



PARECER JURÍDICO Nº 037/2021

INEXIGIBILIDADE Nº 6/2021- 050505 -SEMMA

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 00050505/21

OBJETO: Contratação de empresa especializada para prestação de serviço de manutenção preventiva e corretiva, com fornecimento de peças para motores náuticos YAMAHA 90 HP, YAMAHA 40 HP, YAMAHA 15 HP e MERCURY 25 HP, para atender as necessidades da SEMMA.

ORIGEM: DEPARTAMENTO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS.

I. PRELIMINAR DE OPINIÃO

Antes de se adentrar ao mérito do presente parecer é de ser verificado que a condução da análise técnico jurídica é vinculada à atividade prevista legalmente da função da advocacia, em especial conforme disposto na Lei Federal n. 8.906/94, que estabelece o Estatuto da Advocacia e da OAB.

Nesta forma, para confecção do presente instrumento, é de ser observada a isenção do profissional e o seu caráter opinativo (Art. 2º, § 3º da Lei referida), corroborado este entendimento pela liberdade administrativa do responsável, gestor, já que este poderá ou não seguir a opinião técnica segundo sua conveniência e finalidade.

Reitera-se a liberdade de opinião do profissional, conforme o entendimento jurisprudencial que segue, assim como a desvinculação do profissional à opinião, cabendo ao gestor sua vinculação ou não, conforme sua conveniência.

O presente parecer, por essência, é um instrumento de opinião não passível de vinculação à decisão da administração pública, assim entende a jurisprudência:



PENAL E PROCESSUAL PENAL. ADVOGADO PARECERISTA. SUPOSTO CRIME EM PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. ART. 89, CAPUT, DA LEI 8.666/93. PLEITO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. CABIMENTO. INEXISTÊNCIA D EINDICAÇÃO DO DOLO NA CONDUTA DO CAUSÍDICO. ORDEM QUE DEVE SER CONCEDIDA. 1. Não se pode deixar de considerar que sendo o ato do parecerista um ato opinativo, a manifestação jurídica não se constitui como ato administrativo em si, podendo apenas ser usada como elemento de fundamentação de um ato administrativo posteriormente praticado. 2. Precedente: STF - MS 24.631-6 - DISTRITO FEDERAL - Relator (a): Min.

Joaquim Barbosa - Julgamento: 09/08/2007 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno - Publicação: DJ 01-02-2008.

O objeto do presente parecer encerra o exame dos atos realizados no procedimento interno de apuração da presente licitação para devida análise quanto aos eventos ocorridos. Assim, excluindo-se os elementos técnicos e econômicos que embasaram o procedimento, é realizada a presente análise sobre os elementos ou requisitos estritamente jurídicos dos autos.

Neste sentido cabe a ressalva técnica que ao gestor público é livre a condução da Administração Pública, subordinando-se, contudo, às vertentes das normas de regência, em especial, os Princípios Constitucionais do Direito Administrativo. Sem desclassificar a presente peça como opinião técnica quanto à regularidade legal do procedimento, desvinculadas das finalidades que os justificam e tendo por base o próprio procedimento, incluso as declarações, autorizações, determinações e demais atos nele presentes. Cabendo ao gestor proceder aos demais atos conforme sua conveniência.



Submete-se à apreciação minuta de processo tendo em vista a Inexigibilidade de Licitação, visando a prestação de serviços de manutenção de preventiva e corretiva de lanchas pertencentes à frota da SEMMA, com vista atender demandas da Secretaria Municipal de Meio Ambiente.

O processo encontra-se autuado e protocolado com os atos iniciais para deflagração de procedimentos visando a contratação tais como manifestação do interesse e necessidade da contratação, autorização da autoridade competente, cotações de preços, valor estimado, bem como definição e disponibilização de dotação orçamentária para a futura contratação, enfim todos os procedimentos necessários à fase interna do processo de licitação.

III. DO PARECER:

A minuta da inexigibilidade de licitação em análise, apresenta como objeto a prestação de serviços de manutenção de preventiva e corretiva de lanchas pertencentes à frota da SEMMA, com vista a atender demandas da Secretaria Municipal de Meio ambiente.

Da Inexigibilidade de licitação: o cabimento:

O ordenamento jurídico pátrio norteia as ações e regras para as contratações na Administração Pública, a nossa Constituição Federal e impõe condições necessárias para toda a atividade administrativa, o art. 37 expressa os princípios orientadores, devendo cumprir a seguinte determinação:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da união, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (EC no 18/98, EC no 19/98, EC no 20/98, EC no 34/2001, EC no 41/2003, EC no 42/2003 e EC no 47/2005) I-(...)



XXI - Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, os serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetiva da proposta no termo da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

As ressalvas mencionadas pelo inciso XXI, da nossa Carta Magna, se refere aos casos de dispensa de licitação, que ocorre através da modalidade licitação dispensável e inexigibilidade de licitação.

A inexigibilidade de licitação deriva justamente da inviabilidade de competição para o fornecimento dos bens ou serviços demandados pela Administração conforme estabelece o art. 25 da Lei nº 8.666/93, autorizando portanto a Administração a realizar contratação direta, sem licitação. Senão vejamos:

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 comercial do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, federações 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;



II - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Como se vê, o dispositivo elenca três hipóteses de inexigibilidade, entretanto o caput do artigo, lembra que é inviável a competição “em especial”, portanto, é importante lembrar que a expressão “em especial”, permite claramente conceber a opção do legislador de não restringir as hipóteses de inexigibilidade, apenas 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 tres hipoteses expressamente indicadas – fornecedor exclusivo, serviços técnicos especializados e serviços artisticos – a lei permite que utras possam vir a legitimar contratação sem licitação”**.

Desta forma, 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 exemplobastante 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.”

Configurando-se a inexigibilidade de licitação é prudente conhecer o entendimento da doutrina acerca do instituto administrativo, para o que analisando a obra acima citada, encontramos a seguinte interpretação:



A gênese da inexigibilidade é a impossibilidade da competição, o que por isso, afasta a possibilidade de invocação dos princípios da moralidade e da igualdade. E o universo de seus destinatários é complexo, mais amplo, abrangendo pretendentes à contratação, administrados em geral, administradores e controladores da atuação da Administração Pública. Identificada que seja uma das hipóteses legais da inexigibilidade, nenhum desses universos de possíveis interessados está mais titulado ou legitimado a exigir a licitação: ela simplesmente não deverá ser realizada. (Figueiredo Ferraz, ob. Cit.)

Em análise ao preceito mencionado, e em confronto com a situação então caracterizada, constata-se a configuração da inexigibilidade para a contratação, face à impossibilidade de se estabelecer um procedimento de licitação, pela ausência de concorrente, fato este plenamente configurado na realidade presente, pois apenas uma empresa detém autorização para negociar os camarotes durante o evento.

Buscando compreender o instituto da inexigibilidade, não podemos deixar de lembrar os ensinamentos de Diógenes Gasparini, in verbo.

Inexigível é o que não pode ser exigido, asseguram os dicionaristas. Inexigibilidade, a seu turno, é a circunstância do que não pode ser exigido. Desse modo, a inexigibilidade da licitação é circunstância de fato ou de direito encontrada no bem que se deseja adquirir, na pessoa que se quer contratar ou com que se quer contratar, que impede o certame, a concorrência. (In, Direito Administrativo, 4^a ed. Saraiva, SP. 1995, p. 429).

Na mesma sintonia, Vera Lúcia Machado D'Ávila, acata a definição sobre inexigibilidade, assim se manifestando:

... a inexigibilidade de licitação se define pela impossibilidade de licitar por inexistirem produtos ou bens que tenham características aproximadas e que, indistintamente, possam servir ao interesse público, ou por inexistir pluralidade de particulares que possam satisfazer o



fornecimento de bens e serviços. (In, Licitações e Contratos, 3a ed. Malheiros, p. 85).

Para Jessé Torres, “...as hipóteses dos incisos não têm autonomia conceitual; entender diversamente significa subordinar o caput do artigo a seus incisos, o que afronta regra palmar de hermenêutica; sendo, como devem ser, os incisos de um artigo subordinados à cabeça deste, a inexigibilidade de licitação materializa-se somente quando a competição for inviável.” (Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública, 8ª. Ed, Renovar, p.342).

Sobre o assunto, faz-se necessário destacar novamente orientação do eg. Tribunal de Contas da União (nº 001.658/2001-6), que traz os requisitos necessários à verificação da possibilidade de aplicação de inexigibilidade de licitação:

"Ocorre que não basta que determinada empresa seja fornecedora exclusiva de um bem ou serviço para que se dê guarida legal a sua contratação por inexigibilidade de licitação. É necessário mais que essa simples verificação. É imprescindível que o objeto a ser contratado seja o único a satisfazer as necessidades da Administração, bem como não haja no mercado nenhum outro de características similares, capaz de satisfazer as necessidades da Administração. Deve o objeto ter características que o tornem singular para a Administração, justificando dessa forma a exclusividade no fornecimento."

No presente caso, a inexigibilidade de licitação se dá pelas características especiais do serviço a ser realizado, as quais somente um fornecedor pode atender por ser exclusivo e inexistir concorrência, tornando impossível a realização de licitação exigível ordinariamente da Administração Pública. Ressaltando que para o enquadramento legal da aquisição no inciso I, do art. 25, antes destacado, deve ser demonstrado e comprovado nos autos que o objeto do contrato é de fornecimento exclusivo, mediante atestado do órgão de registro de comércio local, ou outras hipóteses previstas no artigo citado.



Na doutrina de Marçal Justen Filho: "A modalidade mais evidente de inviabilidade de competição é aquela derivada da ausência de alternativas para a Administração Pública. Se existe apenas um único produto em condições de atender à necessidade estatal, não há sentido em realizar a licitação. Seria um desperdício de tempo realizar a licitação. Mas há uma série de questões implicadas na hipótese. Essas questões envolvem tanto a situação referida no inc. I como outras similares".

Sobre a inexigibilidade de licitação decorrente de fornecedor único, vale registrar a posição lançada pelo Tribunal de Contas da União:

"Restrinja a aplicação do que dispõe o inc. I do art. 25 da Lei 8.666/93, dos casos em que inequivocamente ficar caracterizada a inviabilidade de competição pela existência de um único fornecedor do produto pretendido, de modo a existir nova contratação direta sem preenchimento dos requisitos legais e com afronta aos princípios da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da moralidade e da probidade administrativa, insculpidos no art. 3º da referida Lei de Licitações." (Acórdão 295/2005 Plenária)

A contratação pretendida pela Secretaria Municipal de Meio Ambiente para atender suas demandas, se enquadra plenamente na hipótese de inexigibilidade de licitação, em razão da empresa mencionada no processo ser a única que executa os serviços objeto da contratação em destaque. Estando a comprovação da sede da empresa no município é referendada pela declaração de exclusividade da atividade no município ser da empresa E.V. da Silva Serviços -ME. Sem deixar margem ao gestor público para outra forma de escolha da melhor proposta, ou seja, através de licitação.

Há que ser lembrado que o administrador público não está inteiramente livre para a contratação. É preciso a observância de determinados requisitos legais e constitucionais, tudo devidamente demonstrado em processo de inexigibilidade com base no art. 25, inciso I da Lei nº 8.666/93.



No que se refere à conveniência administrativa e o motivo da contratação, são inerentes à competência, responsabilidade e do gestor público, sendo irrenunciável por parte desse agente público. Entretanto a discricionariedade do administrador, exige proporcionalidade na consecução de atos que lhe são confiados.

O binômio discricionariedade-proporcionalidade, direciona seus efeitos não apenas sob o prisma normativo, mas também, sob o aspecto técnico que norteia a contratação.

Desta forma, a Assessoria Jurídica, compete avaliar a legalidade sob o aspecto normativo da não realização de licitação, verificando cuidadosamente o cabimento da hipótese de inexigibilidade. O mesmo não se dá quanto à apreciação do cabimento do objeto. Em suma, a apreciação empreendida por este órgão consultivo não tem o intuito de atestar as alternativas técnicas adotadas pelo agente público. Nesse sentido, Antonio Roque Citadini:

“Quando se tratar de contratação com dispensa ou inexigibilidade de licitação, o processo administrativo deverá conter a documentação própria para os casos, apontando a necessidade da contratação direta, especialmente os pareceres técnicos e jurídicos que dão suporte à contratação direta.

“O legislador dá grande realce ao exame pela Assessoria Jurídica, cuja manifestação e aprovação prévias são indispensáveis sobre a licitação (ou dispensa ou inexigibilidade), bem como a propósito das minutas de documentos mais importantes de todo o procedimento, tais como: editais, contratos, convênios ou ajustes, cujas minutas deverão ser previamente examinadas e aprovadas por aquele órgão. O parecer sobre a licitação efetuado pela área jurídica

Versão: 9.7.0



da Administração não exime o administrador da responsabilidade por todos os atos da licitação.” (Comentários Jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas, São Paulo:Max Limonad, 2ª ed., 1997, p. 258).

Não existe delegação de responsabilidade do administrador – ou mesmo o compartilhamento desta – quando exarada a manifestação jurídica relativa à contratação. A solução técnica eleita é inerente à esfera de competência própria do agente administrativo, e só dele, não importando o pronunciamento desta Assessoria Jurídica, sob qualquer ótica, em juízo de conveniência e oportunidade.

Foi anexada a minuta do contrato para análise, esta deve seguir as regras previstas pelo art. 55 da Lei nº 8.666/93, verificando-se que constam as cláusulas relacionadas no corpo da minuta da seguinte forma: Cláusulas referente ao objeto, Obrigações das partes, valor do contrato, condições de pagamento, designação dos recursos orçamentários, reajuste, penalidades, recursos administrativos, rescisão, alterações, vigência, entrega e recebimento do objeto, publicidade e foro, estando portanto em consonância com o artigo mencionado.

IV . CONCLUS O:

Desta feita, pelo exposto antes demonstrado, verifica-se que a situação apresentada se enquadra plenamente na hipótese de inexigibilidade de licitação contida no art. 25, inciso I, da Lei nº 8.666/93, e por essa razão está Assessoria manifesta – se em princípio, pela aprovação da contratação direta no valor de R\$ 77.470,00 (setenta e sete mil, quatrocentos e setenta reais), com a empresa **E.V. da Silva Serviços - ME**, nada tendo a opor quanto a contratação vez que atendem os requisitos exigidos pela Lei de Licitações.



Prefeitura Municipal de Juruti
CNPJ 05.257.555/0001-37
Procuradoria Jurídica
Rodovia PA 257 (Rodovia Translago), S/n, KM 01, Bairro Nova Jerusalém,
CEP 68.170-000 - Juruti/PA.



É o parecer S.M.J.

Juruti/PA., 18 de maio de 2021.

Marcio José Gomes de Sousa

OAB/PA 10516