PARECER JURÍDICO

PROCESSO LICITATÓRIO N°. 83/2023

MODALIDADE: INEXIGIBILIDADE 05/2023

OBJETO: aquisição de materiais de prevenção a dengue contendo envelope; cartilha; folder; check list; cartela de adesivos e máscara do herói.

Relatório

O presente parecer tem o intuito de atender a solicitação feita pela Secretaria Municipal de saúde, para análise do Processo e Minuta da Proposta, Termo de Referência, Anexos e a Minuta de Contrato, pertinentes à Contratação, cujo objetivo é a aquisição de materiais de prevenção a dengue contendo envelope; cartilha; folder; check-list; cartela de adesivos e máscara do herói, mediante inexigibilidade de licitação.

Análise

Trata-se de análise de possibilidade de contratação mediante inexigibilidade de licitação com fundamento no art. 25 da Lei de Licitações.

Em análise aos documentos acostados conclui-se que há luz do art. 25 da Lei 8.666/93 o procedimento é inexigível.

O art. 25 da Lei n°. 8.666/93, em seus incisos, traz os casos em que não se exige a realização de licitação. Frise-se que o rol em referência é taxativo, exauriente, não podendo ser ampliado por vontade do Administrador. Ademais, tratando-se de direito excepcional, sua interpretação deve ser restritiva, conforme princípios consagrados da Hermenêutica Jurídica.

O primeiro aspecto a ser analisado é a exclusividade. A primeira hipótese de inexigibilidade contemplada no inciso I diz respeito à existência de fornecedor exclusivo. A existência de um único fornecedor torna inviável a realização da licitação porque o material somente pode ser fornecido por uma única pessoa. De prima facie poderia se pensar que todas as hipóteses seriam exaurientes, além do que poderia querer se exigir a aplicação exata da segunda parte do inciso I que prescreve que a inexigibilidade por exclusividade deveria trazer 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.

Deve-se ressalvar, contudo, que as hipóteses indicadas nos incisos I a III do art. 25 não são exaustivas. A expressão "em especial" deixa clara a opção do legislador de não restringir as hipóteses de inexigibilidade àquelas

previstas no dispositivo citado, o que significa que em outras situações que a competição se mostre inviável, a licitação também será inexigível. Assim, "além das três hipóteses expressamente indicadas – fornecedor exclusivo, serviços técnicos especializados e serviços artísticos – a lei permite que outras possam vir a legitimar a contratação sem licitação". Aliás, essa é mais uma distinção entre a dispensa e a inexigibilidade de licitação. Enquanto as hipóteses de dispensa são exaustivas (art. 17, I e II, e art. 24 da Lei nº 8.666/93), não podendo o administrador criar outra hipótese de contratação direta, além daquelas expressamente previstas na lei, os casos de inexigibilidade não se exaurem nas disposições legais, as quais consignam, apenas exemplificativamente, algumas situações.

Portanto, o caput do art. 25 apresenta função normativa autônoma, de modo que uma contratação direta poderá nele se fundar de forma exclusiva. Não se impõe que a hipótese seja enquadrada em um dos incisos do referido art. 25, que possui natureza exemplificativa.

Sobre o tema, vale transcrever a lição de Marçal Justen Filho:

> "Tratando-se de instituto complexo como se passa com a inexigibilidade, sua extensão dificilmente poderia ser estabelecida de modo meramente teórico. Dá-se um exemplo bastante esclarecedor. Se não existissem os três incisos do art. 25, muitos seriam tentados a restringir a inexigibilidade apenas aos casos de ausência de pluralidade de alternativas. A existência do dispositivo do inc. III evidencia que o conceito de inviabilidade de competição tem de ser interpretado amplamente, inclusive para abranger os casos de impossibilidade de julgamento objetivo. Em outras palavras, a análise dos incisos do art. 25 permite identificar o conceito de inviabilidade de competição consagrado no caput do dispositivo."

Assim, sempre que os serviços demandados pela Administração forem desenvolvidos de forma exclusiva por uma determinada pessoa jurídica, não havendo similitude fática com as hipóteses dos incisos I, II e III, teremos seu enquadramento no caput do art. 25.

Não significa, entretanto, que no caso de necessidade de contratação de serviço prestado por fornecedor exclusivo, a licitação seria obrigatória por falta de amparo legal. O que importa, para se enquadrar na situação de inexigibilidade, é que o objeto a ser contratado seja fornecido ou prestado por uma única pessoa, o que pode ocorrer tanto nas hipóteses de aquisição, prevista no inciso I, como nas situações de contratação de um serviço.

Tratando-se de serviços prestado por fornecedor exclusivo, a inviabilidade de competição permitirá a contratação direta por inexigibilidade, tendo por fundamento, no entanto, o caput do art. 25 e não seu inciso I.

Nesse sentido, é a orientação do Tribunal de Contas da União:

> "É lícita a contratação de serviços com fulcro no art. 25, caput, sempre que comprovada a inviabilidade de competição. Ressalte-se que, na hipótese de contratação de serviços, o fundamento legal deverá ser o caput, posto que o inciso I trata apenas de compras. É mister, ainda, a comprovação da exclusividade na prestação do serviço." (TC – 300.061/95-1 – TCU)

De outro lado, cabe esclarecer que, via de regra, não é papel do órgão de assessoramento jurídico exercer a auditoria quanto à competência de cada agente público para a prática de atos administrativos. Incumbe, isto sim, a cada um destes observar se os seus atos estão dentro do seu espectro de competências. Assim sendo, o ideal, para a melhor e completa instrução processual, é que sejam juntadas ou citadas as publicações dos atos de nomeação ou designação da autoridade e demais agentes administrativos, bem como, os Atos Normativos que estabelecem as respectivas competências, com o fim de que, em caso de futura auditoria, possa ser facilmente comprovado que quem praticou determinado ato tinha competência para tanto. Todavia, a ausência de tais documentos, por si, não representa, a nosso ver, óbice ao prosseguimento do procedimento.

Finalmente, é nosso dever salientar que determinadas 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. Não obstante, as questões relacionadas à legalidade serão apontadas para fins de sua correção. O prosseguimento do feito sem a observância destes apontamentos será de responsabilidade exclusiva da Administração.

Com relação a carta de exclusividade apresentada, não é atribuição da assessoria jurídica emitir juízo sobre a veracidade da declaração de exclusividade acostada aos autos, tendo-se desta forma por autêntica e idônea, uma vez que a própria Administração assim a declara, sendo mister atestar tão somente os requisitos e pressupostos necessários para a inexigibilidade de licitação.

Pelo exposto, conclui-se que os autos foram instruídos com os pressupostos necessários para a contratação por inexigibilidade de licitação com fulcro no art. 25, I da Lei nº 8.666/93, conforme acima delineados.

Analisada a questão referente à possibilidade de contratação mediante inexigibilidade de licitação, cumpre agora examinar a observância dos requisitos legais impostos no art. 26 da Lei nº 8.666/93.

Não cabe ao órgão jurídico adentrar o mérito (oportunidade e conveniência) das opções do Administrador, exceto em caso de afronta a preceitos legais. O papel do órgão jurídico é recomendar que tal justificativa seja a mais completa possível, orientando o órgão assistido, se for o caso, pelo seu aperfeiçoamento ou reforço, na hipótese de ela se revelar insuficiente, desproporcional ou desarrazoada, de forma a não deixar margem para futuros questionamentos, por exemplo, quanto à pertinência ou

necessidade da contratação, ou dos quantitativos estimados, contemplando os requisitos mínimos que deverão ser previstos na justificativa apresentada no caso de contratações de serviços.

No caso concreto, a justificativa da contratação foi anexada, mas parece ser de forma precária, demandando que nos procedimentos seguintes se tenha maior cautela na observância dos critérios e se for o caso com complementação por parte do órgão, sem prejuízo de seguimento do procedimento no caso em apreço, dado a singularidade e baixa complexidade do caso.

Quanto à justificativa de preço observa-se que não foi juntado pesquisa de preço. Muito embora tenha-se a declaração de fornecedor único, poderia ter se juntado os preços praticados por este fornecedor à outros entes públicos ou contratados, apenas no intuito de se atestar que os preços estão condizentes com os praticados normalmente, sem distinção ou se distintos, com justificativa para tanto. Por outro norte, o volume da contratação - digo o valor global do contrato - não é vultuoso o que leva a crer que este critério foi auferido pela Administração, mas desde já se recomenda que em outros procedimentos esta checagem deve ser realizada expressamente e carreada aos autos para se resguardar de qualquer alegação futura, especialmente pela verificação de não ocorrência de sobre preço.

Trata-se de um dever imposto ao Administrador, que tem por finalidade confirmar a razoabilidade do valor da contratação, conferindo por consequência, probidade e moralidade ao ajuste.

Segundo a melhor orientação, a razoabilidade da proposta poderá ser avaliada mediante comparação com os preços praticados pelo fornecedor junto a outros entes públicos e/ou privados, sem afastar, todavia, outros meios idôneos aptos a atender tal finalidade.

Assim, deverão ser juntados documentos e/ou informações que atestem que a proposta é compatível com o preço cobrado pela proponente de seus outros clientes, (v.g., cópias de contratos, extratos de inexigibilidade e/ou de empenhos, etc.) ou na sua impossibilidade, apresentar outros meios idôneos que cumpram tal finalidade.

Lembramos que os contratos decorrentes de afastamento de licitação costumam ser vistos com maior rigor pelos órgãos de controle, motivo pelo qual é recomendável que a Administração reúna todos os elementos ao seu alcance para demonstração da razoabilidade dos preços, visando afastar eventuais questionamentos apontando para superfaturamento de preços, comprometendo a eficácia do ajuste, pelo que recomendamos que as contratações futuras observem rigorosamente este critério, ainda que o contrato não seja vultuoso.

Portanto, no que toca às exigências insertas no art. 26 da Lei nº 8.666/93, entende-se que elas foram devidamente cumpridas no presente feito, cabendo ao órgão observar, no momento oportuno, aquelas relativas à ratificação e publicação do ato.

De início, alertamos que, mesmo nas dispensas ou inexigibilidades de licitação, a comprovação da habilitação do contratado deve ser exigida com relação aos aspectos essenciais à regularidade da contratação (art. 55, XIII c/c arts. 27 a 33, da Lei nº 8.666/93).

No que tange à regularidade fiscal, tanto a doutrina como a jurisprudência do TCU são uníssonos no sentido de que, mesmo nos casos de contratação direta, devem ser exigidas a comprovação de regularidade junto à Fazenda e a Dívida Ativa da União, o INSS e o FGTS.

Além disso, com o advento da Lei nº 12.440, de 2011, sobreveio também a necessidade de comprovação de regularidade trabalhista, mediante a apresentação de Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas – CNDT. Cabe ao administrador, pois, zelar pela efetiva validade dessas certidões na ocasião da contratação.

Ressalte-se que é essencial, também, a declaração relativa ao cumprimento do disposto no artigo 7º, XXXIII, da Constituição Federal, nos termos do artigo 27, V, da Lei. 8.666, de 1993.

Pois bem. Foram juntados os documentos que comprovam a regularidade fiscal e trabalhista da futura contratada.

Ademais, em vista da exigência imposta no art. 6º, III, da Lei nº 10.522/2002, deve ser observado o teor da Orientação Normativa Interna nº 02, desta Consultoria Jurídica da União, consultando-se previamente o CADIN, o SICAF e o CEIS, e, também, conforme recomendação do TCU, é necessária a consulta ao Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Atos de Improbidade Administrativa, mantido pelo Conselho Nacional de Justiça.

Resta deixar consignado que a contratada demonstrou habilmente sua habilitação jurídica e regularidade fiscal conforme certidões constantes nos autos.

Tais documentos constam dos autos.

Assim, conclui-se, quanto à instrução processual, que os requisitos inerentes foram devidamente cumpridos no presente feito.

Visando instruir a Inexigibilidade de Licitação do Processo Administrativo em epígrafe, definindo claramente as obrigações das partes, há nos autos a Carta Contrato – Minuta, das quais as suas cláusulas são bastante e suficientes para reger as obrigações pertinentes, assegurando-se todos os direitos e deveres.

Em face do exposto, opinamos, nos limites da análise jurídica e excluídos os aspectos técnicos e o juízo de oportunidade e conveniência do ajuste, pela possibilidade jurídica do prosseguimento do presente processo. Inobstante o interesse em contratar a referida empresa, relativamente à aquisição odos produtos em questão, é decisão discricionária da Autoridade superior optar pela contratação ou não.

Face ao exposto, opina-se pela possibilidade jurídica da contratação para os fins aqui estabelecidos, pela inexigibilidade.

Este é o parecer, S.M.J. ficando, no entanto, submetido à apreciação do Senhor Prefeito Municipal para quaisquer considerações, com ênfase no sentido de que o Processo em apreço encontra-se, portanto, dentro das formalidades legais até o presente momento, conforme consta dos autos, salvo melhor justificativa.

Porecatu, 07 de junho de 2013

Lielto Valerio Padovan

OAB/PR 57.286