

PARECER N° 03/2022

Análise Jurídica. Contratação Direta por Inexigibilidade de Licitação. Base Legal – artigos 37, inciso XXI da Constituição Federal, art. 25, inciso II, §1º e art. 26 da Lei n° 8.666/93. Possibilidade.

RELATÓRIO

Manifesta-se este órgão consultivo da Administração Municipal acerca da Minuta do Contrato, a ser firmado pelo Fundo Municipal de Assistência Social de Capela/SE, e a empresa AGSISTEMAS Comércio de Informática Ltda, por meio de contratação direta, mediante inexigibilidade de licitação, para contratação de empresa especializada para prestação de serviços de licença de uso mensal de software AGPORTAL MÓDULO AGFOLHA WEB – folha de pagamento, RH adequado ao E-social, autorizado pelo Chefe do Poder Executivo Municipal.

Foram encaminhados para análise e elaboração de Parecer Jurídico os seguintes documentos:

- a) Projeto Básico;
- b) Orçamento para Licença de Uso do Software;
- c) Documentos, declaração, certidões, contrato social, atestado da empresa AGSISTEMAS Comércio de Informática Ltda;
- d) Justificativa da Inexigibilidade da Licitação;
- e) Ofício s/n solicitando a abertura de processo por meio de Inexigibilidade de Licitação;
- f) Comunicação Interna encaminhando para realização de procedimento licitatório
- g) Minuta do Contrato;
- h) Solicitação de Parecer Jurídico.

DAS DISPOSIÇÕES LEGAIS QUE REGEM A MATÉRIA

A Constituição Federal de 1988, em seu capítulo reservado aos Princípios Gerais da Atividade Econômica, notadamente em seu art. 175, condicionou a prestação de serviços públicos à realização de prévio procedimento licitatório.

Por outro lado, a própria Carta Magna, no capítulo destinado à Administração Pública, ressalva casos em que a legislação infraconstitucional confere ao Poder Público a faculdade de contratar sem a necessidade de tal procedimento, conforme se depreende do art. 37, XXI, abaixo transcrito:

Art. 37 – A administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:

(...)

XXI – 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, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Contudo, se incumbiu a Lei nº. 8.666/93, nos seus artigos 24 e 25 de exceção à regra da prévia licitação, ora em razão de situações de flagrante excepcionalidade, onde a licitação, em tese, seria possível, mas, pela particularidade do caso, o interesse público reputaria inconveniente, como é o caso da dispensa, ora em razão da inviabilidade da própria competição ou da falta de condições para a Administração confrontar determinados bens ou serviços, que por sua singularidade ou características do executor deixam de apresentar semelhança com outros, como no caso da inexigibilidade de licitação.

O art. 25 da mencionada Lei de Licitações e Contratos Administrativos regula as hipóteses de inexigibilidade de licitação. O caput trata da hipótese em que simplesmente há inviabilidade de competição e seu inciso II, disciplina, sobre inexigibilidade de contratação, 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 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 artigo 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória

especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

§1º - 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 relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

Como se vê, o dispositivo acima mencionado elenca três hipóteses de inexigibilidade, entretanto o caput do artigo, lembra que é inviável a competição "em especial", portanto, é importante lembrar que essa expressão, 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.

Em análise ao preceito mencionado, evidencia-se a configuração de inexigibilidade para a contratação, face à impossibilidade de se estabelecer um procedimento de licitação, pela ausência de concorrente.

Há de se frisar que o administrador público não está inteiramente livrá para a contratação. É necessária a observância de determinados requisitos legais e constitucionais, devidamente demonstrados no processo de inexigibilidade.

DOS SERVIÇOS TÉCNICOS DE NATUREZA SINGULAR

Em análise à documentação apresentada pela empresa, anexa aos autos, resta claro o nexo de causalidade entre o objeto e a pretensa contratação pela Prefeitura Municipal de Capela/SE, *in casu*, **contratação de empresa especializada para prestação de serviços de licença de uso mensal de software AGPORTAL MÓDULO AGFOLHA WEB – folha de pagamento, RH adequado ao E-social**, demonstrando um serviço técnico profissional especializado, embasado pelo art. 13, III da Lei 8.666/93 e art. 25, §§ 1º e 2º da Lei 14.039/20.

Para o pressuposto da singularidade para contratação direta pela Administração Pública, cita Rigolin, assinalando que alguns objetos de contratos têm características próprias e inconfundíveis com outros, ainda que semelhantes, registra que:

“Cada qual é único quando contratado com cada profissional ou cada empresa. Inexiste mesmo o risco de que sejam iguais os serviços que dois ou mais profissionais (ou empresas) possam apresentar, pois jamais serão iguais, salvo em caso de plágio, que é delito, os patrocínios de uma causa por um ou por outro

AA

advogado; o projeto arquitetônico de um ou de outro arquiteto, ou escritório ou sociedade de arquitetos; o parecer de um ou de outro economista". (grifamos)

Nessa esteira, os serviços da empresa AGSISTEMAS Comércio de Informática Ltda., como só de acontecer com os serviços de advocacia, engenharia, arquitetura, economia, etc., merecem a mesma característica de singularidade, pois mesmo na hipótese de numerosos profissionais que os possam prestar, cada um o fará à sua maneira, neles imprimindo uma característica pessoal.

No caso em foco, o Município de Capela/SE, calcado nos princípios da razoabilidade, da instrumentalidade, da eficiência pública e em todos os outros que regem a atividade administrativa, pode e deve realizar procedimento consentâneo à legalidade, com vistas a contratar o prestador de serviços que mais lhe pareça atender ao interesse público.

Observe-se que a contratação administrativa foi iniciada com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e justificado, contendo autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, atendendo o que determina o ordenamento jurídico pátrio.

Quanto à prova da regularidade fiscal e trabalhista, deve o contratado apresentar as provas de quitação com as Fazendas Públicas, Federal, Estadual e Municipal, bem como a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas, atendendo às exigências da Lei nº 8.666/93, com a Seguridade Social, satisfazendo as imposições constitucionais (artigo 195, §3º, da CF) e com o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS.

Acerca da Minuta Contratual anexada aos autos, registra-se que a mesma está em consonância com as disposições constantes nos arts. 55 e ss. da Lei nº 8.666/93, fazendo-se constar a descrição do objeto e seu elementos característicos, o preço e as condições de pagamento, o crédito por conta do qual correrão as despesas, a descrição da dotação orçamentária, os direitos e obrigações das partes, bem com da possibilidade de rescisão contratual e outros.

CONCLUSÃO

Ante o explicitado, opina esta Procuradoria pela pertinência jurídica da Minuta do Contrato, mediante Inexigibilidade de licitação, desde que preenchidos os requisitos ali presentes, conforme demonstrado alhures, devendo esta ser publicada nos termos das disposições legais (art. 26, caput, da Lei nº 8.666/93).

É o entendimento, salvo melhor juízo.

Capela, 03 de janeiro de 2022.


ROSANA MARTINS VIEIRA

Procuradora Adjunta da Prefeitura Municipal de Capela/SE

OAB/SE 2.631