Sinimbu, 11 de janeiro de 2024.

Parecer: 01/2024 – Licitação Inexigibilidade.

Referência: Pedido de Inexigibilidade de licitação da Secretaria de Educação

Vem a esta Assessoria Jurídica, pedido de parecer quanto a possibilidade de valer-se do formato de inexigibilidade de licitação, visando contratação da empresa JOANDRE – Educação e Cultura Ltda, visando a oferta de palestrante para a abertura da Jornada Pedagógica da rede Pública Municipal de Educação. O custo informado é de R$ 5.700,00.

De partida convém frisar que, o parecer, a análise técnico jurídica é vinculada à atividade prevista legalmente da função da advocacia, Lei Federal n. 8.906/94, devendo ser observada a isenção do profissional e o seu caráter opinativo (Art. 2o, § 3o da Lei referida), sendo que a presente manifestação limitar-se-á à dúvida estritamente jurídica "in abstrato", ora proposta e, aos aspectos jurídicos da matéria, abstendo-se quanto aos aspectos técnicos, administrativos, econômico-financeiros e quanto a outras questões não ventiladas ou que exijam o exercício de conveniência, oportunidade e discricionariedade da Administração. Como informa o ACÓRDÃO 648/2007 – TCU o "parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa". (Celso Antônio Bandeira de Mello, "Curso de Direito Administrativo", Malheiros Ed., 13ª. ed., p. 377). Ou seja, trata-se de ato meramente opinativo.

Quanto ao formato, a inexigibilidade de licitação está prevista no art. 74 da lei de licitações, a saber:

> Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:
>
> I - aquisição de materiais, de equipamentos ou de gêneros ou contratação de serviços que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos;

II - contratação de profissional do setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública;

III - contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:

a) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos ou projetos executivos;

b) pareceres, perícias e avaliações em geral;

c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;

d) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;

e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;

g) restauração de obras de arte e de bens de valor histórico;

h) controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem no disposto neste inciso;

IV - objetos que devam ou possam ser contratados por meio de credenciamento;

V - aquisição ou locação de imóvel cujas características de instalações e de localização tornem necessária sua escolha.

§ 1º Para fins do disposto no inciso I do caput deste artigo, a Administração deverá demonstrar a inviabilidade de competição mediante atestado de exclusividade, contrato de exclusividade, declaração do fabricante ou outro documento idôneo capaz de comprovar que o objeto é fornecido ou prestado por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos, vedada a preferência por marca específica.

§ 2º Para fins do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se empresário exclusivo a pessoa física ou jurídica que possua contrato, declaração, carta ou outro documento que ateste a exclusividade permanente e contínua de representação, no País ou em Estado específico, do profissional do setor artístico, afastada a possibilidade de contratação direta por inexigibilidade por meio de empresário com representação restrita a evento ou local específico.

§ 3º Para fins do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se de notória especialização o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

§ 4º Nas contratações com fundamento no inciso III do caput deste artigo, é vedada a subcontratação de empresas ou a atuação de profissionais distintos daqueles que tenham justificado a inexigibilidade.

O primeiro aspecto de uma inexigibilidade de licitação, base para a decisão da gestão, é a convicção do gestor, a partir de prova documental (inclusive declarações), do núcleo do *caput*, qual seja, **"quando inviável a competição"**.

Então, cabe a Secretaria da educação, a verificação, documentação e a tomada de

decisão, se realmente, a contratação de determinado palestrante pretendido, pode ser considerada única, gerando assim a inviabilidade de competição, o que não é uma novidade, posto que, previsão semelhante já ocorria na lei de 1993, a norma de nº 8.666.

Chama-se ainda a atenção para o que afirma a norma, que me parece se amoldar ao caso concreto: III - contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza **predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização**, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação: f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;.

Para fins de aferição do dispositivo o legislador nos informa que "§ 3º Para fins do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se de notória especialização o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato."

Assim, é necessário que seja fartamente documentado que o palestrante atende aos requisitos de notória especialidade e singularidade dos serviços a ser prestado, o que deve ocorrer na forma do dispositivo citado acima. Cabe a Secretaria a comprovação de tal condição, antes de encaminhar a Gestão para decisão final.

Posto que, a situação em tela é verificar com certeza, e de forma documental a eventual ausência de competição, ou seja, que apenas determinada pessoa jurídica contratada teria condições de executar ações ou atividades previamente descritas como objeto do contrato e receber, posto que, a inexigibilidade de licitação com fundamento no art. 75, da atual lei de licitações, se configura quando devidamente demonstrado, pelo órgão contratante, ser caso de inviabilidade de competição, ou seja, que só um prestador ou entidade é capaz de executar determinado serviço ou ação.

Neste sentido, cabe citar sobre a inviabilidade de competição, as informações trazidas por Marçal Justen Filho, conforme citação na informação 551/2022 da DPM:

> A primeira hipótese de inviabilidade de competição reside na ausência de pluralidade de alternativas de contratação para a Administração Pública. Quando existe uma única solução e um único particular em condições de executar a prestação, a licitação seria imprestável. Mais precisamente, a competição será inviável porque não há alternativas diversas para serem entre si cotejadas. (...) a inviabilidade de competição ocorre em casos em que a necessidade estatal apresenta peculiaridades que escapam aos padrões de normalidade. (...) 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. (...) A decisão de contratar tem de ser antecedida de verificações acerca das diferentes soluções técnico-científicas disponíveis para atender ao interesse sob tutela estatal. Essa atividade administrativa prévia deverá conduzir à seleção de uma das alternativas como a melhor. A melhor alternativa deve ser avaliada não apenas sob o enfoque de critérios técnicos, mas também econômicos. Deve estabelecerse uma relação entre os benefícios qualitativos que serão obtidos e possíveis encargos financeiros com que o Estado arcará. Nada impede que a melhor solução técnica seja afastada em face de limitações orçamentárias. (...) Ou seja, o dever de considerar vantagens e encargos existe mesmo na fase interna da atividadeadministrativa, quando a Administração cogita de escolher dentre diversas alternativas para satisfazer suas necessidades. (...) Ressalte-se que a inviabilidade de competição apenas ocorre quando existir um único sujeito em condições de fornecer. Não basta haver uma patente de invenção, por exemplo, para produzir a inviabilidade de competição. É que se admite a possibilidade de outorga a terceiros da faculdade de valer-se dos direitos derivados da patente. Nada impede que um certo objeto, embora derivado de uma patente, seja produzido por diferentes fabricantes. A existência de diferentes fornecedores estará caracterizada, então, o que gerará a possibilidade de competição entre eles.

Especificamente acerca das hipóteses de inexigibilidade, a contratação direta será possível quando houver inviabilidade de competição, que decorre da falta de um pressuposto lógico da licitação: a própria concorrência. Ou seja, não se mostra razoável exigir da

Administração Pública a realização de um procedimento licitatório se desde já é sabido a quem será direcionada a contratação. Esse é um dos pontos fundamentais para a administração investigar, a suposta ausência de competição pela singularidade do serviço a ser contratado.

Marçal Justen Filho ao analisar a questão da singularidade, assim deixou assentado:

> A singularidade consiste na impossibilidade de encontrar o objeto que satisfaz o interesse sob tutela estatal dentro de um gênero padronizado, com uma categoria homogênea. Objeto singular é aquele que poderia ser qualificado como infungível, para valer-se de categoria da Teoria Geral do Direito. São infungíveis os objetos que não podem ser substituídos por outros de mesma espécie, qualidade e quantidade. Um objeto singular se caracteriza quando a sua identidade específica é relevante para a Administração Pública, sendo impossível sua substituição por "equivalentes". (Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. ed. 19. Revista dos Tribunais - P. RL-1.8)

Eventual dúvida sobre algum caso específico, ou acerca da interpretação ou aplicação de normas, esta assessoria jurídica fica à disposição, para inclusive se for o caso ou achar conveniente uma reunião.

Assim, de forma conclusiva, caso a administração tenha a convicção e fundamente inclusive de forma documental, que apenas a empresa contratada/palestrante tem condições de atender a demanda informa, ao nosso sentir, e *SMJ.*, é possível a aplicação do art. 74 da lei 14.133/2021, frisando a necessidade de configuração clara da ausência de competição, posto que a regra da lei licitações e da Constituição é a certame público.

Alguns alertas, caso a decisão seja pelo afastamento do certame:

a) Documentar a singularidade da contratação, no caso a ausência de competição;
b) A previsão que veda a subcontratação: § 4º Nas contratações com fundamento no inciso III do caput deste artigo, é vedada a subcontratação de empresas ou a atuação de profissionais distintos daqueles que tenham justificado a inexigibilidade.

c) Verificar o cumprimento dos decretos municipais atinentes ao processo de compras, em especial o de nº 3.008/2024;

d) Questão do valor: Caso a decisão seja de contratar por via da inexigibilidade de licitação, há ressaltar ainda, a questão do preço do serviço, ou seja, de que o valor contratado seja compatível com a lógica do mercado, visando garantir a economicidade, verificando se a empresa pratica preços semelhantes a órgãos públicos ou privados, mediante por exemplo cópia de notas fiscais. Atenção a previsão da lei de licitações, art. 23 " §4º Nas contratações diretas por inexigibilidade ou por dispensa, quando não for possível estimar o valor do objeto na forma estabelecida nos §§ 1º, 2º e 3º deste artigo, o contratado deverá comprovar previamente que os preços estão em conformidade com os praticados em contratações semelhantes de objetos de mesma natureza, por meio da apresentação de notas fiscais emitidas para outros contratantes no período de até 1 (um) ano anterior à data da contratação pela Administração, ou por outro meio idôneo".

e) Em arremate, caso a avaliação e decisão seja pelo afastamento do processo licitatório, tal procedimento não exime a administração de proceder nos demais atos previstos na lei de licitações, e em especial quanto as ações do art. 18, documentação mínima necessária prevista no art. 68 e 72 da lei 14.133/2021.

f) Verificar se, a demanda foi devidamente contemplada no plano de contratações anual.

g) Da necessária publicidade de todos os atos necessários previsto na Lei n.º 14.133/21, no que tange a divulgação do processo e do contrato, em especial citamos LICITACON, em sítio eletrônico oficial, diário oficial Municipal.

Nestes termos é o parecer/opinião, *S.M.J.*, a superior instância para decisão.

Na oportunidade, reiterarmos protestos de elevada consideração.

Fernando Pritsch Winck

OAB/RS 63.361