



PARECER JURÍDICO

Processo 006/2017

Trata-se de consulta sobre a possibilidade de Inexigibilidade de licitação para prestação de serviços e atualização de Sistema Integrado de Gestão Públicos (Softwares), para atendimento a geração do E- contas do TCM/PA e atendimento as normas de Contabilidade Aplicadas ao Setor Público -PCASP, em atendimento a Lei 131/09, na referida solicitação também informa que a empresa presta serviço desde de 2005 e tem notória especialização na objeto licitado.

1 INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

A licitação representa uma disputa entre interessados em estabelecer uma relação patrimonial com a Administração, na 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.

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



MUNICÍPIO DE RONDON DO PARÁ
PODER LEGISLATIVO
PALÁCIO MANOEL ALVES LACERDA

de competição, e, prevê que, ao inexistir viabilidade de competição, poderá efetivar-se a contratação direta, 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 só um é proprietário do bem desejado pelo Poder Público ou reconhecidamente capaz de cumprir adequadamente determinado contrato”.

Os casos, exemplificados no referido artigo 25, são: Fornecedor exclusivo, vedada a preferência de marca;

b) contratação de serviços técnicos profissionais especializados, de natureza singular, vedada a inexigibilidade 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 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



MUNICÍPIO DE RONDON DO PARÁ
PODER LEGISLATIVO
PALÁCIO MANOEL ALVES LACERDA

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".

2. Aplicação do instituto de acordo com a doutrina
Existe na esfera doutrinária a classificação da inexigibilidade de acordo com seu conteúdo, traz os autores uma série de hipóteses que verificamos a referida modalidade. 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



MUNICÍPIO DE RONDON DO PARÁ
PODER LEGISLATIVO
PALÁCIO MANOEL ALVES LACERDA

do serviço 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.

3. 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



MUNICÍPIO DE RONDON DO PARÁ
PODER LEGISLATIVO
PALÁCIO MANOEL ALVES LACERDA

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.

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.

4. 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 nº 1996.001.06648, 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, as quais consagram o serviço / produto e o mostram com



MUNICÍPIO DE RONDON DO PARÁ
PODER LEGISLATIVO
PALÁCIO MANOEL ALVES LACERDA

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 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



MUNICÍPIO DE RONDON DO PARÁ
PODER LEGISLATIVO
PALÁCIO MANOEL ALVES LACERDA

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 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 coligir, 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



MUNICÍPIO DE RONDON DO PARÁ
PODER LEGISLATIVO
PALÁCIO MANOEL ALVES LACERDA

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 sua dispensa somente em ocasiões e condições excepcionalíssimas, 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 causas 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 idéia: o serviço técnico profissional especializado, que exige conhecimentos profundos, pouco difundidos entre os demais técnicos do ramo (...) (DOU 11.07.1995). Assim, diante dos pareceres acima, pode-se aferir que não obstante se tratar de um ato discricionário,

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.



MUNICÍPIO DE RONDON DO PARÁ
PODER LEGISLATIVO
PALÁCIO MANOEL ALVES LACERDA

5 - CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, conclui-se que:

a) É possível a contratação direta sem licitação para a contratação da empresa ASPEC. 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

Rondon do Pará-PA, 15 de Fevereiro de 2017.

ORLANDO BARATA MILÉO JUNIOR
OAB/PA 7.039