<https://www.agu.gov.br/atos/detalhe/204373>

**CONJUR-MTE Pareceres**

Compartilhamento: [](http://www.facebook.com/share.php?u=http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/204373)[](http://twitter.com/home?status=CONJUR-MTE%20Pareceres+http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/204373)

PARECER/CONJUR/MTE/Nº 015 /2009
Processo nº 46130.000397/2008-11

EMENTA: Análise jurídica dos textos das minutas do Edital do Pregão Eletrônico e do Termo de Contrato que tem por objeto a contratação de empresa especializada para serviços de renovação e manutenção das licenças dos softwares, além de suporte técnico, incluindo as manutenções preventivas e corretivas dos equipamentos na área de informática. Preliminarmente para o cumprimento das recomendações.

Trata-se de solicitação encaminhada a esta Consultoria Jurídica, nos termos do art. 11 da Lei Complementar nº 73, de 1993 (Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União) c/c o parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666, de 1993 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos) na qual requer análise jurídica da legalidade dos textos das minutas do Edital do Pregão Eletrônico e do Termo de Contrato.

2. O "Pregão Eletrônico tem por objeto, a Contratação de empresa especializa para renovação e manutenção das licenças dos softwares que compõem a solução de VPN e Segurança do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), além de suporte técnico, incluindo as manutenções preventivas e corretivas dos equipamentos pelo período de 24 (vinte e quatro) meses, conforme especificação constante do Termo de Referência (Anexo) I), parte inseparável deste Pregão Eletrônico".

3. Conforme o Termo de Referência para a contratação observa-se que:

a) através do "Contrato Administrativo nº 14/07 foi adquirida a solução integrada de VPN (virtual Private Network) e Firewall, baseada em hardware e software, expirado em 29 de dezembro de 2008";

b) os serviços objetivam "manter os equipamentos em perfeito funcionamento e os softwares atualizados para prover o acesso aos serviços internos do MTE tais como: Intranet, Correio-eletrônico, Seguro Desemprego, CAGED, SFIT (sistema de fiscalização) e outros.

c) Das Licenças:
1 - A licitante deverá garantir as atualizações do produto e o seu correto funcionamento;

2 ¿ Entende-se por manutenção das licenças, a prestação de serviços, que visa manter a cópia do software adquirido atualizada, através do fornecimento de novas versões, alterações ou melhorias (patches), atualizações de release e reparo de defeitos, assim que disponibilizados pelo fornecedor.

d) Dos Equipamentos:
1 ¿ Manutenção preventiva: limpeza e verificação das partes elétricas, mecânicas, chassi, cabos e conectores, inclusive do meio de transmissão de dados e cabos de conexão aos demais equipamentos instalados no nó de comunicações;

2 ¿ Manutenção corretiva: destinada a remover os defeitos apresentados pelos equipamentos e softwares da solução compreendendo, nesse caso, a substituição de peças, correção de configurações e falhas, ajustes e reparos necessários conservando-os com suas características originais, sem acréscimo do preço ofertado pela Contratada".

4. De acordo com o descrito acima, o objeto contratual não é o aluguel e a utilização de programas de informática, conforme enquadrado no inciso IV, do art. 57, da Lei nº 8.666, de 1993, pois não há nos autos nenhuma referência a aluguel de equipamentos ou de softwares, mas a prestação de serviços na manutenção das licenças e de equipamentos de informática.

5. A locação diz respeito ao custo da máquina a ser utilizada, hipótese prevista no inciso IV, que fixa o prazo limite em 48 meses, enquanto que a prestação de serviços de manutenção se refere ao custo da mão-de-obra empregada, podendo ser prorrogado pelo prazo máximo de 60 meses. São hipóteses diferentes, no entanto. No inciso II, a prorrogação deriva da natureza continuada do serviço, enquanto o inciso IV, de aluguel de equipamentos, ambos os arts. da Lei nº 8.666, de 1993.

6. A vigência contratual fixadas no Termo de Referência, no Edital de Licitação e no Termo de Contrato não encontra amparo no inciso IV do art. 57, da Lei nº 8.666, de 1993, por se tratar especificamente de contrato de locação de equipamento. O aluguel de equipamentos e a utilização de programas de informática podem ser pactuados por prazo de até quarenta e oito meses. A regra se justifica porque a Administração pode não ter interesse na aquisição definitiva de tais bens ou direitos. A rapidez na obsolescência é usual, nesse campo.

7. O cerne da questão reside na caracterização ou não se os serviços de renovação e manutenção das licenças dos softwares, além de suporte técnico, incluindo as manutenções preventivas e corretivas dos equipamentos na área de informática se enquadrariam no conceito dos serviços de natureza continuada, conforme estabelecido pela Instrução Normativa nº 02, de 2008 e no Decreto 2.271, de 1997.

8. A Instrução Normativa nº 02, de 30 de abril de 2008, que disciplina a contratação de serviços continuados ou não, os definem como:

"SERVIÇOS CONTINUADOS são aqueles cuja interrupção possa comprometer a continuidade das atividades da Administração e cuja necessidade de contratação deva estender-se por mais de um exercício financeiro e continuamente".

9. A definição de serviços continuados tem entendimento uniforme na doutrina, conforme se verifica nos ensinamentos dos seguintes doutrinadores, in verbis:

1. Jessé Torres Pereira Junior, entende que a execução continuada é "aquela cuja falta paralisa ou retarda o serviço, de sorte a comprometer a correspondente função estatal ou paraestatal" (Comentários à Lei de Licitações e Contratações, 4ª edição, p. 397);e

2. Marçal Justen Filho, por seu turno, afirma que "a continuidade do serviço retrata, na verdade, a permanência da necessidade pública a ser satisfeita, ou seja, o dispositivo abrange os serviços destinados a atender necessidades públicas permanentes, cujo atendimento não exaure prestação semelhante no futuro" (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 6ª edição, p. 499).

10. No caso específico, analisaremos a pertinência da aplicação da permissão contida no art. 57, II, da Lei nº 8.666, de 1993, tendo em vista que este instrumento legal não conceitua nem discrimina os serviços de execução contínua.

11. O Tribunal de Contas da União já pacificou a sua jurisprudência no sentido da observância do inciso II do art. 57, da Lei nº 8.666, de 1993, de que ao firmar e prorrogar contratos, de forma a somente se enquadrar como serviços contínuos contratos cujos objetos correspondam a obrigações de fazer e a necessidades permanentes (Decisão nº 1382/2003 ¿ Plenário).

12. Também o Tribunal de Contas da União tem entendido que o enquadramento dos serviços de natureza contínua passa pelo crivo da Administração, conforme in verbis:

"A doutrina qualifica como serviço continuado todo aquele destinado a atender necessidades públicas permanentes e cuja paralisação acarrete prejuízos ao andamento das atividades do órgão. A relação constante do § 1º do art. 1º do Decreto nº 2.271/97 não é exaustiva cabendo ao administrador, diante do caso concreto, enquadrar o serviço como continuado ou não".(Acórdão 1382/2003 ¿ Primeira Câmara)

13. Portanto, conforme a jurisprudência do Tribunal de Contas da União cabe a Administração definir quais são os seus serviços contínuos, pois o que é contínuo para determinado órgão ou entidade pode não ser para outros. Nos casos de serviços continuados, o Administrador não possui o arbítrio para celebrar ou não o contrato, para realizar ou não o serviço. Sua atuação está vinculada à necessidade da Administração em manter o órgão funcionando da melhor maneira possível.

14. Verifica-se nos autos a pesquisa de preços de mercado junto a uma única empresa do ramo do objeto a ser licitado, objetivando dispor de estimativa do valor da contratação, bem como para possibilitar a autoridade competente decidir sobre a vantajosidade e a economicidade para a Administração da contratação que se pretende levar a efeito, assim também para posterior verificação da aceitabilidade da menor oferta apresentada com os preços praticados no referido mercado por ocasião do julgamento das propostas, em conformidade com o que estabelece o art. 43, inciso IV da Lei de Licitações (fls. 10/24).

15. A Lei nº 8.666, de 1993, estabelece em seu art. 7º, § 2º, inciso II, que as obras e os serviços somente poderão ser licitados quando existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários. Enquanto o inciso II, § 2º, do art. 40 da mesma Lei determina que se constitui anexo do Edital de Licitação, dele fazendo parte integrante: o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários, conforme determina a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, in verbis:

"Planilha de custos ¿ deve considerar o preço de mercado (Acórdão nº 1.753/2004)
TCU determinou: "observar o disposto nos arts. 7º, § 2º. inciso II, 8º, 40, inciso X, 43, inciso IV, 48, inciso II, da Lei nº 8.666, de 1993, quanto à necessidade da disponibilização de orçamento, em seus editais de licitação, que espelhem a realidade dos valores praticados no mercado e nos quais reste claro o valor máximo a ser aceito pela Administração para as obras e serviços a serem contratados, a fim de propiciar um julgamento objetivo, em estrita vinculação aos instrumentos convocatórios".

"Planilha de custos - pesquisa (Acórdão n° 584/1997 ¿ 1ª Câmara)
TCU determinou:"...III) Estimar, sempre os custos envolvidos para possibilitar que a administração preveja quanto vai desembolsar para pagar os serviços ou compras, de acordo com o inc. II do §2º do art. 7º da Lei 8666/93; (...) ...XVI) realizar pesquisas de mercado que permitam à Administração ter noção dos preços praticados na iniciativa privada, de acordo com o inc. IV do art. 43 e com o inc. III do art. 48 da Lei 8666/93:"

"Planilha de custos ¿ dever da Administração (Acórdão nº 1.656/2003 ¿ Plenário)
TCU recomendou:"...elabore ¿ previamente à realização de licitações, em qualquer modalidade, ou de contratações diretas, mediante inexigibilidade ou dispensa de licitação ¿ orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os custos unitários dos serviços pretendidos, sob pena de nulidade dos atos e contratos realizados, conforme determina a Lei 8.666/93, em seu art. 7º. § 2º, inciso II, c/c §§ 6º e 9º..."

16. Neste mesmo sentido temos o inciso XII do art. 15 da Instrução Normativa nº 02, de 2008, dispondo que o Termo de Referência deverá conter:

"XII ¿ o custo estimado da contratação, o valor máximo global e mensal estabelecido em decorrência da identificação dos elementos que compõem o preço dos serviços, definido da seguinte forma:

a) por meio de preenchimento da planilha de custos e formação de preços, observados os custos dos itens referentes ao serviço, podendo ser motivadamente dispensada naquelas contratações em que a natureza do seu objeto torne inviável ou desnecessário o detalhamento dos custos para a aferição da exeqüibilidade dos preços; e

b) por meio de fundamentada pesquisa dos preços praticados no mercado em contratações similares; ou ainda por meio da adoção de valores constantes de indicadores setoriais, tabelas de fabricantes, valores oficiais de referência, tarifas públicas ou outros equivalentes, se for o caso".

17. Evidencia, no caso, a inadequação da pesquisa que balizou o orçamento estimativo, haja vista que a coleta de preços foi realizada junto a uma única empresa, a TRUE ACCESS CONSULTING S/A., que cotou o valor de R$ 546.000,00 (quinhentos e quarenta e seis mil reais), o que se mostra insuficiente para demonstrar os valores praticados no mercado, além de ir de encontro com a jurisprudência do Tribunal de Contras da União, in verbis:

"Pesquisa de preços ¿ verificação em pelo menos duas empresas (Decisão nº 690/1997 ¿ Plenário)
TCU determinou: "...na execução de despesas, efetue, previamente à homologação do certame licitatório, pesquisa de preços no mercado, verificando em pelo menos duas outras empresas do ramo pertinente ao objeto licitado, se os preços propostos são compatíveis com os praticados no mercado, nas mesmas condições de pagamento e de entrega, adotando providências no sentido de coibir a combinação prévia de preços e a prática de conluio entre os participantes". (Vide-mécum de Licitações e Contratos. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes. pág. 681)

18. O procedimento licitatório não foi instaurado por autorização da autoridade competente do Ministério do Trabalho e Emprego, com vista à contratação de empresa especializada para serviços de renovação e manutenção das licenças dos softwares, além de suporte técnico, incluindo as manutenções preventivas e corretivas de equipamentos na área de informática, nos termos do art. 38 da Lei nº 8.666, de 1993 (fl. 01).

19. Propõe-se que se faça a adequação do Termo de Referência, no que couber, as disposições da Instrução Normativa nº 02, de 30 de abril de 2008, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que dispõe sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não.

20. Vale ressaltar que a área técnica deve se pronunciar especificamente no Termo de Referência se a natureza do serviço é ou não continuada, conforme jurisprudência do Tribunal de Contas da União e determinação do art. 15 "f", da referida Instrução Normativa. No caso de serviço continuado sejam observados principalmente os arts. 37 a 41 e incluir na Minuta de Contrato cláusula concernente a repactuação contratual para serviços continuados sem disponibilização de mão-de-obra.

21. Por todo o exposto, sugere-se o retorno a Subsecretaria de Planejamento, Orçamento e Administração para conhecimento do teor deste Parecer e adoção de providências de sua alçada, devendo retornar, posteriormente, a esta Consultoria Jurídica para os fins do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 1993.

É o parecer que submetemos à consideração superior.

Brasília, 19 de janeiro de 2009.

JASSON NUNES DINIZ
Advogado da União

De acordo. À consideração do Senhor Consultor Jurídico.

Brasília, 19 de janeiro de 2009.