

PARECER JURÍDICO PROCESSO DE INEXIGIBILIDADE PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 6/2023-002FME

ASSUNTO: CONTRATAÇÃO DIRETA, POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO, DE PESSOA JURÍDICA ESPECIALIZADA EM SOLUÇÃO DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO, MEDIANTE FORNECIMENTO DE LICENÇA DE USO DE SISTEMAS INTEGRADOS PARA GESTÃO PÚBLICA NO MÓDULO RECURSOS HUMANOS (FOLHA DE PAGAMENTO) COM PORTAL DO SERVIDOR E TRANSPARÊNCIA PÚBLICA COM SUPORTE DE ASSESSORIA E CONSULTORIA ATENDENDO AS NECESSIDADES DA SECRETARIA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO E CULTURA DE TUCUMÃ-PA.

SINTESE

Tratam-se os presentes autos de solicitação de contratação, por inexigibilidade de licitação, de empresa técnica especializada ASP AUTOMACAO SERVICOS E PRODUTOS DE INFORMÁTICA LTDA, para prestação de natureza singular, para atuação administrativa junto a prefeitura municipal de Tucumã-PA, destinados à fornecimento de licença de software de sistemas integrados para gestão pública com suporte de assessoria.

Acompanham o pedido, a declaração de dotação orçamentária; a apresentação de atestados de Capacidade Técnica, Certidões Negativas junto às Fazendas Públicas Municipal, Estadual e Federal, Certidão de Regularidade junto ao FGTS, INSS e Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas, Autorização do Prefeito para instauração do procedimento licitatório, o termo de autuação do processo licitatório na modalidade inexigibilidade e solicitação da Comissão Permanente de Licitação para emissão de Parecer Jurídico. Este é o breve relatório.

EXAME

Preliminarmente, registre-se que o parecer jurídico vertente, tem o condão de cumprir o múnus legal, que institui a condição *sine qua non*, de verificação da regularidade de determinado ato administrativo. No caso em comento, de contratação de empresa especializada para fornecimento de licença de software com suporte de consultoria e assessoria para gestão pública no módulo de gestão de recursos humanos (folha de pagamento).

A natureza deste parecer é tão somente opinativa, não vinculando, a decisão a ser adotada pela Administração, aos atos e processos administrativos submetidos à apreciação da assessoria jurídica. Afinal, o gestor imbuído da função representativa do Poder Público, possui a discricionariedade de seguir a conclusão que entender mais conveniente à administração.

Discricionariedade esta, que não possui flexibilidade em casos assemelhados, de dispensa de parecer, ainda que opinativo. A contratação de assessoria como a em comento na verdade, configura situação onde a lei exige que o administrador solicite a emissão de parecer.

Carvalho Filho (2016, p. 143) leciona que o parecer obrigatório “*é emitido por determinação de órgão ativo ou de controle, em virtude de preceito normativo que prescreve a sua solicitação, como preliminar à emanção do ato que lhe é próprio*”.

Hely Lopes Meirelles por sua vez, leciona sobre a natureza jurídica de parecer, da seguinte forma:

“Pareceres – pareceres administrativos são manifestações de órgãos técnicos sobre assuntos submetidos a sua consideração. O parecer tem caráter meramente opinativo, não vinculando a Administração ou os particulares a sua motivação ou conclusões, salvo se aprovado por ato subsequente. Já então, o que subsiste como ato administrativo, não é o parecer, mas sim o ato de sua aprovação, que poderá revestir a modalidade normativa, ordinária, negocial ou punitiva” (Meirelles, 2001, p. 185).

Ultrapassada esta prefacial, recordemos que a regra geral trazida pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, inciso XXI, é que a contratação de obras, serviços, compras e alienações deverá ser precedido de devido processo licitatório, que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, e obedecendo aos princípios que regem a Administração Pública e aos princípios que disciplinam os processos licitatórios.

No mesmo viés, foi promulgada a Lei nº. 8.666/93 e, posteriormente, a Lei nº. 10.520/02 que disciplinam os procedimentos licitatórios nas modalidades concorrência, tomada de preços, convite, leilão, concurso e pregão, respectivamente.

Contudo, apesar da regra geral para se contratar com a Administração Pública, ser a de realização de procedimento licitatório, a própria Lei nº. 8.666/93 traz algumas hipóteses, em casos excepcionais, em que a contratação pode ocorrer diretamente.

Das vias excepcionais possíveis, a que nos interessa nestes autos, é a de inexigibilidade de licitação de serviço técnico profissional especializado de natureza singular, mais especificamente, sejam eles profissionais autônomos (pessoa física) ou pessoa jurídica.

Serviço técnico profissional especializado, nas palavras de BRAZ (2010, p. 580):

“é aquele que exige, além da habilidade profissional pertinente, conhecimentos mais avançados na técnica de sua execução, operação ou manutenção. Esses conhecimentos podem ser científicos ou tecnológicos, vale dizer, de ciência pura ou de ciência aplicada ao desenvolvimento das atividades humanas e às exigências do progresso social e econômico em todos os seus aspectos.”

Entende-se por serviço profissional o que se relaciona a uma profissão, isto é, uma atividade especializada de caráter permanente. Regra geral, as profissões são regulamentadas por lei específica, que outorga a habilitação legal em complementação à capacitação técnica.

Além da habilitação específica para a prestação de uma espécie distinta de serviço, a Lei identifica a necessidade de especialização, de cunho bem mais abrangente. A especialização significa a capacitação para o exercício de uma atividade com habilidades que não estão disponíveis para qualquer profissional.

D’outra banda, o art. 25 da Lei 8.666/93, define ser inexigível a licitação, quando houver inviabilidade de competição para os serviços técnicos enumerados no já referido art. 13, desde que de natureza singular.

Adentrando ainda mais no mérito do tema em comento, destaquemos que, quando a lei se refere à singularidade do objeto, está fazendo menção à singularidade, no presente caso, aos serviços técnicos de consultoria e assessoria que serão prestados, às peculiaridades que envolvem o exercício profissional e à própria regulamentação da profissão.

Serviços técnicos especializados são aqueles que envolvem alta especialização em determinada área do conhecimento, que demandam um primor técnico diferenciado, requerendo um conteúdo subjetivo na sua execução, um toque

de personalidade, que o qualifica como singular. Já a característica da singularidade é atribuída a um bem, no sentido de que seja inigualável, podendo ser considerado inequivocamente singular à medida que todos os outros bens lhe são diversos.

Pode ser também a qualidade atribuída a um serviço, em razão de suas peculiaridades, devidas principalmente ao meio de execução e não necessariamente ao resultado. No que tange a singularidade do objeto impende trazer a manifestação de Marçal Justen Filho, nesse sentido:

“Em todos os casos de inviabilidade de competição há um objeto singular. A singularidade consiste na impossibilidade de encontrar o objeto que satisfaz o interesse público dentro de um gênero padronizado, com uma categoria homogênea” (JUSTEN FILHO, Marçal. Ob. Cit., p.272).

Assim, tem-se que a singularidade a que a Lei de Licitações se refere está ligada ao fato de que os muitos parâmetros legais e documentais, e de interesse coletivo, a serem respeitados e observados pela contabilidade e seus profissionais, tem inerente o risco da aplicação de penalidades graves e prejuízos irreparáveis ao gestor, que se dá ensejo ao acompanhamento de uma consultoria permanente e especializada, cuja atribuição é justamente a prestar da melhor forma as funções de assessoria e consultoria, em especial na elaboração do plano plurianual (PPA).

As particularidades do suporte e consultoria quanto ao fornecimento de licença de software específico como se trata no presente caso, revelam a natureza personalíssima de seu trabalho, já que podem inferir na gestão pública de recursos humanos e em especial folha de pagamento. Com efeito, estes tipos de serviços de assessoria e consultoria são singulares porque são marcados por uma orientação pessoal tão específica de cada pessoa, que podem até mesmo ser considerados únicos, embora não o sejam. Pode-se dizer que são serviços *intuitu personae*. Outrossim, cumpre destacar que não basta que o serviço seja singular, mas que essa singularidade seja relevante. Ou seja, ainda que os serviços sejam singulares, é necessário que sejam tão relevantes e de tamanha importância que autorizem a exceção à regra legal das licitações para a satisfação das necessidades do Poder Público. Nesse sentido, nas lições de Bandeira de Mello:

“(...) a singularidade é relevante e um serviço deve ser havido como singular quando nele tem de interferir, como requisito de satisfatório atendimento da necessidade administrativa, um componente criativo de seu autor, envolvendo estilo, o traço, a engenhosidade, a especial habilidade, a contribuição intelectual, artística, ou a argúcia de quem o executa, atributos, esses, que são precisamente os que a Administração reputa convenientes e necessários para a satisfação do interesse em causa” (2000, p. 479).”

Portanto, inexigível será a licitação quando singular for o serviço a ser contratado, quando essa singularidade seja relevante e quando o produto do trabalho do profissional não possa ser comparado com o produto de outro, de tal forma que se justifique a contratação direta pelo Poder Público, aliado à aptidão técnica, no quantitativo e na especialidade de conhecimento e experiência dos profissionais que circundam um propenso contratado, não abrangidos pelo pessoal da Administração Municipal. Dessa forma, ainda que não exista um critério objetivo, um padrão geral para se definir a existência de singularidade ou não em determinado serviço, estando intimamente atrelada essa análise a cada caso.

No caso em tela há a caracterização dos serviços técnicos especializados, pois a prestação está vinculada à operacionalidade e racionamento de tempo na busca de soluções frente aos problemas futuros na operacionalização dos módulos. Ou seja, do software a ser utilizado.

Ademais, ressalta-se que a expertise diferenciada exigida é do profissional e não da pessoa jurídica, mesmo porque é aquele quem prestará o serviço em nome desta. Percebemos, então, que não há relevância o tempo de existência da pessoa jurídica contratada, portanto, existe a singularidade dos serviços prestados pelos técnicos da empresa. Os serviços ora em análise exigem inequívoco conhecimento específico e experiência das pessoas que irão realizá-lo, e a provável ora contratada, demonstra possuir, o que ficou demonstrado nos autos. Ressalta-se que os serviços de assessoria tem intrinsecamente uma relação marcada pelo elemento confiabilidade, que são de caráter subjetivo, porém, aliadas às demais características que denotam a notoriedade do profissional da contabilidade. Corrobora isto o entendimento de Adilson de Abreu Dallari:

“(...) existem assuntos de grande repercussão política, correspondentes a programas ou prioridades determinadas exatamente pela supra-estrutura política eleita democraticamente pelo corpo social. Temas dessa natureza requerem o concurso, ou de assistentes jurídicos nomeados para cargos de provimento em comissão, ou a contratação temporária de profissionais alheios ao corpo permanente de servidores” (2000, p. 02).”

Desse modo, a presença do elemento confiança justifica o fato do Poder Público poder escolher, dentre os muitos profissionais devidamente gabaritados e competentes, aqueles que mais despertem sua confiança, isto é, aquele que tenha, aos olhos do Poder Público, maior compatibilidade com seus desideratos (FIGUEIREDO, 1994, p. 32). Logo, os atributos profissionais do contratado devem despertar no contratante a convicção de que o serviço deste será certamente superior ao dos demais, em atendimento às necessidades da Administração e às exigências da situação concreta.

Igualmente a confiança tem origem na discricionariedade de que dispõe o Poder Público ao tratar de questões de mais alta relevância jurídica ou política. Não se pode esperar que o administrador tenha objetividade total. Certamente, a escolha de certos profissionais em detrimento de outros, levará em consideração a confiança e segurança de que a atividade será realizada a contento por aquele que se contrata. É neste sentido, aliás, é o que vem entendendo as Cortes Superiores Pátrias, a exemplo do Excelso Supremo Tribunal Federal, mutatis mutandis:

*“Processo: AP 348 SC Relator(a): EROS GRAU
Julgamento: 15/12/2006 Órgão Julgador: Tribunal Pleno
Publicação: DJe-072 DIVULG 02-08-2007 PUBLIC 03-08-2007 DJ 03- 08-2007 PP-00030
EMENT VOL-02283-01 PP-00058 LEXSTF v. 29, n. 344, 2007, p. 305-322. Parte(s): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL; LEONEL ARCÂNGELO PAVAN e PAULO ARMÍNIO TAVARES BUECHELE E OUTRO(A/S) Ementa: AÇÃO PENAL PÚBLICA. CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL DE ADVOGADOS FACE AO CAOS ADMINISTRATIVO*

HERDADO DA ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL SUCEDIDA. LICITAÇÃO. ART. 37, XXI DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DISPENSA DE LICITAÇÃO NÃO CONFIGURADA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO CARACTERIZADA PELA NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO DOS PROFISSIONAIS CONTRATADOS, COMPROVADA NOS AUTOS, ALIADA À CONFIANÇA DA ADMINISTRAÇÃO POR ELES DESFRUTADA. PREVISÃO LEGAL. (...) 2. "Serviços técnicos profissionais especializados" são serviços que a Administração deve contratar sem licitação, escolhendo o contratado de acordo, em última instância, com o grau de confiança que ela própria, Administração, deposite na especialização desse contratado. Nesses casos, o requisito da confiança da Administração em quem deseje contratar é subjetivo. Daí que a realização de procedimento licitatório para a contratação de tais serviços - procedimento regido, entre outros, pelo princípio do julgamento objetivo - é incompatível com a atribuição de exercício de subjetividade que o direito positivo confere à Administração para a escolha do "trabalho essencial e indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato" (cf. o § 1º do art. 25 da Lei 8.666/93). O que a norma extraída do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança. Há, no caso concreto, requisitos suficientes para o seu enquadramento em situação na qual não incide o dever de licitar, ou seja, de inexigibilidade de licitação: os profissionais contratados possuem notória especialização, comprovada nos autos, além de desfrutarem da confiança da Administração. Ação Penal que se julga improcedente." (grifou-se)

Assim, não resta qualquer dúvida sobre a possibilidade da contratação de serviços de suporte de assessoria e consultoria em comento com fulcro no art. 25, II combinado com art. 13, inciso III, da Lei nº 8.666/93, desde que atendidos os requisitos exigidos nesses dispositivos legais, pelo que se reputa os grandes indícios de que a experiência, organização e aparelhamento da contratada, permitem concluir que dos seus estudos técnicos e efetiva orientação e execução se chegará à plena satisfação do objeto do contrato, o que evidencia, ainda, a singularidade do serviço a ser oferecido e a sua notória especialização.

Neste cenário, prevalece o entendimento no sentido de que se torna dispensável a realização de licitação para a contratação dos serviços em comento pela administração pública, principalmente quando se tratar de trabalho de natureza singular e de profissional com notória especialização, como é o caso sub examine, de

acordo com a análise dos autos, compulsado o competente atestado de capacidade técnica, ora em anexo no processo.

Outrossim, muito embora o tema já tenha sido debatido de maneira robusta e farta acima, recordemos ainda o disposto no artigo 13, incisos III da Lei 8.666/93:

Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

(...) III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias.

Diante das lições de Marçal Justen Filho, em sua obra *COMENTÁRIOS À LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS*, ensina o doutrinador:

“A primeira hipótese de competição reside na ausência de pluralidade de contratação para a Administração Pública. Quando existe uma única solução e um único particular em condições de executar a prestação, a licitação seria imprestável. Mais precisamente, a competição será inviável por que não há alternativas diversas para serem entre si cotejadas.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *COMENTÁRIOS À LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS*. Ed. Dialética. 13ª edição. São Paulo – SP. 2009. Pg. 346).

O artigo 25, inciso II, da Lei 8.666/93 c/c o artigo 13, inciso III, da Lei de Licitações, Lei 8.666/93 e a jurisprudência e doutrina pátria, colacionada acima, apresenta permissivo legal o qual fundamenta a contratação para a prestação de serviços de consultoria técnica por inexigibilidade de licitação, tendo em vista a impossibilidade de concorrência por se tratar de serviços intelectuais impossíveis de serem auferidos em termos de preço mais baixo, uma vez caracterizados como serviços técnicos de notória especialização, de acordo com o atestado de capacidade técnica.

É importante, todavia, para atendimento do texto legal, que se entenda objetivamente o que venha a ser natureza singular do objeto da contratação. Entende-se que a singularidade informada pela Lei se refere ao serviço a ser prestado. Singularidade, todavia, não pode ser entendida como unidade. É singular o serviço que possua particularidades que permitam distingui-lo de outros. Tem, no corpo da Lei, o sentido de especial. Também a singularidade se ressalta da capacidade intelectual do profissional.

A singularidade dessa prestação de serviços, à exemplo do já lecionado ao norte, está fincada nos conhecimentos individuais de cada profissional de consultoria técnica, impedindo, portanto, que a aferição da competição seja plena, pois não se licitam coisas desiguais, só se licitam coisas homogêneas.

Para Mello (2011, p. 548):

“Serviços singulares são os que se revestem de análogas características. De modo geral são singulares todas as produções intelectuais, realizadas isolada ou conjuntamente – por equipe –, sempre que o trabalho a ser produzido se defina pela marca pessoal (ou coletiva), expressada em características científicas, técnicas ou artísticas importantes para o preenchimento da necessidade administrativa a ser suprida”.

Não obstante, a singularidade (capacidade intelectual) da prestação do serviço técnico, por si só, justifica a ausência de competição, bem como da pré-qualificação também, pois o preço da contratação não é fator crucial que direciona a melhor contratação para o ente público.

A inviabilidade de competição, como um dos pressupostos de natureza legal, estabelece-se pela impossibilidade de licitar valores heterogêneos. Não se pode buscar a prestação do melhor serviço profissional pelo menor preço ofertado. Não se trata de compra de mercadorias. Não pode o profissional capaz de ofertar o melhor serviço competir com outro sem especialização pelo preço a ser ofertado. Não é esse o interesse público da contratação. Trabalho intelectual não pode ser aferido em termos de menor preço.

MELLO (2011, p. 548): ensina:

“Todos estes serviços se singularizam por um estilo ou por uma orientação pessoal. Note-se que a singularidade mencionada não significa que outros não possam realizar o mesmo serviço. Isto é, são singulares, embora não sejam necessariamente únicos”.

Entende-se, na verdade, ser impossível aferir, mediante processo licitatório, o trabalho intelectual do consultor técnico, pois trata-se de prestação de serviços de natureza personalíssima e singular, mostrando-se patente a inviabilidade de competição.

O consultor técnico desempenha um trabalho singular, onde a sua criação intelectual retira do administrador público a necessidade de promover o certame licitatório para escolher qual seria a melhor opção para a administração pública contratar.

Portanto, no que tange ao presente caso, acredita-se estarem presentes estas exigências legais, eis que ficou demonstrado que a empresa e seus profissionais, possuem experiência e conhecimentos específicos quanto o objeto a ser de igual sorte contratado, o que indica a idoneidade para atender a necessidade do presente, o que se enquadra no que prevê o § 1º do art. 25 da Lei nº 8.666/93.

Ex positis, a assessoria jurídica manifesta-se pelo DEFERIMENTO da contratação da empresa ASP AUTOMACAO SERVICOS E PRODUTOS DE INFORMÁTICA LTDA, através do procedimento de inexigibilidade de licitação. São os termos. É o parecer. S.M.J.

Tucumã-PA, 20 de janeiro de 2023.

SÁVIO ROVENO OAB/PA 9561
Assessoria Jurídica