imprescindível a contratação dos produtos e serviços especificados neste momento, uma vez que a arquitetura desse sistema é mantida em ambiente NATURAL/ADABAS.

Ademais, esses produtos e serviços são responsáveis pelo pleno funcionamento de outros sistemas como: AGNET, SISDEC, SIAFEM, SICOP e SAR. Sem o funcionamento destes sistemas a SEF/DF e o GDF terão gravíssimo impacto na arrecadação tributária (IPTU, IPVA, ISS, ICMS, histórico financeiro, DÍVIDA ATIVA, entre outros), por isso tornam-se essenciais.

(...)

Por fim, a necessidade de contratação direta para fornecimento dos produtos e serviços dá-se em função de que o fabricante – Software AG tendo se estabelecido no Brasil impede que o fornecimento seja realizado através de locação ou revenda de terceiros. Portanto, a Software AG é a única empresa representante no Brasil, autorizada a comercializar em todo o território nacional os produtos da família Natural/ADABAS.”

No tocante a forma de pagamento pelos serviços a serem prestados, verifica-se do Item 9.3 do Termo de Referência que este será efetuado após o recebimento dos produtos e a emissão do Termo de Aceite pela SEF/DF, estando, portanto, de acordo com as normas de execução financeira, orçamentária e contábil do Distrito Federal.

No mesmo sentido, observa-se da manifestação da Subsecretaria de Administração Geral daquela Pasta (fls. 349/351) que a justificativa de preços da contratação pretendida leve em consideração os contratos firmados entre órgãos da Administração Pública e a empresa em comento, a saber, PRODESP, SERPRO, DETRAN/RJ, PGE/RO, Banco Central do Brasil, SANEPAR/PR, ITEC/AL e CINBESA/PA, acostados às fls. 110/163 e 176/195, que resultaram na elaboração de Mapa Comparativo de Preços (fl. 74).

Em relação a efetiva disponibilidade orçamentária para a realização da despesa objeto deste processo, verifica-se através dos documentos de fls. 302/305 que há a referida disponibilidade. De igual modo, a despesa em questão tem

Folha nº 360
Processo: 040.000494/2017
Rubrica: 10/mc Mat. 43182-6



adequação com o Plano Plurianual, com a Lei Orçamentária Anual para o ano de 2015 e com a Lei de Diretrizes Orçamentárias.

Por fim, analisada a minuta do contrato a ser celebrado (fls. 334/346), verifica-se que o mesmo está de acordo com a legislação aplicável à hipótese.

Não é demais destacar que é necessário que a Administração apure antes da celebração do contrato se a empresa a ser contratada está com sua regularidade fiscal, previdenciária e perante o FGTS regular, pelo que fica a recomendação para a observância das regras legais pertinentes a tal ponto.

3. CONCLUSÃO

Face ao exposto, com as observações, orientações e recomendações feitas neste opinativo, e desde que previamente atendidas pela Administração, esta Procuradoria não vislumbra óbice a contratação direta ora analisada.

Não foram objeto de análise, até porque desbordam da atribuição deste órgão jurídico, a conveniência e oportunidade da contratação, nem seus respectivos aspectos técnicos.

É o parecer, sub censura.

Brasília/DF, 19 de abril de 2017.



Marcos Gustavo de Sá e Drumond
Procurador do Distrito Federal



GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
Gabinete da Procuradora-Geral
Procuradoria Especial da Atividade Consultiva



PROCESSO Nº: 040.000.494/2017
INTERESSADO: SUTIC/SEF
ASSUNTO: Projeto técnico

MATÉRIA: Administrativa

APROVO O PARECER Nº 0341/2017 – PRCON/PGDF, exarado pelo ilustre Procurador do Distrito Federal Marcos Gustavo de Sá e Drumond.

Ressalto que a autoridade administrativa deverá zelar pela correta condução do processo administrativo submetido a exame, sendo de sua inteira responsabilidade a observância às normas legais de regência e às recomendações constantes do opinativo.

Em 03 / 05 / 2017.


JANAÍNA CARLA DOS SANTOS MENDONÇA
Procuradora-Chefe
Procuradoria Especial da Atividade Consultiva

De acordo.

Restituam-se os autos à Secretaria de Estado de Fazenda do Distrito Federal, para conhecimento e adoção das providências pertinentes.

Em 03 / 05 / 2017.

Folha nº 361 - Mat.: 36.997-7

Processo: 040 000 494 / 2017

Rubrica: 


KARLA APARECIDA DE SOUZA MOTTA
Procuradora-Geral Adjunta para Assuntos do Consultivo