

Aquisição de software: inexigibilidade de licitação não caracterizada

Parecer n^o 17/00-FNB

EMENTA: Aquisição direta de *software* a pretexto de inexigibilidade de licitação com fulcro no art. 25, n^o I, da Lei federal n^o 8.666, de 1993: inviabilidade, à míngua de comprovação cabal da inexistência de similar no mercado e, sobretudo, à vista da composição do preço, onde quase 90% (noventa por cento) do valor total concerne a *prestação de serviços*, incabível naquela previsão legal. Parecer pela ilicitude da aquisição pretendida, sujeitando-se a concretização do negócio a prévia seleção licitatória.

Senhor Procurador-Geral:

Iniciou este feito ofício do Órgão interessado (fls. 2), apresentando proposta de Empresa para fornecimento, instalação e implantação de *software* para gestão de patrimônio, almoxarifado e compras (fls. 3/39), acompanhada de relação de entidades adquirentes do produto oferecido (fls. 40/41), de declarações de exclusividade e de inexistência de similar deste, fornecida com prazo de 60 (sessenta) dias por associação de empresas especializadas (fls. 42/43) e de cópias de publicações de “avisos de inexigibilidade de licitação” de diversos Entes públicos federais (fls. 44/52). A diligente Divisão de Almoxarifado manifestou-se favoravelmente à aquisição alvitrada (fls. 54) e juntou cópia de memorando, noticiando dificuldades de operação do sistema atualmente instalado e a douta Assessoria de Informática e Modernização Administrativa propôs avaliação *in loco* do produto (fls. 57), que se realizou (fls. 58/85), ensejando relatório favorável à instalação, com adequações, do instrumental ofertado (fls. 86/88).

2. Foi reclamado da Empresa ofertante (fls. 90) e trazido aos autos detalhamento do preço pretendido (fls. 91), providenciando-se reservas técnicas respectivas (fls. 92/96 e 102/104); e o Ilm^o. Sr. Inspetor-Geral de Finanças sugeriu ouvir-se, novamente, sobre a possibilidade de recuperação do sistema em uso e eventual integração do adquirendo, a aludida Assessoria de Informática (fls. 97), que apontou deficiências do controle atual e informou estar

acompanhando o procedimento de aquisição (fls. 99/100). Em seqüência, solicitaram-se daquela Empresa certidões negativas e atualização da proposta (fls. 106), que vieram às fls. 107/109, estando a nova carta de exclusividade omissa quanto à inexistência de similar (fls. 110), o que foi notado e levantado, como exigência, pela esclarecida Inspetoria-Geral de Finanças (fls. 111/114), ensejando despacho do Exm^o. Sr. Primeiro Secretário, no sentido de informar-se da qualidade da associação emissora daquela carta para a atestação nela contida e da existência de similar regional (fls. 117).

3. Oficiada a respeito (fls. 118/119), trouxe a pretendida fornecedora mais uma carta de exclusividade, da mesma associação — com autenticação cartorária e da Junta Comercial do Distrito Federal, esta última eximindo-se de responsabilidade sobre o conteúdo da declaração —, outra vez omissa quanto à existência ou não de similar no mercado (fls. 122). À vista disso, o Exm^o. Sr. Primeiro Secretário mandou pronunciar-se, sobre a viabilidade de prosseguimento do feito, esta Procuradoria-Geral (fls. 123), onde Vossa Excelência o distribuiu ao signatário do presente.

I. Histórico

4. O procedimento circula sob a tarja de “urgente”, à toda evidência não mais caracterizada, eis que decorrido quase um ano de sua abertura (cf. fls. 2). Deu-lhe causa, aparentemente, a inoperância ou ineficácia do sistema hoje utilizado nesta Câmara Municipal, de controle informatizado do patrimônio e do material afetado ao Legislativo, que se cogita de substituir pelo oferecido às fls. 3 e seguintes. Despenderam-se, até aqui, afora os custos indiretos de andamento do feito, R\$ 3.155,64 (três mil, cento e cinqüenta e cinco reais e sessenta e quatro centavos) em passagens e diárias (fls. 62/82), no estudo dessa substituição.

5. No entanto, pendem ainda dúvidas sobre a viabilidade jurídica do negócio e sobre isso é que se consulta este Órgão, nos termos do despacho genérico de fls. 123. A questão se cifra na possibilidade de prosseguir-se com contratação *sem prévia licitação*, a título de inexigibilidade, nos termos do art. 25, n^o I, da Lei federal n^o 8.666, de 21 de junho de 1993. É o que se passa a examinar.

II. Fundamentação

6. Incumbe relemburar, uma vez mais, o entendimento reiterado desta Procuradoria-Geral, no sentido de

“que qualquer processo de desembolso na Administração Pública, com ou sem

procedimento licitatório, inicia com ato do administrador que reconhece a necessidade de certo bem ou serviço para a Administração, seguindo-se então a análise do ordenador de despesa, que, segundo um juízo de oportunidade e conveniência, e também de acordo com as disponibilidades orçamentárias, poderá ou não autorizar aquela despesa”,

como percucientemente resumiu o eminente Procurador Dr. SÉRGIO FERRARI FILHO, no Parecer nº 03/98 – SAFF, exarado no processo nº CMRJ/...¹. A demonstração da *necessidade* do dispêndio deve anteceder a avaliação do *momentum* de compromisso do erário e, conseqüentemente, da opção, observados os critérios legais, entre licitação ou aquisição direta.

7. Não é outra a razão pela qual, à luz do art. 14 da referida Lei federal nº 8.666, de 1993, a cujo teor

“Art. 14. Nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa.”,

assinala JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES que

“[a]ntes da decisão pela inexigibilidade e da própria aquisição, os órgãos da Administração devem providenciar a descrição do objeto pretendido com sua adequada caracterização do objeto e todos os atributos pretendidos.”²

Observa-se, na espécie, que, uma vez mais, incorreu-se — *data maxima venia* — na impropriedade de adotar definição de especificações do próprio fornecedor, ao revés de estabelecê-las antes, para, então, ir em busca do fornecedor. É possível que tais especificações estejam nos processos referidos às fls. 55, mas a falta do respectivo traslado para os presentes autos deixa-os, para dizer o menos, deficientemente instruídos.

8. Aduza-se que, no provento magistério do já clássico MARÇAL JUSTEN FILHO,

“[a] contratação com fornecedor exclusivo envolve, normalmente, os casos em que a Administração somente poderá adquirir o produto de um fornecedor específico. A regulação legal abrange os casos onde existir pluralidade de produtos aptos a satisfazerem o interesse público, mas todos eles sujeitos à venda pelo mesmo e único fornecedor. — A exclusividade a que alude a Lei é aquela jurídica. Indica a situação de natureza contratual que assegura a um dos contratantes comercialização

¹ In Revista de Direito [da Procuradoria-Geral da Câmara Municipal do Rio de Janeiro], v. 2, n. 3, p. 261, jan./jun. 1998

² FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. Brasília : Brasília Jurídica, 1995. p. 289.

de bens ou serviços em determinadas áreas geográficas.”³

Por óbvia consequência, como adverte BENEDICTO DE TOLOSA FILHO,

“[p]ara utilizar a inexigibilidade de licitação para aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros, a Administração Pública deve demonstrar de forma clara e inequívoca os motivos e as razões da escolha, de modo a não deixar dúvidas quanto à impossibilidade de utilizar bens *similares*.”⁴

Incontrovertível, dessarte, a pertinência do reclamo da douta Inspeção-Geral de Finanças de fls. 111/114, quanto à documentação da *inexistência de similar*, disponível no mercado, do produto em discussão.

9. Essa inexistência, atestada na primeira das cartas de exclusividade apresentadas (fls. 42), cuja eficácia se extinguiu aos 29 de janeiro deste ano, não se repetiu no documento de fls. 110, eficaz até 23 de julho último. Tampouco se renovou na nova carta acostada às fls. 122, levando a crer que, no entretanto, tenham surgido produtos paragonáveis no mercado — *quantum satis* para tornar possível a competição e, como decorrência, exigível a licitação.

10. Há, contudo, outro óbice, este absolutamente intransponível, à concretização do negócio em tela, a pretexto de incidência do mencionado art. 25, n.º I, da Lei de licitações. Diz tal regra inexigível licitação

“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;”.

Ressai, todavia, do demonstrativo de fls. 91, que *quase 90% (noventa por cento)* do preço do negócio em projeto concerne a *serviços* de confecção de plaquetas, de implantação dos módulos operacionais e de cadastramento de bens.

11. Ora, é tranqüila a inteligência doutrinária, no sentido da impossibilidade de estender-se a exceção daquele dispositivo a *obras* ou *serviços*. Assinala, com efeito, o já citado JACOBY FERNANDES, forte em decisão do Egrégio Tribunal de Contas da União, que tal norma

“... tolera a contratação de manutenção de equipamento, como acessório da aquisição referente a garantia técnica, mas não se admite a contratação de forma autônoma, do

³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 3. ed. Rio de Janeiro : Aide, 1994. p. 169.

⁴ TOLOSA FILHO, Benedicto de. *Contratando sem licitação*. Rio de Janeiro : Forense, 1998. p. 91; grifos daqui.

agente autorizado a prestar assistência técnica, ou se vencido o prazo da garantia de fábrica. Ainda assim, o contrato não existe de forma independente, constituindo mero acessório ou cláusula da venda, por tempo restrito e a preços muito módicos.”⁵.

Não se vê como adequar-se a tal orientação hipótese em que *menos de 11% (onze por cento)*, ou seja, *pouco mais de 1/10 (um décimo)* do preço abrange efetiva compra-e-venda, referindo-se todo o restante a serviços. Haveria, em semelhante contratação, insopitável *fraus legis*, embutindo-se, para afirmar inexigibilidade de licitação, ínfima parcela de *materiais* ou *equipamentos* no preço *nove vezes maior* de prestação de serviços.

12. Tal como proposta, assim, não há como levar-se adiante a aquisição motivadora do presente procedimento.

III. Conclusão

13. Efetivamente e em suma, não parece quadrável a espécie a qualquer dos tipos legais de dispensa ou inexigibilidade de licitação, afastando-se, especificamente, o inciso I do art. 25 da Lei federal n.º 8.666, de 1993, não só em razão da incomprovação da inexistência de similar do produto oferecido, mas também e sobretudo pelo fato de se tratar, em última análise, de *prestação de serviços* continente de pequena parcela de fornecimento de materiais ou equipamentos, quando tal norma alude, específica e exclusivamente, a estes últimos e a gêneros. Juridicamente inviável, em consequência, a conclusão da aquisição pretendida, que somente poderá efetivar-se mediante regular licitação.

Tal o parecer, que se submete à elevada consideração de Vossa Excelência.

Rio de Janeiro, 09 de novembro de 2000.

Francisco das Neves Baptista
Subprocurador-Geral da Câmara Municipal do Rio de Janeiro

Visto. Aprovo o exato Parecer n.º 17/00-FNB, *supra*, do ilustre Subpro-

⁵FERNANDES, Op. cit. p. 288.

curador-Geral desta Casa. À precisa observação da zelosa Inspetoria-Geral de Finanças, quanto à falta de satisfatória e atualizada comprovação de inexistência de similar do produto que se ensaia adquirir, acresce-se a constatação de que se trata, a rigor, de prestação de serviços abrangente de pequena parte de compra de materiais e equipamentos, evidentemente a descoberto da inexigibilidade de licitação prevista no art. 25, n^o I, da Lei n^o 8.666/93.

Encaminhe-se ao Exm^o. Sr. Primeiro Secretário, com proposta de não se concluir a aquisição em tela, salvo mediante regular processo licitatório.

Em 09 de novembro de 2000.

Roberto Benjó
Procurador-Geral da Câmara Municipal do Rio de Janeiro