

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA - UFSC

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ

DEPARTAMENTO DE DIREITO - DIR

TIAGO PEREIRA HAUBERT

**INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PÚBLICA EM CONTRATAÇÕES DE VENDA,
DESENVOLVIMENTO E MANUTENÇÃO DE SOFTWARES**

FLORIANÓPOLIS

2009

TIAGO PEREIRA HAUBERT

**INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PÚBLICA EM CONTRATAÇÕES DE VENDA,
DESENVOLVIMENTO E MANUTENÇÃO DE SOFTWARES**

Trabalho de Conclusão do Curso de
Graduação em Direito. Centro de
Ciências Jurídicas. Universidade
Federal de Santa Catarina

**Professor Orientador: Dr. Luis
Carlos Cancellier de Olivo**

FLORIANÓPOLIS

2009



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
Colegiado do Curso de Graduação em Direito

TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia, intitulada **INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PÚBLICA EM CONTRATAÇÕES DE VENDA, DESENVOLVIMENTO E MANUTENÇÃO DE SOFTWARES**, elaborada pelo acadêmico **Tiago Pereira Haubert** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota **9,5 (nove e meio)**, sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no art. 9º da Portaria nº 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis, 10/08/2009.

Prof. Dr. Luis Carlos Cancellier de Olivo

Prof. Dr. Humberto Pereira Vecchio

Prof. Dr. Luiz Henrique Urquhart Cademartori

A aprovação da presente Monografia não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e da Universidade Federal de Santa Catarina à ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo principal analisar as contratações de manutenção, venda e desenvolvimento através do instituto da inexigibilidade de Licitação Pública, a fim de demonstrar a possibilidade deste tipo de contratação, baseada no preceito legislativo observado no artigo 25 inciso I da Lei de Licitações. Constrói-se um estudo acerca dos contratos administrativos, partindo para uma abordagem geral de licitação pública e situar acerca de como ocorre às aquisições de bens e serviços realizadas pela Administração. Em seguida, aborda-se o regime jurídico da contratação Direta, partindo para uma avaliação genérica sobre o instituto da inexigibilidade. Por fim, abordam-se os conceitos de exclusividade de fornecedor e de serviços notórios profissionais especializados, estes conceitos que estariam diretamente relacionados às possibilidades de contratação de serviços de software através do instituto da inexigibilidade de Licitação Pública. Para melhor embasamento teórico, é dado um estudo de caso acerca da contratação, por inexigibilidade, de serviços de manutenção, customização, treinamento e configuração de software, pela Assembléia Legislativa do Estado da Bahia. Justifica-se tal trabalho pela atualidade que o tema representado, assim como sua importância no cenário da prestação de atividades de interesse público, onde a inexigibilidade deve ser tratada como um tema polêmico, justamente por se tratar de uma das exceções nas contratações públicas. O método de abordagem é o dedutivo. As conclusões observam necessidade de realizar de forma correta, coerente e justa, seguindo as formalidades exigidas, as contratações através da inexigibilidade para não se abusar e utilizar deste instituto de forma errônea para burlar as licitações públicas.

Palavras-chave: Inexigibilidade de Licitação; Licitação Pública; Serviços de Software

SUMÁRIO

<u>INTRODUÇÃO.....</u>	<u>6</u>
<u>Capítulo 1 – Considerações sobre licitações públicas.....</u>	<u>9</u>
<u>1.1 Licitações Públicas.....</u>	<u>9</u>
1.1.1 Conceitos de licitação pública.....	9
1.1.2 Modalidades de Licitação pública.....	11
<u>1.2 Contrato Administrativo.....</u>	<u>16</u>
<u>1.3 Princípios Constitucionais e legais nas licitações públicas.....</u>	<u>21</u>
<u>Capítulo 2 – Conceitos de inexigibilidade de licitação pública.....</u>	<u>27</u>
<u>2.1 Conceitos de Inexigibilidade de Licitações Públicas.....</u>	<u>27</u>
<u>2.2 Regime Jurídico da Contratação Direta.....</u>	<u>33</u>
<u>2.3 Inexigibilidade de licitação pública na Constituição Federal de 1988.....</u>	<u>38</u>
<u>Capítulo 3 – A inexigibilidade de licitação pública em contratações de venda, desenvolvimento e manutenção de Softwares.....</u>	<u>44</u>
<u>3.1 Uma breve abordagem sobre Softwares.....</u>	<u>44</u>
3.1.1 Breves conceitos de Softwares.....	44
<u>3.2 Inexigibilidade em contratações de Softwares.....</u>	<u>46</u>
3.1.1 Conceitos de Exclusividade de Fornecedor.....	47
3.1.2 Serviços técnicos profissionais especializados.....	53
<u>3.3 Estudo de Caso.....</u>	<u>60</u>
<u>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</u>	<u>68</u>
<u>REFERÊNCIAS.....</u>	<u>72</u>
<u>ANEXOS.....</u>	<u>75</u>

INTRODUÇÃO

O advento da Lei 8.666/93 tratou de regular a forma como a Administração Pública deve realizar suas contratações. Não pode a Administração sem respeitar as formalidades necessárias. A Lei Geral de Licitações como é chamada inseriu uma série de formalidades a qual a Administração Pública de obedecer.

Vale ressaltar que a licitação pública, obedecem a algumas formalidades, e nelas pode-se observar uma série de princípios constitucionais e infraconstitucionais a que deve obedecer, como o da isonomia, publicidade, vinculação ao edital, legalidade, impessoalidade, entre outros.

A licitação pública é bastante abordada em temas de estudos, justamente por se tratar da forma em que a Administração gasta a verba arrecadada pelo Estado e aplica os interesses da sociedade.

Um tema menos amplo, porém não menos importante, são as situações em que a Administração Pública deixa de lado o procedimento da Licitação Pública, que é a regra nas suas contratações, e utiliza do instituto da contratação direta, onde se deixa de lado inúmeros de seus procedimentos formais.

O presente estudo tem como tema as contratações de venda, desenvolvimento e manutenção de software pelo instituto da Inexigibilidade de Licitação, justificando esta escolha pelo interesse do autor na matéria e pela inovação do tema que é pouco abordado, onde a maioria da doutrina trata de forma superficial e rápida.

O método a ser empregado é o dedutivo, pelo qual são analisadas premissas gerais referentes à Licitação Pública e a Inexigibilidade de Licitação, em prol de uma conclusão mais específica, acerca da inexigibilidade em contratações de venda, desenvolvimento e manutenção de software.

Na legislação, o artigo 25 da Lei 8.666/93 trata dos casos em que se permite a contratação direta pela inexigibilidade. No *caput* deste artigo observa-se a autorização para inexigibilidade de licitação quando existe a inviabilidade de

competição, ou seja, nos casos em que se observa que não existe possibilidade de realizar a licitação, pois apenas uma empresa se tornaria vencedora do certame.

Em seguida nos incisos do artigo 25 elencados os casos de inexigibilidade, sendo estes: os casos de fornecedor exclusivo (inciso I), serviços profissionais técnicos especializados elencados no artigo 13 (inciso II) e serviços artísticos desde que artista consagrado pela sociedade (inciso III).

Este trabalho será focado nos incisos I e II, pois são os casos em que se observa a possibilidade de se autorizar ou não a inexigibilidade nas contratações de softwares.

Reside aqui o ponto crucial de debate deste estudo: Podem ser enquadrados os serviços de manutenção, desenvolvimento e venda de software, nos casos em que a legislação prevê a inexigibilidade.

O objetivo geral no estudo é abordar os casos de inexigibilidade de software previstos em lei, onde busca saber se a legislação é taxativa ao tratar seus casos de inexigibilidade, bem como estudar situações em que se ensejaria a inexigibilidade.

No primeiro capítulo faz-se uma abordagem geral sobre os conceitos de contratos administrativos, de licitação pública, das modalidades de licitação pública e a os princípios constitucionais aos quais as licitações devem se nortear.

Em seguida, no segundo capítulo verifica-se um estudo mais específico ao regime jurídico da Contratação Direta, dos conceitos mais abrangentes dos casos de inexigibilidade de licitação pública, e da previsão Constitucional das licitações públicas e da inexigibilidade, subsidiando assim o estudo para logo no capítulo seguinte aprofundar-se na inexigibilidade e tratá-lo com o foco nos contratos de softwares.

No terceiro capítulo se observam breves conceitos de software, buscando uma conceituação do que se tratam estes e suas funções na sociedade atual.

Então, em seguida, foca-se o estudo na exclusividade de fornecedor e nos serviços profissionais de notória especialização. Conceituando cada um destes conceitos e fazendo um paralelo para se verificar se eles se aplicam as contratações de software.

Nos serviços profissionais de notória especialização a lei já traz os casos de inexigibilidade observados no artigo 13 da Lei de Licitações, onde não trata dos casos de software. Assim aborda-se se a legislação é taxativa nestes casos elencados no artigo 13.

Por fim, faz-se um estudo numa situação concreta, onde se autoriza a contratação, através da inexigibilidade, de serviços de software.

Capítulo 1 – Considerações sobre licitações públicas

1.1 Licitações Públicas

1.1.1 Conceitos de licitação pública

A Constituição federal, como supracitado, em seus artigos 37, XXI e 175 e regulamentada no artigo 2º da lei 8666/93, prevê que os contratos de obras, serviços, compras alienações, permissões e concessões de serviços públicos são obrigatórias licitação para os órgãos da Administração pública direta os fundos especiais, autarquias, fundações e empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estado, Distrito Federal e Municípios.

A origem da palavra licitação vem do latim *licitatio*, a "venda por lances". É o ato de licitar visando à adjudicação. Este procedimento passou a ser utilizado no Brasil depois do advento da lei 8.666 de 1993, mais conhecida como a lei de licitações.

O artigo 37, inciso XXI, da Carta constitucional, bem como o artigo 2º da lei das licitações vem determinar a necessidade de licitação para os contratos administrativos, sempre ressaltando os casos de exceção. As concessões e permissões de serviços públicos também se submetem a essa obrigatoriedade de licitar, conforme traz o artigo 175 da Constituição Federal:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Segundo Marçal Justen Filho, licitação seria “um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos de seleção da proposta de contratação mais vantajosa, com observância do princípio da isonomia” isso desempenhado por um órgão com “competência específica” para tal. (JUSTEN FILHO, 2006, p. 316)

Ao dizer órgão competente para a condução das licitações, estamos falando, na maioria das vezes, em uma “comissão de licitação, a quem são atribuídas competências especializadas para seleção da proposta mais vantajosa”. (JUSTEN FILHO, 2006, p. 318)

O artigo 51 da lei de licitações cita que esta comissão deve conter no mínimo três pessoas, dos quais dois deverão ser servidores qualificados e do quadro permanente do órgão. (existem exceções, no caso de convite e situações especiais, este servidor pode ser substituído por apenas um.

Sucintamente, Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua:

Licitação – em suma síntese – é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na idéia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preenchem os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir. (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 517)

No mesmo sentido, pode-se definir licitação como um procedimento administrativo, no qual se abrem a todos os interessados que se sujeitarem ao instrumento convocatório, por um ente da administração pública no exercício de sua função, formular proposta na qual será escolhida a mais conveniente para a celebração do contrato. (DI PIETRO, 2009, p. 350)

De acordo com Hely Lopes Meirelles,

Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Visa a propiciar iguais oportunidades aos que desejam contratar com o Poder Público, dentro de padrões previamente estabelecidos pela administração, e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos. É o meio técnico-legal de verificação das melhores condições para

execução de obras e serviços, compra de materiais e alienação de bens públicos. (MEIRELES, 1999, p.23)

José dos Santos Carvalho Filho, cita que licitação é o procedimento administrativo em que os entes da administração pública e aqueles por eles controlados, selecionando a melhor proposta oferecida pelos interessados visando a celebração ou a obtenção do melhor trabalho técnico. (CARVALHO FILHO, 2007, pag. 213-214)

As regras básicas referentes às licitações podem ser observadas, como supracitado, na lei 8.666/93, porém “outros diplomas são aplicáveis, de acordo com a entidade administrativa contratante ou o tipo de atividade considerada”. (JUSTEN FILHO, 2006, p. 316-317)

Neste caso existe a lei 8.987/95 onde trata das normas gerais complementares para licitações de concessões e permissões de serviço público; A lei dos 10520/2002 que institui a modalidade de licitação denominada pregão; A lei 11079/2004 que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada; a lei complementar 123, onde institui o Estatuto Nacional da Microempresa e empresa de Pequeno Porte.

Como observado, a licitação pública busca selecionar entre várias propostas a mais vantajosa para o interesse público, visando o interesse público, para atender suas necessidades tendo uma série de procedimentos observados na lei de licitações, a que deve se orientar.

1.1.2 Modalidades de Licitação pública

A lei de licitações, no artigo 22, prevê cinco modalidades de licitações: Concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. Porém com o advento da medida provisória 2.026 de 4-5-2000, foi criado o pregão como nova modalidade de licitação. (DI PIETRO, 2009, p. 378)

Esta medida provisória acabou sendo convertida na lei 10.520 de 17-02-2002 que retirou a restrição da utilização da modalidade pregão pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, autorizando então todos os entes federativos a utilizá-

lo, lembrando que esta lei deve respeitar subsidiariamente as normas da lei 8.666/93. (DI PIETRO, 2009, p. 378)

O capítulo II, seção I, mais precisamente a partir do artigo 20 até o artigo 26, a lei de licitações estabelece as modalidades.

CONCORRÊNCIA

É a modalidade onde os interessados devem comprovar, na fase de habilitação, possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para a execução do seu objeto. (JUSTEN FILHO, 2006, pags. 327-328)

Robustecendo, deste conceito decorrem suas características básicas: ampla publicidade e a universalidade. (DI PIETRO, 2009, p. 381)

“A publicidade nos termos do artigo 21 é assegurada pela publicação do aviso do edital, no mínimo uma vez, com indicação do local em que os interessados poderão ler e obter o texto integral e todas as informações sobre a licitação”. (DI PIETRO, 2009, p. 381)

A universalidade significa a possibilidade de qualquer interessado a participar na fase inicial de habilitação comprovando ter os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital. (DI PIETRO, 2009, p. 382)

A concorrência deve respeitar um mínimo de 45 a 30 dias entre a última publicação e a data de apresentação das propostas. Esta modalidade é utilizada para contratações com valores mais elevados. Utiliza-se esta modalidade em obras e serviços de engenharia com valores acima de R\$ 1.500.000,00 ou R\$ 650.000,00 para outros contratos. (JUSTEN FILHO, 2006, p. 329)

Esta modalidade também é utilizada em licitações de alienações de bens (ressalvada a utilização de leilão), para licitações internacionais e para contratações de empreitada integral. (JUSTEN FILHO, 2006, p. 329)

TOMADA DE PREÇOS

Tomada de preços é a modalidade de licitação realizada entre interessados devidamente cadastrados ou que possam preencher os requisitos do cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas. (DI PIETRO, 2009, p. 382)

Marçal Justen filho reforça este conceito, discorrendo que a tomada de preços é a modalidade onde o interessado deve estar previamente inscritos em cadastro público, mas também aqueles que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas. (JUSTEN FILHO, 2006, p. 329)

Os contratos que devem se sujeitar a estas contratações são os de obras de engenharia superior a R\$ 150.000,00 e inferior a R\$ 1.500.000,00 e demais contratos superiores a R\$ 80.000,00 e inferiores à R\$ 650.000,00. (JUSTEN FILHO, 2006, p. 329)

CONVITE

O convite é o procedimento utilizado para licitações de valores mais baixos, onde a administração convida no mínimo três pessoas que operam no objeto pertinente ou não, e estende o convite aos cadastrados do ramo pertinente ao objeto caso tenham manifestado interesse até 24 horas antes da apresentação das propostas. (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 553)

O prazo mínimo no convite é de cinco dias úteis para o envio da carta-convite ou da efetiva disponibilidade dela com seus anexos até a data do recebimento das propostas. (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 553)

Este procedimento é o mais simples dentre as modalidades, onde a administração pode escolher potenciais interessados em participar da licitação. O convite deve ser utilizado em contratos com valores inferiores a R\$ 150.000,00 em obras de engenharia e 80.000,00 para demais contratos. (JUSTEN FILHO, 2006, p. 329-330)

CONCURSO

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmio ou remuneração aos vencedores”. A publicidade é assegurada através da publicação do edital com no mínimo 45 dias de antecedência. (DI PIETRO, 2009, p. 385)

Segundo ela, “Em casos de projetos, o vencedor deverá autorizar a administração a executá-lo quando julgar conveniente, devendo ser observada também a norma do artigo 111”. (DI PIETRO, 2009, p. 385)

Nesta mesma linha, Marçal Justen Filho, discorre que o concurso pressupõe interesse da Administração pública em selecionar trabalhos técnicos ou artísticos, “exteriorizador de habilidade físico-intelectual ou revelador de certas capacidades personalíssimas, seja para fins de incentivo ao desenvolvimento cultura, seja para obtenção de resultado prático imediato”. (JUSTEN FILHO, 2006, p. 330)

A premiação poderá ser um bem economicamente avaliável ou honraria de outra natureza. A habilitação é usual que seja realizada após o julgamento, para evitar o constrangimento dos participantes não premiados. (JUSTEN FILHO, 2006, p. 330)

LEILÃO

O leilão é a forma utilizada para a venda de móveis para a administração, adquiridos através de apreensão ou execução judicial, ou ainda, para a venda de imóveis cuja “aquisição haja derivado de procedimento judicial ou dação em pagamento, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao da avaliação”. (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 554)

Uma diferença do leilão é o fato da possibilidade da formulação de diversas propostas por um mesmo interessado. Nesta modalidade os interessados comparecem a data preestabelecida, para formular suas propostas verbalmente. É utilizada para alienação de bens, e não existe uma fase de habilitação. Algumas

vezes a Administração Pública exige que o interessado possua condições financeiras para honrar suas propostas. (JUSTEN FILHO, 2006, p. 330-331)

PREGÃO

Pregão é a modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços “comuns”, de quaisquer valores, e a disputa é realizada por meio de propostas e lances em sessão pública. O 1º parágrafo do artigo 2º autoriza a utilização de tecnologia da informação para realização do pregão. (DI PIETRO, 2009, p. 386-387)

Anteriormente, através da medida provisória 2.182/2001, havia autorizado apenas a União a contratar através do pregão, porém com o advento da lei 10.520/2002, esta questão ficou superada, autorizando também os Estado, Distrito Federal e Municípios. (DI PIETRO, 2009, p. 386-387)

Esta é a modalidade criada mais recentemente. Uma das características marcantes do pregão é a inversão das fases de proposta e habilitação. Somente se avalia a habilitação da melhor proposta. O segundo só terá sua proposta avaliada se o primeiro colocado for desabilitado. (JUSTEN FILHO, 2006, p. 331-332)

O conceito de bem ou serviço comum a qual o pregão se refere, de acordo com Marçal Justen Filho, é muito vago e não obteve sucesso. Para ele,

Os bens e serviços existentes na realidade podem ser diferenciados em três conjuntos. Há os bens ou serviços que, indubitavelmente, são comuns. É o caso, por exemplo, de açúcar refinado. Há os bens que, sem margem de dúvida não são comuns. Assim se passa com o serviço de advocacia. E há os bens e serviços cuja configuração é incerta. Quanto a eles, há a dificuldade hermenêutica. A proposta é a que, se houver dúvida insuperável, tem-se de reputar que o bem ou serviço não é comum. (JUSTEN FILHO, 2006, p. 331-332)

Existem duas modalidades de pregão: O pregão presencial e o eletrônico. O pregão eletrônico se faz por meio da internet, onde as propostas e lances são remetidos eletronicamente e o pregão presencial, exige a solenidade da presença física, nas instalações do Órgão Público, dos interessados. (JUSTEN FILHO, 2006, p. 332)

No pregão presencial as propostas são dissociadas entre as propostas escritas e os lances verbais. A grande diferença nesta modalidade presencial é o fato de que não são todos que poderão formular lances, apenas aqueles que a proposta ficar no valor de até 10% superior à menor proposta, sempre respeitando o mínimo de três participantes. (JUSTEN FILHO, 2006, p. 332)

Na modalidade eletrônica, a proposta e os lances são enviados eletronicamente sem restrições. Ambas terão como vencedor a proposta de menor valor. (JUSTEN FILHO, 2006, p. 332)

1.2 Contrato Administrativo

Inicialmente é necessário estabelecer as diferenças que existem entre o contrato firmado no direito privado no contrato firmado com a administração pública. Conforme o parágrafo único do artigo 2º da lei 8666/93, contrato é todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da administração pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação pública.

Salienta Marçal Justen filho em seu livro Curso de direito administrativo:

Prefere-se definir contrato administrativo como o acordo de vontades destinado a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações, tal como facultado legislativamente e em que pelo menos uma das partes atua no exercício da função administrativa. (JUSTEN FILHO, 2006, p. 284)

O contrato administrativo é ato jurídico que se forma pela conjugação de vontades de duas ou mais partes, gerando direitos e obrigações para todas, algumas ou somente uma delas. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 31)

Nessa mesma linha segue Volnei Ivo Carlin, para quem “o contrato é uma espécie de ato administrativo e constitui-se de um acordo de vontades entre duas ou mais pessoas, no qual ficam estabelecidas suas relações jurídicas”. (CARLIN, 2005, p. 132)

Existem semelhanças ao contrato de direito privado com o do direito administrativo. Os contratos de direito privado são regidos pelos princípios da autonomia da vontade e da obrigatoriedade das convenções, enquanto o contrato administrativo rege-se pelas regras e princípios de direito público. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 31)

Mukai ao citar Caio, destaca que o contrato de direito privado é baseado “em certos princípios básicos, como a autonomia da vontade, o consenso entre as partes e a força obrigatória”. Já o contrato administrativo “é um acordo de vontades de que participa a administração e que, tendo por objetivo direto a satisfação de interesses públicos, está submetido a regime jurídico de direito público, exorbitante e derogatório do direito comum”. (TÁCITO *apud*, MUKAI, 2008, p.141-142)

A controvérsia entre os doutrinadores, nas definições de contrato administrativo pode ser dividida em três correntes, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

1. *a que nega a existência do contrato administrativo;*
2. *a que em sentido diametralmente oposto, acha que todos os contratos celebrados pela administração são contratos administrativos;*
3. *a que aceita a existência dos contratos administrativos como espécie do gênero contrato, com regime jurídico de direito público, derogatório e exorbitante do direito comum.* (PIETRO, 2009, p. 251)

A primeira corrente defende que o contrato administrativo não observa princípios tais como o da igualdade entre as partes, o da autonomia, e o da força obrigatória das convenções, características estas de todos os contratos. Defensor desta corrente estaria Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. (PIETRO, 2009, p. 252)

Referente ao primeiro princípio, afirma-se que a administração ocupa posição de supremacia em relação ao particular. Quanto à autonomia da vontade, diz-se que não existe tanto do lado da administração, quanto do lado do particular, pois o ente administrativo faz aquilo que a lei ordena. (PIETRO, 2009, p. 252)

Quanto à força obrigatória das convenções (*pacta sunt servanda*), seria desrespeitado “em decorrência da mutabilidade das cláusulas regulamentares, que

permite à administração fazer alterações unilaterais no contrato”. (DI PIETRO, 2009, p. 252).

Bem assim, quem defende essa negativa aos contratos administrativos se dá principalmente pelo fato dessa ausência de igualdade entre as partes. “Tal desigualdade decorreria do princípio de Direito Administrativo da supremacia do interesse público sobre os interesses particulares”. (GAZIERO CELLA, 2004, p. 26)

Ocorre que aqui, levanta-se a questão onde a supremacia é do interesse público e não da administração pública, que assim como os particulares, também a ele está submetida. “A confusão inicia quando se equipara interesse público com administração pública, quando em verdade esta é apenas o instrumento por excelência para a realização daquele”. (GAZIERO CELLA, 2004, p. 26)

Em suma, os particulares podem auxiliar na satisfação do interesse público, com os contratos administrativos, ou seja, ao serem chamados para colaborar com a administração, realizando finalidades públicas.

Segundo Marçal Justen Filho, “interesse público é apenas o primário. Significa que a administração não pode agir como um particular, no sentido que condutas válidas no âmbito privado nem sempre podem ser assumidas que exerce a função pública. (JUSTEN FILHO, 2003, p. 393)

A segunda corrente defendida por juristas como Lúcia Valle Figueiredo.

A administração está, de qualquer forma, jungida ao regime de direito público e muitos aspectos, ainda que o contrato seja dos que se submetem mais às normas de Direito Privado. De um lado estão os contratos mais rigidamente alocados dentro do Direito Privado, mas ainda, sob forte interferência do Direito Público. Portanto inexistem contratos privados da administração, existem contratos da Administração Pública ora sob maior fluxo de regras do Direito Privado. (GAZIERO CELLA *apud*, FIGUEIREDO, 1994, p. 328)

Contudo, a terceira e majoritária, defende a existência dos contratos administrativos como espécie do gênero contrato, com regime jurídico de direito público, derogatório e exorbitante do direito comum

Observa-se que não há um regime jurídico único e uniforme que seja integralmente aplicável a todos os contratos administrativos: “Há contratos administrativos propriamente ditos” (ex: obra pública); “existem contratos administrativos de delegação de atribuições administrativas” (ex: concessão de

serviço público); bem como há “contratos administrativos de direito privado praticados pela administração pública” (ex: contrato de seguro). (JUSTEN FILHO, 2006, p. 285-286)

Os contratos administrativos propriamente ditos são a grande maioria da atividade contratual da administração pública estando regulamentados pela lei 8.666/93.

Estes contratos são acordos de vontades destinados “a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações, tal como facultado legislativamente e em que uma das partes, atuando no exercício da função administrativa, é investida de competências para inovar unilateralmente as condições contratuais e em que se assegura a intangibilidade da equação econômico-financeira original”. (JUSTEN FILHO, 2006, p. 296)

Já os contratos administrativos de delegação de atribuições administrativas atribuem a um terceiro o desempenho de funções estatais, “desencadeando relações jurídicas de direito público perante os administrados”. Estes contratos são os contratos de concessão de serviço público e estão regidos pelas leis 8.987/95 e para as concessões patrocinadas a lei 11.079/2004. (JUSTEN FILHO, 2006, p. 290)

Os contratos de direito privado pactuados pela administração pública se encaixariam quando a atividade administrativa pode se utilizar de contratos de direito privado, que acessoriamente se sujeitarão ao regime administrativo.

O ponto crucial para diferenciação entre estes para com os contratos administrativos propriamente ditos, segundo Marçal Justen Filho, se dá na impossibilidade de alguns segmentos de mercado se enquadrar às regras do direito público.

O artigo 62 em seu parágrafo 3º da lei 8.666/93 prevê a aplicação do disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta lei e demais normas gerais, no que couber: I – aos contratos de seguro, de financiamento, de locação, em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado; II – aos contratos em que a administração for parte como usuária de serviço público.

Exemplificando, a administração ao segurar seu bem, se depararia com uma situação em que ao criar “um sistema próprio e privativo seria extremamente mais

oneroso”. Então se acaba abrindo mão de prerrogativas do direito público e se sujeitando a essência do direito privado. (JUSTEN FILHO, 2006, p. 309)

Ao se tentar aplicar o regime de direito público a estes tipos de contratação “acarretaria a supressão do regime de mercado que dá identidade à contratação ou o desequilíbrio econômico que inviabilizaria a empresa privada”. (JUSTEN FILHO, 2006, p. 309)

Indo um pouco adiante, esses contratos administrativos também poderiam ser chamados de contrato de direito público, pois “todos os contratos celebrados pela administração pública, sejam os administrativos ou sob forma de direito privado, são contratos públicos, porque têm sua referência a um objeto de direito público”. (MUKAI, 2008, p. 143)

A posição mais acertada, segundo o nosso entendimento, está com a terceira corrente. Embora a Administração, em uma licitação, já apresente no edital a minuta do contrato cabendo à parte somente apresentar o preço, sendo até por isto chamado o contrato administrativo de contrato de adesão, aquele contrato só vai se aperfeiçoar se o particular concordar com seus termos, havendo um verdadeiro acordo de vontades.

Vale ressaltar que “não podem ser considerados como contratos administrativos os realizados por empresas estatais exploradoras de atividade econômica”. Estes contratos são sempre regidos pelo Direito Privado. (MUKAI, 2008, p. 144)

O artigo 173 da Constituição em seu parágrafo 1º prevê o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade economia de prestação de serviços e comercialização ou produção de bens: “I – sua função social e formas de fiscalização pelo estado e pela sociedade; II - sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; III – Licitações e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da Administração pública”. (MUKAI, 2008, pag. 144-145)

1.3 Princípios Constitucionais e legais nas licitações públicas

Segundo Joel de Menezes Niebuhr. “Os princípios são *locus* privilegiado da mutação constitucional, através da qual a hermenêutica compatibiliza a apreensão da Constituição às novas e cambiáveis exigências da vida, revitalizando o texto sem alterá-lo por meio de reformas ou emendas”. (NIEBURH, 2008, pág. 186)

O artigo 3º da lei de licitações traz os princípios basilares a que deve se ater as contratações públicas como da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, sempre visando a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública

O parágrafo 3º reafirmou o princípio da publicidade, ao trazer que a licitação não será sigilosa em seus atos, salvo as propostas até a abertura destas no ato convocatório.

PRINCÍPIO DA IGUALDADE OU ISONOMIA

Primeiramente pode-se citar o princípio da isonomia, observado no parágrafo 1º, do artigo 3º da lei 8.666/93 onde “isonomia significa o tratamento uniforme para situações uniformes, distinguindo-se-as na medida em que exista diferença. Essa fórmula acarreta inúmeras conseqüências”. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 44)

Neste mesmo sentido, princípio da isonomia prevê que não se pode admitir, prever, incluir ou tolerar atos que comprometam, restrinjam, ou frustrem o caráter competitivo da licitação. (DI PIETRO, 2009, p. 355)

O princípio da igualdade é de suma importância no momento em que visa além de garantir a escolha da melhor proposta, assegurar a igualdade de direitos entre os interessados em contratar. (DI PIETRO, 2008, p.336)

Este princípio visa além de tratar todos isonomicamente, possibilitar a todos os interessados a participarem do certame licitatório, tendo estes interessados que oferecer as indispensáveis condições de garantia. (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 526)

A administração pode estipular requisitos mínimos para participação de uma licitação, porém todos os concorrentes possuem o direito de invocar o princípio de igualdade. (CARLIN, 2005, p. 153 – 154)

Nesta mesma perspectiva, Joel Menezes Niebuhr salienta que “a causa da licitação é o princípio da isonomia e, sob outro prisma só há licitação pública nas hipóteses em que todos os interessados em dela participarem sejam tratados com igualdade, prestigiando-se a isonomia. Em caso contrário, pode até haver licitação privada, não pública”. (NIEBURH, 2008, pág. 54)

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade estabelece que os procedimentos das licitações devam ser inteiramente vinculados à lei, ou seja, todas as suas fases estão rigorosamente disciplinadas na lei das licitações. (DI PIETRO, 2009, p. 358)

Divergindo deste conceito estaria Marçal Justen Filho para quem seria inviável transformar todas as fases de uma licitação integralmente vinculada à lei, isso acabaria acarretando a necessidade de uma lei disciplinando cada licitação. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 48)

Segundo ele, “A estrita e absoluta legalidade tornaria inviável o aperfeiçoamento da contratação administrativa”. A lei traz a autonomia da administração para definir a suas condições de contratação, mas simultaneamente estrutura a licitação a fim de delimitar a discricionariedade em determinadas fases. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 48)

PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A administração pública está submetida ao princípio da proporcionalidade. De acordo com Marçal Justen filho, o princípio da proporcionalidade significa realizar de modo intenso os valores consagrados no ordenamento jurídico. “Ponderar os valores significa compatibilizá-los, o que pode exigir uma relativa atenuação de cada qual dos valores envolvidos”. “Trata-se de aplicar o Direito e não impor convicções pessoais”. A função do aplicador do direito é a de compatibilizar valores para que todos sejam satisfeitos e realizados. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 49)

PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE

O princípio da impessoalidade é “emanação da isonomia, da vinculação à lei e ao ato convocatório da moralidade”. Indica vedar distinções por razões pessoais. Assim se exclui o subjetivismo do agente administrativo. Assim, a decisão será impessoal quando vier de fatores alheios à vontade do julgador, ou seja, quando a decisão independa da identidade do julgador. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 52)

Robustecendo, este princípio está ligado aos princípios da isonomia, julgamento objetivo e estabelece que os licitantes “devem ser tratados igualmente, em termos de direito e obrigações” onde a administração deve basear-se em critérios objetivos e nunca se deixar valer de razões pessoais do licitante ou vantagens provenientes dele. (DI PIETRO, 2009, p. 358)

PRINCÍPIO DA MORALIDADE E PROBIDADE

Conforme Celso Antonio Bandeira de Mello, “O princípio da Moralidade significa que o procedimento licitatório terá de se desenrolar na conformidade de padrões éticos prezáveis, o que impõe, para Administração e licitantes, um comportamento escorreito, liso, honesto, de parte a parte”. (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 529)

Por seu turno, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, discorre que o princípio da moralidade e probidade onde o se exige da administração comportamento lícito,

moral, consoante com os bons costumes, os princípios da equidade e da justiça e as regras de boa administração. Faz-se referência ao princípio da probidade, justamente porque o princípio da moralidade constitui um conceito vago, indeterminado, enquanto a probidade, ou melhor, improbidade administrativa já está bem mais definida no direito positivo, sendo que a constituição prevê sanções para os servidores que nela incidem. (DI PIETRO, 2009, p. 358)

Justen Filho Ressalva que “Em hipótese alguma, porém, a conduta adotada pela administração ou pelo particular poderá ofender os valores fundamentais consagrados pelo sistema jurídico. Sob este enfoque é que interpretam os princípios da moralidade e da probidade”. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 53)

PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO

Este princípio da vinculação ao instrumento convocatório, conforme traz o artigo 3º e 41º da lei de licitações, obriga a administração a estar estritamente vinculada às regras estabelecidas previamente para disciplinar o certame. (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 529)

A inobservância deste princípio causa nulidade do procedimento. A licitação não pode descumprir as regras estabelecidas no edital, sendo que a classificação das propostas devem estar de acordo com os critérios de avaliação estabelecidos neste edital. (DI PIETRO, 2009, p. 360)

PRINCÍPIO DA OBJETIVIDADE DE JULGAMENTO

O princípio da objetividade do julgamento significa que a escolha da proposta mais vantajosa para a administração pública deve ser baseada num julgamento objetivo. A licitação deve conter critérios objetivos para o seu julgamento, afastando quaisquer preferências dos julgadores. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 52)

Segundo José dos Santos Carvalho Filho, este princípio é corolário do princípio da vinculação ao instrumento convocatório. O legislador neste princípio buscou descartar subjetivismos e personalismos. Em todas as fases o julgamento deve ser objetivo, jamais podendo “ser ditados por gosto pessoal ou favorecimento”. (CARVALHO FILHO, 2007, p. 222)

PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

O princípio da publicidade visa garantir a qualquer interessado a participação e fiscalização dos atos da licitação. Este princípio desempenha a função de permitir o acesso aos interessados ao certame e também de facultar a verificação da regularidade dos atos praticados. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 54)

Em situações em que a publicidade nas contratações pode ofender interesses públicos, tendo que as tornar sigilosas. O sigilo não pode ser imposto de modo arbitrário, porém tem de ser justificado. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 53)

Neste mesmo sentido segue Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Outro princípio previsto no artigo 3º da lei 8.666/93 é o da publicidade que diz respeito não apenas à divulgação do procedimento para conhecimento de todos os interessados, como também aos atos da administração praticados nas várias fases do procedimento, que podem e devem ser abertas aos interessados, para assegurar a todos a possibilidade de fiscalizar sua legalidade. A publicidade é tanto maior quanto maior for a competição propiciada pela modalidade de licitação; ela é a mais ampla na concorrência, em que o interesse maior da administração é o de atrair o maior número de licitantes, e se reduz ao mínimo no convite, em que o valor do contrato dispensa maior divulgação. (DI PIETRO, 2009, p. 359)

PRINCÍPIO DA ECONOMICIDADE

O princípio da economicidade traduz-se em “indisponibilidade do interesse coletivo”. “Quando afirma que a licitação destina-se a selecionar a melhor proposta”, quer se dizer em escolher segundo o princípio da economicidade. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 54)

Segundo Marçal Justen Filho, este princípio poderia ser uma extensão do princípio da moralidade, pois não se pode respeitar o princípio da economicidade sobrepondo interesses privados ao coletivo. A economicidade visa a adoção da mais eficiente e conveniente solução sob o ponto de vista da gestão dos recursos públicos. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 54)

O administrador não está autorizado a adotar qualquer escolha, e sim no caso concreto aquela que se afigure como a mais vantajosa, sob o ponto de vista das vantagens econômicas. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 55)

Capítulo 2 – Conceitos de inexigibilidade de licitação pública

2.1 Conceitos de Inexigibilidade de Licitações Públicas

Como discorrido no capítulo anterior, a exigibilidade de licitações é a regra, porém existem alguns casos em que ela é deixada de lado.

“A exigibilidade de licitação tem por causa o princípio da isonomia e, indiretamente, acaba por respaldar os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa”. Então, por regra, a administração pública deve realizar a licitação antes de celebrar contratos. (NIEBUHR, 2008, p. 60)

Existem limites para a obrigatoriedade de licitações públicas, pois há casos em que ela não pode se desenvolver regularmente. Assim temos as hipóteses de inexigibilidade de licitação pública, tendo em vista que não se pode exigir que aconteça, mesmo se esta for a vontade da administração pública, pois o procedimento estaria fadado ao fracasso por força da inviabilidade de competição. (NIEBUHR, 2008, p. 60)

Esta nesta última definição, a diferença básica entre os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação.

Para Marçal Justen Filho, “a dispensa de licitação, verifica-se em situações em que, embora viável competição entre particulares, a licitação afigura-se objetivamente inconveniente ao interesse público. Toda licitação envolve uma relação de custos e benefícios. Há custos econômicos propriamente ditos, derivados do cumprimento dos atos materiais da licitação (publicação pela imprensa, realização de testes laboratoriais etc.) e da alocação de pessoal. Há custos de tempo, referentes à demora para o desenvolvimento dos atos da licitação. Podem existir outras espécies de custos”. (JUSTEN FILHO, 2006, p. 356-357)

Toshio Mukai define a dispensa de licitação como, “dispensável seria a licitação quando, nos casos previstos em lei, ela puder ou não ser efetivada. E, se dispensada a licitação, à evidência e por lógica, os princípios específicos que a comandam estarão afastados, como dispõe o art. 3º da lei n. 8.666/93. Tais princípios são o da vinculação ao instrumento convocatório – que aliás, no caso, inexistem; o da igualdade entre os licitantes – que, aliás, no caso, inexistem; o do sigilo na apresentação das propostas; o do julgamento objetivo – que aliás, inexistem, no caso; o da adjudicação compulsória ao vencedor (que inexistem); e o da competitividade – que inexistem, no caso, uma vez que competição é sinônimo de licitação e, portanto, onde não há licitação não pode haver competição, o que, aliás, é afirmado pelo art. 25 da Lei n. 8.666/93”. (MUKAI, 2008, p. 78)

“Na dispensa, há possibilidade de competição que justifique a licitação; de modo que a lei faculta a dispensa, que fica inserida na competência discricionária da Administração”. “Na inexigibilidade, não existe a possibilidade de competição porque só existe um objeto ou uma pessoa que atenda as necessidades da Administração; a licitação é, portanto, inviável”. (DI PIETRO, 2009, p. 365)

Nesta mesma linha, Celso Antônio Bandeira de Mello:

Em tese, a dispensa contempla hipóteses em que a licitação seria possível; entretanto, razões de tomo justificam que se deixe e efetue-a em nome de outros interesses públicos que merecem acolhida. Já, a inexigibilidade resultaria de inviabilidade da competição, dada a singularidade do objeto ou do ofertarem ou mesmo – deve-se acrescentar – por falta dos pressupostos jurídicos ou fáticos da licitação não tomados em conta no arrolamento dos casos de licitação dispensável. (MELLO, 2009, p. 536)

Segundo Marçal Justen Filho, inexigibilidade, sob um ângulo teórico, antecede a dispensa. “É inexigível a licitação quando for inviável a disputa entre particulares pelo contrato. Havendo viabilidade de disputa, é obrigatória a licitação, excetuados os casos de dispensa autorizados por lei”. (JUSTEN FILHO, 2006, p. 353)

Para ele, a inexigibilidade de licitação prevista no art. 25 da Lei 8.666/93, deriva da inviabilidade de competição, “fórmula verbal não explicitada pela lei”. Os três incisos do artigo 25 são essenciais para formular o conceito de viabilidade de competição. (JUSTEN FILHO, 2006, p. 354)

Sucintamente Toshio Mukai discorre que:

É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial para a aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que somente possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita por atestado do órgão de registro do comércio, sindicato, federação ou confederação patronal ou entidades equivalentes. (Mukai, 2008, p. 86)

As palavras de Mukai praticamente transcrevem a redação do inciso I do artigo 25 da lei de licitações, como se observa:

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;¹

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

¹ 1

Lei 8.666/93: Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

- 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.

§ 1o Ressalvados os casos de inexigibilidade de licitação, os contratos para a prestação de serviços técnicos profissionais especializados deverão, preferencialmente, ser celebrados mediante a realização de concurso, com estipulação prévia de prêmio ou remuneração.

§ 2o Aos serviços técnicos previstos neste artigo aplica-se, no que couber, o disposto no art. 111 desta Lei.

§ 3o A empresa de prestação de serviços técnicos especializados que apresente relação de integrantes de seu corpo técnico em procedimento licitatório ou como elemento de justificação de dispensa ou inexigibilidade de licitação, ficará obrigada a garantir que os referidos integrantes realizem pessoal e diretamente os serviços objeto do contrato

(...)

Art. 111. A Administração só poderá contratar, pagar, premiar ou receber projeto ou serviço técnico especializado desde que o autor ceda os direitos patrimoniais a ele relativos e a Administração possa utilizá-lo de acordo com o previsto no regulamento de concurso ou no ajuste para sua elaboração.

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.

A redação do artigo dá margem a interpretações, diferentemente da dispensa de licitação. Os casos de dispensa de licitação não podem ser ampliados, porque é a exceção da regra que exige licitação, quando há possibilidade de competição. Justamente por ser uma exceção, sua interpretação deve ser feita em sentido estrito. Em relação à inexigibilidade, a própria redação do artigo 25 traz implícita a possibilidade de ampliação. (DI PIETRO, 2009, 367)

Segundo Di Pietro, “a inexigibilidade é decorrência da inviabilidade de competição; o próprio dispositivo prevê algumas hipóteses, o que não impede que outras surjam na prática. Se a competição inexistente, não há que se falar em licitação. A inviabilidade deve ficar adequadamente demonstrada”.

Para José dos Santos Carvalho Filho, “na dispensa, a licitação é materialmente possível, mas em regra inconveniente; na inexigibilidade, é inviável a própria competição. Diz o art. 25 do estatuto: **É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de licitação.** (Carvalho Filho, 2007, p.240).

Nesta mesma linha, Celso Antonio Bandeira de Mello,

Cumprido salientar que a relação dos casos de inexigibilidade não é exaustiva. Com efeito, o art. 25 refere que a licitação é inexigível quando é inviável a competição. E apenas destaca algumas hipóteses. Por isso disse, em seguida: “em especial (...)”. Em suma: o que os incisos I a III do art. 25 estabelecem é, simplesmente, uma prévia e resoluta indicação de hipóteses nas quais ficam antecipadas situações características de inviabilidade, nos termos ali enumerados, sem exclusão de casos não catalogados, mas igualmente possíveis. (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 542)

Para ele, os incisos I e III do artigo 25, não ensejam grandes dificuldades para configurar os casos de inexigibilidade, pois no inciso I, trata-se de casos de bem singular e no III, não desperta maiores dificuldades. O inciso II é que trata do serviço ou atividade singular, ponto este que sempre ensejou diversos questionamentos. (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 543-544)

Porém, adiante trataremos mais profundamente todos os casos dos incisos do artigo 25º.

Existem discussões sobre a inexigibilidade de licitações em casos de licitação onde apenas um participante comparece ao certame.

Para Toshio Mukai, deve-se trabalhar com duas hipóteses nestes casos: de um lado estariam às modalidades de concorrência e tomada de preços, e do outro o convite.

Nos casos de tomada de preços e concorrência, há uma ampla divulgação dos editais, e no caso de comparecimento de apenas um interessado, o certame deveria ser arquivado, por não possuir o princípio da competitividade. Porém neste caso poderia ser configurada a contratação por inexigibilidade por estar representada a inviabilidade de competição. (MUKAI, 2008, p. 87)

Para efetuar esta contratação deve-se extrair as cópias das publicações dos editais e certificar o comparecimento de apenas um interessado. (MUKAI, 2008, p. 87)

No convite, não existe a ampla divulgação do edital e justamente por isso não está estabelecida a inviabilidade de competição, não configurando a possibilidade de contratação pelo instituto da inexigibilidade. (MUKAI, 2008, p. 87)

Segundo Marçal Justen Filho, o conceito de inviabilidade de competição não é simples, ensejando uma única idéia e sim, seria considerado um gênero, comportando diferentes modalidades. (JUSTEN FILHO, 2006, p. 354)

“É difícil sistematizar todos os eventos que podem conduzir à inviabilidade de competição. A dificuldade é causada pela complexidade do mundo real, cuja riqueza é impossível de ser delimitada por meio de regras legais”. Podemos sintetizar os casos de inviabilidade de competição em quatro casos: por ausência de pluralidade de alternativas, por ausência de “mercado concorrencial” e por ausência de definição objetiva da prestação e impossibilidade de julgamento objetivo. (JUSTEN FILHO, 2006, p. 354-355)

A ausência de pluralidade de alternativas: “A inviabilidade de competição pode resultar da ausência de pluralidade de alternativas 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”. (JUSTEN FILHO, 2006, p. 355)

Ausência de “mercado concorrencial”: Este caso relaciona-se às características do mercado privado envolvendo o tipo de prestação pretendida pela administração. Não há propostas permanentes para contratação, pois os particulares aptos a executar a prestação não competem entre si. Este mercado é peculiar justamente por não existir concorrência no âmbito de compras, obras e outros serviços. (JUSTEN FILHO, 2006, p. 355)

Nas situações consideradas, a convocação de interessados para formular propostas é inútil, porque há ausência de competição direta e formal. É a administração pública que deve fazer propostas. Estes casos são observados em casos de serviços de profissionais altamente especializados em determinado setor. Podemos exemplificar como um cirurgião altamente especializado, até existem alguns cirurgiões com condições para executar tal prestação, porém não irão se sujeitar a uma licitação, tendo o interessado que se dirigir diretamente a ele para contratá-lo. (JUSTEN FILHO, 2006, p. 355)

Ausência de seleção do objeto segundo critérios objetivos: “Outra hipótese reside na impossibilidade de julgamento segundo critérios objetivos. Existem diferentes alternativas, mas a natureza personalíssima da atuação do particular impede julgamento objetivo”. (JUSTEN FILHO, 2006, p. 355)

A incerteza se dá pela natureza subjetiva de avaliação, pois a prestação envolve fatores intelectuais, artísticos, criativos e assim por diante. Exemplificando, seria a contratação de um músico para um evento de um determinado município. Quem seria o melhor artista para fazer este evento? Este caso ensejaria a seleção de um artista e a realização da contratação direta. (JUSTEN FILHO, 2006, p. 355-356)

Ausência de definição objetiva da prestação a ser executada: Existem algumas contratações em que o conteúdo assumido pelo particular se definirá apenas ao longo da própria execução. A competição fica inviável pela ausência de definição das prestações a serem executadas no contrato. Um exemplo disso são os serviços advocatícios ou médicos em que as medidas a serem tomadas dependerão da evolução dos fatos. (JUSTEN FILHO, 2006, p. 356)

2.2 Regime Jurídico da Contratação Direta

Como visto, a licitação pública é o procedimento antecedente ao contrato administrativo, normatizada pela Lei Federal 8.666/93, onde busca proporcionar a todos os interessados as mesmas oportunidades, sempre buscando o melhor para a Administração Pública.

Para se chegar ao contrato administrativo, existem inúmeros atos distintos formais que ditarão as condições e com quem à Administração Pública irá contratar.

Sabe-se também que, como discorrido anteriormente, que a licitação é a regra, onde os contratos administrativos devem preceder este procedimento. Porém, existem casos em que a licitação se faz inexigível ou dispensada.

Demonstrou-se então que a licitação pública, conquanto em regra deva preceder o contrato administrativo, não cabe em todas as espécies dele, revelando os casos em que ela é inexigível ou dispensada. Nestes, é inevitável imprimir tratamento desnivelado entre os supostos interessados, bem como são bastante os controles referentes à moralidade administrativa e à impessoalidade. (NIEBUHR, 2008, p. 113)

A obrigatoriedade da licitação que antecede a contratação é observância do princípio da proporcionalidade. Porém há casos em que a sua realização seria incompatível com a satisfação das necessidades coletivas. (JUSTEN FILHO, 2006, p. 351)

Não é absurdo afirmar que a contratação direta é modalidade anômala de licitação. Não se confunde com as modalidades de licitação formal (concorrência, tomada de preços etc.). Mas a contratação direta pressupõe um procedimento formal prévio, destinado a produzir a melhor escolha possível para a Administração Pública. (JUSTEN FILHO, 2006, p. 351)

A Administração, porém não é livre para realizar a contratação direta realizada pela inexigibilidade como pela dispensas de licitação, sem se tolerar alguma “arbitrariedade, discriminações apartadas da razoabilidade, posturas subjetivas e alheias ao interesse público”. (NIEBUHR, 2008, p. 113)

Para Toshio Mukai, a inviabilidade de competição que embasa a inexigibilidade de licitação, observada no *caput* do artigo 25, deve ser suficientemente bem fundamentada para que fique comprovada a inviabilidade de competição. (MUKAI, 2008, p. 86)

Complementando, seria por isso que a Administração Pública deve pautar-se em determinado procedimento para não proporcionar que se perca a busca pelo interesse público. (NIEBUHR, 2008, p. 113)

Os contratos firmados sem licitação devem seguir conformidade com os princípios norteadores da Administração, destacando os da legalidade, moralidade, publicidade e eficiência, todos observados no artigo 37 da Constituição Federal, bem como outros princípios como os da razoabilidade e proporcionalidade. (NIEBUHR, 2008, p. 113)

“Um dos problemas mais delicados, nesse campo, envolve o princípio da isonomia. A contratação direta não é modalidade de atividade administrativa imune à incidência do princípio da isonomia. Mas o princípio da isonomia tem de ser interpretado em vista das peculiaridades da contratação direta”. (JUSTEN FILHO, 2006, p. 353)

Ainda segundo Marçal Justen Filho, todos os particulares deverão ser considerados em plano de igualdade. Ao escolher um particular específico, a Administração deve ser razoável e fundar-se em critérios compatíveis a isonomia. (JUSTEN FILHO, 2006, p. 353)

Cada entidade administrativa deve regulamentar suas contratações diretas, estabelecendo padrões uniformes e estáveis atinentes às hipóteses de contratação direta. (JUSTEN FILHO, 2006, p. 353)

Observa-se então que estas modalidades de licitação acabam por enfraquecer os princípios norteadores da Administração Pública, porém apesar de enfraquecidos a Administração Pública não pode contratar diretamente sem observar algumas regras básicas para não desvirtuar os interesses da licitação que busca o melhor para o bem público.

Nesta linha, Joel Menezes Niebuhr:

O fato é que a contratação direta não reúne forças suficientes para desproteger o interesse público, que continua indisponível. Quem o

gerencia, o faz em proveito da coletividade, jamais em proveito próprio, para contemplar suas aspirações pessoais. A ação administrativa, inclusive a contratação direta, mira à satisfação do interesse público, vedando-se, por dedução, o desvio de poder, que é uma das grandes armas para o controle de contratações diretas ilegítimas. (NIEBUHR, 2008, p. 114)

Ainda segundo ele, a contratação direta, obedecendo os princípios administrativos, bem como o interesse público, deve seguir um certo procedimento, sendo este mais tênue que o da licitação. (NIEBUHR, 2008, p. 114)

A lei n. 8.666/93 autoriza a Administração Pública a adotar outro procedimento, em que formalidades são suprimidas ou substituídas por outras. O próprio legislador determinou as hipóteses em que se aplicam os procedimentos licitatórios simplificados. Por igual, definiu os casos não-incidência do regime formal de licitação. (JUSTEN FILHO, 2006, p. 351)

Antes de qualquer ato, o objeto da licitação que será licitado deve ser muito bem definido, a Administração Pública deve saber com precisão o que pretende com o contrato e o que o contratado será obrigado a realizar e sob quais condições, para poder saber se é caso de inexigibilidade, dispensa ou de licitação pública. (NIEBUHR, 2008, p. 114-115)

Celso Antônio Bandeira de Melo cita que as situações de “inexigibilidade e o retardamento previsto no art. 8^o2 deverão ser necessariamente justificados e comunicados, dentro em três dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial no prazo de cinco dias, como condição de eficácia dos atos”. (BANDEIRA DE MELLO, 2008, p. 546)

Os elementos que definem os processos de dispensa, de inexigibilidade e o de retardamento são os previstos no artigo 26 incisos de I à IV³.

² Lei 8.666/93: Art. 8o - A execução das obras e dos serviços deve programar-se, sempre, em sua totalidade, previstos seus custos atual e final e considerados os prazos de sua execução.

Parágrafo único. É proibido o retardamento imotivado da execução de obra ou serviço, ou de suas parcelas, se existente previsão orçamentária para sua execução total, salvo insuficiência financeira ou comprovado motivo de ordem técnica, justificados em despacho circunstanciado da autoridade a que se refere o art. 26 desta Lei.

³ 3

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

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.

Basicamente, a contratação direta, não possui um procedimento formal, porém isto não significa o desrespeito aos princípios básicos que orientam a Administração. Ainda assim, permanece o dever da Administração Pública de realizar a melhor contratação, dando tratamento igualitário a todos. (JUSTEN FILHO, 2006, p. 351)

A administração pública sempre deve motivar os atos de dispensa e inexigibilidade, justificando, inclusive indicando o suporte legal tomado em consideração. “(*caput* do artigo 26, princípio da motivação e da indisponibilidade do interesse público)”. Após isto, é necessário verificar se a importância para adimplir o contrato possui previsão orçamentária, conforme inciso I ou parágrafo 1º do artigo 167 da Constituição Federal⁴. (NIEBUHR, 2008, p. 115)

“Em seguida, a Administração Pública deve realizar pesquisa no mercado para escolher com quem contratar e em quais condições. Nesta fase, ela não precisa tratar todos os possíveis interessados com igualdade, o que seria necessário se ela devesse proceder à licitação pública”. Em resumo a Administração Pública deve mostrar as razões que o levaram a escolher o contratado, bem como justificar os valores pactuados estão compatíveis com os valores de mercado. (NIEBUHR, 2008, p. 115-116)

Ao fazer a pesquisa de preços para pactuar valores compatíveis com a realidade, evitam-se superfaturamentos. Nos casos de superfaturamento, o fornecedor ou prestador de serviços, bem como o agente público responsável, devem responder solidariamente aos danos causados a Fazenda Pública, sem prejuízos de outras sanções cabíveis.

Depois de feito os procedimentos para a escolha do contratado e o acerto do preço, o processo até então levado a termo deve ser encaminhado à consultoria jurídica para elaborar parecer sobre a legalidade dele. (inciso VI do artigo 38 da Lei nº 8.666/93 e, em âmbito federal, alínea *b* do inciso VI do Artigo 11 da Lei

4 4

Constituição Federal: Art. 167. São vedados:

I - o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual;

(...)

§ 1º - Nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia inclusão no plano plurianual, ou sem lei que autorize a inclusão, sob pena de crime de responsabilidade.

Complementar nº 73/93⁵). E cabe a consultoria jurídica observar a legalidade para que não se realize uma contratação fora dela. (NIEBUHR, 2008, p. 117-118)

É imprescindível que o procedimento de inexigibilidade ou dispensa seja realizado de forma correta, pois nos casos em que não se realizar de forma correta o artigo 89 da Lei de Licitações prevê detenção de 3 (três) a 5 (cinco) e multa⁶.

Segundo Niebuhr,

A autoridade que dispensa ou inexige licitação pública atua com amparo no parecer da consultoria jurídica. Se os membros dela se omitiram em apontar suposta ilegalidade, acabaram por induzir a autoridade à prática de conduta criminosa, em virtude do que, é razoável, ao lado dela devem ser responsabilizados, se não criminalmente, pois o tipo penal não parece comportar outra conclusão, ao menos administrativamente, e de modo bastante severo. (NIEBUHR, 2008, p. 118)

Quanto à ratificação, temos que tratar o parágrafo 4º do artigo 49 da Lei de Licitações⁷, onde trata da aplicação das normas relativas à homologação do

⁵ Art. 11 - Às Consultorias Jurídicas, órgãos administrativamente subordinados aos Ministros de Estado, ao Secretário-Geral e aos demais titulares de Secretarias da Presidência da República e ao Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, compete, especialmente:

(...)

VI - examinar, prévia e conclusivamente, no âmbito do Ministério, Secretaria e Estado-Maior das Forças Armadas:

(...)

b) os atos pelos quais se vá reconhecer a inexigibilidade, ou decidir a dispensa, de licitação.

Lei 8.666/93: Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:

(...)

VI - pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade;

⁶ Lei 8.666/93: Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.

⁷ Lei 8.666/93: Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

(...)

§ 4o O disposto neste artigo e seus parágrafos aplica-se aos atos do procedimento de dispensa e de inexigibilidade de licitação.

procedimento licitatório referente aos atos de procedimentos de dispensa e de inexigibilidade.

“Diante disso ao cabo do procedimento para contratação direta, a autoridade competente procederá à análise do mérito e da legalidade da contratação, sendo-lhe possível”: Revogar se for inconveniente; convalidar vícios de forma, competência ou procedimento; invalidar o ato por inteiro. Em caso contrário a autoridade ratifica ou homologa o procedimento. (NIEBUHR, 2008, p. 118)

Ratificado e publicado, em decorrência da parte final do parágrafo único do artigo 61⁸ da Lei 8.666/93, não será necessário publicar novamente o contrato recorrente da inexigibilidade. (NIEBUHR, 2008, p. 119)

Disserta Marçal Justen Filho que,

(...) haverá casos em que a ausência de divulgação derivará da emergência de contratação. Fora dessas hipóteses, contratação direta não autoriza nem é compatível com ausência de divulgação. Fora dessas hipóteses, contratação direta não autoriza nem é compatível com a ausência de divulgação. Portanto, a Administração não precisa seguir as formalidades acerca de publicidade impostas na Lei para a licitação comum – mas não está autorizada a atuar em segredo. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 230)

Deve-se então se dar ao conhecimento público o interesse em se realizar contrato diretamente. Para o Autor, a única hipótese que se autoriza a ausência total de publicidade está prevista nos casos do inciso IX do artigo 24 da Lei de Licitações, que são os de segurança nacional (JUSTEN FILHO, 2005, p. 230)

2.3 Inexigibilidade de licitação pública na Constituição Federal de 1988

⁸ Art. 61. Todo contrato deve mencionar os nomes das partes e os de seus representantes, a finalidade, o ato que autorizou a sua lavratura, o número do processo da licitação, da dispensa ou da inexigibilidade, a sujeição dos contratantes às normas desta Lei e às cláusulas contratuais.

Parágrafo único. A publicação resumida do instrumento de contrato ou de seus aditamentos na imprensa oficial, que é condição indispensável para sua eficácia, será providenciada pela Administração até o quinto dia útil do mês seguinte ao de sua assinatura, para ocorrer no prazo de vinte dias daquela data, qualquer que seja o seu valor, ainda que sem ônus, ressalvado o disposto no art. 26 desta Lei.

Para tratar dos casos de inexigibilidade de licitação mais profundamente é importantíssimo elencar os dispositivos legais relacionados a contratação direta encontrados na Constituição Federal de 1988.

“A constituição é o diploma normativo máximo de dada ordem jurídica, pois dispõe da estruturação das relações de poder político, prescrevendo, em síntese, quais são os poderes, quem os exerce e como os mesmos devem ser exercidos. Dessa maneira, todos aqueles que exercem poder político, que se valem da autoridade do Estado, devem buscar amparo na Constituição, que os legitima e que delinea os contornos de suas atividades”. (NIEBUHR, 2008, p. 193)

Nos estudos jurídicos é fundamental se verificar inicialmente a sua conformidade com o ordenamento legal. Neste caso temos que examinar o fundamento Constitucional que dá validade e suporte a Lei de Licitações. (JACOBY FERNANDES, 2008, p. 29)

Porém, antes de tratar dos artigos da Constituição Federal, diretamente relacionados à Lei de Licitações temos que ressaltar o caput do artigo 5^o, onde texto enuncia que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)”

Este é o dispositivo “constitucional que consagra, de forma irrefutável, o princípio da isonomia, segundo o qual os iguais merecem o mesmo tratamento, revelando-se na causa da obrigatoriedade de licitação pública. (NIEBUHR, 2008, p. 195.)

Para não dar margens a interpretações conservadoras, o constituinte realça a obrigatoriedade de licitação, inserindo no capítulo referente à Administração Pública, o inciso XXI do artigo 37. (NIEBUHR, 2008, p. 210)

Ainda Joel de Menezes Niebuhr,

No Brasil, em virtude de características políticas e culturais, a Constituição imiscui-se numa série de assuntos que não são verdadeiramente relacionados às normas fundamentais de estruturação do poder político, entre os quais ganha corpo longo e detalhado regramento da Administração Pública, incluindo disposições importantes a respeito do

⁹ Constituição Federal: Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

regime da licitação pública e do contrato administrativo, âmbito que envolve também a obrigatoriedade de licitação pública, a inexigibilidade e a dispensa dela. (Niebuhr, 2008, p. 193-194).

O *caput* do artigo 37¹⁰ da Constituição Federal traz que “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também ao seguinte: (...)”

Este dispositivo “enuncia os princípios regentes da Administração Pública, que têm vigência em todas as suas atividades, entre as quais a licitação pública e o contrato administrativo”. (NIEBUHR, 2008, p. 200)

O inciso XXI deste artigo, “fixou a licitação como princípio básico a ser observado por toda a Administração Pública, com a amplitude definida no *caput*. (JACOBY FERNANDES, 2008, p. 34)

Nesta mesma linha segue Joel de Menezes Niebuhr, “o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal é o dispositivo de maior densidade para o regime da licitação pública e do contrato administrativo, pois, de fora parte a força constitucional que envolve, delinea normas fundamentais para a apreensão dos respectivos institutos espalhando suas conseqüências por toda a ação administrativa. (NIEBUHR, 2008, p. 208)

Neste artigo observa-se também a intangibilidade da equação econômica financeira, ou seja, a licitação pública deve ser realizada com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta. Ainda, observa-se que a intangibilidade da equação econômica financeira não é princípios e sim regra jurídica onde se alteradas “de modo imprevisível ou previsível, porém com repercussões imprevisíveis” deve-se restabelecer as condições da proposta. (NIEBUHR, 2008, p. 219)

¹ 10

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.

O artigo 22, inciso XXVII¹¹ da Constituição Federal, cita que compete exclusivamente a União, em caráter privativo sobre as normas de licitações.

Este dispositivo deveria ter lugar no artigo 24 da Carta Constitucional, pois a “União foi concedida apenas a atribuição de produzir normas gerais sobre o assunto, tornando-o corpo estranho no rol das competências privativas”. (NIEBUHR, 2008, p. 206-207)

Divergindo desta corrente está Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, que cita que:

A competência privativa da União, nos termos elencados no art. 22, inadmite, em regra, competência legislativa concorrente de outras esferas de governo. Só mediante lei complementar da União é que os Estados poderão legislar sobre questões específicas. Essa regra é uma condição suspensiva, imposta no parágrafo único do art. 22, que demonstra, a toda evidência, que a competência do Estado-membro para legislar sobre os assuntos desse artigo não é regra, mas exceção. (JACOBY FERNANDES, 2008, p. 30).

Então se a União tem competência para editar normas gerais em torno de licitação Pública e contratos administrativos, pressupõe-se competência concorrente dos Estados, Distrito Federal e Municípios para produzirem normas especiais. (NIEBUHR, 2008, p.207)

É de se observar que o dispositivo dividiu o “fundamento do exercício da competência para legislar sobre licitação pública e contrato administrativo”, onde os órgãos da Administração Direta, autarquias e das fundações, a legislação busque “arrimo nas disposições contidas no inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal”; por outro lado as sociedades de economia mista e empresas públicas, a legislação esta no inciso III do parágrafo 1º do artigo 173 da Carta Constitucional. (NIEBUHR, 2008, p.207)

Como citado no capítulo anterior, o inciso III do parágrafo 1º do artigo 173¹² da Constituição Federal, estabelece o estatuto jurídico da empresa pública, da

¹¹ Constituição Federal: Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
(...)

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

¹² Constituição Federal: Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade de comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública.

Joel de Menezes Niebuhr cita:

O artigo 173 da Constituição Federal refere-se às empresas públicas e sociedades de economia mista que exercem atividade econômica em sentido estrito, isto é repita-se atividades de cunho privado, exercidas em caráter excepcional mediante intervenção do poder público, prevalecendo os princípios da livre concorrência e igualdade entre elas e todas as demais participantes do mercado. O §1º do artigo 173 incide textualmente apenas sobre empresa pública, sociedade de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços. (NIEBUHR, 2008, p. 222-223)

Porém, segundo Celso Antônio Bandeira de Melo não haveria sentido uma sociedade de economia mista ou empresa pública que explorem atividade econômica, se submeter a licitação pública para adquirir os insumos que rotineiramente necessitam para regularidade da produção industrial ou comercial, bem como para colocar seu produto no mercado. (BANDEIRA DE MELO, 2009, p. 542-543)

A doutrina nacional reconhece a necessidade das empresas públicas e sociedades de economia mista devem possuir um procedimento mais flexível quanto às licitações públicas e contratos administrativos, baseando tal afirmação no fato de que estas entidades precisam sobreviver ao mercado, porém não pode esquecer os princípios administrativos, principalmente o da isonomia. (NIEBUHR, 2008, p. 224-225)

Por último, o *caput* do artigo 175¹³ da Constituição Federal, traz que a prestação de serviço público direto, ou sob a forma de concessão ou permissão, deve ser feita por licitação.

Segundo Joel de Menezes Niebuhr,

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

(...)

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

¹³ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

A norma do *caput*, do artigo 175 é especialmente endereçada ao legislador, vedando-lhe criar hipóteses que afastem a licitação pública em concessão e permissão de serviço público. Sob essa perspectiva, cumpre advertir que a inexigibilidade não é criada pelo legislador, nem precisa do reconhecimento dele. A inexigibilidade existe porque a licitação pública não alcança certas situações, o que é questão de fato, não, prioritariamente, de Direito. É de direito somente em que ele é compelido a reconhecer a inexigibilidade, e, por corolário, convidado a disciplinar os seus efeitos. Então, a exigência de *sempre* ser precedida de licitação pública não alcança as situações de inexigibilidade, em que é impossível proceder a ela, mesmo que sim quisesse o legislador. (NIEBUHR, 2008, p. 230)

Antônio Carlos Cintra do Amaral afirma que a hipótese de serviço a ser prestado mediante uso de tecnologia inovadora, “que otimize a qualidade dos préstimos oferecidos à população, tecnologia detida, contudo, por única empresa, que a teria patenteado”. Neste caso não haveria sentido proceder à licitação pública. A administração neste caso teria três opções: Proceder a licitação sem aludir a tecnologia desejada; Proceder a licitação exigindo no edital a aludida tecnologia (caso que seria uma mera formalidade); ou contratar a empresa por inexigibilidade. Baseado na razoabilidade, resta ao intérprete optar pela terceira opção, “reconhecendo, ainda que de maneira excepcional, a inexigibilidade de licitação pública para concessão e permissão de serviço público”. (NIEBUHR, *apud*, CINTRA DO AMARAL, 2008, p. 230-231)

Capítulo 3 – A inexigibilidade de licitação pública em contratações de venda, desenvolvimento e manutenção de Softwares

3.1 Uma breve abordagem sobre Softwares

3.1.1 Breves conceitos de Softwares

Inicialmente é de fundamental importância fazer uma breve introdução ao que se trata realmente de um software. Qual a sua importância na atualidade, bem como a legislação a ele direcionada.

“Software é uma construção, uma idéia conceitual infinitamente maleável. A consequência desse fato é a dificuldade de obter requisitos estáveis, o que provoca mudanças no escopo do produto de software durante seu desenvolvimento”. (CERVIGNI GUERRA e MARIA ALVES, 2004, p.3)

Ainda conforme as autoras, os softwares não possuem recursos físicos, dificultando sua visualização. Eles são extremamente complexos. (CERVIGNI GUERRA e MARIA ALVES, 2004, p.3)

Segundo renomada enciclopédia disponibilizada pela internet, mais conhecido como Wikipédia¹⁴, Software pode ser definido como:

Software ou *logiciário* é uma seqüência de instruções a serem seguidas e/ou executadas, na manipulação, redirecionamento ou modificação de um dado/informação ou acontecimento.

Software também é o nome dado ao comportamento exibido por essa seqüência de instruções quando executada em um computador ou máquina semelhante.

(...)

Um programa de computador é composto por uma seqüência de instruções, que é interpretada e executada por um processador ou por uma

¹⁴ WIKIPÉDIA, Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Software>.

máquina virtual. Em um programa correto e funcional, essa sequência segue padrões específicos que resultam em um comportamento desejado.

Um programa pode ser executado por qualquer dispositivo capaz de interpretar e executar as instruções de que é formado.

Para a ABES (Associação Brasileira das Empresas de Software), conforme sua definição disponibilizada na sua página na internet, software é “um conjunto de instruções lógicas, desenvolvidas em linguagem específica” permitindo¹⁵ ao computador desempenhar variadas tarefas do dia-a-dia de empresas, profissionais, órgãos públicos e usuários em geral. A produção destes softwares exige um alto grau de conhecimento técnico e investimentos, onde este mercado movimenta bilhões de dólares em negócios e empregos.

Ao definir software não se pode deixar de citar a Lei 9609/98 que dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. O seu artigo 1º define Programa de computador como “a expressão de 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 ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados”¹⁶.

O programa de computador desempenha um papel importante na atual Sociedade do Conhecimento. Entre as manifestações da informação como bem econômico, político e jurídico mais relevante do mundo moderno, o programa de computador é um dos mais estratégicos. Manuel Castells (1996) argumenta que vivemos numa sociedade em rede, na qual o novo paradigma da tecnologia de informação fornece o material de base para sua expansão hegemônica por toda a estrutura social. O controle da tecnologia torna-se vital e dita as possibilidades de desenvolvimento e de inclusão social. As funções e os processos principais da era informacional estão sendo cada vez mais organizados em rede e através da Internet. Para Castells, ou se está dentro da rede ou fora dela, não há outro espaço na sociedade. (XAVIER DOS SANTOS, s/d, acesso em 14 de junho de 2009)

Assim como a sociedade, não pode a Administração Pública achar que poderá ficar aquém desta revolução tecnológica. Mesmo sendo uma evolução que se poderia comparar a uma bola de neve, onde cada vez mais que o usuário utiliza-se dela, mais dependente dela fica, verifica-se que ela auxilia aos órgãos públicos a

¹⁵ ABES, Disponível em: <http://www.abes.org.br/templ1.aspx?id=40&sub=40>.

¹⁶ Lei 9.609/98, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L9609.htm>.

aumentarem seus controles de forma mais ágil, completa e fácil e ainda acaba o funcionário da Administração Pública tendo mais tempo para desempenhar melhor e mais funções em seu serviço.

Para auxiliar este estudo far-se-á uma breve diferenciação de desenvolvimento, licença de uso e manutenção de softwares.

A Wikipédia define desenvolvimento de software como o ato de criar, elaborar e implementar um sistema de computador. É entendido também como a aplicação dos “processos da engenharia de software combinados com a pesquisa das necessidades do produto para desenvolver software”.

Ainda segundo definição da Wikipédia,

Em engenharia de software, manutenção de software é o processo de melhoria e otimização de um software já desenvolvido (versão de produção), como também reparo de defeitos. A manutenção do software é uma das fases do processo de desenvolvimento de software, e ocorre a seguir a entrada do software em produção. Esta fase envolve: mudanças no software para corrigir defeitos e deficiências que foram encontrados durante a utilização pelo usuário; novas funcionalidades para melhorar a aplicabilidade e usabilidade do software.

A manutenção do software envolve inúmeras técnicas específicas. Uma das técnicas é separação estática, a qual é usada para identificar todos os códigos de programa que são afetados por alguma variável. Isto é geralmente útil em programas de refatoração de código que foram especialmente úteis em assegurar preparação para bug do milênio.

Já as Licenças de uso, para este renomada site da internet, para a parte de programas de computador seria a forma de tal programa poderá ser utilizado pelo indivíduo. Existem os programas pagos, como no caso do sistema operacional Windows, ou os programas que pode ser utilizado sua licença de forma gratuita, ou ainda os softwares em que qualquer pessoa tem direito total sobre ele, ou seja, direito sobre seu código fonte, “podendo modificá-lo e vendê-lo se desejar”, como no caso do sistema operacional Linux.

3.2 Inexigibilidade em contratações de Softwares

3.1.1 Conceitos de Exclusividade de Fornecedor

Primeiramente, como já visto em capítulo anterior, existem alguns casos em que se pode haver a contratação através da inexigibilidade de licitação. Os casos de inexigibilidade podem ser observados no artigo 25 da Lei de Licitações e seus incisos.

Ao tratar de contratações de softwares deixa-se de lado o inciso III que faz menção a contratação de profissional de qualquer setor artístico desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública. O inciso II logo será abordado.

O artigo 25 no inciso I da Lei de Licitações elenca a possibilidade de inexigibilidade através da demonstração da exclusividade de fornecedor e suas formalidades para tal caracterização, Estas possibilidades são:

Aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedando preferência de qualquer 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;

Segundo Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, “todos os compêndios clássicos sobre o tema colocavam a idéia de que a inviabilidade de competição caracteriza-se quando só um futuro contratado ou só um objeto vendido por fornecedor exclusivo pudessem satisfazer o interesse da administração”. (JACOBY ULISSES, 2008, p. 533)

Nas palavras de Joel de Menezes Niebuhr,

O presente tópico destina-se a cuidar do primeiro caso de inexigibilidade enunciado pelo legislador, a saber, o concernente à aquisição de bens que só podem ser fornecidos ou prestados por produtor; empresa ou representante comercial exclusivo. Ou seja, situações em que uma única pessoa dispõe do que pretende a Administração Pública, por efeito do que o contrato administrativo deve ser celebrado inevitavelmente com ela, mediante inexigibilidade de licitação, já que inviável é a competição. (NIEBUHR, 2008, p.249)

Na leitura do inciso I do artigo 25 da Lei de Licitações, provoca um desencontro quanto a sua amplitude. Tem quem defenda que possibilita apenas para a aquisição de objetos, porém do outro lado há quem defenda que este inciso também incide também sobre as contratações de serviços e obras. (NIEBUHR, 2008, p.250)

Ainda para ele, não há de se confundir os incisos I e II do artigo 25, para exemplificar os casos em que se justificam a contratação de bens (inciso I) e obras ou serviços (inciso II) a serem contratados por inexigibilidade. O inciso I traz bem claro que o fornecedor exclusivo de bens, obras ou serviços deve obter uma carta que comprove sua exclusividade. Na leitura dos incisos I e II do artigo 25, faz-se uma alusão de que o inciso I trata somente dos casos de bens, enquanto o inciso II trata dos casos de serviços e obras. (NIEBUHR, 2008, p. 251-252-253)

Entretanto, o inciso II não trata dos casos que os serviços são prestados com exclusividade e sim de casos em que os serviços prestados são com marca ou peculiaridade que os caracterizam, possuindo no corpo da justificativa da inexigibilidade, a ausência de critérios objetivos para o “cotejo das propostas caso se realizasse licitação pública”. (NIEBUHR, 2008, p. 251-252-253)

Conclui-se então que o inciso I do referido artigo contempla além de contratação de bens, os serviços e obras onde se possua exclusividade, enquanto o inciso II aborda os serviços e obras onde se demanda uma especialização técnica singular. (NIEBUHR, 2008, p. 251-252-253)

Marçal Justen Filho reafirma esta hipótese do inciso I se referir também a serviços e obras:

O inc. I do art. 25 alude apenas a compras e somente ao caso do representante exclusivo. Isso não significa, porém, excluir a possibilidade de contratação direta em contratos que envolvam serviços (ou obras). Aliás, a própria redação do inc. I induz essa amplitude, diante da referência final a “local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço”, admitindo implicitamente que também essas espécies de contratações comportam inexigibilidade. Se dúvida restasse, seria afastada através de interpretação sistemática. (JUNTEN FILHO, 2005, p. 279)

Ainda ele, a regra legal não foi estabelecida vinculada ao conceito de compra. Este inciso alude à falta de pluralidade de particulares em situação de contratação. “O núcleo da questão esta na ausência de alternativas para a Administração”. O art. 25 não tem natureza exaustiva, ele admite inexigibilidade nas

situações que se observe a inviabilidade de competição. Reputar que o inciso I não trata de serviços ou obras não elimina a hipótese de contratação direta, que “poderá findar-se diretamente no *caput* do artigo 25. O inciso I disciplina sobre compra através de representante exclusivo. Porém a inviabilidade de competição também autoriza a contratação direta nos casos de contratação de serviço ou obra de fornecedor único ou exclusivo. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 279)

É comum que os produtos ou serviços das empresas possuam características singulares que assim poderiam ser caracterizados como fornecedores exclusivos dos produtos, porém esta é uma definição bastante débil. O inciso XXI do artigo 37 da Carta Constitucional vem para refutar esta tese, onde se observa que a contratação direta é a exceção enquanto a licitação é a regra. Então conclui-se que não se pode tirar como base qualquer singularidade de determinado produto ou serviço para se caracterizar um fornecedor exclusivo. Essas características únicas determinantes para se caracterizar a contratação pela inexigibilidade, aquelas singularidades que satisfazem por completo o interesse público. (NIEBUHR, 2008, p. 258-259)

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes afirma que “tem-se vislumbrado várias irregularidades que podem ser classificadas em dois grupos: o primeiro abrangente da definição do objeto; o segundo, relacionado à forma de comprovação da exclusividade. Efetivamente, por vezes, seria viável a competição de não se tivesse estabelecido de forma restritiva a definição do objeto, afrontando o art. 3º, § 1º, da Lei nº 8.666/93¹⁷. Têm ocorrido, mais recentemente, outras situações ligadas diretamente ao meio de comprovar a exclusividade, pois para Estados e Municípios não havia disciplinando a respeito, encontrando-se casos em que as certidões apresentadas não satisfazem o comando legal. (JACOBY FERNANDES, 2008, p. 559)

¹⁷ Lei 8.666/93. Art. 3o A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 1o É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato;

II - estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3o da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991.

Joel de Menezes Niebuhr traz que a parte da definição do objeto é a parte mais delicada para a contratação direta. A Administração Pública não pode restringir demais o objeto a ser licitado, pois poderia indevidamente ensejar uma situação de inviabilidade de competição, porém também não pode deixar o objeto amplo demais pois, poderia aceitar soluções díspares, onde sumiriam critérios objetivos para o julgamento das propostas, colocando o interesse público em terceiro lugar. Então, a discricionariedade do agente administrativo, não é completa, autorizando que ele escolha o que lhe convenha, e sim o que é melhor para o interesse público. (NIEBUHR, 2008, p. 259)

Outra questão aqui levantada além da definição do objeto é a comprovação de exclusividade por 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. Esta comprovação é fundamental na caracterização de fornecedor exclusivo, porém também não deixa de ser dúbia.

Ao interpretar o inciso I do artigo 25 para se caracterizar a exclusividade de fornecedor deve-se apresentar o atestado comprovando a exclusividade, porém faz-se referência ao fornecimento deste atestado pelo órgão de registro do comércio local. Este órgão público não é o responsável pelo controle da existência de exclusividade de representantes, bem como também não cabe aos órgãos sindicais, “logo trata-se de formalidade destituída de qualquer seriedade, inútil para a Administração Pública”. Ao receber uma carta para mostrar exclusividade de fornecimento, estes órgãos nada mais fazem do que afirmar de que esta carta lhe foi entregue, tornando incerta quanto ao conteúdo da carta, enfim, apenas demonstra a sua existência material não demonstrando a Administração o teor do conteúdo desta carta. (JUSTEN FILHO, 2005, p.280)

Reforçando Marçal Justen Filho cita Jorge Ulisses Jacoby Fernandes que as juntas comerciais estão impedidas de emitir o citado atestado, por força da IN nº 56, de 06.03.96, do DNRC/MICT, publicado no Diário Oficial da União, em Brasília, Distrito Federal em 15 de março de 1996, na Seção 1, p. 4427-4431, no seu artigo 12¹⁸. (JACOBY FERNANDES, 2008, p. 582)

¹⁸ IN nº 56 do DNRC/MICT. Art. 12. A Junta Comercial não atestará comprovação de exclusividade, a que se refere o inciso I, do art. 25, da Lei nº 8.666/93, limitando-se tão somente, à expedição de certidão de inteiro teor o ato arquivado, devendo constar certificação que os termos do ato são de exclusiva responsabilidade da empresa

Ainda Jorge Ulisses Jacoby Fernandes traz que estes atestados fornecidos que a Administração faz valer como equivalentes a Junta Comercial não devem restringir seu âmbito aquém do Município ou localidade. Atestados com expressões como “consultando nossos arquivos, verificamos que a empresa tal é a fornecedora exclusivamente...” ou que “a empresa é a única no Município, filiada ao sindicato, que fornece...” não tem valor para fins de declaração para a inexigibilidade de licitação. O TCU definiu que a justificativa deve estar detalhada dos critérios técnicos objetivos para a escolha do fornecedor. Quanto a questão do sindicato, não deve o atestado fazer menção aos afiliados dele e sim a todos, pois é princípio constitucional que ninguém é obrigado a filiar-se ou manter-se filiado a sindicato para contratar ou participar de licitação. (JACOBY FERNANDES, 2008, p. 582-583)

Novamente Marçal Justen Filho cita que,

De todo modo, o inc. I refere-se a “entidades equivalentes”. Deve interpretar-se o dispositivo como indicando instituições dotadas de credibilidade e autonomia em relação ao mercado privado. A inviabilidade de competição pode ser evidenciada através de documentação emitida por instituição confiável e idônea, ainda que não integrante no Registro de Comércio e sem natureza sindical. (JUSTEN FILHO, 2005, p.280)

Sobre a questão das entidades equivalentes, Jacoby Fernandes traz que se tem como entidades equivalentes para atestar exclusividade são “além da associação comercial, até o clube de diretores lojistas. A declaração deve ser fornecida pela agregação dos empresários ou entidade patronal. (JACOBY FERNANDES, 2008, p. 585)

Hely Lopes Meirelles diferencia a exclusividade industrial da comercial. A industrial se refere a de quem produz o produto no país e a comercial aquela dos vendedores e representantes da praça. Ao tratar do produtor, se só ele produz tal produto só dele a Administração pode adquirir tais produtos. Quando se tratar de representante ou produtor, pode haver vários no país, então se considera a exclusividade na praça de comercio, onde abranja a localidade da licitação. Nos casos de vendedor ou representante ainda se acrescenta que se considera vendedor ou representante exclusivo para Carta Convite, o que é único na localidade; para tomada de preços, o que é único no registro cadastral; para concorrência quem é exclusivo no país. (MEIRELLES, 2009, p.287)

a que se referir.

A comprovação de exclusividade sempre foi exigida pelos órgãos em caso de inexigibilidade, porém esta divisão adotada por Hely Lopes Meirelles foi uma inovação na lei, consagrando entendimento já adotado no Tribunal de Contas, em especial, o do Estado de São Paulo. (DI PIETRO, 2009, p. 376).

“Ensina Carlos Fernando Mathias de Sousa que, na realidade, no Direito brasileiro, programa de computador (*software*) é matéria de direito autoral, enquanto a máquina (*hardware*) é de direito industrial. Quando se tratar de aquisição de bens e serviços de informática, o assunto deve ser tratado com cautela”. (JACOBY ULISSES *apud*, FERNANDO MATHIAS, 2008, p. 545)

Não há como tratar de exclusividade de fornecedor sem tratar dos Direitos Autorais.

Poderia realizar-se a licitação de um software que tem o direito autoral depositado?

A Lei de Registros permite ao inventor cadastrar uma obra, método de trabalho, um sistema operacional, a Administração não pode, ao querer adquirir aquele objeto que “está sob registro de exclusividade”, licitá-lo, a não ser que o inventor permita sua comercialização. Quando existe apenas um fornecedor de posse da carta patente, não pode a Administração adquirir uma cópia ilegal de tal produto, pois se trata de crime punível de 3 (três) meses a 1 (um) ano ou multa. (JACOBY ULISSES, 2008, p. 545)

O TCU então decidiu em 1996 na sua decisão 648/1996, admitiu que para software pode ocorrer a inviabilidade de competição. (JACOBY ULISSES, 2008, p. 545)

Ainda ele,

Como se observa na manifestação implícita no julgamento do Processo nº TC-010.525/96-3 (sigiloso) notadamente no item 5.3, transcrito no **Diário Oficial (da) União**, Brasília, DF, 30 out. 1996, p. 22263, 2ª coluna, até a p. seguinte, 1ª coluna. Relator: Ministro-Substituto Lincoln Magalhães da Rocha. No mesmo sentido: Processo nº TC-001.743/2003-5. Acórdão nº 1.158/2005 – Plenário, Relator: Ministro-Substituto Lincoln Magalhães da Rocha. **Diário Oficial (da) União**, Brasília, DF, 22 out. 2005. (JACOBY ULISSES, 2008, p. 545)

Jacoby Fernandes também afirma que os convênios se enquadram no *caput* do artigo 25 da Lei 8.666/93, pois tem o poder discricionária para escolher seus colaboradores. (JACOBY ULISSES, 2008, p. 547)

Ele diferencia contrato e o convênio da seguinte forma:

O TCU decidiu: “Nesse sentido há que se distinguir, a bem da verdade, as diferenças fundamentais existentes entre Convênios e Contratos. Convênio é o ato de colaboração entre as partes, nas palavras do Professor Ulisses Jacoby Fernandes ‘é a junção de esforços entre dois entes públicos ou tendo um ente privado como uma das partes, visando à consecução de um bem comum ou a realização de objetivos de interesse comum. Já os contratos têm interesses opostos e contraditórios, vontades antagônicas, não se adicionam’, ou seja, diferem dos convênios por não terem a mesma finalidade não e somarem com o intuito de atingir o mesmo objetivo de interesse público, estando presente em uma das partes envolvidas interesses comerciais”. Processo nº TC-007.075/2004-6. Acórdão nº 1.470/2004 – Plenário. Relator: Ministro Adylson Motta. **Diário Oficial (da União)**, Brasília, DF, 8 out. 2004. Seção 1. (JACOBY FERNANDES, *apud*, TCU, 2008, p.547)

Portanto, conforme supra explicitado, observando as formalidades necessárias, poderia se contratar um software, ou a manutenção deste para a Administração, através da inexigibilidade de licitação, se este software atender unicamente as necessidades da Administração e for de propriedade exclusiva da empresa contratada, demonstrando devidamente a inviabilidade de competição através de carta da entidade patronal relacionada ao objeto a ser contratado, neste caso poderia ser a ASSESPRO (Associação das Empresas de Processamento de Dados) e a necessidade da Administração Pública.

3.1.2 Serviços técnicos profissionais especializados

Além dos casos de exclusividade de fornecedor para inexigibilidades de licitação, observados no inciso I do artigo 25 da Lei de Licitações, existem as hipóteses elencadas no inciso II, onde trata de Serviços técnicos especializados.

Salienta ainda a Lei no seu parágrafo 1º, que se considera 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.

O inciso II do artigo 25 da Lei 8.666/93 traz que 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; para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Como já citado em capítulo anterior, temos que relembrar os serviços técnicos enumerados nos incisos do artigo 13 da Lei de Licitação:

Estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos; pareceres, perícias e avaliações em geral; assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços; patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas; treinamento e aperfeiçoamento de pessoal; restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

Em seguida a legislação do artigo 13 nos parágrafos de 1 a 3 delimitam as condições de contratações dos serviços técnicos especializados: Ressalvados os casos de inexigibilidade de licitação, os contratos para a prestação de serviços técnicos profissionais especializados deverão, preferencialmente, ser celebrados mediante a realização de concurso, com estipulação prévia de prêmio ou remuneração; Aos serviços técnicos previstos neste artigo aplica-se, no que couber, o disposto no art. 111 desta Lei; A empresa de prestação de serviços técnicos especializados que apresente relação de integrantes de seu corpo técnico em procedimento licitatório ou como elemento de justificação de dispensa ou inexigibilidade objeto do contrato

O artigo 111 da Lei de Licitações então traz que “A Administração só poderá contratar, pagar, premiar ou receber projeto ou serviço técnico especializado desde que o autor ceda os direitos patrimoniais a ele relativos e a Administração possa utilizá-lo de acordo com o previsto no regulamento de concurso ou no ajuste para sua elaboração”.

Celso Antônio Bandeira de Mello traz que,

Em suma: 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 aturo, envolvendo o estilo, o traço, a engenhosidade, especial habilidade, a contribuição intelectual, artística, ou a argúcia de quem o executa, atributos, estes, que são precisamente os que a Administração reputa convenientes e necessita para a satisfação do interesse público em causa. (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 545)

Jacoby Fernandes ao citar Hely Lopes Meirelles destaca que serviços técnicos profissionais especializados são os prestados por aquele que além de qualificação profissional e técnica exigida para serviços técnicos profissionais se aprofundou naquele assunto através de pós graduação ou de estágios de aperfeiçoamento. (LOPES MEIRELLES *apud*, JACOBY FERNANDES, 2008, p. 594)

Vale ressaltar as definições de serviços de natureza singular, bem como serviços de notória especialização.

Os serviços de natureza singular “caracteriza-se como uma situação anômala incomum, impossível de ser enfrentada satisfatoriamente por todo e qualquer profissional especializado”. Este é um conceito relativo, pois depende das circunstâncias históricas e geográficas. Aquilo que hoje é singular no futuro pode deixar de ser. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 282-283)

Por outro lado, a notória especialização é a seleção do profissional a ser contratado. Especialização “consiste na titularidade objetiva de requisitos que distinguem o sujeito atribuindo-lhe maior habilitação do que a existente no âmbito dos profissionais que exercem a atividade”. Essa especialização se dá através de elementos objetivos e formais como cursos e titulações de pós-graduação, bem como de natureza de atividade especializada. Já a notoriedade consiste no reconhecimento da qualificação do sujeito perante a comunidade. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 284)

Joel de Menezes Niebuhr considera que a contratação através de serviços técnicos profissionais especializados de natureza singular é complexa porque pode haver pluralidade de pessoas capazes de prestarem o serviço pretendido, faltando “critérios objetivos para cotejá-las”, onde se observa um grau de objetividade que inviabiliza a competição.

Nas palavras de Marçal Justen Filho,

Isso significa que cada prestação traduzirá um elemento subjetivo, decorrente da função de “intermediação” (entre conhecimento teórico e solução prática) desenvolvida pelo prestador do serviço. Cada prestador do serviço desenvolverá atuação peculiar, inconfundível, reflexo de sua criatividade – criatividade essa que é precisamente o que a Administração busca. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 281)

Nestas situações em que se observa que existem inúmeras pessoas que poderiam desempenhar a mesma atividade científica, técnica, Celso Antônio Bandeira de Mello, ressalta que cada um faria conforme seus próprios juízos, critérios, interpretações e conclusões, porém tais juízos influenciam diretamente na conclusão do trabalho e automaticamente a maior ou menor satisfação do interesse público. Portanto, não é indiferente se essas várias pessoas realizarem os serviços. (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 545).

Marçal Justen Filho reforça esta teoria de que, mesmo havendo pluralidade de possíveis particulares a serem contratados, recaiam sobre a situação de inexigibilidade de licitação, com os seguintes argumentos:

Em primeiro reside na impossibilidade de contrapor pura e simples discordância subjetiva às soluções legislativas consagradas. Se o art. 25 da Lei de Licitações acolheu determinado conceito de *inviabilidade de competição*, não é facultado ao intérprete recusar validade e obrigatoriedade à norma legislativa – especialmente quando o argumento utilizado para combater a disciplina legislativa é o da divergência opinativa. A discordância do intérprete não pode superpor-se à determinação legislativa. Aliás, se assim não o fosse, ter-se-ia a frustração do cunho de obrigatoriedade do Direito, especialmente porque cada intérprete pode professar a sua própria opção acerca da Lei. Portanto, as determinações legislativas vigoram e obrigam mesmo *contra* a vontade e opinião do intérprete.

Em segundo lugar, a interpretação extraída do art. 25 revela a atribuição de uma margem de discricionariedade para a Administração Pública realizar determinadas contratações. Ora, competências discricionárias são da essência da atividade administrativa e sua configuração não envolve o comprometimento da segurança jurídica. É evidente que discricionariedade não se confunde com arbitrariedade. A discricionariedade consiste numa autonomia de escolha exercitada sob a égide da Lei e nos limites do Direito. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 288-289)

É natural que nestas situações a seleção do contratado deve ser obrigatoriamente feita entre os “sujeitos de reconhecida competência na matéria”. Porém acaba recaindo na seleção de profissional ou empresa que despertem ao ente da Administração a convicção de que ele [é o mais apto a desempenhar tal serviço e melhor atender as necessidades da Administração Pública. Nestes casos não há

como fugir do componente subjetivo desta contratação. (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 545-546)

Neste sentido, Joel Menezes Niebuhr considera que aqui os profissionais que se pretende contratar não disputam entre si, inviabilizando a competição, porém o seu fundamento é que a subjetividade dos serviços a serem prestados, impede um julgamento objetivo. (NIEBUHR, 2008, p.303-304)

Bandeira de Mello ao citar Lúcia Valle Figueiredo, desembargadora Federal aposentada do TRF da 3ª Região, frisa que “se há dois, ou mais, altamente capacitados, mas com qualidades peculiares, lícito é, à Administração, exercer seu critério discricionário para realizar a escolha mais compatível com seus desideratos”. (VALLE FIGUEIREDO *apud*, BANDEIRA DE MELLO 2009, p. 546)

Vale ressaltar a possibilidade ou não de elencar para serviços de notória especialização aqueles não integrantes dos elencados no artigo 13 da Lei 8.666/93.

Segundo Joel de Menezes Niebuhr, a inexigibilidade se dá em casos de inviabilidade de competição então, se houver serviços não elencados neste artigo 13, se observadas a inviabilidade de competição não estariam sujeitos a obrigatoriedade de licitação. (NIEBUHR, 2008, p. 290-291)

Corroborando com este argumento, observa-se que na parte final do inciso II do artigo 25 da Lei de Licitações, há expressa vedação de inexigibilidade em serviços de publicidade e divulgação. “Dessa maneira, é de presumir que o artigo 13 da mesma Lei tenha enunciado tais serviços, uma vez que, em hipótese contrária, não haveria a mínima utilidade em tecer a aludida ressalva, proibindo a inexigibilidade para a contratação deles. (NIEBUHR, 2008, p. 291)

Portanto, observando isto se tem a possibilidade do inciso II do artigo 25 da Lei de Licitações se aplicarem aos casos de softwares. Porém vale diferenciar as situações em que poderia se encontrar os softwares.

Existem alguns casos em que se a empresa licencia o uso de software¹⁹, presta serviço de manutenção e treinamento; e aqueles em que a empresa desenvolve o software.

¹⁹ Lei 9609/98. Art. 9º O uso de programa de computador no País será objeto de contrato de licença.

Nos casos de venda ou aluguel de software se a Administração necessitar de determinado programa de computador de propriedade de uma empresa “X”, se verificaria a justificativa baseada nos incisos I e II do artigo 25 da Lei 8.666/93, pois a Administração Pública necessitaria de um produto de exclusividade da empresa que o desenvolveu, porém este produto pode também ser de natureza singular, pois isto caracterizaria mais a inviabilidade de competição.

Outra situação que se poderia visualizar, seria quando um software é desenvolvido para um ente Público “A” por uma empresa “X”. Então, em visita a este ente Público “A”, outro ente da Administração “B”, observa que este software desenvolvido por “X”, será a solução para seus problemas internos e solicita este software.

A lei dar a propriedade do software para “A”, e este alegar ser de sua propriedade por ser desenvolvido especificamente para “A”, este software foi totalmente desenvolvido por “X”, que possui também direito sobre este software, pois existe cláusula estipulando tal propriedade no contrato assinado pelas entidades em questão²⁰ e quem possui os profissionais especializados e conhecimento para trabalhar com este software é a empresa “A”.

Todos os órgãos públicos, por mais parecidos que sejam, possuem suas singularidades. Esses entes Públicos “A” e “B” podem inclusive ser duas Câmaras de Vereadores, porém cada uma delas terá alguma singularidade, nem que seja para adequar todas as informações já existentes anteriores a implantação do software e transmitir para ele.

O órgão público “A” não conseguirá sanar os problemas de “B” ao ceder o software através de convênio, pois o software não se adequaria com facilidade.

A cessão de direitos sobre o software está regular, não devendo ensejar nenhuma cobrança pecuniária entre eles, porém quem irá implantar este software, treinar os funcionários de “B”, disponibilizar novas atualizações, bem como quem irá

² 20

É importante salientar que a legislação contempla as empresas que desenvolvem software para algum órgão público nos casos de haver estipulação em contrário, como no caso do contrato de prestação de serviço prever que o software será da empresa contratante. Segue o artigo 4º da Lei 9609/98:

Art. 4º **Salvo estipulação em contrário**, pertencerão exclusivamente ao empregador, contratante de serviços ou órgão público, os direitos relativos ao programa de computador, desenvolvido e elaborado durante a vigência de contrato ou de vínculo estatutário, expressamente destinado à pesquisa e desenvolvimento, ou em que a atividade do empregado, contratado de serviço ou servidor seja prevista, ou ainda, que decorra da própria natureza dos encargos concernentes a esses vínculos. (grifo nosso)

dar manutenção em eventuais problemas que possam ocorrer? Como observado, “A” não possui este conhecimento e sim a empresa “X”.

Neste caso, far-se-ia necessária a contratação da empresa “X” por inexigibilidade, através dos incisos I e II do artigo 25 da Lei de Licitações, pois só ela saberá (notória especialização) e poderá (exclusividade de fornecedor) alterar no software para realizar a implantação deste, bem como treinar os funcionários da Administração Pública e dar a manutenção deste programa de computador.

Por fim, existem os casos de desenvolvimento de software. Estes casos não se encaixam nas previsões do artigo 25 incisos I, justamente porque, os casos de exclusividade de fornecedores aplicam-se, como visto, a produtos com singularidades e, neste caso, o produto nem foi desenvolvido ainda. Não se licitaria sobre um software de propriedade exclusiva de determinado produtor, pois este ainda será desenvolvido.

Nestes casos, não se aplica a inexigibilidade de licitação, justamente porque está se desenvolvendo um software novo e dever-se-ia possibilitar a todos os interessados que completem as exigências de um edital pré-lançado, a desenvolverem este determinado software, ou seja, qualquer interessado que se achar competente e cumprir as exigências do edital, para desenvolver este software, poderá participar deste certame licitatório. Vale lembrar que existem punições para aquele que é contratado pela Administração Pública e não cumpre com seu dever. Estas punições estão previstas nos artigos de 81 a 88 no capítulo IV, Das Sanções Administrativas e Tutela Judicial, elencados na Lei de Licitações.

Porém, poderia os casos de desenvolvimento de softwares se encaixarem no inciso II do artigo 25 da Lei 8.666/93. Como supracitado, por mais que possam existir várias empresas para desenvolver determinado software, cada um desenvolverá conforme as suas interpretações e, isto poderá gerar a não satisfação completa da Administração Pública.

Estes casos são bem mais complicados que os casos supracitados de manutenção de um software de propriedade daquela empresa, bem como de um software já pronto que atende por completo as necessidades da Administração Pública, pois nos casos de desenvolvimento de software fica caracterizado um alto grau de subjetividade para a seleção do contratado.

As funcionalidades dos softwares são bastante amplas e, diferente é, quando o software já existe e já se sabe os diferenciais que aquele possui perante aos outros, que justificaria a inexigibilidade.

Aqui o software ainda não existe e a configuração de que este deve ser desenvolvido sem que se utilize da licitação pública para a sua contratação fica prejudicada. Deve-se ter muito cuidado nestas situações porque se poderia desvirtuar a natureza da contratação administrativa, onde a regra é a exigibilidade de licitações, portanto estas contratações devem se submeter ao procedimento da licitação pública.

3.3 Estudo de Caso

O caso em tese aqui fará uma abordagem em vários pontos explicitados neste trabalho. Trata-se de uma contratação de Software por inexigibilidade.

A ALESC - Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina contratou através de licitação a empresa VH Informática LTDA. há muitos anos para desenvolver um software para acompanhamento legislativo.

A empresa VH Informática já possuía anos de experiência nesta área de desenvolvimento de softwares para a área legislativa.

Este software desenvolvido pela empresa VH Informática LTDA, foi denominado PROCLEGIS – Sistema de Acompanhamento Legislativo. Basicamente as funcionalidades deste software têm o intuito de permitir as Assembléias Legislativas e Câmaras Municipais o total controle sobre o processo de tramitação de matérias.

O PROCLEGIS localiza as proposições, sendo estas, desde um ofício do governador, até projeto de lei ou decreto lei, ou seja, todos os tipos de proposições que pode haver em uma casa legislativa.

Após localizar estas proposições que podem ter diversas origens como vindas do governador, associação de moradores, presidente do tribunal de Justiça; são encaminhadas para os diversos setores da casa legislativa, tais como

comissões parlamentares, comissão de justiça e comissão de agricultura, por exemplo.

Em seguida, após este tramite nas comissões Parlamentares, ela chega na pauta do dia, para sua devida votação em Plenário, gerando assim sua aprovação ou rejeição. Se aprovado, segue para sanção do Governador e posteriormente para publicação no Diário da Assembléia Legislativa ou Diário Oficial.

Retornando ao Estudo de Caso, a ALBA - Assembléia Legislativa da Bahia não possuía nenhum software coordenar este trâmite das suas proposições e ficou interessada no software que a Assembléia Legislativa de Santa Catarina possuía. Assim solicitou através de um convênio, ou Termo de Cooperação Técnica, como foi chamado (ANEXO A – Termo de cooperação Técnica entre as Assembléias Legislativas dos estados de Santa Catarina e Bahia), onde a Assembléia de Santa Catarina cede os direitos do Software PROCLEGIS para a Assembléia da Bahia.

Este termo de cooperação técnica está de acordo com os preceitos dos convênios firmados entre os órgãos públicos, ou afins, em que não se pode cobrar prestação pecuniária. A Assembléia Legislativa de Santa Catarina, também proprietária dos códigos fontes do software PROCLEGIS, então cedeu o software para a ALBA.

Porém, a ALESC não possui a capacitação técnica para utilizar os códigos fontes do referido software e disponibilizar para utilização da ALBA.

Este trabalho de disponibilizar o software para a Assembléia da Bahia requer alto grau de especialização, e quem possui este conhecimento sobre o software é a empresa VH Informática, empresa privada que, para realização de tal serviço cobraria prestação pecuniária.

Além de levar o software para a casa legislativa baiana, deve-se customizar o software para as peculiaridades desta casa. Um exemplo simples deste tipo de peculiaridade é o fato de colocar no software, menção à Assembléia da Bahia e não de Santa Catarina. Essas alterações devem ser feitas nos códigos fontes do software.

Além da implantação e da customização, deve-se proporcionar também um treinamento aos funcionários da Assembléia baiana para que eles se adaptem ao software e também se deve fazer manutenção no software, para mantê-lo sempre

atualizado, ou vir a corrigir eventuais erros, bem como sanar quaisquer dúvidas que possam vir a ter estes funcionários. Estes serviços também seriam disponibilizados pela empresa VH.

Desta forma, foi requerida, pela Assembléia Legislativa da Bahia, a contratação da empresa VH Informática pelo instituto da inexigibilidade para prestar os serviços de implantação, customização, manutenção, configuração e treinamento do sistema.

Como se observa no parecer final nº 288 – 354, do processo nº 3525/2005 – AP 1543/2005, formulado pelo Sub-Procurador Geral da Assembléia da Bahia, o Sr. João Carlos P. Pinheiro (ANEXO B – Parecer final da ALBA do processo de contratação):

Por solicitação da Diretoria de Tecnologia da Informação desta Assembléia Legislativa, foram encaminhados os presentes autos a esta Procuradoria Geral para exame da possibilidade de contratação de empresa especializada para realizar serviços de instalação, configuração, customização, treinamento e manutenção do software denominado Proclegis – Sistema de Acompanhamento do Processo Legislativo.

Compulsando os documentos carreados, bem como o processo em apenso, tombando sob o nº1543/2005, o referido programa foi desenvolvido para a Assembléia Legislativa de Santa Catarina, sendo, portanto, de sua propriedade, constante às fls. 06/10, foi concedido o uso do sistema para acompanhamento do processo legislativo a esta Assembléia Legislativa.

Antes de formular este parecer, a ALBA solicitou à ALESC um documento para comprovação de que foi a VH quem desenvolveu o software Proclegis para a Assembléia de Santa Catarina, bem como uma declaração da própria VH, informando que é a responsável técnica pelo seu desenvolvimento. (ANEXO C – Atestado da ALESC e Declaração da VH Informática).

Além deste documento foi solicitado também o registro do Software no INPI (Instituto Nacional de Propriedade Intelectual) pela VH demonstrando ser proprietária do software, apesar de este registro ser facultativo (ANEXO D – Atestado do INPI) e uma declaração da Assespro (Associação das empresas de processamento de dados), em que esta associação informa que a VH Informática é fornecedora exclusiva do software Proclegis (ANEXO E – Atestado da Assespro).

Fica clara aqui a intenção da ALBA de caracterizar a contratação da empresa em tese, pelo instituto da inexigibilidade, justificando esta ser fornecedora exclusiva do software Proclegis. .

Então o Sub-procurador da ALBA, trata da questão da exclusividade de fornecedor e já faz menção também aos serviços técnicos profissionais especializados:

Como ressaltado pelo Senhor Diretor de Tecnologia da Informação, a implantação de tal sistema é de alto grau de complexidade, demandando uma equipe técnica com quadro ampliado e altamente qualificado. Assim sendo, adequada se faz a contratação da empresa VH INFORMÁTICA LTDA, diretamente responsável pelo desenvolvimento do programa.

Com efeito, possibilita a Lei nº 9.433/2005 que se realize contratação direta de empresas, por inexigibilidade de licitação, quando a contratada prestar serviço de caráter exclusivo estando vedada a preferência de Marca. Desta forma reza o art. 60²¹, Inc. I e seu § 1º.

Aqui a Lei Estadual Baiana nº 9.433/2005, porém verifica-se que o artigo 60 desta Lei, o qual é citado, basicamente traz o que já está tipificado no artigo 25 da Lei de Licitações, onde trata da exclusividade de fornecedor e da inviabilidade de competição, onde ao invés deste artigo poderia ser fundamentado o parecer pelo *caput* do artigo 25 e seu inciso I.

Em seguida o Sub-Procurador Geral da ALBA faz menção a esta Lei que permite a contratação por inexigibilidade quando a concorrência entre as empresas forem inviáveis ou inexistentes, pois o serviço ou bem é fornecido por uma empresa apenas caracterizando a exclusividade.

Para fundamentar seu parecer, João Carlos P. Pinheiro cita Hely Lopes Meirelles:

Assim, no art. 25 refere-se genericamente à inviabilidade de competição (...) e, em especial, aos casos em que o fornecedor é exclusivo (inc. I), e em que o contratado é o único que reúne as condições necessárias à plena satisfação do objeto do contrato (incs. II e III).

Em todos esses casos a licitação é inexigível em razão da impossibilidade jurídica de se instaurar competição entre eventuais interessados, pois não

²¹ Art. 60 – É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I – para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidas pro produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca;

(...)

§ 1º - Considera-se produtor, empresa, representante comercial ou revendedor exclusivo aquele que seja o único a explorar a atividade no âmbito nacional, para os limites de concorrência e tomada de preços, e no do Estado, para o limite de convite, 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, quando seja o caso ou pelas entidades de classe equivalente.

se pode pretender melhor proposta quando apenas um é proprietário do bem desejado pelo Poder Público ou reconhecidamente capaz de atender às exigências da administração no que concerne realização do objeto do contrato. (MEIRELLES, 2005, p. 287)

Em seguida, no parecer, Pinheiro salienta que a ALBA teria que implantar o sistema, porém, por se tratar de empresa proprietária deste software, somente esta poderia prestar tal serviço. Ele cita novamente Meirelles, que diferencia a exclusividade industrial da comercial, onde esta é a exclusividade dos vendedores e representantes e aquela, dos produtores privativos do país.

No caso em tela, se verifica uma situação que inviabiliza uma licitação para manutenção, implantação, treinamento, customização e configuração, de um software de propriedade dela. Somente a empresa proprietária do software poderia autorizar alguém a fazer tais serviços, sob pena das previsões do artigo 12²² da Lei 9609/98.

A empresa VH Informática possui seu software registrado no INPI, e, portanto, já fica caracterizada como software de sua propriedade (apesar de não precisar ser registrado o software para se ter os direitos sobre o ele, como cita o artigo 2º § 3º ²³ da Lei 9609/98), pois no contrato de desenvolvimento do software foi

²² Lei 9609/98 - Art. 12. Violar direitos de autor de programa de computador:

Pena - Detenção de seis meses a dois anos ou multa.

§ 1º Se a violação consistir na reprodução, por qualquer meio, de programa de computador, no todo ou em parte, para fins de comércio, sem autorização expressa do autor ou de quem o represente:

Pena - Reclusão de um a quatro anos e multa.

§ 2º Na mesma pena do parágrafo anterior incorre quem vende, expõe à venda, introduz no País, adquire, oculta ou tem em depósito, para fins de comércio, original ou cópia de programa de computador, produzido com violação de direito autoral.

§ 3º Nos crimes previstos neste artigo, somente se procede mediante queixa, salvo:

I - quando praticados em prejuízo de entidade de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo poder público;

II - quando, em decorrência de ato delituoso, resultar sonegação fiscal, perda de arrecadação tributária ou prática de quaisquer dos crimes contra a ordem tributária ou contra as relações de consumo.

§ 4º No caso do inciso II do parágrafo anterior, a exigibilidade do tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, processar-se-á independentemente de representação.

²³ Art. 2º O regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador é o conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no País, observado o disposto nesta Lei.

(...)

§ 3º A proteção aos direitos de que trata esta Lei independe de registro.

estipulado que a VH seria a proprietária do software, porém a Assembléia também alega que o software é de sua propriedade.

João Carlos justifica em seu parecer que se faz necessária a contratação da referida empresa justamente para proteger os códigos fontes do software em tese.

Enfim não poderia faltar para comprovar a inexigibilidade de licitação, a comprovação de atestados que comprovem que a VH é fornecedora exclusiva do software Proclegis.

Como já relacionado anteriormente, foram demonstrados atestados tanto da Assembléia Legislativa de Santa Catarina, que comprovam que esta empresa desenvolveu serviços de manutenção corretiva e adaptativa deste software com notória capacidade técnica, bem como declaração da ASSESPRO, associação patronal onde somente são associadas empresas que comercializam software. Visto esta exigência ser fundamental para comprovação da exclusividade de fornecedor.

Resta comprovada a exclusividade do produto para a empresa VH Informática, sendo que, João Carlos Pinheiro, fundamenta com as seguintes palavras do Mestre Diógenes Gasparini, fazendo referência ao inciso I do artigo 25 da Lei de Licitações:

Acertada a praça, a comprovação da exclusividade deve ser exigida pela Administração Pública beneficiada por dita circunstância. Essa prova deve ser feita por documento hábil, isto é, que dê certeza à alegada exclusividade. O documento pode ser um atestado fornecido pelo órgão do registro do comércio (Junta Comercial) do local em que se realizará a licitação, a obra ou o serviço. Esse atestado também pode ser expedido pelo sindicato, federação ou confederação patronal a que pertence o fornecedor ou, ainda, por entidade equivalente. Se, porém, nada disso for possível, cremos bastar uma declaração daquele que se pretende contratar, exarada sob as penas da lei, na qual reste afirmado que seu signatário é produtor, empresa ou representante comercial exclusivo na localidade considerada. (GASPARINI, 2009, p. 555)

Aqui parece ser um resumo da questão da comprovação da exclusividade de fornecedor, porém no final do pensamento de Diógenes Gasparini, acredita-se ser um pouco subjetivo demais se aceitar uma simples declaração de quem se pretende contratar. Apesar de a Administração ser também co-responsável pelo procedimento formal da inexigibilidade, por mais que diferente do processo licitatório, ainda sim deve seguir uma formalidade.

Ao abrir um precedente autorizando uma simples declaração da própria empresa a ser contratada, seria muito simples burlar o processo licitatório. Não se pode esquecer das palavras de Joel de Menezes Niebuhr, já citadas, no sentido de que a regra é realizar o processo licitatório, enquanto a contratação direta é a exceção.

Ao se autorizar este tipo de declaração do próprio contratado, este poderia ir contra o princípio da isonomia e se poderia deixar de lado o interesse maior da Administração ao realizar as contratações, o de buscar a proposta mais vantajosa para a Administração, visto que qualquer um poderia, para conduzir a sua contratação, produzir uma declaração dúbia da sua exclusividade.

Apesar disto, no caso em tese, buscou-se comprovar a exclusividade com a sociedade patronal, situação esta já abordada e defendida por juristas como Marçal Justen Filho e Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, e trazida no inciso I do artigo 25 da Lei de Licitações, em que faz menção a “entidades equivalentes”.

Caberia agora fazer uma análise na questão da redação legal do inciso I do artigo 25 da Lei 8.666/93, limitando a exclusividade de fornecedor apenas para aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros e estaria legalmente amparada a contratação de serviços.

Joel de Menezes Niebuhr e Marçal Justen Filho, afirmam que a exclusividade de fornecedor pode ser aplicada aos serviços também. O próprio texto legal não faz referência a compras e é errôneo afirmar que o inciso I trata das questões de compra de bens e o inciso II trata dos serviços. Isto ocorre porque o primeiro inciso trabalha a questão da exclusividade de fornecedor, enquanto o segundo, dos serviços profissionais técnicos especializados.

No caso do inciso primeiro, como supracitado, trata-se de exclusividade de fornecedor, e não se pode esquecer do que se trata o *caput* do artigo 25, que é a inviabilidade de competição.

Portanto, se os serviços de fornecedor exclusivo ensejarem a inviabilidade de competição, não há porque afastar esta possibilidade.

É esta linha de pensamento de Diógenes Gasparini que é citada no parecer do Sub-Procurador da ALBA:

Caberia perguntar: nessa hipótese só se enquadra a aquisição de bens? A resposta é positiva. Contudo. É certo, pelo menos em relação a serviços, que se pode ter situações em que determinados serviços são prestados por um único empresário. A inexigibilidade, no entanto, não será com base no inciso I, mas no *caput* do art. 25 do Estatuto Federal Licitatório. Assim há de ser, já que esse inciso só prevê a hipótese para a aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros (bens de modo geral) que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo. Nada prescreve em relação a serviços. Destarte, se não incluirmos no *caput* a contratação de serviços, quando somente um empresário pode prestá-los, a licitação será imprescindível, o que é um absurdo, e se a fundarmos no inciso I, ela será ilegal, pois estaríamos ampliando a hipótese de inexigibilidade. (GASPARINI, 2009, p. 556)

O parecer é favorável a contratação da empresa VH Informática Ltda. pelo instituto da inexigibilidade de licitação, com base no artigo 60 da Lei Estadual 9.433/2005, estando amparado também, apesar de não ser citada no parecer, no artigo 25 inciso I da Lei de Licitações.

Há outras formalidades além das previstas no parecer que devem ser observadas.

Após o parecer favorável, foi solicitada a contratação para o presidente da ALBA, fazendo referência a este parecer. Logo após esta solicitação foi redigido um contrato entre a ALBA e a empresa VH Informática Ltda. (ANEXO F – Contrato entre ALBA e a VH Informática LTDA).

Enfim, após o contrato assinado, foi publicado em Diário Oficial da Bahia na folha 41, o resumo da Inexigibilidade de Licitação nº 054/2005. (ANEXO G – Publicação em Diário Oficial do resumo da Inexigibilidade de Licitação).

É essencial que se faça a publicação da inexigibilidade, para que todos tenham acesso, obedecendo assim, o Princípio da Publicidade.

Por fim, observa-se que a contratação da empresa VH INFORMÁTICA LTDA. foi realizada dentro de todas as formalidades referentes a inexigibilidade de licitação e respeitando a legislação vigente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O advento da Lei 8.666/93 veio à regular as contratações realizadas pela Administração Pública. Essa legislação impôs inúmeras formalidades às quais as contratações públicas devem se submeter, chamando estes procedimentos de licitações públicas.

As licitações públicas têm por objetivo, como supracitado, realizar as contratações públicas, buscando a satisfação do interesse público. É através das arrecadações de impostos e outras contribuições que o Estado recebe sua verba para poderem realizar as contratações de bens e serviços, buscando a satisfação do interesse público.

Existem alguns tipos de licitações: convite, concorrência, tomada de preços, pregão (eletrônico e presencial), leilão e concurso. Cada um destes tipos de licitações possuem suas peculiaridades.

Algumas das principais características das licitações públicas são de realizar suas contratações observando, além de princípios da isonomia e legalidade, ou seja, tratar todos os interessados de forma igualitária e respeitando uma legislação vigente, o princípio da impessoalidade, vendando qualquer tipo de preferência dos agentes responsáveis pelas contratações, assim observando o maior dos objetivos das licitações, que é a busca pela realização do interesse público.

Então, a regra para as contratações públicas é a realização da licitação pública. Porém, observa-se então que existe a exceção a esta regra que seria as possibilidades de contratação direta observadas na legislação.

A inexigibilidade de licitações é uma das exceções a obrigatoriedade de licitações públicas. O *caput* do artigo 25 da Lei de Licitações trata da inexigibilidade de licitações, onde se utiliza desta forma de contratação quando observada a

inviabilidade de competição, ou seja, quando a licitação pública se vê desnecessária, pois apenas uma empresa se tornaria vencedora do certame, tornando-o ineficaz e injustificado.

Observou-se então atentamente os incisos I e II do artigo 25 da Lei de Licitações, onde trata das contratações por inexigibilidade por fornecedor exclusivo, bem como os serviços de notória especialização.

Cabe ressaltar aqui que o inciso I não trata apenas da aquisição de bens, mas também de serviços que possuam fornecedor exclusivo, enquanto o inciso II trata dos serviços profissionais técnicos especializados.

Os softwares por sua vez se fazem presentes, cada vez mais na sociedade, auxiliando o acesso a informação, bem como a agilidade nas tarefas e dos controles de empresas e órgãos públicos. Esta era da tecnologia em que vivemos hoje em dia se encaminha para estes tipos de evoluções, onde se otimiza ao máximo o tempo das pessoas e o software é um dos caminhos para esta otimização e melhor aproveitamento da hora de trabalho dos funcionários de uma forma geral.

Como visto neste estudo, a inexigibilidade deve ser tratada de forma diferenciada nos casos de venda, manutenção e desenvolvimento de softwares.

Observou-se no estudo que não seriam razoáveis contratar, por inexigibilidade, os casos de desenvolvimento de software, enquanto os casos de manutenção e venda de softwares poderiam, estando assegurados pelos incisos I e II do art. 25 da Lei de Licitações.

Porém, para realizar essas contratações, como supracitado, a Administração Pública deve cumprir algumas formalidades exigidas, como a apresentação e comprovação de fornecedor exclusivo e a publicidade da inexigibilidade.

Esses procedimentos, mesmo sendo menos formais que os utilizados nas licitações públicas, são fundamentais para a contratação através da inexigibilidade, pois como muito tratado neste estudo, a regra em contratações públicas é a obrigatoriedade de licitação, enquanto a contratação direta é a exceção.

Nos casos do inciso I deve-se comprovar a exclusividade de fornecedor no objeto a ser contratado e no inciso II a comprovação da notoriedade e especialização dos serviços a serem prestados.

Para tais comprovações, deve a Administração Pública observar atentamente o objeto a ser contratado, para fundamentar a inexigibilidade e a inviabilidade de competição. Deve-se também observar o princípio da publicidade visando que todos possam ter acesso a esta contratação, pois facilitaria a fraude da licitação, através da contratação por inexigibilidade e dificultaria o acesso a este processo.

Como a inexigibilidade se trata de uma exceção, não podem os operadores da Administração Pública, utilizar deste instituto para burlar o processo licitatório e contratar conforme suas preferências, visto que as contratações públicas devem respeitar o princípio da impessoalidade.

Quem realiza a fiscalização deste tipo de contratação é o Tribunal de Contas, onde atua de forma rigorosa nos casos de inexigibilidade, justamente por esta possuir um caráter também subjetivo, ensejando uma grau de discricionariedade do Administrador responsável pela análise deste processo.

O interesse maior nas contratações públicas, como já frisado, é a satisfação dos interesses da sociedade e é com este pensamento que os Administradores devem realizar as contratações para o Estado. Não podem os administradores públicos agir de má fé e aproveitar destes dispositivos legais para, injustificadamente, contratar por inexigibilidade e imporem suas vontades pessoais frente aos interesses da Administração Pública.

Portanto, apesar dos serviços de manutenção e venda de softwares poderem se enquadrar nos casos previstos por lei de inexigibilidade, estes devem respeitar todas as formalidades necessárias para comprovar a inviabilidade de competição do objeto a ser contratado, pois não se pode deixar de lado um dos princípios norteadores das contratações administrativas, que é o princípio da isonomia.

A Administração não pode e não deve, de forma alguma, agir para beneficiar um ente privado interessado em contratar com a Administração, até pelo

seu caráter impessoal e de agir sempre pensando na satisfação da coletividade, não só nos casos de inexigibilidade, mas das licitações públicas de uma forma geral.

Inclusive, uma sugestão seria aumentarem as sanções para as situações em que a contratação se dá de forma não isonômica e quando os interesses particulares prevalecem aos públicos, pois hoje, observa-se essa distorção dos valores públicos pelos privados, ou seja, valores meramente comerciais que visam o lucro.

Ao tratar com mais rigor estas irregularidades nas licitações públicas, o Administrador Público, com certeza, pensaria duas vezes antes de distorcer estes valores públicos.

REFERÊNCIAS

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35ª Ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____. **Contrato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1999.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11ª ed. São Paulo: Dialética, 2005.

_____. **Teoria Geral das concessões dos serviços públicos**. São Paulo: Dialética, 2003.

CARLIN, Volnei Ivo. **Direito Administrativo: Doutrina, jurisprudência e Direito Comparado**. Florianópolis: OAB/SC, 2005.

TÁCITO, Caio. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 21. Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GAZIERO CELLA, José Renato, **Contrato Administrativo: Equilíbrio Econômico-Financeiro**. Curitiba: Juruá, 2004.

MUKAI, Toshio, **Licitações e contratos públicos**. 8ª Ed. rev. e atual. São Paulo – Saraiva, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

NIEBUHR, Joel de Menzes. **Dispensa e Inexigibilidade de Licitação pública**. 2. Ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 18ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação Direta Sem Licitação**. 7ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

GUERRA, Ana Cervigni; ALVES, Ângela Maria. **Aquisição de produtos e serviços de software**. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

WIKIPÉDIA. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Software>. Acesso em 14 de junho de 2009.

ABES. Disponível em: <http://www.abes.org.br/templ1.aspx?id=40&sub=40>. Acesso em 14 de junho de 2009.

Luiz Antonio Xavier dos Santos. A proteção jurídica do software, com ênfase em patente: Os conflitos, interesses e alternativas. Elaborado em 02.2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10312>. Acesso em 14 de junho de 2009.

WIKIPÉDIA. Disponível em:
http://pt.wikipedia.org/wiki/Desenvolvimento_de_software. Acesso em 14 de junho de 2009.

WIKIPÉDIA. Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Manuten%C3%A7%C3%A3o_de_software. Acesso em 14 de junho de 2009.

WIKIPÉDIA. Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Licen%C3%A7a_de_uso. Acesso em 14 de junho de 2009.

ANEXOS

ANEXO A – Termo de cooperação Técnica entre as Assembléias Legislativas dos estados de Santa Catarina e Bahia

ANEXO B – Parecer final da ALBA do processo de contratação

ANEXO C – Atestado da ALESC e Declaração da VH Informática

ANEXO D – Atestado do INPI

ANEXO E – Atestado da ASSESPRO

ANEXO F – Contrato entre ALBA e a VH Informática LTDA

ANEXO G – Publicação em Diário Oficial do resumo da Inexigibilidade de Licitação