



PARECER Nº 04-A2/2021/ASSEJUR	
REFERÊNCIA:	Processo Administrativo nº 442124/2021/GAB/PMAC/PA Inexigibilidade nº 6/2021-080103
INTERESSADO:	Prefeitura e Secretaria Municipais
OBJETO:	Contratação de pessoa jurídica especializada no fornecimento de licença de uso (locação) de sistemas de folhas de pagamento (SFP) e portal da transparência (TDP)

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. INEXIGIBILIDADE. CONTRATAÇÃO DE PESSOA JURÍDICA ESPECIALIZADA NO FORNECIMENTO DE LICENÇA DE USO (LOCAÇÃO) DE SISTEMAS DE FOLHAS DE PAGAMENTO (SFP) E PORTAL DA TRANSPARÊNCIA (TDP). NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO. MINUTA DO CONTRATO. PARECER PELA POSSIBILIDADE, DESDE QUE OBSERVADAS TODAS AS CONSIDERAÇÕES TECIDAS AO LONGO DO OPINATIVO.

I - RELATÓRIO

Trata-se de emissão de parecer a respeito da viabilidade legal da **Contratação de pessoa jurídica especializada no fornecimento de licença de uso (locação) de sistemas de folhas de pagamento (SFP) e portal da transparência (TDP), para atender as necessidades da Prefeitura e Secretarias Municipais**, sem a necessidade de processo licitatório.

Colacionam os autos do **Processo Administrativo nº 442124/2021/GAB/PMAC/PA - Inexigibilidade nº 6/2021-080103** os seguintes documentos:

- 1) Ofício nº 03-D/2021-ADM/PMAC – Encaminhado a empresa “LAUOUT INFORMATICA PROC. DE DADOS S/S LTDA”, que informa que a empresa já possui contrato com a Administração referente ao sistema, e, assim para que informe o valor do serviço pelo período de 12 meses, a fim de continuidade do serviço na Sec. Mun. de Administração e Finanças, Saúde e Educação, com o Termo de Referência;
- 2) Proposta de Preços da Empresa “ASP AUTOMOÇÃO, SERVIÇOS DE INFORMÁTICA”, a Secretaria de Administração e Finanças;



- 3) Ofício nº 007/2021/SEMSA, solicitando abertura de procedimento licitatório objeto do processo, com o termo de referência em anexo;
- 4) Proposta de Preços da Empresa “ASP AUTOMOÇÃO, SERVIÇOS DE INFORMÁTICA”, a Secretaria Municipal de Saúde;
- 5) Ofício nº 017/2021/SEMED, solicitando abertura de procedimento licitatório objeto do processo, com o termo de referência em anexo;
- 6) Proposta de Preços da Empresa “ASP AUTOMOÇÃO, SERVIÇOS DE INFORMÁTICA”, a Secretaria Municipal de Educação;
- 7) Despacho ao Setor de Compras para que seja realizada pesquisa de preço;
- 8) Despacho do departamento de compras, informando a realização de pesquisa de preço no site do TCM/PA pelo link: <https://www.tcm.pa.gov.br/portal-lic-publico/>, acompanhado do mapa comparativo de preços;
- 9) Despacho ao Departamento de Contabilidade para verificação da adequação orçamentária e da existência saldo orçamentário;
- 10) Despacho contendo a reposta a Secretaria Municipal de Administração e Finanças quanto à adequação orçamentária e existência de saldo orçamentário;
- 11) Ofício nº 007/SEMAF/2021 ao Prefeito Municipal solicitando autorização para abertura de processo licitatório.
- 12) Declaração de adequação orçamentária e financeira da despesa;
- 13) Termo de autorização de despesa e encaminhamento do processo para a Comissão de Licitação para as providências cabíveis;
- 14) Autuação do processo licitatório;
- 15) Despacho da Comissão de Licitação, encaminhando os autos para a Assessoria Jurídica;
- 16) Minuta do Contrato.

Conforme previsão legal do Parágrafo Único do artigo 38 da Lei nº 8.666/93, o processo licitatório é submetido à análise jurídica prévia desta assessoria.

É o breve relatório. Segue análise jurídica.

II - FUNDAMENTAÇÃO



Para Administração Pública adquirir produtos e/ou serviços necessita realizar procedimento de licitação pública, na qual selecionará a proposta mais vantajosa entre as oferecidas pelos interessados em contratar com o ente público.

O procedimento possui como objetivo garantir a moralidade administrativa vedando a contratação de qualquer particular sem a demonstração de que seja o melhor para o interesse público. Possui também a finalidade de garantir a igualdade de oportunidades a todos que têm o interesse em contratar com a Administração Pública, permitindo a competitividade que é essencial para a licitação. Assim é garantida a impessoalidade na escolha do contratado.

Tal procedimento é disciplinado na Constituição Federal e na Lei 8.666/90.

A Constituição Federal em seu artigo 37, inciso XXI prevê:

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:

[...]

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.

Depreende-se da leitura do dispositivo constitucional a existência de exceção a regra geral de contratação mediante procedimento licitatório público ao possibilitar a contratação direta em “...casos especificados na legislação...”.

De acordo com esta premissa, o artigo 2º da lei 8.666/93 (licitações e contratos administrativos) consigna que:

Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, **ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.** (grifo nosso).

A lei de licitações e contratos administrativos seguindo, logicamente, os ditames constitucionais preceitua como regra geral o procedimento licitatório para a contratação de obras e serviços; alienações, concessões, permissões e locações pela Administração Pública, e como exceção as hipóteses previstas na própria lei.



As exceções previstas na lei nº 8.666/93 estão consignadas no artigo 17, 24 e 25. Para o presente caso cabe analisarmos o artigo 25 da mencionada lei que trata sobre a inexigibilidade de licitação e assim dispõem:

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; (grifo nosso).

Os serviços técnicos elencados no artigo 13 da lei são: (i) - estudos técnicos, planejamentos 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 de arte e bens de valor histórico.

Portanto, mesmo que a contratação empresa para uso de *software* não esteja expressamente autorizada no rol do art. 13, o TCU entende que a legislação autoriza a contratação direta por inexigibilidade de licitação neste caso, por se tratar de empresa especializada para a prestação de serviços técnicos profissionais especializados.

É imperioso ressaltar que a autorização de contratação direta por inexigibilidade de licitação prevista no artigo 25 da lei nº 8.666/93 determina que o serviço técnico especializado seja de **natureza singular**, executado por profissional de **notória especialização**.

José dos Santos Carvalho Filho conceitua estes dois requisitos da seguinte maneira:

A lei considera de notória especialização o profissional ou a empresa conceituados em seu campo de atividade. Tal conceito deve decorrer de vários aspectos, como estudos, experiências, publicações, desempenho anterior, aparelhamento, organização, equipe técnica e outros do gênero.

(...)



Além dessas características, impõem a lei que os serviços tenham natureza singular. Serviços singulares são os executados segundo características próprias do executor. Correta, portanto, a observação de que “singulares são os serviços porque apenas podem ser prestados, de certa maneira e com determinado grau de confiabilidade, por um determinado profissional ou empresa. Por isso mesmo é que a singularidade do serviço está contida no bojo da notória especialização”.¹

Assim, a prestação do serviço de **fornecimento de licença de uso (locação) de sistemas de folhas de pagamento (SFP) e portal da transparência (TDP), para atender as necessidades da Prefeitura e Secretarias Municipais**, encaixa-se perfeitamente em um serviço técnico especializado de natureza singular, pois consiste no uso de sistema proveniente de trabalho intelectual especializado na área de tecnologia da informação, extremamente ligado a capacitação profissional na área digital, sendo impossível criar critérios objetivos para a licitação do serviço, já que cada sistema/*software* possui suas próprias peculiaridades, impossibilitando a abertura de um processo de disputa licitatório.

Em decorrência da complexidade e da relevância dos sistemas a serem desenvolvidos, requer a contratação de empresa de reconhecida competência e especialização na área de tecnologia da informação.

Desta forma, deve constar nos autos documentos que atestem a notória especialização da empresa no que diz respeito a experiência na prestação deste serviço para a Administração Pública Municipal. Assim, a disputa entre licitantes fica inviável, considerando a utilização pelo município do sistema, uma vez que a troca de sistema prejudicará de forma imensurável a execução dos serviços municipais, pois cada sistema (*software*) possuem suas especificidades, levando tempo para que todos os servidores sejam capacitados e um novo sistema seja instalado e efetivamente utilizado pela Administração.

A Lei nº 9.609/98 que é o marco sobre propriedade intelectual em seu art. 1º trata sobre os programas de computadores como um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos

¹ Carvalho Filho, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 25. ed. rev., ampl. e atual. até a Lei nº 12.587/2012. São Paulo: Atlas, 2012. pg. 269/270.



ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados.

Nesta mesma esteira, existe a proteção as obras intelectuais, como os programas de computadores, conhecidos como “*software*”, por meio da Lei nº 9.610/1998, art. 7º, inciso XII. Vejamos:

Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:

[...]

XII - os programas de computador;

A jurisprudência do TCU possui o entendimento de que a inexigibilidade de licitação para serviços de informática apenas é aceita quando se trata de manutenção do sistema ou software em que o prestador do serviço detenha os direitos de propriedade intelectual. Vejamos:

A inexigibilidade de licitação para a prestação de serviços de informática somente é admitida quando guardar relação com os serviços discriminados no art. 13 da Lei 8.666/1993 ou **quando se referir à manutenção de sistema ou software em que o prestador do serviço detenha os direitos de propriedade intelectual.** (ACORDÃO 648/2007-PLENÁRIO RELATOR MARCOS VINÍCIOS VILAÇA. DATA DA SESSÃO 18/04/2007) (grifo nosso)

Destarte, o **fornecimento de licença de uso (locação) de sistemas de folhas de pagamento (SFP) e portal da transparência (TDP), para atender as necessidades da Prefeitura e Secretarias Municipais**, entendemos está de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Contas da União e da legislação em vigor, uma vez que o objeto da inexigibilidade de licitação trata-se uso de um sistema cuja: 1) a propriedade intelectual é apenas do contratado, não fazendo jus a Administração a qualquer direito de propriedade do sistema e, que, 2) a Administração Pública Municipal já utiliza o sistema, conforme Ofício nº 03-D/2021-ADM/PMAC, sendo assim, não seria uma nova contratação, mas apenas um renovação/manutenção de uso do sistema.

No tocante aos contratos celebrados pela administração pública, Maria Sylvia Zanella Di Pietro² afirma que:

² Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo - 27. ed. - São Paulo: Atlas, 2014. Pág. 300.



A expressão contratos da Administração é utilizada, em sentido amplo, para abranger todos os contratos celebrados pela Administração Pública, seja sob regime de direito público, seja sob regime de direito privado. E a expressão contrato administrativo é reservada para designar tão somente os ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público.

Assim, de acordo com tal conceituação, os contratos da Administração Pública podem reger-se pelo direito privado ou pelo direito público. Nos contratos privados é garantida uma relação de igualdade entre a administração pública e o particular, diferente do que ocorre no contrato público, no qual são garantidas prerrogativas à Administração, colocando-a em posição de supremacia sobre o particular.

É importante alertar que nos contratos, tanto no regime privado como no regime público, estão presentes a finalidade e o interesse público, os quais são pressupostos necessários e essenciais para a atuação da Administração. O que realmente os diferencia **“É a participação da Administração, derogando normas de Direito Privado e agindo *publicae utilitatis causa*, sob a égide do Direito Público, que tipifica o contrato administrativo.”**³

Esta atuação da Administração na relação contratual com o particular, impondo a sua supremacia, é evidenciada através das denominadas *cláusulas exorbitantes do direito comum*, as quais não necessitam estar previstas expressamente no contrato, pois sua existência decorre da lei ou dos princípios que regem a atividade administrativa. Tais cláusulas não são lícitas em um contrato privado, pois desigualaria as partes na execução do ajustado, no entanto são válidas no contrato administrativo, pois visam demonstrar a supremacia da Administração.

Consideram-se como cláusulas exorbitantes: (i) alteração ou rescisão unilateral do contrato; (ii) exigência de garantia; (iii) fiscalização da execução do contrato; (iv) aplicação de penalidades; (v) restrições ao uso da *exceptio non adimpleti contractus*; dentre outras.

Porém, ao utilizar-se das cláusulas exorbitantes, a Administração deve garantir equilíbrio econômico-financeiro do contrato, para que não haja prejuízos ao contratado/particular, como elevações de preços que tornem mais onerosa a prestação ao qual está obrigado, dentre outras situações que causem ônus a parte contratada. Esta determinação

³ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 39ª Edição. Atualizada por Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. Malheiros Editores. São Paulo, 2012. Pág. 226.



possui previsão Constitucional no artigo 37, XXI, ao afirmar que os contratos deverão conter *cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta*. Assim, garante-se uma proteção a quem contrata com a Administração, evitando que a posição de supremacia sobre o particular seja desmedida, sem qualquer controle e acabe por ferir preceitos constitucionais, bem como torna viável e seguro ao privado a contratação com a administração pública.

Diante dos conceitos e de todas estas características que identificam um contrato administrativo, e a partir da análise da minuta do contrato referente ao do **Processo Administrativo nº 442124/2021/GAB/PMAC/PA - Inexigibilidade nº 6/2021-080103**, pode-se identificar tal contrato como um contrato administrativo, e o aplicar as normas do regime jurídico público, dentre elas a lei nº 8.666/1993.

A partir de então, é necessário averiguar se a minuta do contrato referente ao do **Processo Administrativo nº 442124/2021/GAB/PMAC/PA - Inexigibilidade nº 6/2021-080103** contém todas as cláusulas obrigatórias para um contrato administrativo, as quais estão descritas nos incisos do artigo 55 da lei nº 8.666/1993, *in verbis*:

- 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.



Assim, a minuta do contrato contém as exigências previstas na norma citada, podendo ser dado prosseguimento ao processo licitatório.

III - CONCLUSÃO

Ressalta-se que o presente exame se limitou aos aspectos jurídicos da matéria proposta e de regularidade processual, abstendo-se quanto aos aspectos técnicos, financeiros ou que exijam exercício da discricionariedade administrativa ou de interpretação de conceitos jurídicos indeterminados dos órgãos competentes.

Ante o exposto, observada as recomendações acima citadas, opina esta Assessoria Jurídica pela possibilidade/viabilidade da inexigibilidade de licitação, ante a comprovação dos requisitos para a sua concretização, nos termos da lei nº 8.666/93.

Por fim, o caráter meramente opinativo deste parecer, face ser ato de administração consultiva, podendo o Excelentíssimo Prefeito entender de forma diversa para melhor atender o interesse público.

É o parecer,
Salvo melhor juízo.
Augusto Corrêa/PA, 07 de janeiro de 2021.

Marcelo Cunha Vasconcelos
OAB/PA Nº 30.395-ASSESSOR JURÍDICO
DECRETO Nº 11/2021-GAB/PREFEITO

MARCELO CUNHA VASCONCELOS
ASSESSOR JURÍDICO - DECRETO Nº 11/2021/GP
OAB/PA Nº 30.395