



PARECER JURÍDICO

Processo nº 035/2019

Inexigibilidade nº 08/2019

Modalidade: Inexigibilidade de licitação

EMENTA: Demais hipóteses de inexigibilidade de licitação. DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES E CONTRATOS. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. Aquisição de Bens que só Possam ser Fornecidos por Produtor, Empresa ou Representante Comercial Exclusivo. Base Legal: Artigo 25, inciso I, da Lei nº 8.666/93. Análise Regularidade Formal do Processo. Análise da Adequação da Contratação no Permissivo Legal. Formalidades do art. 26 bem como demais Requisitos da Lei nº 8.666/93. Análise das Minutas. Ressalvas e/ou Recomendações.

I – RELATÓRIO

Trata-se de processo oriundo da Secretaria Municipal de Educação que tem por objeto a contratação de empresa para o fornecimento de livros didáticos para educação infantil pré I e II do conjunto de volumes organizados em torno de uma proposta pedagógica única e de uma progressão didática articulada aos anos desse segmento, para atender ao Fundo Municipal de Educação de Carrasco Bonito.

II – FINALIDADE E ABRANGÊNCIA DO PARECER JURÍDICO

A presente manifestação jurídica tem o escopo de assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem praticados ou já efetivados. Ela envolve, também, o exame prévio e conclusivo dos textos de contratos ou instrumentos congêneres a serem celebrados e publicados.

Nossa função é justamente apontar possíveis riscos do ponto de vista jurídico e recomendar providências, para salvaguardar a autoridade assessorada, 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 restringe-se aos seus aspectos jurídicos, excluídos, portanto, aqueles de natureza técnica. Em relação a estes, partiremos da premissa de que a autoridade competente municiou-se dos conhecimentos específicos imprescindíveis para a sua adequação às necessidades da Administração, observando os requisitos legalmente impostos.¹

De fato, presume-se que as especificações técnicas contidas no presente processo, inclusive quanto ao detalhamento do objeto da contratação, suas características, requisitos e avaliação do preço estimado, tenham sido regularmente determinadas pelo setor competente do órgão, com base em parâmetros técnicos objetivos, para a melhor consecução do interesse público.

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.

III – REGULARIDADE DA FORMAÇÃO DO PROCESSO

¹ Conforme Enunciado n° 07, do Manual de Boas Práticas Consultivas da CGU/AGU, "o Órgão Consultivo não deve emitir manifestações conclusivas sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade."



De acordo com o art. 22 da Lei nº 9.784/99, os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada, salvo expressa disposição legal.

Com efeito, no que pertine especificamente à licitação, bem como contratos/convênios e outros ajustes, o processo administrativo deverá observar as normas que lhes são pertinentes, iniciando-se com a devida autuação, com a correspondente protocolização e numeração, juntando-se, em sequência cronológica, os documentos pertinentes, cujas folhas devem ser numeradas e rubricadas, sendo que cada volume deverá conter os respectivos termos de abertura e encerramento.

A princípio, os autos do processo submetidos à análise se encontram regularmente formalizados, em conformidade com o ordenamento jurídico pertinente.

IV - INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO – ART. 25, INCISO I DA LEI Nº 8.666, DE 1993

O “caput” do art. 25 da Lei nº 8.666/93 prevê a inexigibilidade de licitação quando houver inviabilidade de competição, autorizando a contratação direta pela Administração Pública.

Os três incisos do dispositivo preveem de forma exemplificativa as hipóteses de inexigibilidade, sendo certo que poderá haver outros casos concretos enquadráveis no “caput” deste permissivo legal.

O inc. I se refere à aquisição de bens que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, fundamento esse não indicado pelo órgão para a contratação pretendida.

Vejamos o que dispõe o citado permissivo legal:

Art. 25, inc. I da Lei nº 8.666/93:

*“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;"

Com efeito, o enquadramento da hipótese no citado permissivo legal fica sujeito às seguintes condições preliminares: (I) o objeto restringe-se a compras, excluídos por consequência, os serviços; (ii) singularidade do bem, em decorrência de suas características técnicas pertinentes, que deverá circunscrever-se às especificações essenciais para atender às necessidades objetivadas pela Administração, vedada a preferência por marca; (iii) prova de exclusividade de fornecimento do bem.

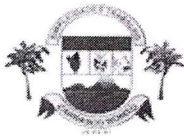
Por conseguinte, cabe avaliar a presença efetiva dessas circunstâncias prévias, objetivando a adequada inserção do caso concreto no permissivo legal invocado.

O primeiro requisito decorre da simples dicção do inciso, que restringe a contratação à aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros - ou seja, compras em geral, afastando-se em consequência, os serviços.

Relativamente à singularidade do bem, tal característica decorre das especificações inerentes e peculiares que apontam para uma única solução viável para atender às necessidades da contratação.

É da lógica comum que o aumento do nível de detalhamento do objeto influi inversamente no universo de fornecedores aptos a atender à demanda, reduzindo-o. Consequentemente, a caracterização excessivamente pormenorizada do objeto poderá conduzir a um único ou nenhum fornecedor, ao passo que a especificação por demais genérica ou singela poderá ampliar as opções no mercado, porém para objeto cujas características não atendam plenamente às necessidades efetivas da Administração, desvirtuando a finalidade da contratação.

Destarte, o gestor deverá tomar as cautelas necessárias para assegurar que as especificações correspondam àquelas essenciais ao bem, sem as quais não poderão ser atendidas as necessidades da Administração, evitando, por outro lado, detalhes considerados supérfluos ou desnecessários para o fim pretendido.



Com efeito, a descrição clara e precisa do objeto reúne informações essenciais para que o gestor público possa proceder à pesquisa para verificação de existência ou não de pluralidade de bens capazes de satisfazer à finalidade visada.

Desta forma, a inviabilidade de licitação somente se justifica se o objeto possuir características únicas que o tornem singular, de modo que só ele poderá atender às necessidades da Administração, afastando-se por consequência, a presença de produtos similares aptos a satisfazer às finalidades objetivadas, apontando para a inexistência de mercado competitivo.

Todavia, na hipótese dos autos, não foram evidenciadas as características singulares do bem (que deverão restringir-se àquelas essenciais à finalidade objetivada), nem tampouco esclarecimentos sobre a inexistência de bens similares compatíveis com o objeto da contratação, de forma que o gestor responsável deverá prestar as devidas explicações, sob pena de afastamento da alegada inviabilidade de competição, ensejando por consequência, a licitação.

Por se tratar de questão eminentemente técnica, de integral responsabilidade do órgão, não adentraremos o mérito da justificativa adequada. Apenas frisamos que da efetiva caracterização da singularidade do objeto depende diretamente a legalidade da contratação autorizada pelo inc. I do art. 25 da Lei nº 8.666/93.

A princípio, a lei veda a preferência por marca. Todavia, tratando-se de objeto de natureza singular, muitas vezes, é consequência inevitável que a contratação seja conduzida a uma determinada marca/fabricante que, na prática, representa o conjunto das especificações do objeto que se pretende adquirir.

Ademais, não se pode olvidar que a própria Lei nº 8.666/93, (art. 7º, parágrafo 5º), amparada por subsídios doutrinários admite a indicação de marca, desde que seja tecnicamente justificável. Portanto, a justificativa correspondente deverá pautar-se em critérios técnicos e objetivos que demonstrem a sua imprescindibilidade para a plena satisfação do interesse público.



Art. 7º, §5º da Lei nº 8.666/93:

"É vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório."

Conforme palavras de Marçal Justen Filho:

"Havendo motivação técnico-científica adequada, a escolha da Administração não apresentará defeitos. Essa escolha deverá indicar o objeto escolhido. Para sua perfeita identificação, nada impede a utilização da marca e dos demais característicos externos do objeto escolhido. Enfim, a marca não pode ser a causa motivadora da escolha, mas se admite a indicação da marca como mero elemento acessório, consequência de uma decisão que se fundou em características específicas do objeto escolhido." (Op. cit., p. 277)

Portanto, o administrador não poderá externar sua preferência por contratação de produto de certa marca, a seu talante, sem a correspondente motivação técnica. Por conseguinte, a proibição deve ser interpretada no sentido de que a marca não poderá ser indicada como o objeto da contratação em si, sendo admissível como parâmetro para identificação das qualidades e propriedades intrínsecas que o bem deve abranger.

Cabe, pois ao administrador zelar para que a indicação de marca observe tais diretrizes com intuito de imprimir maior segurança jurídica ao procedimento.

A singularidade do bem não implica necessariamente em fornecimento exclusivo, pois é possível que a fabricante/indústria autorize a distribuição/comercialização do bem a mais de uma empresa, o que em tese, viabilizaria a licitação para a escolha da proposta mais vantajosa, se considerar que cada fornecedor poderá oferecer preços e condições contratuais distintos.

Nessas circunstâncias, a inexigibilidade de licitação pressupõe necessariamente a existência de único fornecedor do bem objeto da contratação, cabendo a respectiva comprovação.

Não consta até o presente estágio nos autos atestado de exclusividade



emitido pela editora, razão pela qual não pressupõe o atendimento do comando legal.

Por fim, o art. 25, I da Lei nº 8.666/93 estabelece que a comprovação da exclusividade deverá ser feita através de atestado expedido pelos órgãos de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelos Sindicatos, Federação ou Confederação Patronal, ou outras entidades equivalentes.

Pelo exposto, conclui-se que nos autos até o presente estágio não consta o pressuposto necessário para a contratação por inexigibilidade de licitação com fulcro no art. 25, I da Lei nº 8.666/93, qual seja a carta de exclusividade.

V – FORMALIDADES LEGAIS PREVISTAS NO ART. 26 DA LEI Nº 8.666/93

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.

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

Com efeito, neste caso particular, as exigências atinentes consistem em:

- a) justificativa do afastamento da licitação;
- b) razão da escolha do fornecedor;
- c) justificativa do preço;
- d) diligências relativas à ratificação e publicação do ato de inexigibilidade na imprensa oficial.

VI - ANÁLISE DAS MINUTAS

VI.a - projeto básico/termo de referência



O projeto básico/termo de referência, devidamente aprovado pela autoridade competente, constitui documento inaugural da contratação, na medida em que se presta à orientação do futuro contratado, com relação àquilo que deverá fornecer, assim como da própria Administração, que com ele define exatamente as necessidades a serem atendidas mediante a celebração do ajuste.

Em sua elaboração, o órgão deve atentar para os requisitos descritos no art. 6º, inc. IX, e art. 12 da Lei nº 8.666/93.

VI.b - termo de contrato ou instrumento substitutivo

No caso vertente, a autoridade assessorada irá formalizar instrumento contratual, no entanto não consta minuta nos autos.

Frente a ausência da minuta deixo de manifestar a respeito dos seus termos.

VII – DA CONCLUSÃO

Ante ao exposto, exaro parecer meramente opinativo, nos limites da análise jurídica e excluídos os aspectos técnicos e o juízo de oportunidade e conveniência do ajuste, pela possibilidade jurídica, em tese, do prosseguimento do presente processo, desde que cumpridas as ressalvas constantes nos apontamentos no corpo neste parecer, mormente no que diz respeito a apresentação de carta de exclusividade e projeto básico/justificativa.

Este é o parecer, *s.m.j.*

À origem, com as cautelas legais para superior apreciação.

Carrasco Bonito/TO, em 15 de abril de 2019.

NATANAEL GALVÃO LUZ
OAB/TO 5384e