



PREFEITURA MUNICIPAL DO ACARÁ
ESTADO DO PARÁ
PODER EXECUTIVO
PROCURADORIA MUNICIPAL



PARECER JURÍDICO Nº002/A/2021



Processo Administrativo nº 6/2021-00006

Responsável/Interessado (a): **Secretaria de Administração**

Assunto: Procedimento Licitatório.

Modalidade: Inexigibilidade de licitação – Contratação Direta (Art.25, caput da Lei 8.666/93).

RELATÓRIO

Trata-se de processo administrativo, encaminhado a esta Procuradoria Geral pela presidente da CPL, para exame da viabilidade da contratação direta de empresa especializada no fornecimento de licença de uso de sistema de informática para gestão pública para atender as necessidades da Secretaria Municipal de Assistência Social do Município do Acará/PA, com fundamento legal no art. 25, da Lei nº 8.666/93, pelo valor total estimado de R\$ 26.400,00 (vinte e seis mil e quatrocentos reais).

Instruem o expediente administrativo os seguintes documentos: solicitação de despesa N.20210104027, Termo de referência, propostas de preços, nona e oitava alteração d contrato social da empresa “ASP AUTOMOÇÃO, SERVIÇOS E PRODUTOS DE INFORMÁTICA LTDA”, CNPJ da empresa, carteira de identidade de Antônio Carlos Costa Aires, CNH de Luciano Peixoto Guedes (sócios da empresa) e procuração pública de Luciano Peixoto Guedes para Pablo Ramon Alves Moreira, certidão negativa de débitos de tributos municipais, alvará de funcionamento expedido pela prefeitura de Fortaleza com validade até o dia 22/09/2021, certidão negativa de débitos estaduais, certidão positiva com efeitos de negativa de débitos relativos aos tributos federais e à dívida ativa da União, certificado de regularidade do FGTS, Certidão negativa de débitos trabalhistas, certidão judicial cível negativa, certidão de falência, recuperação judicial ou extrajudicial, balanço patrimonial da empresa (fls.), termo de abertura e encerramento, certidão de regularidade profissional, certificado de registro de marca, atestado de capacidade técnica expedidos pelas prefeituras de Marabá e Paragominas, declaração de cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art.7º da Constituição Federal e da Lei 9.854/99, despacho de autorização com dotação específica para contratação, declaração de dotação orçamentária e financeira e despacho para solicitação de contratação/aquisição.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

Conforme disciplina a Lei nº 8.666/93, o processo licitatório é inexigível quando houver inviabilidade de competição, enumerando algumas situações expressas, como é o caso do inciso II de seu art. 25:



PREFEITURA MUNICIPAL DO ACARÁ
ESTADO DO PARÁ
PODER EXECUTIVO
PROCURADORIA MUNICIPAL



Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I – (...)

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;

III – (...).

§ 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.

Anote-se que o art. 25 da Lei nº 8.666/93, muito embora especifique três hipóteses de inexigibilidade em seus incisos, ostenta função normativa autônoma no caput, de modo que o rol de hipóteses possui natureza meramente exemplificativa. Para configuração da inexigibilidade basta, portanto, que esteja suficientemente caracterizada a inviabilidade de competição.

Nesse sentido, é precisa a lição de Marçal Justen Filho:

Deve-se ressaltar que o caput do art. 25 apresenta função normativa autônoma, de modo que uma contratação direta poderá nele se fundar direta e exclusivamente. Não se impõe que a hipótese seja enquadrada em um dos incisos do referido art. 25, os quais apresentam natureza exemplificativa.

(...)

A redação do art. 25 determina, de modo inquestionável, que as hipóteses referidas nos incisos são meramente exemplificativas. Portanto, pode haver inviabilidade de competição que não se enquadre em nenhuma das situações referidas nos três incisos do art. 25. Um exemplo seria a contratação de um determinado fornecedor de serviços ou produtos dotados de elevada complexidade e grande sofisticação, relativamente às atividades dotadas de

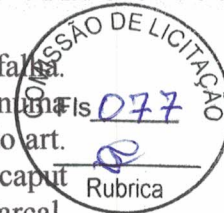




PREFEITURA MUNICIPAL DO ACARÁ
ESTADO DO PARÁ
PODER EXECUTIVO
PROCURADORIA MUNICIPAL



grande potencial nocivo em caso de falha.
Configurando-se inviabilidade de competição numa situação que não se enquadra nos três incisos do art. 25, a contratação será alicerçada diretamente no caput do dispositivo. (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 15.ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 409)



Além da exigência prevista no art. 25, impõe a Lei nº 8.666/93, em seu artigo 26, parágrafo único, incisos II e III, que sejam justificados a escolha da contratante e o preço do contrato:

“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.” Grifou-se.

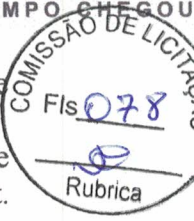
A inviabilidade de competição da empresa contratada está suficientemente caracterizada pelos Atestados de capacidade técnica expedidos pelas prefeituras de Marabá e Paragominas, os quais usufruíram dos serviços da empresa durante anos, além dos Certificados de qualificação da empresa e seus operadores, o que resguarda o Município na contratação da empresa por inexigibilidade.

Por esse mesmo motivo, está presente e justificada a razão da escolha do fornecedor, que é o único passível de contratação (art. 26, § único, II).

No que diz respeito à justificativa do preço, cumpre observar que os atos que antecedem qualquer hipótese de contratação direta não recebem um tratamento diferenciado, nem simplificador, daqueles que precedem a contratação mediante o procedimento licitatório. O agente público está obrigado a seguir um procedimento administrativo destinado a assegurar a prevalência dos princípios jurídicos fundamentais aplicáveis a toda contratação pública. Permanece o dever de buscar e concretizar a melhor contratação possível.



PREFEITURA MUNICIPAL DO ACARÁ
ESTADO DO PARÁ
PODER EXECUTIVO
PROCURADORIA MUNICIPAL



Todos os meios possíveis e idôneos devem ser considerados pelo agente público para demonstrar que o preço cobrado do fornecedor escolhido é razoável. Cumpre-se, assim, o princípio administrativo da motivação necessária e confere-se segurança ao negócio jurídico que se formalizará, sobretudo em relação à norma do art. 113 da Lei nº 8.666/93, que determina incumbir aos órgãos e entidades públicos a demonstração da legalidade e regularidade da despesa e da execução, constituindo clara inversão do ônus probatório que afeta a presunção de legalidade e legitimidade atribuída aos atos administrativos em geral.

Vale observar que a jurisprudência do TCU é firme em indicar que a realização de pesquisa de preços de mercado, previamente à fase externa da licitação, é uma exigência legal para todos os processos licitatórios, inclusive para os casos de dispensa e inexigibilidade (2.742/2017–1ª Câmara, 1.022/2013–Plenário, 3.506/2009–1ª Câmara, 1.379/2007–Plenário). Em 2015, o Tribunal foi ainda mais específico em apontar diferenças entre o procedimento de justificação de preços na inexigibilidade e na dispensa de licitação:

“Quanto ao preço, é certo que, mesmo nos casos de contratações diretas, deve ser justificado, a teor do art. 26, III, da Lei 8.666/93. Ressalte-se que este Tribunal tem entendido que a apresentação de cotações junto ao mercado é a forma preferencial de se justificar o preço em contratações sem licitação (dispensa de licitação), devendo ser cotadas, no mínimo, 3 propostas válidas de empresas do ramo; ou, caso não seja viável obter esse número de cotações, deve-se apresentar justificativa circunstanciada (Informativo TCU 188/2014). E, nos casos de inviabilidade de licitação, este Plenário se manifestou, conforme subitem 9.1.3 do Acórdão 819/2005, no sentido de que, para atender o disposto no inciso III do art. 26 da Lei de Licitações, poder-se-ia fazer uma comparação entre os preços praticados pelo fornecedor exclusivo junto a outras instituições públicas ou privadas.”

Portanto, a justificativa do preço em contratações diretas (art. 26, parágrafo único, inciso III, da Lei 8.666/1993) deve ser realizada, preferencialmente, mediante: (i) no caso de dispensa, apresentação de, no mínimo, três cotações válidas de empresas do ramo, ou justificativa circunstanciada se não for possível obter essa quantidade mínima; (ii) no caso de inexigibilidade, comparação com os preços praticados pelo fornecedor junto a outras instituições públicas ou privadas (AC 1565/15 – Plenário).

Por outro lado, não é desconhecido que por diversas vezes a pesquisa de preços é inviável ou mesmo torna-se muito morosa, haja vista o reiterado desinteresse das empresas em elaborar propostas sem qualquer garantia de contratação. Nesses casos, a atividade administrativa não deve ficar à mercê de circunstâncias de mercado, retardando uma contratação direta e até causando eventuais prejuízos ao órgão, por dificuldades na pesquisa de preços. Sendo este o caso, recomenda-se, portanto, que o setor responsável pela pesquisa de preços demonstre as dificuldades encontradas na prática, como forma de justificar, por exemplo, a não obtenção do mínimo de três propostas.



PREFEITURA MUNICIPAL DO ACARÁ
ESTADO DO PARÁ
PODER EXECUTIVO
PROCURADORIA MUNICIPAL



Na jurisprudência do TCU, é possível identificar a preocupação do Tribunal em relação a fatores externos que podem prejudicar a correta e célere instrução de um processo de contratação. Diante de eventuais dificuldades na pesquisa de preços, basta o gestor comprovar a existência dessas limitações, evitando assim que o processo de contratação se arraste no tempo (acórdão n.º 2.203/2005 1ª Câmara).

Cabe destacar ainda que a realização de pesquisa de preços não obriga, necessariamente, a Administração a contratar a proposta de menor preço, podendo e devendo levar em consideração outros critérios, como a experiência e qualidade do serviço prestado em outras ocasiões. A conduta da Administração de eventualmente eleger a melhor proposta técnica em detrimento do menor preço possui respaldo em balizada jurisprudência, conforme os trechos das obras dos ilustres administrativistas Marçal Justen Filho e Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, a saber:

“O dispositivo abrange contratações que não se orientam exclusivamente pelo princípio da vantajosidade. Muitas vezes, afirma-se que a contratação fundada no inc. XIII deve ser realizada pelo menor preço possível. Essa formulação não pode ser admitida, eis que tornaria inútil o dispositivo. Se a instituição dispusesse de condições de ofertar o menor preço possível, então bastaria realizar licitação com a participação inclusive de outras entidades que não preenchessem os requisitos previstos no dispositivo.” (Marçal Justen Filho, in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Ed. Dialética, 14ª ed., 2010).

“Ao ensejo, cabe antecipar, porém, que o inciso [art. 24, XIII] não exige que o preço seja compatível com o de mercado, aceitando-se justificativa para o descompasso entre o preço contratado e o praticado no comércio. Às vezes a vantagem auferida com a contratação direta não está no preço, mas em algum fator. (Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, in Contratação Direta sem Licitação, Ed. Fórum, 6ª ed., 2007).

Na hipótese vertente, há justificativas nos autos que permitem concluir pela adequação da proposta formulada pela empresa aos valores praticados no mercado, sobretudo em relação ao serviço que será prestado.

Observa-se, nesse sentido, que o valor total correspondente a 12 meses não destoia das contratações que vêm sendo realizadas por outros órgãos das esferas Federal e Municipal.

De toda sorte, tal como ocorre em relação às razões da escolha do fornecedor, o exame da adequação do preço e a formalização da justificativa competem exclusivamente ao administrador.

Por fim, devem ser verificadas todas as condições habilitatórias da empresa (habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira e regularidade fiscal e trabalhista), renovando-se eventuais documentos vencidos antes da celebração do instrumento contratual.



PREFEITURA MUNICIPAL DO ACARÁ
ESTADO DO PARÁ
PODER EXECUTIVO
PROCURADORIA MUNICIPAL



No caso em referência, observou-se que não foi apresentada a certidão negativa de natureza não tributária, o que deve ser sanda pela empresa a se contratada, visto que o documento é uma exigência legal, para tanto deve ser cumprida.

Em relação à minuta do contrato (fls.), em atendimento ao contido no art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, modo geral, encontram-se atendidas as disposições legais incidentes na espécie.

Digno de registro, entretanto que o contrato será efetivado sem a exigência de garantias à contratada, conforme previsão do artigo 56 da Lei 8.666/93, o que é de escolha e responsabilidade do gestor. Recomenda-se, de qualquer sorte, sejam ponderados os riscos decorrentes dessa opção.

No mais, acredita-se que o processo encontra-se em perfeita consonância com os ditames legais e apto e celebração do contrato para posterior execução do serviço.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, em atenção à consulta formulada, não se identificam óbices ao prosseguimento da contratação sobre a qual versa o presente processo administrativo, ressalvando a ausência de cláusula de garantia por parte da contratada, o que sugere-se a inclusão para posterior celebração do contrato.

O presente exame se deu a pedido da Administração, enfocando-se apenas aspectos legais, com base nos elementos fornecidos pelo gestor, dentro dos limites de competência desta Procuradoria-Geral do Município.

Por fim, ressalta-se que não foram analisados aspectos técnicos referentes à contratação, orçamentos, metas e planilhas, assim como aspectos contábeis, financeiros e orçamentários, pois excede o âmbito de competência desta Procuradoria, sendo a presente manifestação, portanto, de caráter estritamente jurídico, não tendo o condão de cancelar opções técnicas eleitas pela Administração, nem de emitir juízo de conveniência e oportunidade sobre os termos do contrato a ser firmado.

É o parecer.

Acará, 07 de Janeiro de 2021.

Dagoberto Ferreira dos Santos Neto
OAB/PA 9.763

Procuradora Geral do Município do Acará/PA