



Monte Alegre-PA, 01.02.2017.

Parecer Jurídico
Processo Licitatório nº 004/2017 - INEXIGIBILIDADE

BREVE RELATÓRIO

Trata de procedimento de inexigibilidade de licitação enviado sem memorando a esta PJM pela Comissão Permanente de Licitação (CPL), para o fim de elaboração de parecer jurídico sobre a possibilidade de contratação direta com inexigibilidade de licitação, da empresa ASP -- Automação, serviços e Produtos de Informática Ltda, para o fornecimento de locação de software para gerenciamento da contabilidade pública da Secretaria Municipal de Saúde.

DA ANÁLISE JURÍDICA

O art. 37, XXI, da CF mitiga a obrigatoriedade de licitação para contratação de obras e serviços pela Administração, permitindo assim a chamada **contratação direta** nas hipóteses descritas na legislação.

A Lei nº 8.666/93 que estabelece normas gerais para sobre licitações e contratos administrativos no âmbito dos Poderes de todos os entes federativos, resume os casos de contratação direta em **dispensa e inexigibilidade**, consoante a presença das hipóteses pressupostos e requisitos legais prelecionados respectivamente nos arts. 17, 24 e 25.

- Da inexigibilidade de licitação

Caracteriza-se inexigibilidade de licitação por haver apenas um determinado objeto ou pessoa que atenda às necessidades da Administração. (Licitações e Contratos, Orientações e Jurisprudência do TCU, 4ª Edição – Revista, atualizada e ampliada (TCU e Senado Federal)

As possibilidades de inexigibilidade de licitação encontram previsão do art. 25 da Lei 8.666/93 abaixo transcrito:

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;



Estado do Pará
PREFEITURA MUNICIPAL DE MONTE ALEGRE

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 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.

- Inexigibilidade de licitação por inviabilidade de competição – Art. 25 caput da Lei 8.666/1993

A principal hipótese de inexigibilidade de licitação ocorre quando se mostra inviável a competição e, portanto, desnecessário o procedimento licitatório.

Assim, a inexistência de pluralidade de indivíduos aptos a se candidatarem ao contrato pretendido pela Administração faz surgir a mais pura forma de inviabilidade de competição, pelo que não seria razoável admitir que a Administração ver-se-ia obrigada a desenvolver todos os atos administrativos típicos do torneio licitatório se desde já é sabido a quem será deferida a contratação dado ser ele o único existente no mercado com possibilidade de atender ao chamamento.

Para Jessé Torres "as hipóteses dos incisos não têm autonomia conceitual; entender diversamente significa subordinar o caput do artigo a seus incisos, o que afronta regra palmar de hermenêutica; sendo, como devem ser, os incisos de um artigo subordinados à cabeça deste, a inexigibilidade de licitação materializa-se somente quando a competição for inviável. (Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública, 8ª. Ed, Renovar, p.342)

Com efeito, verificada tão só a inviabilidade de competição prevista expressamente no caput do dispositivo suso transcrito, autoriza o Administração contratar diretamente por inexigibilidade de licitação.

- Previsão para a contratação direta de serviços com inexigibilidade de licitação

Vale ressaltar que para a contratação de serviços não se deve aplicar a hipótese do inciso I acima transcrito, vez que, por sua literalidade, é destinada às compras em que o fornecedor, distribuidor ou produtor for único ou exclusivo. O que não significa dizer que em caso de haver necessidade de contratar um determinado serviço e este somente puder ser executado por um único prestador, a licitação seria obrigatória por falta de amparo legal.



Estado do Pará
PREFEITURA MUNICIPAL DE MONTE ALEGRE



Aqui se aplica perfeitamente os ensinamentos de Jessé Torres, supra transcrito, no sentido de que o inciso não se submete à cabeça do artigo, mas sim, o contrário. Logo, o que importa, e sempre será o relevante, é que o objeto a ser contratado seja fornecido ou prestado por quem é único. É desimportante o fato da exclusividade recair numa hipótese de compra ou de serviço.

É que se o objeto do contrato pretendido for um serviço, o enquadramento se dará na cabeça do artigo, e não no seu inciso I.

Essa é, inclusive, a orientação da Corte Federal de Contas: "Abstenha-se de realizar a contratação de serviços com fundamento no inciso I do art. 25 da Lei no 8.666/1993, já que este dispositivo é específico para a aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo. **Contrate serviços diretamente, por inexigibilidade de licitação, somente quando restar comprovada a inviabilidade de competição, em consonância com o disposto nos arts. 25 e 26 da Lei no 8.666/1993.** (Ac. 1096/2007 Plenário) (sem o grifo)

Ademais, na contratação de serviços – como no caso ora em análise – o objeto deve ter natureza singular, ser técnico especializado e o futuro contratado possuir notória especialização.

- Inviabilidade de competição absoluta e relativa

Também é válido ressaltar que ser único é diferente de ser exclusivo. Quando o fornecedor é único, a inviabilidade de competição é absoluta, ou seja, de fato não há outro disponível. Quando o fornecedor é exclusivo, existem outros que fornecem o objeto, mas por uma razão qualquer somente um está em condições e/ou tem autorização para fornecê-lo. Diz-se, pois, que a inexigibilidade é relativa.

Em ambas situações percebe-se a olhos vistos que a hipótese é de impossibilidade fática de haver competição.

Destarte, mesmo havendo outros competidores, é possível que o fornecimento esteja restrito a um determinado indivíduo, como nos casos de exclusividade territorial decorrente de representação comercial, em que o proprietário dos direitos de distribuição entrega uma faixa territorial a uma empresa credenciada, ou por qualquer outra razão.

- Análise do caso concreto

No caso sob exame, não consta dos autos do procedimento enviado a esta PJM dados que comprove que inexistem outros fornecedores do serviço a ser contratado (locação de software para arrecadação de tributos) capazes de atender as necessidades da Administração. Vale dizer: impossibilidade de competição ainda que relativa.

Inobstante, caso a Administração possa trazer tais dados aos autos do processo, por dever de ofício, e, sobretudo buscando assegurar que a contratação desse serviço técnico especializado



Estado do Pará
PREFEITURA MUNICIPAL DE MONTE ALEGRE

seja precedida das inarredáveis cautelas para a idônea satisfação da necessidade pública ora identificada, tornam-se judiciosas as seguintes ponderações:

- a) Sendo o serviço uma prestação que satisfaz uma obrigação de fazer, a exigência legal da clara e precisa definição do objeto e das condições contratuais (art. 55) que deverão ser consignadas em contrato administrativo formalizado por escrito, com vistas ao cumprimento das disposições legais vigorantes e da fiel execução do objeto;
- b) Respeitante a exigência contida no art. 111 do Estatuto das Licitações, cabe ressaltar que a Lei diz "contratar", subtende-se que no contrato fique tudo especificado, não sendo necessário falar-se em receber o serviço técnico especializado, pois a feitura dele já está submetida à cessão dos direitos patrimoniais fixados no contrato;
- c) É imperativo legal a manifestação da existência de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes do serviço a ser executado (art. 7º, § 2º, III);
- d) Não obstante tratar-se de serviço técnico especializado, e que por isso mesmo pode dificultar a comparação de valores monetários, é de cautela a adoção da providência expressa no inciso IV do art. 43 (conformidade com os preços do mercado), ou então, a manifestação por quem de direito de que o preço ajustado é compatível com o objeto pretendido, notadamente em razão da previsão legal explícita no § 2º do artigo 25;
- e) Ordena o artigo 26 que a situação de inexigibilidade, devidamente justificada, seja comunicada dentro de 03 (três) dias à autoridade superior, esta, se for o caso, promoverá a ratificação e a publicação do ato na imprensa oficial como condição de sua eficácia;
- f) Também, nos termos do parágrafo único do artigo 61, a publicação resumida do instrumento utilizado no prazo da Lei é condição indispensável para a sua eficácia.

CONCLUSÃO

Pelo exposto opina o advogado infra-assinado pela tomada da seguinte providência: juntar aos autos do procedimento dados que comprovem a inexistência de outros fornecedores, ante a impossibilidade de competição, ainda que relativa, para o fornecimento do serviço a ser contratado.

Uma vez tomada a providência acima indicada, opina favoravelmente à contratação direta por inexigibilidade de licitação da empresa ao norte mencionada.

É o parecer.


SALAZAR FONSECA JÚNIOR
Advogado OAB/PA nº 7014