



VIEGAS RODRIGUES
— ADVOCACIA E CONSULTORIA —

PARECER JURÍDICO EDITALÍCIO

005/2021-PJE-SJ/CMM

PROCESSO ADMINISTRATIVO

2021.0115.1845/CPL-CMM

PROCESSO LICITATÓRIO

005/2021-CPL-CMM

INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

IL-004/2021-CPL-CMM

DE LAVRA DA: ASSESSORIA JURÍDICA

À: COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO

Trata-se de Parecer Jurídico Editalício solicitado pela Comissão Permanente de Licitação para cumprimento do disposto no art. 38, § único, da Lei Federal nº 8.666/93, relativo ao procedimento licitatório na modalidade **INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO**, registrado sob o nº IL-004/2021-CPL-CMM, tendo por objeto a **CONTRATAÇÃO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE LICENCIAMENTO E USO DE SOFTWARE DE GESTÃO DE PESSOAL PARA A CÂMARA MUNICIPAL DE MELGAÇO**.





VIEGAS RODRIGUES

— ADVOCACIA E CONSULTORIA —

Antes de adentrar no mérito do presente edital licitatório, vale fazer alguns esclarecimentos a respeito do processo licitatório na modalidade INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO.

A presente manifestação jurídica tem o escopo de assistir a autoridade licitadora no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem praticados ou já efetivados. Ele envolve, também, o exame prévio e conclusivo dos textos de contratos ou instrumentos congêneres a serem celebrados e publicados. O que se busca é apontar possíveis riscos do ponto de vista jurídico e recomendar providências, para salvaguardar a autoridade licitadora, a quem compete avaliar a real dimensão do risco e a necessidade de se adotar ou não a precaução recomendada. Importante salientar, que o exame dos autos processuais administrativos epigrafados se restringe aos seus aspectos jurídicos, excluídos, portanto, aqueles de natureza técnica.

Portanto, as observações são feitas sem caráter vinculativo, mas em prol da segurança da própria autoridade assessorada a quem incumbe, dentro da margem de discricionariedade que lhe é conferida pela lei, avaliar e acatar, ou não, tais ponderações.

a) Breves considerações a respeito do processo licitatório

Inicialmente é importante afirmar que a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, em seu art. 37, XXI, tornou o processo licitatório *conditio sine qua non* para contratos - que tenham como parte o Poder Público - relativos a obras, serviços, compras e alienações, ressalvados os casos especificados na legislação.

Toda licitação deve ser pautar em princípios e regras previstos no texto constitucional. Diante disso salienta Márcio Pestana (*In: Direito administrativo brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010*).

“permitem que o intérprete e o aplicador do Direito no caso concreto, mais das vezes, possam, a partir da sua luminosidade, solucionar questões que, sob a ótica dogmática, poderiam apresentar aparente perplexidade”.





VIEGAS RODRIGUES

— ADVOCACIA E CONSULTORIA —

O artigo 25 da Lei nº 8666/93 estabelece três hipóteses de inexigibilidade de licitação, dando a cada uma delas particularidades bem definidas.

O presente parecer buscar traçar pontos legais a respeito da modalidade INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO nº IL-004/2021-CPL-CMM.

b) Da modalidade INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

A Inexigibilidade de licitação se caracteriza pela inviabilidade de competição, tratando-se de ato vinculado em que a administração não tem outra escolha, senão contratar. Está determinada no artigo 25 da Lei nº 8.666/93.

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

(...)

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;

(...)

§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.

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

(...)

III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras;

(...).”

A licitação representa uma disputa entre interessados em estabelecer uma relação patrimonial com a Administração, através da qual será selecionada por esta, a proposta que lhe for mais vantajosa. Segundo ALEXANDRINO (2011, p.547): “Se o processo licitatório é caracterizado por uma disputa, para que ela seja possível deve-se existir mais de uma pessoa, física ou jurídica, capaz de competir a fim de atingir o interesse da gestão pública, qual seja ele.”



VIEGAS RODRIGUES

— ADVOCACIA E CONSULTORIA —

Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 375) afirma que: “(...) é pressuposto lógico da licitação a existência de uma pluralidade de objetos e uma pluralidade de ofertantes. Entretanto, se a Administração deseja contratar a prestação de um serviço que somente seja realizado por uma determinada empresa, e, se esta for singular, será claro a realização do contrato diretamente com esta empresa, pois não há como cogitar de disputa ou de melhor oferta neste caso”.

Diante disto, ALEXANDRINO (2011, p.547) assevera que “a inexigibilidade de licitação se verifica sempre que houver a impossibilidade jurídica de competição”.

A Lei 8.666/1993 cuida, em seu artigo 25, das hipóteses de impossibilidade jurídica de licitação, o qual reúne situações descritas genericamente como de inviabilidade de competição, e, prevê que, ao inexistir viabilidade de competição, poderá efetivar-se a contratação ainda que não se configurem situações expressamente constantes do elenco do artigo 25.

A impossibilidade jurídica de competição, para Hely Lopes Meirelles (2006, p. 373): “Decorre da natureza específica do negócio ou dos objetivos visados pela Administração, não cabendo pretender-se melhor proposta quando um só é proprietário do bem desejado pelo Poder Público ou reconhecidamente capaz de cumprir adequadamente determinado contrato”.

Os casos, exemplificados no referido artigo 25, são: a) fornecedor exclusivo, vedada a preferência de marca; b) contratação de serviços técnicos profissionais especializados, de natureza singular, vedada a inexigibilidade de licitação para serviços de publicidade e divulgação; c) contratação de artistas consagrados pela crítica ou pelo público.

A inexigibilidade de licitação deve ser expressamente motivada, com apontamento das causas que levaram a Administração a concluir pela impossibilidade de competição (Art. 26, Lei 8.666/93). Segundo ALEXANDRINO (2011, p.550), “o motivo e a publicação das causas justificadoras do reconhecimento de inexigibilidade permitem um efetivo controle pelos administrados em geral”.

Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2011, p. 510) expressam claramente o que “se deve à razão da vedação de inexigibilidade para contratação direta de serviços de publicidade e divulgação”. Segundo





VIEGAS RODRIGUES

— ADVOCACIA E CONSULTORIA —

ALEXANDRINO (2011, p.550): “Esse aparente excesso de cautela do legislador decorre da constatação de que os contratos na área de publicidade e divulgação eram atribuídos sem utilização de critérios objetivos ou impessoais. Na maioria das vezes, o governante acabava premiando as agências de Publicidade com as quais havia trabalhado durante a campanha eleitoral. Essa prática, atentatória aos princípios da moralidade e da impessoalidade, fazia com que certas agências de publicidade “investissem” em candidatos durante a campanha, muitas vezes atuando gratuitamente, pois sabiam que a vitória do candidato significaria a garantia de contratos vultosos de publicidade durante o mandato”.

A autora Flávia Cristina Moura de Andrade (2011, p. 67) ressalta que “não se deve confundir a exclusividade de produtor-vendedor com a exclusividade comercial. A primeira sempre gera a inexigibilidade, já a segunda depende de se aferir a exclusividade do vendedor na praça de comércio em que se esteja realizando a licitação”. Na modalidade convite, considera-se como praça de comércio, a localidade. Na tomada de preços, observa-se o registro cadastral, e, na concorrência, o País.

ANDRADE (2011, p.69) menciona uma exceção, referida na Lei, que não se deve confundir fornecedor exclusivo com preferência de marca, a não ser “quando se refere à dispensa de certame para aquisição de certos equipamentos pelas Forças Armadas, preenchidos os requisitos legais a fim de manter a padronização”.

Aplicação do instituto de acordo com a doutrina

Existe na esfera doutrinária a classificação da inexigibilidade de acordo com seu conteúdo. Na visão de Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 478), “temos a inexigibilidade (i) quando o objeto pretendido é singular (bens e serviços) e (ii) quando há um só ofertante (produtor ou fornecedor exclusivo)”. O referido autor classifica bem singular como sendo aquele que possui individualidade que o torna inassimilável a qualquer outro e que essa singularidade pode ser em sentido absoluto (bem único = uma unidade), em razão de evento externo (bem individual a que se agrega certa peculiaridade por acontecimento externo) ou em razão da natureza íntima do objeto (bem que agrega o cunho artístico, técnico ou científico do seu autor). Acerca do serviço





VIEGAS RODRIGUES

— ADVOCACIA E CONSULTORIA —

singular MEIRELES (2006, p.478) diz que “é a atividade profissional específica, cuja complexidade e relevância exigem manuseio por pessoa dotada de técnica apurada e notória especialização”. Nesse diapasão pode concluir que estará configurada a inexigibilidade da licitação quando o profissional for considerado único, como exemplo da contratação de administrador que tem ilibado e notório saber do objeto da licitação, motivo que torna ele o único profissional capaz de realizar a prestação almejada, em se tratando de produto pode se destacar a exclusividade dele no mercado.

Hipóteses à luz da legislação brasileira

As hipóteses da inexigibilidade de licitação estão descritas no artigo 25 da Lei 8.666/933 (Lei de Licitação), trata-se de rol exemplificativo o qual a administração pública faz análise do caso concreto, e verifica a inviabilidade da competição, assim, com fundamento no artigo supracitado realiza a contratação.

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial. Inseridos na Lei de licitação, em primeiro temos a 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.

Seguindo o referido artigo, temos a hipótese contratação de serviços técnicos, enumerados no artigo 13 da Lei de licitação, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação, ou seja, traz a modalidade tema do presente estudo, a contratação de serviços técnicos de natureza singular com profissionais ou empresas de notória especialização.

Por derradeiro, finaliza o artigo 25 da Lei de licitação com a hipótese de contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.





VIEGAS RODRIGUES

— ADVOCACIA E CONSULTORIA —

Entretendo, conforme já informado, o rol de possibilidades inserido no artigo é exemplificativo, pois verificou o legislador que existem inúmeros casos que a lei não teria vigência, dessa forma, tem o administrador a margem de análise, assim quando verificada, no caso concreto, a inviabilidade por impossibilidade de competição, poderá esse aplicar a inexigibilidade da licitação.

A notória especialização

Conforme mencionado anteriormente, o trecho da Lei de Licitação que define o motivo de contratação direta, por notória especialização, não é taxativo e sim exemplificativo, pois se trata de um ato discricionário o qual está vinculado ao administrador. A definição de notória especialização dá pelo artigo 25, §1º da 8.666/1993: “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”.

Para o desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Sérgio Cavalieri Filho (TJRJ, ApCv nº1996.001.06648, 2ª CCv, j. em 15.05.1997) “notória especialização, por seu turno, indica o profissional que, sem ser o único, destaca-se entre os demais da mesma área de atuação”. Conforme o exposto acima, verificamos a motivação pela contratação direta, por notória especialidade, pois podem ser anexados os estudos de um profissional, publicações em jornais, os quais consagram o serviço / produto e o mostram com notoriedade, garantindo o ato e a cautela do administrador.

Alguns serviços são comuns de serem contratados diretamente pelo Poder Público, por se tratar de uma prática do conhecimento que se tem acerca deste, bem como pela característica intangível do serviço. Serviços de treinamento e aperfeiçoamento de pessoal na área de informática, por exemplo. Sobre o tema Diógenes Gasparini (1989, p.223) diz: “À vista do dispositivo legal, acima mencionado, podemos inferir que para o exemplo ora citado é inexigível a licitação, se estes forem de natureza singular, ou seja, portados de uma complexidade que, para sua execução, exija um profissional de especial





VIEGAS RODRIGUES

— ADVOCACIA E CONSULTORIA —

qualificação e a empresa que se for contratar seja de notória especialidade”. Diante da subjetividade verificada no texto legal, as contratações por notória especialização têm causado grande polêmica e alguns debates, em razão do modo pelo qual vem se operando, tornando-se responsável por reservas de mercado, alguns setores engessados pela impermeabilidade à competitividade, com prejuízos à Administração Pública e à sociedade, assegura Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, Procurador do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Distrito Federal (Boletim NDJ, 2010, p. 06).

Vale ressaltar que, deve o administrador, acima de tudo, antes de decidir pela contratação direta, com justificativa de notória especialização, observar os princípios da Constituição Federal de 1988, citados no capítulo I do presente trabalho. Para salientar, trago a observação do referido procurador do Ministério Público.

Jorge Ulisses (2006) comenta que a definição das características pretendidas pela Administração, não raro, tem servido para estabelecer reservas de mercado. “Comumente violam-se os mais elementares princípios da Constituição Federal promovendo-se a contratação de notórios profissionais, de amplo renome, olvidando-se que qualquer contratação de obra e serviço deve iniciar-se com a definição do objeto e não do executor ou projetista. Quando os órgãos de controle iniciam a análise pela caracterização do objeto, percebe-se quão supérfluas foram as características que tornaram tão singular o objeto, a ponto de inviabilizar a competição.” Assim, não se pode confundir notória especialização com simples habilitação profissional.

Uma diz respeito ao “reconhecimento público da alta capacidade profissional enquanto a outra é apenas a autorização legal para exercer a profissão”, alega Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (NDJ, 2006, p. 25).

Controle e Fiscalização das contratações

O inciso II do artigo 25 da Lei 8.666/93 menciona a contratação direta por ser inexigível a licitação nas hipóteses de serviço singular e profissionais e empresas de notória especialização, deixando ao administrador certo grau de discricionariedade quando da sua aplicação. Neste âmbito, o Ministro Carlos Átila Álvares da Silva asseverou em seu voto, proferido no TC-010.578/95-1 que





VIEGAS RODRIGUES

— ADVOCACIA E CONSULTORIA —

na aplicação do mencionado artigo da Lei, o controle do Tribunal de Contas dar-se-á no âmbito da razoabilidade e a adoção de providências com vistas corretivas, se dará somente diante de interpretações flagrantemente abusivas, infundadas e até fraudulentas, no que tange à regra. Seguindo o pensamento de Carlos Átila (1999, p. 38), o controle deve verificar, essencialmente, diante dos elementos que se possa coligar, se a decisão adotada pelo administrador atendeu de forma razoável às exigências da Lei. Ele ressalta ainda que, a Corte de Contas, diante de dados e informações sobre os fatos concretos, esteja criteriosamente atenta à margem de poder discricionário que a Lei expressamente confere ao administrador, para decidir em tais situações.

Constatamos que, nem sempre o administrador está sob a proteção das asas da discricionariedade. Na contratação de serviços advocatícios, por exemplo, em determinadas situações é claro o reconhecimento de que não há de cogitar a hipótese de invocar a inexigibilidade de licitação.

Após consultas às jurisprudências do Tribunal de Contas, constatamos que o seu colegiado tem procurado analisar as situações que lhe são apresentadas, caso a caso, para melhor decidir quando da aplicação da norma abstrata ao caso concreto, de forma a atender os princípios que regem a licitação.

Ainda pegando como exemplo a contratação de advogados, vejamos o que prega a jurisprudência do TCU, conforme manifestou o Ministro Iram Saraiva em um processo. Tem sido pacífica no sentido de que as contratações de serviços advocatícios devem ser precedidas do competente certame licitatório, admitindo-se a sua dispensa somente em ocasiões e condições excepcionabilíssimas, quando o serviço a ser contratado detenha inequívocas características de inédito e incomum, jamais rotineiro e duradouro (Decisão nº 314/94, 1ª C., Ata nº 40/94, Sessão de 22.11.1994, DOU de 2.12.1994, p. 18428). Neste mesmo sentido, manifestou a Advocacia Geral da União no Parecer nº 01/1995: “Deve haver reconhecimento público da alta capacidade do profissional, do seu valor indiscutível (...) o serviço técnico profissional. Especializado de patrocínio ou defesa de causa judiciais ou administrativas (art. 13, V) para o qual é inexigível a licitação, deve ser um serviço de natureza singular, isto é, extraordinário, raro, incomum, especial. Quis o legislador reforçar a ideia: serviço técnico profissional especializado, que exige conhecimentos profundos, pouco difundidos entre os demais técnicos do ramo (...) (DOU 11.07.1995)”.





VIEGAS RODRIGUES

— ADVOCACIA E CONSULTORIA —

Assim, diante dos pareceres acima, pode-se aferir que não obstante se tratar de um ato discricionário, a Administração, para utilizar-se do permissivo que trata o inciso II do artigo 25 da Lei 8.666/93, somente está desobrigada de licitar quando restar demonstrada no procedimento, a impossibilidade de competição, devendo justificar o ato, como forma de cautela e aplicação dos princípios da Administração Pública.

c) Do processo licitatório nº 005/2021-CPL-CMM

Perlustrando os autos, a partir da Capa de Processo, verifica-se que vieram instruídos com os seguintes documentos:

- a) Termo de Abertura de Processo Administrativo;
- b) Memorando solicitando contratação do objeto;
- c) Projeto Básico e seus anexos (Pesquisa de Mercado/Mapa Comparativo de Preços/Demonstração da Inviabilidade de Competição [Proposta Comercial/Documentação Habilitatória da Escolhida]);
- d) Despacho Instrutório do Ordenador de Despesas;
- e) Termo de Constatação da Comissão Permanente de Licitação;
- f) Parecer Contábil (Certidão de Dotação Orçamentária)
- g) Parecer Jurídico Inicial, indicando a modalidade licitatória adequada ao presente caso;
- h) Declaração de Adequação de Despesa;
- i) Autorização para Abertura de Certame Licitatório;
- j) Portaria de Nomeação da Comissão de Licitação;
- K) Autuação de Processo Licitatório;
- l) Ofício de Encaminhamento das minutas à Assessoria Jurídica para emissão de Parecer;
- m) Edital e Minuta de Contrato.

No caso dos autos estamos diante de consulta sobre a possibilidade de contratação direta de Software de Gestão de Pessoal para atender a necessidade da Câmara Municipal de Melgaço, ocasião que as premissas apresentadas acima levam a concluir ser perfeitamente possível a contratação de tais serviços;





VIEGAS RODRIGUES

— ADVOCACIA E CONSULTORIA —

Todavia, a escolha deverá recair sobre profissional ou empresa com habilitação específica, dotada de estudos, experiências, publicações, desempenho anterior, aparelhamento, organização, equipe técnica ou outros do gênero que ateste notória especialização, bem como o serviço seja de natureza singular, ou seja, próprias do executor e com grau de confiabilidade do profissional ou empresa;

Por tais razões, esta assessoria jurídica 'ad hoc' entende ser caso de se proceder à inexigibilidade de licitação, com obediência ao apregoadado no art. 26, da lei 8666/93.

d) Da conclusão

Diante de todo o exposto, conclui-se que:

a) É possível a contratação direta sem licitação, para a o objeto pleitado, com a empresa G D J SERVICOS DE INFORMATICA EIRELI, mediante inexigibilidade de licitação, eis que observados, in casu, os requisitos do art. 25, II c/c art. 13, da Lei nº 8.666/1993.

b) A Comissão Permanente de Licitação deve observar, ainda, o cumprimento do rito previsto no caput do art. 26, da Lei nº 8.666/1993, inclusive realizando as publicações de praxe na imprensa oficial para eficácia do ato.

É o parecer. S.M.J.

Melgaço/PA, 18 de janeiro de 2021.

JONATHA PINHEIRO PANTOJA
Assessor Jurídico
OAB/PA-25880

