PARECER JURÍDICO

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº PA 041/2019

ASSUNTO: INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO N° 004/2019

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES E CONTRATOS. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. ART.25, II. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA, PARA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE ASSESSORIA E CONSULTORIA EM TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO, PARA A IMPLANTAÇÃO, GERENCIAMENTO, TREINAMENTO E SUPORTE TÉCNICO, NECESSÁRIOS À AUTOMAÇÃO COMPLETA DOS PROCESSOS LICITATÓRIOS PRODUZIDOS PELO DEPARTAMENTO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS, VINCULANDO OS DADOS GERADOS AOS DEMAIS SISTEMAS INTEGRADOS DE COMPARTILHAMENTO DE DADOS UTILIZADOS PELA ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL (SISTEMA DE CONTABILIDADE PÚBLICA, PORTAL DOS JURISDICIONADOS E PORTAL DA TRANSPARÊNCIA MUNICIPAL).

O presente parecer versa sobre processo administrativo para contratação por inexigibilidade de licitação de empresa especializada, para prestação dos serviços de assessoria e consultoria em tecnologia da informação, para a implantação, gerenciamento, treinamento e suporte técnico, necessários à automação completa dos processos licitatórios produzidos pelo departamento de licitações e contratos, vinculando os dados gerados aos demais sistemas integrados de compartilhamento de dados utilizados pela administração

municipal (sistema de contabilidade pública, portal dos jurisdicionados e portal da transparência municipal), estritamente nos aspectos legais sobre tais documentos, não cabendo ao presente parecer, debruçar-se sobre os demais aspectos discricionários administrativos e sobre a autenticidade das informações indicadas no procedimento, que cabem exclusivamente aos setores responsáveis e gestor municipal.

É o relatório.

1. DA ANÁLISE JURÍDICA:

A Carta Magna em seu artigo 37, inciso XXI, ao traçar os princípios a serem seguidos pela Administração Pública, dispõe que, **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.

Muito embora a Constituição estabeleça como regramento geral a obrigatoriedade de realização de procedimento licitatório para as contratações feitas pelo Poder Público, o próprio dispositivo constitucional reconhece a existência de exceções à regra ao efetuar a ressalva dos casos especificados na legislação, quais sejam a dispensa e a inexigibilidade de licitação.

Sendo assim, o legislador Constituinte admitiu a possibilidade de existirem casos em que a licitação poderá deixar de ser realizada, autorizando a Administração Pública a celebrar, de forma discricionária, contratações diretas sem a concretização de certame licitatório, nesses casos específicos que se emolduram na legislação infraconstitucional.

Assim, a licitação, muito embora seja um dever, somente será exigível quando a situação fática permitir a sua realização, restando afastada quando houver inviabilidade de competição (art. 25, da Lei n. 8.666/93) ou nos casos de dispensa de licitação (art. 24) ou licitação dispensada (art. 17).

A Inexigibilidade de licitação é uma dessas modalidades de contratação direta. O art. 25, da Lei n° 8.666/93 elenca os possíveis casos de inexigibilidade, que ocorrem quando não há viabilidade de competição.

Dentre as exceções reguladas pelo art. 25, da Lei n.º 8.666/1993, o qual

estabelece situações sobre as quais recairá presunção de que a competição será inviável, é o que se pode notar da leitura do referido comando legal, *in verbis*:

> *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;***
> *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. (Grifos nossos).*

Nessa senda, vejamos o que preleciona o art. 13 deste mesmo diploma legal:

> *Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:*
> *I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;*
> *II - pareceres, perícias e avaliações em geral;*
> ***III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; (Redação dada pela Lei nº***

8.883, de 1994)

IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;

V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;

VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

VIII - (Vetado). *(Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)*

Conforme aduz o célebre doutrinador JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR, "licitação inexigível equivale à licitação impossível; é inexigível porque impossível; é impossível porque não há como se promover-se a competição".

Sobre as situações em que a regra do procedimento licitatório poderá ser afastada, em razão da inviabilidade de competição, Marçal Justen Filho leciona o seguinte, em Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 15ª edição. São Paulo: Editora Dialética, 2012, p. 406:

> *"As causas de inviabilidade de competição podem ser agrupadas em dois grandes grupos, tendo por critério a sua natureza. Há uma primeira espécie que envolve inviabilidade de competição derivada de circunstâncias atinentes ao sujeito a ser contratado. A segunda espécie abrange os casos de inviabilidade de competição relacionada com a natureza do objeto a ser contratado."*

Na contratação por inexigibilidade, a realização de procedimento licitatório seria impossível. Sendo a licitação o processo regular para promover ao mercado acesso isonômico às contratações públicas, é possível que o atendimento da necessidade da administração somente seja realizado por determinada pessoa ou produto.

Dessa forma, o procedimento licitatório seria inviável, já que não haveria

possibilidade de competição. Seja porque o objeto tem a natureza singular, seja porque o contratado possui a notória especialização.

Portanto, a justificativa para um pedido de contratação por inexigibilidade de licitação deverá recair, fundamentalmente, sobre as especificações do objeto e sobre a forma única de o objeto ser obtido no mercado, o que pressupõe uma criteriosa pesquisa acerca das soluções ofertadas pelo mercado e sua adequabilidade em relação às peculiaridades envolvidas na demanda.

Além da notória especialização, exigida na contratação com fulcro no inc. II, o Tribunal apontou que não basta somente tal especialização do executor do serviço. A inexigibilidade está condicionada mais fortemente às características singulares do objeto que a administração necessita. Portanto, existiriam três condições para a referida contratação:

1) Serviço Profissional Especializado;
2) A notória especialização do profissional ou empresa; e
3) A natureza singular do serviço a ser contratado.

É nesse sentido o entendimento exposto no relatório do Ministro Relator do Acórdão 550/2004 Plenário:

> ***Acórdão 550/2004 Plenário (Relatório do Ministro Relator)***
>
> *Consoante tese amplamente aceita na doutrina, assim como na jurisprudência deste Tribunal, a inexigibilidade de licitação, então prevista no art. 23, inciso II, do revogado Decreto-Lei nº 2.300/1986, e atualmente tratada no art. 25, inciso II, da Lei nº 8.666/1993, somente se configura quando há simultaneamente a presença de três elementos, quais sejam, o serviço profissional especializado, a notória especialização do profissional ou empresa e a natureza singular do serviço a ser contratado. In casu, verifica-se, sem nenhum esforço de exegese, o preenchimento apenas de um requisito: o tipo*

> *de serviço (fiscalização de obras), posto que expressamente previsto no art. 12, inciso IV, do Decreto-Lei nº 2.300/1986, em vigor à época da contratação. (...) Não basta que o profissional seja de notória especialização. É mister que o serviço esteja compreendido dentre aqueles expressamente enumerados e, sobretudo, que seja de natureza singular. Em outro falar: é preciso a existência de serviço técnico que, por sua especificidade, demande alguém notoriamente especializado.*

Além disso, os processos referentes às situações de inexigibilidade precisam ser necessariamente justificados, devendo ser instruídos com a razão da escolha do fornecedor ou executante e justificativa do preço, nos termos do artigo 26, *caput* e parágrafo único, vejamos:

> *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.(Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005)*
>
> *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;*
>
> *I - caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso; (Redação dada pela Lei nº 13.500, de 2017)*
>
> *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. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998).*

Não é correto, como salienta Jessé Torres Pereira Junior (2002, p. 165), embasando-se em posicionamento expendido pelo Tribunal de Contas da União, o entendimento de que o serviço técnico especializado é aqueles restritos aos profissionais considerados os *grandes luminares* em sua área de atuação.

Na verdade, a questão da singularidade reside em definição e em situação bem mais singela, a qual, indiscutivelmente, encontra-se assentada sobre um critério *subjetivo* do contratante. **Será, nesse diapasão, *singular* o serviço executado por aquele profissional cujo trabalho a Administração entenda ser o mais adequado para a solução do problema que enfrenta.**

Referida hipótese, por si só, determina a inexigibilidade da licitação, haja vista a inviabilidade da mesma.

A própria Lei de Licitações, em seu artigo 25, inciso II, contempla a situação, chegando a minudenciar, no parágrafo 1º do dispositivo, a definição de *profissional ou empresa de notória especialização*:

> *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 permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.*

O Tribunal de Contas da União, quanto à justificativa do preço a ser contratação mediante a inexigibilidade de licitação, se manifestou, sedimentando entendimento por meio do acórdão 1565/2015, de que em contratações por inexigibilidades de licitação, a Administração contratante deve comparar os preços praticados pelo artista ou

fornecedor dos serviços, com outros órgãos públicos ou iniciativa privada. E uma vez, sendo impossível tabelar preços de serviços singulares, tais consultas se destinam a análise de possíveis exacerbações nos valores contratados.

Adotando a mesma técnica dedutiva expendida no item anterior, percebe-se que a inexigibilidade também consoa com o princípio da igualdade. O fator de desigualização tomado é, inevitavelmente, a singularidade do trabalho prestado pelo profissional, o qual deve guardar correlação para com a incumbência que lhe será atribuída pela Administração Pública. Evidentemente, a inexigibilidade deverá ser adequada à ordem constitucional vigente.

Quanto à questão da inexigibilidade, como deixa muito bem ressaltado Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 539-542), o artigo 13 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos não comporta uma leitura isolada, devendo ser, permanentemente, conjugado com as disposições contidas no inciso II do artigo 25 do mesmo Diploma Legal. Isto porque, a exigência do requisito da *singularidade do serviço a ser prestado*, que funciona como fator de desigualização, está contido neste último dispositivo.

Pelo que consta nos autos do processo o termo de referência (fls.04 a 07) autuação (fls.11), o despacho do Exmo. Senhor Prefeito para solicitação de contratação (fls. 10), o ato de designação da comissão (fls. 12), a justificativa (fls. 04 e 08), as especificações técnicas (fls. 04), a razão da escolha do executante (fls. 05), a justificativa do valor contratado (fls. 05 e 08), bem como a documentação requisitada (fls. 15 a 39).

Vislumbra-se em tal caso concreto a justificativa, a razão e o critério utilizado para a escolha do fornecedor em questão, oriundo da natureza singular do serviço a ser contratado, bem como da notória especialização da referida empresa, mediante a comprovação da experiência e capacidade técnica dada às atuações anteriores em serviços da mesma natureza, pela experiência, qualificação e reconhecimento dos serviços do fornecedor, considerando a documentação específica e os atestados de capacidade técnica apresentados (fls. 36 a 39).

A administração apresentou a declaração de disponibilidade orçamentária e financeira, nos termos dos art. 7°, §2°, inciso II, combinado com o art. 14 e o caput do art. 38 da lei n° 8.666/93, bem como do art. 16, da Lei Complementar n° 101, de 04 de maio de 2000.

CONCLUSÃO:

Ante o exposto, e considerando os documentos acostados ao procedimento, a contratação com fulcro no art. 25, II, da Lei nº. 8.666/1993 combinado com o art. 13, inc. III, do mesmo diploma legal e suas alterações posteriores, atende aos critérios estabelecidos pelo Tribunal de Contas da União, em consonância com a doutrina citada, que apresenta detalhamento dos requisitos necessários à contratação, esta Assessoria Jurídica opina pela legalidade da contratação direta mediante o procedimento de inexigibilidade de licitação, com observância do rito previsto no art. 26 do mesmo dispositivo legal, inclusive realizando as publicações de praxe na impressa oficial para eficácia do ato.

Quanto à minuta do contrato apresentada, está em conformidade com a lei de licitações.

Registro, por fim, que a análise consignada neste parecer se ateve às questões jurídicas observadas na instrução processual e no contrato. Não se incluem no âmbito de análise desta Assessoria os elementos técnicos pertinentes, preço ou aqueles de ordem financeira ou orçamentária, cuja exatidão deverá ser verificada pelos setores responsáveis e autoridade competente do Município.

Este é o parecer que submetemos à apreciação.

Breves - PA, 02 de setembro de 2019.

JESSICA THAIS SILVA DA TRINDADE:83132635200

Assinado de forma digital por JESSICA THAIS SILVA DA TRINDADE:83132635200
DN: c=BR, o=ICP-Brasil, ou=Autoridade Certificadora Raiz Brasileira v2, ou=AC SOLUTI, ou=AC SOLUTI Multipla, ou=18799897000120, ou=Certificado PF A3, cn=JESSICA THAIS SILVA DA TRINDADE:83132635200
Dados: 2019.09.02 12:05:16 -03'00'

Assessor Jurídico

OAB/PA 28. 802