

PARECER JURÍDICO

DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DE INEXIGIBILIDADE Nº 02/2023. CONTRATAÇÃO DIRETA. INEXIGIBILIDADE DE PROCEDIMENTO DE LICITAÇÃO. EMPRESA TOTVS S.A. POSSIBILIDADE JURÍDICA. FUNDAMENTAÇÃO LEGAL INCISO I DO ARTIGO 30 DA LEI Nº 13.303/2016 E ALTERAÇÕES.

RELATÓRIO

1. Trata-se de análise da possibilidade de contratação direta da empresa **TOTVS S.A.**, por inexigibilidade de licitação, com base no inciso I do artigo 30 da Lei Nº 13.303/2016, pela **PROCESSAMENTO DE DADOS AMAZONAS S/A (PRODAM)**, para prestação de serviço comum de apoio à gestão e governança para fornecimento de licenciamento perpétuo de sistema Enterprise Resource Planning (ERP) e serviço de apoio ao processo de implantação de acordo com as especificações do Termo de Referência e seus Anexos.

2. Instruem o presente processo, dentre outros, os seguintes documentos:

- i) Termo de Referência;
- ii) Proposta de Preços;
- iii) Justificativa Técnica;

- iv) Certidão de exclusividade n.º 221214/39.366, datada de 14/12/2022, emitido pela ABES – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EMPRESAS DE SOFTWARE;
- v) Parecer Contábil;
- vi) Despacho autorizativo do GEFIN – Gerente Financeiro;
- vii) Despacho autorizativo do Diretor-Presidente;
- viii) Outros documentos necessários à contratação (CNDs e declarações diversas).

3. Através do **SIGED MEMO Nº 002/2023-ASDPO/PRODAM**, os autos foram encaminhados a esta Assessoria Jurídica, na forma do artigo 9º do RILC da PRODAM, para análise e manifestação.

4. Preliminarmente, salienta-se, a presente manifestação toma por base, exclusivamente, os elementos que constam até a presente data nos autos do **PROCESSO ADMINISTRATIVO DE INEXIGIBILIDADE DE PROCEDIMENTO DE LICITAÇÃO Nº 02/2023**, que incumbem a esta Assessoria Jurídica emanar parecer sob o prisma estritamente jurídico, não lhe competindo adentrar em questões afetas à conveniência e à oportunidade dos atos praticados, nem analisar aspectos de natureza eminentemente técnica.

5. É o que basta relatar. Segue análise.

FUNDAMENTAÇÃO

6. Inicialmente, cabe ressaltar que esta análise se restringe ao aspecto técnico-jurídico do procedimento de contratação direta por inexigibilidade de licitação, deixando de lado aspectos que se presumem terem sido apreciados pelos setores competentes, tais como: técnicos ou econômicos da avença, descrição do objeto da contratação e requisitos de capacidade técnica do contratado.

7. O controle interno, emanado da Constituição Federal de 1988, impõe à Administração Pública a obrigação de licitar com o fito de selecionar a melhor proposta para contratar obras, serviços, compras, alienações e demais casos previstos em lei, *in verbis*:

“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...”*

8. Para regulamentar o dispositivo constitucional supra, foi promulgada a Lei de Responsabilidade das Empresas Estatais, Nº 13.303/2016, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, que expressa a razão de ser do procedimento licitatório em seu artigo 28, *in verbis*:

*“Art. 28. **Os contratos com terceiros destinados à prestação de serviços às empresas públicas e às sociedades de economia mista, inclusive de engenharia e de publicidade, à aquisição e à locação de bens, à alienação de bens e ativos integrantes do respectivo patrimônio ou à execução de obras a serem integradas a esse patrimônio, bem como à implementação de ônus real sobre tais bens, serão precedidos de licitação nos termos desta Lei, ressalvadas as hipóteses previstas nos arts. 29 e 30.**”*

9. Nesse sentido, a Lei supra, ressalva em seus artigos 29 e 30, as hipóteses de Dispensa ou Inexigibilidade de Licitação.

10. O caso em consulta, encontra fundamento legal no inciso I, artigo 30, da Lei Nº 13303/2016/93, a seguir:

“Art. 30. A contratação direta será feita quando houver inviabilidade de competição, em especial na hipótese de:

I - aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo;”

11. Nesse sentido, tratam os autos da possibilidade de contratação direta, mediante inexigibilidade de licitação, da empresa **TOTVS S.A.** Mostra-se, portanto, indispensável a contratação de empresa especializada no fornecimento destes produtos e serviços, bem como manutenções preventivas, corretivas e preditivas, de forma a garantir a continuidade dos serviços.

12. Consta da Justificativa Técnica para a Contratação:

“A PRODAM é uma empresa de porte médio, com cerca de 400 funcionários e um faturamento que este ano deverá ultrapassar os 150 milhões de reais. É certificada na Norma ISO 9001, há 22 anos, no que ela foi pioneira no âmbito da administração pública estadual. A atividade fim da PRODAM é construir soluções de TIC, incluindo o desenvolvimento de sistemas. Essa empresa, entretanto, tem sua área administrativa trabalhando basicamente com planilhas eletrônicas, o que a deixa vulnerável sob todos os aspectos, além de ser um indicador negativo para os seus clientes”.

13. No entendimento de que os serviços públicos essenciais devem ser prestados de forma imediata, continuada e ininterrupta, assim, reputa-se mandatória a contratação da referida empresa, a fim de que não haja solução de continuidade aos serviços prestados pela PRODAM, que dependam da tecnologia fornecida pela empresa a ser contratada.

14. Importante, neste momento, transcrever a regulamentação que determina exemplificativamente, quais os serviços públicos essenciais, Lei nº. 7.783/89, art. 10 e incisos, *in verbis*:

Artigo 10 - São considerados serviços ou atividades essenciais:



AMAZONAS

GOVERNO DO ESTADO

Nível de Classificação

Interno

Grupo de acesso

PRODAM

I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis;

II - assistência médica e hospitalar;

III - distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos;

IV - funerários;

V - transporte coletivo;

VI - captação e tratamento de esgoto e lixo;

VII - telecomunicações;

VIII - guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares;

IX - processamento de dados ligados a serviços essenciais;

X - controle de tráfego aéreo;

*XI - compensação bancária.
(grifos nosso)*

15. Depreende-se da leitura do aludido códex que o legislador elencou os serviços de “telecomunicações” e de “processamento de dados ligados a serviços essenciais” como essenciais. E, desta forma, a sociedade não pode prescindir dos serviços públicos essenciais, haja vista que eles são fundamentais para a consecução da cidadania e dignidade da pessoa humana.

16. A efetividade da prestação de serviços considerados essenciais está fortemente ligada às ações Administração Pública, exigindo, para tanto, medidas que as tornem sempre disponíveis.

17. Assim, evidenciamos, as providências administrativas guardam compatibilidade com os princípios que regem as contratações públicas, especialmente, aos que visam garantir a legalidade, a continuidade e a eficiência do serviço público.

18. A contratação direta, mediante inexigibilidade, está fundamentada na inviabilidade de competição, em razão de a empresa **TOTVS S.A.** ser a única desenvolvedora e detentora dos direitos autorais e de comercialização, autorizada a comercializar em todo território nacional o software Protheus e demais módulos,

conforme Certidão de exclusividade n.º 221214/39.366, datada de 14/12/2022, emitido pela ABES – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EMPRESAS DE SOFTWARE.

19. Salientamos que a contratação direta, mediante inexigibilidade, não afasta a necessidade de apresentação de documentos mínimos de habilitação, devendo ser instruído, no que couber, com os elementos constantes do parágrafo 3º do artigo 30 incisos I, II e III da Lei nº 13.303/2016, que estabelece os critérios legais para a contratação direta, seja para os casos de dispensa ou de inexigibilidade:

Art. 30. A contratação direta será feita quando houver inviabilidade de competição, em especial na hipótese de:

I - aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo;

II - contratação dos seguintes serviços técnicos especializados, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:

- a) estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;*
- b) pareceres, perícias e avaliações em geral;*
- c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;*
- d) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;*
- e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;*
- f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;*
- g) restauração de obras de arte e bens de valor histórico.*

§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou a 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, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

§ 2º Na hipótese do caput e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado, pelo órgão de controle externo, sobrepreço ou superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado

quem houver decidido pela contratação direta e o fornecedor ou o prestador de serviços.

§ 3º O processo de contratação direta 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 do executante;

III - justificativa do preço; (grifamos)

20. Nesse sentido, temos a razão da escolha do fornecedor ou executante, nos termos do art. inciso I do artigo 30 da Lei nº 13.303/2016

21. A Gerência Financeira apresentou justificativa, esclarecendo acerca da escolha da empresa **TOTVS S.A.**, demonstrando ser a única empresa que pode satisfazer as necessidades da Administração, por ser exclusivo representante no Brasil e, portanto, o único apto a fornecer o objeto pretendido.

22. E, ainda, na justificativa do preço, nos termos do inciso I do artigo 30 da Lei nº 13.303/2016, resta demonstrado se tratar de produto com fornecedor exclusivo e sem similaridades no mercado, tornando-se impossível ampla pesquisa de mercado para justificar o preço. Entretanto, resta evidenciado que o preço praticado com a PRODAM é compatível com o praticado com outros clientes do mesmo fornecedor.

23. Nesse caso, cabe somente à Administração, aderir ao preço praticado pela empresa fornecedora, por ser inviável averiguar amplamente preço no mercado, uma vez que o preço é aquele pré-estabelecido pelo único fornecedor.

24. Isto posto, diante do exame dos itens que compõem a análise do procedimento, entendemos que a Administração observou a legislação vigente para a contratação da empresa **TOTVS S.A.**

25. No que tange os documentos de habilitação, acostados ao processo, se encontram os documentos de habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e trabalhista, conforme exigências da Lei nº 13.303/2016.

26. Diante do acima exposto e tendo em vista o cumprimento das formalidades legais, em atendimento ao artigo 9º do RILC da PRODAM, esta Assessoria Jurídica se manifesta pela possibilidade da contratação direta, por inexigibilidade de licitação, nos termos do inciso I do artigo 30 da Lei nº 13.303/2016.

27. É o parecer. S.M.J.

Manaus, 14 de abril de 2023.

Carlos Túlio Demasi
Assessor Jurídico
OAB/AM nº 4484