



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE CANOAS
Secretaria Municipal de Licitações e Contratos - Diretoria Jurídica

Parecer Jurídico SMLC/DJ nº 237/2023

Ementa: Contratação da Fundação Municipal de Tecnologia da Informação e Comunicação de Canoas – CANOASTEC. Prestação de serviços técnicos especializados em gestão de Tecnologia da Informação e Comunicação para a Prefeitura Municipal de Canoas. Secretaria Municipal de Administração e Planejamento – SMAP. Dispensa de licitação. Artigo 24, XVI, da Lei nº. 8.666/93. Parecer favorável **com condicionantes**.

I. RELATÓRIO.

1. Cuida-se de processo administrativo protocolado no sistema SEI sob o nº 23.0.000013888-6, que visa à contratação direta da Fundação Municipal de Tecnologia da Informação e Comunicação - CANOASTEC, por dispensa de licitação (art. 24, XVI, Lei nº 8.666/93), para que preste serviços técnicos especializados em gestão de Tecnologia da Informação e Comunicação para Prefeitura Municipal de Canoas, compreendendo serviços de sustentação e manutenção de Sistemas de Informação e de Infraestrutura de TI, abrangendo gestão e sustentação da Datacenter e da Rede de Comunicação da Prefeitura de Canoas, bem como Suporte Técnico e serviços de assessoria e consultoria especializada, gerenciamento e execução de ações no desenvolvimento de sistemas.
2. No caso em tela, vem a Secretaria Municipal de Administração e Planejamento requerer a contratação em tela, motivo pelo qual aportam os autos nesta Diretoria Jurídica para análise, nos termos do parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/93.
3. Entre os principais documentos que ora instruem o processo, destacam-se: (i) Proposta CanoasTec_e_PMCassinado (0103600); (ii) Justificativa (0104344); (iii) Pedido e Autorização (0104955); (iv) Ata 38/2023 JOA (0105762); (v) Notas de Reserva Orçamentária (0106036, 0106041, 0106045 e 0106050); e (vi) Minuta de contrato para formalização da avença (0108198).
4. Segundo consta na justificativa da ilustríssima Secretária de Administração e Planejamento, trata-se de expediente com a finalidade de substituir o atual contrato nº 60/2022, firmado entre o Município e a CANOASTEC. Isso porque, segundo consta, *a Prefeitura Municipal de Canoas, por intermédio da Secretaria Municipal de Administração e Planejamento solicitou à Fundação Municipal de Tecnologia da Informação e Comunicação de Canoas a responsabilidade de gestão, manutenção corretiva, adaptativa e evolutiva, sustentação e desenvolvimento dos referidos sistemas, que suportam os principais serviços e atendem as necessidades do Município de Canoas/RS, incluindo o Poder Executivo e suas autarquias, bem como o Poder Legislativo.*



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE CANOAS
Secretaria Municipal de Licitações e Contratos - Diretoria Jurídica

5. Constam, ainda, no bojo da justificativa, dados acerca da discriminação dos serviços a serem prestados, bem como a importância destes para o Município, passando pela demonstração de vantajosidade e dotações orçamentárias que farão frente às despesas a serem empenhadas e, posteriormente, liquidadas. Por economia processual, remete-se o interlocutor à leitura da íntegra do documento “Justificativa (0104344)”.

6. É o breve relatório. Passa-se à análise jurídica.

II. DA ABRANGÊNCIA DA ANÁLISE JURÍDICA.

7. Consigne-se que a presente análise considerará tão somente os aspectos estritamente jurídicos da questão trazida ao exame desta Diretoria Jurídica, partindo-se da premissa básica de que, ao propor a solução administrativa ora analisada, o administrador público se certificou quanto às possibilidades orçamentárias, financeiras, organizacionais e administrativas, levando em consideração as análises econômicas e sociais de sua competência.

8. Isso porque, nos termos da Lei nº 6.627/2023, que dispõe sobre a estrutura, organização e funcionamento do Poder Executivo Municipal de Canoas, compete à Secretaria Municipal de Licitações e Contratos, entre outras atribuições, proceder com o assessoramento jurídico em questões de licitações e contratações em geral:

Art. 11. As competências das Secretarias de Natureza Instrumental compreendem: (...)

(...)

c) compete à Secretaria Municipal de Licitações e Contratos (SMLC):

(...)

*2. planejar, dirigir, executar, controlar e assessorar, material, técnica e **juridicamente**, todas as fases e procedimentos de formação e execução do processo licitatório e dos procedimentos de seleção e formação de parcerias da administração direta; (grifei)*

9. Desta feita, verifica-se que a atividade dos procuradores e assessores jurídicos atuantes junto à Secretaria Municipal de Licitações e Contratos – assim como ocorre com a atividade advocatícia de maneira geral – se limita à análise da compatibilidade jurídica da matéria trazida a exame, sem prejuízo de, eventualmente, sugerir soluções vislumbradas por esta unidade de assessoramento jurídico, que devem ser objeto de consideração por parte do gestor, que detém, no entanto, a palavra final sobre a implementação de políticas públicas no âmbito municipal, nos limites do seu juízo de mérito.

10. Por oportuno, destaque-se que o exposto supra não impede que este órgão de assessoramento jurídico veicule recomendações até mesmo sobre questões de mérito administrativo, ou seja, inseridos no âmbito do juízo de conveniência e oportunidade do gestor. Nesses casos, contudo, o gestor possui liberdade para, justificando sua opção, agir como melhor lhe aprouver, uma vez que, ao fim e ao cabo, não pode a Diretoria Jurídica se imiscuir no papel do próprio gestor. Nesse sentido, a BPC nº 7 do Manual de Boas Práticas Consultivas da AGU:



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE CANOAS
Secretaria Municipal de Licitações e Contratos - Diretoria Jurídica

BPC nº 7. A manifestação consultiva que adentrar questão jurídica com potencial de significativo reflexo em aspecto técnico deve conter justificativa da necessidade de fazê-lo, evitando-se posicionamentos conclusivos sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, podendo-se, porém, sobre estes emitir opinião ou formular recomendações, desde que enfatizando o caráter discricionário de seu acatamento.

11. Outrossim, ressalte-se que a presente análise jurídica abordará a questão à luz da Lei nº 8.666/93, já que, em análise ao processo, parece ter sido este o diploma legal escolhido pelo administrador para a formalização da avença - conforme se depreende do teor da Justificativa da SMAP, da Minuta Contratual e do Termo de Dispensa de Licitação -, tratando-se de conduta legítima, nos termos do art. 191 da Lei nº 14.133/2021.

III. DA ANÁLISE JURÍDICA.

A) DA HIPÓTESE LEGAL DE CONTRAÇÃO POR DISPENSA DE LICITAÇÃO PELO ART. 24, XVI, DA LEI 8.666/93.

12. É notório que as contratações públicas se subordinam ao regime das licitações e possui raiz constitucional, como preconizado no inciso XXI do art. 37 da Carta Magna¹.

13. A matéria foi regulamentada pela Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993), a qual excepcionou a regra da licitação em duas espécies de procedimentos: a) dispensa de licitação (art. 24) e b) inexigibilidade de licitação (art.25).

14. Das hipóteses de excepcionalidade à aplicação da regra da licitação, encontramos, no art. 24, hipótese que autoriza o afastamento da licitação na contratação de entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criada para o fim específico para o qual está sendo contratada. *In verbis:*

Lei nº 8.666/93

Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

*XVI - para a impressão dos diários oficiais, de formulários padronizados de uso da administração, e de edições técnicas oficiais, bem como para **prestação de serviços de informática a pessoa jurídica de direito***

¹ 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.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE CANOAS
Secretaria Municipal de Licitações e Contratos - Diretoria Jurídica

público interno, por órgãos ou entidades que integrem a Administração Pública, criados para esse fim específico: (grifei)

15. Sobre o referido dispositivo, assim leciona Marçal Justen Filho²:

No tocante a serviços de informática, há questões que podem envolver sigilo, segurança e domínio de tecnologia como condições inafastáveis de realização do bem comum. Nesses casos, a eventual opção de atribuir autonomia formal aos órgãos prestadores de atividades estatais não resultará na obrigatoriedade de realizar licitação. Mas essa orientação não se aplica nos casos em que empresas estatais desenvolverem atividades no mercado ou em que não tiverem sido criadas especificamente para o fim de prestação de serviços à Administração.

16. Ainda no âmbito da doutrina, Rafael Oliveira explica as possibilidades de dispensa em que se poderá contratar entidades da administração pública. Pela extrema didática, colaciona-se na íntegra, em que pese grande parte não tratar de maneira específica da situação de dispensa ora analisada, mas que julgamos aplicável a lógica subjacente:

O diploma legal prevê três casos distintos de dispensa de licitação para contratações de entidades da Administração Pública.

Em primeiro lugar, de acordo com o art. 24, VIII, da Lei 8.666/1993,225 é dispensável a licitação para contratação, por pessoas jurídicas de direito público, de bens ou serviços oriundos de entidade integrante da Administração Pública, criada para esse fim específico em data anterior à vigência da Lei de Licitações, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.

A presente hipótese de dispensa merece algumas considerações relevantes. Inicialmente, é importante frisar que a dispensa abrange as contratações realizadas por “pessoa jurídica de direito público interno”, ou seja, União, Estados, DF, Municípios, bem como as suas respectivas autarquias e fundações estatais de direito público. A norma não engloba as contratações realizadas por entidades administrativas de direito privado (empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e as fundações estatais de direito privado).

Há divergência doutrinária em relação ao alcance dessa dispensa, notadamente no tocante à interpretação da expressão “órgão ou entidade que integre a Administração Pública”. Existem dois entendimentos sobre o assunto:

a)primeira interpretação: a dispensa somente será possível se as entidades administrativas contratadas integrarem a mesma Administração Pública do Ente público contratante. Nesse sentido: Marcos Juruena Villela Souto, José dos Santos Carvalho Filho e Maria Sylvia Zanella Di Pietro;

b)segunda interpretação: a dispensa é aplicável para contratação de entidades administrativas, ainda que integrantes da Administração Pública de outro Ente federado. Nesse sentido: Marçal Justen Filho.

² JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 16. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 450/451.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE CANOAS
Secretaria Municipal de Licitações e Contratos - Diretoria Jurídica

Entendemos que a razão está com a primeira corrente que admite a dispensa apenas no caso de contratação de entidade administrativa da Administração do Ente contratante. As razões podem ser assim resumidas: (i) as entidades administrativas são instituídas para atenderem aos interesses do respectivo Ente Federado, e não dos demais Entes; (ii) a dispensa justifica-se pela própria descentralização administrativa, pois a instituição de entidades administrativas tem o objetivo de especializar funções dentro de determinado Ente Federado, que se beneficiaria, inclusive como destinatário, do serviço prestado pela entidade; (iii) a inaplicabilidade da dispensa nas contratações de entidades de níveis federativos diversos prestigia a regra constitucional da licitação, pois a pessoa de direito público deveria licitar para celebrar seus contratos. Exemplos: o Município poderia se valer dessa modalidade de dispensa para contratar diretamente entidade administrativa municipal a ele vinculada, mas não poderia dispensar a licitação nas contratações com entidades estaduais ou federais.

É vedada, todavia, a contratação por pessoa de direito público de empresas estatais exploradoras de atividades econômicas, ainda que integrantes da sua estrutura administrativa, sob pena de se admitir tratamento privilegiado para essas estatais econômicas em detrimento das demais empresas privadas. O art. 173, § 1.º, II, da CRFB não admite, em regra, tratamento diferenciado entre as estatais econômicas e as demais empresas privadas que atuam no mercado concorrencial. Seria inconstitucional, portanto, admitir a dispensa para contratação de estatais econômicas e não admitir a dispensa para as demais empresas. Nos dois casos, a licitação deve ser prestigiada.

Ademais, a norma em comento exige que a entidade administrativa contratada tenha sido criada antes da Lei 8.666/1993, o que gera também divergências na doutrina:

a)primeiro entendimento: a contratação direta, a partir da interpretação literal da norma, abrange exclusivamente as contratações de entidades criadas até a promulgação da Lei 8.666/1993. Nesse sentido, por exemplo: José dos Santos Carvalho Filho, Ivan Barbosa Rigolin e Jessé Torres Pereira Junior;

b)segundo entendimento: a dispensa pode alcançar as entidades administrativas instituídas após o advento da Lei 8.666/1993. Essa é a opinião de Marcos Juruena Villela Souto.

Concordamos com a segunda interpretação. A distinção a partir da data de instituição da entidade administrativa (antes ou depois da Lei 8.666/1993) é completamente despropositada e viola o princípio da razoabilidade. Isto porque a data de instituição, no caso, não modifica a essência, nem a finalidade das entidades que integram a Administração, sendo ilógico admitir que o Ente federado crie tais entidades e não possa se beneficiar diretamente (sem licitação) dos serviços por elas prestados. Aliás, é importante lembrar que os serviços descentralizados permanecem sob a titularidade do respectivo Ente federado, uma vez que a descentralização envolve apenas a transferência da execução da atividade administrativa.

(...)

O segundo caso de dispensa de licitação para contratação de pessoas administrativas situa-se no art. 24, XVI, da Lei 8.666/1993. De acordo com a norma legal em comento, a licitação é dispensável para contratação por pessoas de direito público de entidades administrativas para impressão dos diários oficiais, de formulários padronizados de uso da administração, de edições técnicas oficiais, bem como para prestação de serviços de informática. (grifei)



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE CANOAS
Secretaria Municipal de Licitações e Contratos - Diretoria Jurídica

17. Frise-se, conforme consta no dispositivo legal e corroborado pela melhor doutrina, que o principal requisito para reconhecimento de tal hipótese de dispensa de licitação é ter sido a entidade criada para o fim específico de prestar tais serviços ao Poder Público, bem como, de acordo com a corrente majoritária, a entidade fazer parte da estrutura administrativa do ente federativo que está realizando a dispensa, o que é, nitidamente, o caso dos autos.

18. Nessa esteira, confira-se o que dispõe o art. 7º da Lei nº 5.627/2011, que autorizou a criação da Fundação que se pretende contratar:

Art. 7º. A CANOASTEC tem por objeto a execução e a prestação de serviços de informática, telemática, teleanformática, telecomunicações, desenvolvimento e inovação, bem como de assessoramento técnico aos órgãos da Administração Direta e da Administração Indireta do Município de Canoas, preferencialmente, e a outros órgãos e outras entidades públicas ou privadas. (Redação dada pela Lei nº 6223/2018) (grifei)

19. É de se destacar, outrossim, o disposto no art. 7º do Decreto Municipal 865/2011, que aprovou o estatuto da CANOASTEC:

Art. 7º A CANOASTEC tem a finalidade de assessorar o Poder Executivo Municipal e gerenciar as atividades relacionadas à tecnologia de informação e comunicação, garantindo a disponibilidade das ferramentas tecnológicas pertinentes e assessorando nos processos de inclusão digital e de melhoria da infraestrutura de tecnologia de informação e comunicação no Município. (grifei)

20. Impende destacar, ainda, a natureza jurídica da entidade a ser contratada, já que não se trata de empresa pública, tampouco sociedade de economia mista, espécies de entidades que, em regra, exercem atividade empresarial com finalidade de lucro, o que poderia se levar a crer que a contratação de entes tais estaria vedada por meio de dispensa de licitação com fulcro no art. 24, XVI, ante a atuação em mercado concorrencial (situação análoga às contratações do SERPRO e da DATAPREV, empresas públicas da União).

21. No caso da CANOASTEC, em que pese o âmbito da atuação exercida, notoriamente voltado à execução de serviços de tecnologia da informação, exerce atividade sem fins lucrativos, conforme se extrai do art. 2º do Decreto 865/2011:

Art. 2º A CANOASTEC é entidade jurídica sem fins lucrativos, de interesse coletivo e de utilidade pública, com autonomia administrativa, gerencial, patrimonial, orçamentária e financeira, com prazo de duração indeterminado, que integra a Administração Indireta do Município, ficando sujeita ao regime jurídico próprio das entidades privadas de assistência sem fins lucrativos, quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas, tributárias, fiscais e previdenciárias, observadas as regras da Lei nº 5.627, de 2011. (grifei)



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE CANOAS
Secretaria Municipal de Licitações e Contratos - Diretoria Jurídica

22. Por fim, importante destacar que o TCU já se debruçou sobre a possibilidade de contratação de entidades integrantes da administração indireta (como é o caso da CANOASTEC) pelas pessoas jurídicas de direito público interno (como é o caso dos entes políticos, incluindo-se aí, por óbvio, os municípios, nos termos do art. 41, III, do Código Civil Brasileiro), gerando precedente plenamente aplicável ao caso, sobretudo por se tratar de contratação de pessoa jurídica para prestação de serviços de informática. Confira-se:

A contratação de serviços de informática, com dispensa de licitação prevista no art. 24, inciso XVI, da Lei 8.666/1993, deve preencher os seguintes requisitos: a contratante deve ser pessoa jurídica de direito público interno, a contratada deve integrar a Administração Pública e deve ter sido criada para o fim específico de prestar-lhe serviços. Acórdão 1591/2011-Plenário | Relator: AUGUSTO SHERMAN

23. No âmbito da doutrina, cite-se novamente o escólio de Justen Filho³, em interpretação a *contrario sensu*:

“Portanto, a exigência de fim específico é essencial para a incidência da dispensa de licitação. A contratação direta não pode ser adotada quando a empresa estatal não é destinada ao fim específico de prestar serviços ou fornecer bens à pessoa de direito público que deles necessita.” (grifei)

24. Logo, entende-se que, diante do que consta na lei que autorizou sua criação, bem como do decreto que aprovou o seu estatuto, além do disposto na legislação que rege a matéria e dos precedentes dos Tribunais de Contas, **enquadra-se a CANOASTEC como apta a ser contratada por meio de dispensa de licitação com fulcro no art. 24, XVI, da Lei nº 8.666/93.**

B) DA ANÁLISE DA MINUTA CONTRATUAL

25. Seja pelo valor da contratação pretendida ou mesmo pela própria natureza do objeto, é certo que, em observância à norma do art. 62 da Lei nº 8.666/93, a utilização do termo de contrato é medida que se impõe, afastando-se o uso de instrumentos análogos. Assim, passa-se à análise do instrumento contratual.

26. De início, verifica-se que, em linhas gerais, o instrumento contratual contém as cláusulas necessárias elencadas no art. 55 da Lei nº 8.666/93, dispostas da seguinte forma ao longo da minuta:

- I – objeto e seus elementos característicos (Cláusula Primeira);
- II – o regime de execução ou a forma de fornecimento (Cláusula Segunda, item 2.2);
- III - o preço e as condições de pagamento (Cláusula Quarta), os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços (Cláusula Quarta, item 4.3);
- IV - os prazos de início de etapas de execução (Cláusula Segunda, item 2.3);

³ Op. cit. p. 425.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE CANOAS
Secretaria Municipal de Licitações e Contratos - Diretoria Jurídica

- V - o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica (Cláusula Décima);
- VI - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas (Cláusula Sexta, item 6.1.13);
- VII - os direitos e as responsabilidades das partes (Cláusulas Sexta e Sétima) , as penalidades cabíveis (Cláusula Nona) e os valores das multas (Cláusula Nona);
- VIII – os casos de rescisão (Cláusula Segunda, itens 2.4.1 a 2.4.2);
- IX - o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa (Cláusula Segunda, item 2.4.1);
- X - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor (Cláusula Segunda, item 2.1);
- XI - a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos (Cláusula Segunda, item 2.1 e Cláusula Décima Quarta, item 14.3); e
- XII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação (Cláusula Sexta, item 6.2.8).
27. Ultrapassada a questão das cláusulas obrigatórias, adentra-se ao conteúdo propriamente dito do contrato a ser firmado. Nesse ponto, necessárias algumas recomendações. De antemão, no entanto, esclarece-se que a Cláusula Terceira, ante o seu conteúdo estritamente técnico, não será objeto de análise por esta Diretoria Jurídica, **cabendo ao gestor competente atestar que os parâmetros ali expostos encontram respaldo na melhor técnica e nos princípios administrativos.**
28. No item 2.5, que trata da possibilidade de prorrogação, recomenda-se especificar que esta se dará na forma do **art. 57, inciso II, da Lei nº 8.666/93**, já que se trata de evidente serviço contínuo.
29. Referente à Cláusula Quarta, verifica-se que os itens 2.1 e 2.3 da tabela possuem como unidade de medida a HT, ou seja, Hora Técnica, conforme se verificou na proposta financeira do CANOASTEC. Diante disso, considerando o desconhecimento técnico por parte deste parecerista em relação ao objeto, **indaga-se de, de alguma forma, essa unidade de medida pode se considerar uma métrica semelhante a Unidade de Serviço Técnico – UST ou a Unidade de Medida de Serviços – UMS**, hipótese diante da qual deve ser observada a jurisprudência do TCU, de acordo com os precedentes a seguir:

Nas contratações para a prestação de serviços de tecnologia da informação (TI) , a utilização de métricas semelhantes a Unidade de Serviço Técnico (UST) e Unidade de Medida de Serviços (UMS) mostra-se inadequada para a remuneração de serviços que não geram resultados ou produtos aferíveis pelo ente público contratante, e não se coaduna ao disposto na Súmula TCU 269. Acórdão 916/2015-Plenário | Relator: AUGUSTO SHERMAN.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE CANOAS
Secretaria Municipal de Licitações e Contratos - Diretoria Jurídica

Os órgãos e as entidades da Administração Pública Federal devem evitar contratações de serviços de suporte contínuo de tecnologia da informação baseadas na métrica UST (Unidade de Serviços Técnicos), cujo mecanismo de faturamento leva em conta a quantidade de incidentes e problemas relatados por usuários do ente público contratante, uma vez que, quanto mais instável e imaturo o sistema, maior a intervenção da empresa contratada e, por consequência, sua remuneração, não havendo estímulo à melhoria da infraestrutura de TI e da qualidade dos serviços prestados. Acórdão 2502/2019-Plenário | Relator: ANA ARRAES

30. Assim, deve ser consignada nos autos **manifestação expressa do gestor competente acerca da indagação ora realizada.**

31. Referente ao item 4.3, sobre o índice de reajuste a ser adotado, recomenda-se que o gestor **verifique a conveniência e oportunidade de se adotar índice específico para contratações de tal jaez, qual seja, o ITI, apurado pelo IPEA.** De antemão, destaca-se que o Decreto Municipal 12/2013 autoriza a adoção de índices distintos do IPCA/IBGE (art. 20, §1º, do Decreto 12/2013).

32. Concernente à Cláusula Sexta, que trata das obrigações da contratada, sugerem-se importantes acréscimos, tendo em vista a natureza do objeto:

“6.2.11. Observar, em suas contratações com terceiros para fins de atender ao presente contrato, todos os princípios e regras licitatórias dispostos na legislação que rege a matéria.”;

“6.2.12. Envidar todos os esforços no sentido de adotar medidas que mitiguem eventuais dependências tecnológicas, buscando, sempre que possível, adoção de padrões tecnológicos comuns de mercado ou padrões abertos e da previsão de serviços e funcionalidades de migração.”;

“6.2.12.1. A Contratante poderá, sempre que julgar conveniente, demandar relatórios acerca das medidas tomadas para fins de atendimento ao disposto no item 6.2.12.”; e

“6.2.13. Adotar, como boa prática no âmbito de suas contratações com terceiros para fins de atendimento ao presente contrato, a observância dos preceitos da Instrução Normativa SGD/ME nº 01, de 04 de abril de 2019, quando se tratar de contratação com base na Lei nº 8.666/93, e da Instrução Normativa SGD/ME nº 94, de 23 de dezembro de 2022, quando se tratar de contratação com base na Lei nº 14.133/2021, ou outra que venha a lhe substituir.”

33. A razão de ser de cada cláusula recomendada supra será devidamente explicitada nas próximas linhas.

34. Quanto à sugerida cláusula 6.2.11, esta encontra supedâneo na necessidade de que a contratada observe, sempre que contratar com terceiros, todas as normas-regras e normas-princípios atinentes às contratações públicas, inclusive no que diz respeito às hipóteses de subcontratação e de



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE CANOAS
Secretaria Municipal de Licitações e Contratos - Diretoria Jurídica

terceirização de serviços, tendo em vista a responsabilidade do Município em decorrência de eventual descumprimento. Assim, entende-se que tal cláusula tem a finalidade de compelir o Canoastec, que possui personalidade jurídica própria e, assim, é responsável por suas próprias contratações, a observar a legislação que rege a matéria. Nesse sentido, importante registrar dois precedentes do TCU:

A subcontratação total do objeto, em que se evidencia a mera colocação de interposto entre a administração pública contratante e a empresa efetivamente executora (subcontratada), é irregularidade ensejadora de débito, o qual corresponde à diferença entre os pagamentos recebidos pela empresa contratada e os valores por ela pagos na subcontratação integral.

Acórdão 5472/2022-Segunda Câmara | Relator: ANTONIO ANASTASIA

DENÚNCIA. SERPRO. EMPRESA PÚBLICA FEDERAL. TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE-FIM. VIOLAÇÃO À EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL DA CONTRATAÇÃO DE PESSOAL MEDIANTE CONCURSO PÚBLICO. PROCEDÊNCIA DA DENÚNCIA. DETERMINAÇÕES. É inconstitucional a terceirização de atividades que integrem as atribuições finalísticas de órgão ou entidade da Administração Pública Federal, em razão da burla à exigência constitucional de admissão de servidores ou empregados mediante prévio concurso público. É ilegal a obtenção de contratos com a Administração Pública Federal, mediante o excepcional permissivo de dispensa de licitação (art. 24, XVI, da Lei 8.666/93), para posterior subcontratação do seu objeto com a iniciativa privada. Acórdão 341/2009 – Plenário Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES

35. A recomendada cláusula 6.2.12, por sua vez, justifica-se diante da natureza do objeto, ou seja, prestação de serviços de tecnologia da informação. Isso porque se trata de atividade que compreende, entre outras, fornecimento de sistemas sensíveis ao funcionamento da municipalidade, motivo pelo qual é salutar que tanto o município quanto a contratada envidem o máximo de esforços para evitar a chamada “dependência tecnológica” e caminhem em direção a um mercado de alta competitividade e aberto a novos entrantes no mercado de TI. Nesse sentido, excerto da paradigmática Decisão 1459/2002 do TCU, uma das primeiras a abordar a questão da dependência tecnológica:

*No que concerne às conclusões da Equipe, deve-se ressaltar a dependência crônica da Dataprev em relação à tecnologia Unisys, especialmente no que tange à necessidade de ser demonstrada de forma inequívoca a adequação dos equipamentos e programas contratados, como também dos preços praticados em relação ao mercado. De se destacar, como bem notou a Equipe de Auditoria, a **urgente necessidade de serem desenvolvidos planos estratégicos que possibilitem à Dataprev e, conseqüentemente, a todo o sistema de previdência social brasileiro por ela administrado, o atingimento de uma independência em relação a este ou aquele fornecedor de equipamentos e serviços essenciais à empresa.** (grifei)*

36. A cláusula 6.2.12.1, por seu turno, tem como finalidade permitir a fiscalização pelo Município de Canoas das atividades tomadas no sentido de dar concretude e operabilidade à cláusula anterior.

37. Por derradeiro, a cláusula 6.2.13 recomenda a adoção da Instrução Normativa SGD/ME 01/2019 e da Instrução Normativa SGD/ME 94/2022, conforme o caso, como boa prática a ser



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE CANOAS
Secretaria Municipal de Licitações e Contratos - Diretoria Jurídica

observada. Isso porque, como é consabido, as referidas INs são oriundas de diversos estudos advindos da SLTI/ME e da SGD/ME no sentido de conferir maior segurança às contratações de TI, congregando em seus textos, ainda, diversos acórdãos paradigmáticos do TCU e recomendações da AGU, as quais foram adaptadas ao formato de texto normativo, motivo pelo qual sua observância plena pode, s.m.j., trazer benefícios a qualquer ente federativo que a adotar.

38. Deve o administrador, portanto, **considerar a inclusão das cláusulas elencadas supra ou justificar o porquê de sua não inclusão.**

39. No que diz respeito à Cláusula Oitava (Da Fiscalização), **recomenda-se que o administrador estabeleça (ou justifique a ausência), como ferramenta de fiscalização, níveis mínimos de serviços, service level agreements, instrumentos de medição de resultados ou outro instrumento análogo,** a fim de pagar à contratada o que de fato foi prestado.

40. Destaque-se que **não se pode confundir a existência de penalidades a serem aplicadas com a adoção dos níveis mínimos de serviços, já que os dois institutos possuem naturezas jurídicas distintas (penalidade x efetiva contrapartida),** ficando afastada qualquer alegação de *bis in idem*. É que no primeiro caso tem-se a aplicação de sanções administrativas, com todo o contraditório e ampla defesa inerente ao procedimento, com a finalidade única de se punir a contratada por inobservância de deveres contratuais. No segundo caso (aplicação de níveis mínimos de serviços), contudo, o que há é o efetivo pagamento pelo serviço que fora prestado a menor (prestou x, recebeu x; prestou x-1, recebeu x-1), sem natureza de sanção e sem necessidade de procedimento próprio para tanto.

41. Na oportunidade, ilustra-se a importância de tal recomendação por meio de importantes precedentes do TCU:

*SÚMULA TCU 269: Nas contratações para a prestação de serviços de tecnologia da informação, a remuneração deve estar vinculada a resultados ou ao **atendimento de níveis de serviço**, admitindo-se o pagamento por hora trabalhada ou por posto de serviço somente quando as características do objeto não o permitirem, hipótese em que a excepcionalidade deve estar prévia e adequadamente justificada nos respectivos processos administrativos. Acórdão 485/2012-Plenário | Relator: AUGUSTO NARDES (grifei)*

*Na contratação de serviços de TI, é regular a adoção de modelos remuneratórios híbridos, em que o pagamento devido à contratada é fruto da quantidade de postos de trabalho ou de horas trabalhadas, mas também, **em qualquer dos casos, vinculado ao alcance de níveis de serviços previamente contratados e periodicamente mensurados.** Acórdão 1114/2021-Plenário | Relator: AUGUSTO SHERMAN (grifei)*

*Nas contratações de serviços de TI, **deve ser estabelecida remuneração vinculada a resultados ou ao atendimento de níveis de serviço**, de acordo com a sua natureza, sempre que a prestação do serviço objeto da contratação puder ser avaliada por determinada unidade quantitativa de serviço prestado, devendo, ainda, **tal forma de avaliação estar prevista no edital e no respectivo contrato e ser utilizada como um dos parâmetros de medição e aferição de resultados,** evitando-se a mera alocação de mão-de-obra e o*



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE CANOAS
Secretaria Municipal de Licitações e Contratos - Diretoria Jurídica

pagamento por hora-trabalhada ou por posto de serviço, em atenção aos princípios da economicidade e da eficiência. Acórdão 8327/2012-Segunda Câmara | Relator: JOSÉ JORGE (grifei)

42. Sublinhe-se, ainda, que o próprio Decreto Municipal nº 865/2011, que aprovou o estatuto da CANOASTEC, bem como a Lei nº 5627/2011, que autoriza a sua criação, preceituam - de maneira bem genérica, é bem verdade – a necessidade de se estabelecer “metas de desempenho” no âmbito das contratações com o Poder Público. Confira-se:

LEI 5.627/2011

*Art. 8º. A CANOASTEC celebrará contrato com os órgãos da Administração Direta e da Administração Indireta do Município de Canoas, com outros órgãos e outras entidades públicas ou privadas, tendo por finalidade a execução e a prestação de serviços de informática, telemática, teleinformática, telecomunicações, desenvolvimento e inovação, bem como de assessoramento técnico, com **fixação de objetivos e metas de desempenho a fim de se garantir a adequada supervisão, acompanhamento e fiscalização.** (Redação dada pela Lei nº 6223/2018) (grifei)*

DECRETO 865/2011

Art. 8º (...)

*Parágrafo Único. Os contratos celebrados entre a CANOASTEC e o Poder Público terão por finalidade a prestação de serviços na área de tecnologia da informação e comunicação, com **fixação de objetivos e metas de desempenho a fim de se garantir a adequada supervisão, acompanhamento e fiscalização.** (grifei)*

43. De igual modo, o inciso V do §1º do art. 8º da Lei nº 5627/2011 estabelece como cláusula obrigatória dos contratos firmados a *instituição de sistemas de acompanhamento e avaliação, com os critérios objetivos de avaliação de desempenho, **mediante indicadores de qualidade e produtividade.***

44. Assim, é imperioso se tomar providências ou consignar manifestação do gestor acerca do apontado supra.

45. Por fim, recomenda-se, pela natureza da contratada, **substituir todas as menções feitas no termo de contrato a “empresa” por “contratada”**, eis que a CANOASTEC não exerce atividade empresarial, nos termos do art. 966, *caput*, do Código Civil Brasileiro.

IV. DAS DEMAIS PROVIDÊNCIAS EM RELAÇÃO AO PROCEDIMENTO.

46. O art. 9º do Decreto Municipal nº 363/2022 assim versa:

Art. 9º Os Processos relativos às contratações tramitarão por meio do Sistema Eletrônico o qual deverá ser obrigatoriamente instruído pela Secretaria requisitante, no mínimo, com os seguintes documentos:

I - Justificativa;



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE CANOAS
Secretaria Municipal de Licitações e Contratos - Diretoria Jurídica

II - Aferição pública;

*III - **Termo de Referência**, Plano de Trabalho, Projeto Básico ou Executivo, conforme for o caso, devidamente assinados por servidor responsável técnico, chancelado pelo ordenador de despesas;*

IV - Estimativa de Valores através de Orçamentos, Planilha detalhada de valores e pesquisa de mercado;

V - Parecer técnico do órgão responsável pela Tecnologia da Informação e Comunicação, quando se tratar de aquisição de equipamentos e programas de informática;

VI - Legislação específica aplicável ao objeto, quando houver;

VII - Pedido e Autorização (PA) emitido pelo órgão requisitante;

VIII - Certidões de regularidade (Trabalhista, tributos federais, estaduais e municipais, FGTS), nos casos de dispensa, inexigibilidade e convênios;

*IX - **Declarações (modelos em anexo)**;*

X - Aprovação da JOA, quando necessária; (grifei)

47. De acordo com o rol acima colacionado, verifica-se que **o processo carece de Termo de Referência devidamente lavrado pela autoridade competente**, qual seja, a Secretária Municipal de Administração e Planejamento, o que deve ser providenciado, já que se trata de contratação originária, e não prorrogação. Nesse ponto, destaque-se trecho da FAQ do Tribunal de Contas da União⁴ sobre Termo de Referência ou Projeto Básico, que assim dispõe:

“3. A elaboração de termo de referência ou projeto básico é obrigatória para toda contratação, independentemente da forma de seleção do fornecedor se dar por licitação, por contratação direta ou por adesão à ata de registro de preços.”

48. Outrossim, **verifica-se não constar dentre a documentação de habilitação da pretensa contratada a declaração a que alude o art. 7º, XXXIII, da Constituição Federal** (declaração de que não emprega menor de dezoito anos em trabalho noturno, perigoso ou insalubre e não emprega menor de dezesseis anos, ressalvado na condição de aprendiz a partir dos quatorze anos). Ressalte-se, sobre tal ponto, que, não obstante a Canoastec integrar a administração indireta do Município, trata-se de ente dotado de personalidade jurídica própria e, portanto, titular de relações jurídicas autônomas, motivo pelo qual não pode ser dispensada tal declaração.

49. Igualmente, a fim de evitar sobreposição de contratos, recomenda-se que a administração leve a cabo a rescisão que ora tramita no processo SEI 13968-8.

⁴ Disponível em <http://www.tcu.gov.br/arquivosrca/001.003.011.htm#Fund725-3>. Acessado em 03/07/2023.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE CANOAS
Secretaria Municipal de Licitações e Contratos - Diretoria Jurídica

50. Por fim, deve a administração atentar aos trâmites de praxe referentes à eficácia da contratação, nos termos do art. 26, *caput*, da Lei nº 8.666/93.

V. CONCLUSÃO.

51. Diante do exposto, considerando a justificativa apresentada pela Secretaria Municipal interessada, bem como a natureza do objeto a ser contratado pela via direta, e o atendimento ao que dispõe a legislação que rege a matéria, **opina-se pela viabilidade jurídica** da dispensa de licitação pretendida, com fulcro no art. 24, XVI, da Lei nº 8.666/93, **DESDE QUE atendidas (ou, caso contrário, devidamente justificadas) as recomendações consignadas nos itens 26, 27, 28, 30, 37, 38, 46, 47 e 48 deste opinativo.**

52. Por fim, destaque-se que, diante do juízo conclusivo exposto supra, não compete a esta Diretoria Jurídica avaliar o cumprimento das recomendações consignadas neste parecer, pois escapa à atividade jurídico-consultiva⁵. Contudo, havendo dúvida jurídica específica e em concreto, pode o administrador retornar os autos para análise da questão.

É o parecer. À unidade consulente.

Canoas, 03 de julho de 2023.

Rafael Pereira de Franco
Procurador do Município
Diretor Jurídico – SMLC
OAB/RJ 221.129 – Matrícula 125773

⁵ AGU. Manual de boas práticas consultivas. BPC 5. Ao Órgão Consultivo que em caso concreto haja exteriorizado juízo conclusivo de aprovação de minuta de edital ou contrato e tenha sugerido as alterações necessárias, não incumbe pronunciamento subsequente de verificação do cumprimento das recomendações consignadas.