

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA CÂMARA DE VEREADORES DO MUNICÍPIO DE POÇO VERDE/SE

Inexigibilidade de Licitação n. 003/2019
PARECER JURÍDICO Nº 15/2019 CMPV

Assunto.: Constitucional. Administrativo. Análise da possibilidade de Contratação de empresa especializada, para permissão de uso do sistema - ERP - CONTABILIS - SOFTWARE de GESTÃO PÚBLICA: Módulo: Folha de Pagamento, Gestão de Pessoal, Portal do Servidor Público, Compras, Licitação, Almoxarifado, Contratos, Patrimônio e Portal do Cidadão (Lei de Acesso a Informação. Possibilidade. Atendimento aos requisitos legais. Notória especialização da empresa contratada. Singularidade do Objeto. Inviabilidade de competição. Tramitação regular.

Sr. Presidente da Câmara de Vereadores,

Trata-se de expediente de Consulta no qual Excelentíssimo Presidente da Câmara de Vereadores do Município de Poço verde, Estado de Sergipe, nos solicita quanto à possibilidade de *Contratação de empresa especializada, para permissão de uso do sistema - ERP - CONTABILIS - SOFTWARE de GESTÃO PÚBLICA: Módulo: Folha de Pagamento, Gestão de Pessoal, Portal do Servidor Público, Compras, Licitação, Almoxarifado, Contratos, Patrimônio e Portal do Cidadão (Lei de Acesso a Informação)*, pela via indicada no artigo 25, inciso II c/c com art. 13, inciso I, II e III, da Lei n.º 8.666 de 21 de junho de 1993, qual seja, inexigibilidade de licitação n. 002/2019, referente à contratação com a empresa **3TECNOS COMERCIAL LTDA-ME**.

A presente consulta deve ser analisada sob a ótica das normas jurídicas que empenham valor ao Direito Público, sobretudo nos princípios e normas elencadas na Lei das Licitações e Contratos Administrativos, qual seja, lei n.º 8.666 de 21 de junho de 1983.

A Constituição Federal em seu artigo 37, inciso XXI traz que, como regra, as compras, obras serviços e alienações serão contratadas mediante processo de licitação pública assegurando a participação de todos os interessados em igualdade de condições. Porém, o artigo traz a possibilidade de exceções. Assim dispõe o citado artigo:

Art. 37 - inciso XXI - ressaltados 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.

Para regulamentar o processo licitatório foi editada no ano de 1993 a Lei Federal 8.666, que traz as disposições gerais a serem seguidas. Nessa lei, encontramos os casos excepcionais onde poderá não ser realizada a licitação, conforme ressalva apontada na primeira parte do inciso XXI. São os casos de licitação dispensada (art. 17), dispensa (art. 24) e **inexigibilidade de licitação (art. 25)**.

Como visto, a Constituição Federal acolheu a presunção de que prévia licitação produz a melhor contratação, isto é, aquela que assegura a maior vantagem possível à Administração Pública, observado o princípio da isonomia, todavia o mesmo texto constitucional limita tal presunção, **facultando a contratação direta nos casos de dispensa e inexigibilidade**.

Transcrevendo parcialmente o dispositivo da *lex* mencionada, prescreve o referido diploma o seguinte:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

(...) 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;

Os casos de inexigibilidade de licitação derivam de sua inviabilidade de competição. Afasta-se o dever de licitar pela impossibilidade fática, lógica ou jurídica da concorrência. O professor Marçal Justen Filho, classifica o conceito de inviabilidade de competição, segundo suas causas, em dois grupos: a) inviabilidade de competição derivada de circunstâncias atinentes ao sujeito a ser contratado e b) casos de inviabilidade de competição relacionada com a natureza do objeto a ser contratado (2005, p.274):

“Na primeira categoria, encontram-se os casos de inviabilidade de competição por ausência de pluralidade de sujeitos em condição de contratação. São as hipóteses em que é irrelevante a natureza do objeto, eis que a inviabilidade de competição não decorre diretamente disso. Não é possível a competição porque existe um único sujeito para ser contratado” (grifo nosso).

“Na segunda categoria, podem existir inúmeros sujeitos desempenhando a atividade que satisfaz o interesse público. O problema de inviabilidade de competição não é de natureza numérica, mas se relaciona com a natureza da atividade a ser desenvolvida ou da peculiaridade quanto à própria profissão

desempenhada. Não é viável a competição porque características do objeto funcionam como causas impeditivas" (grifo nosso)

O artigo 25, inciso II traz que é inexigível a licitação para a contratação de serviços técnicos enumerados no artigo 13 da Lei 8.666/93 de natureza singular, com profissional ou empresa de notória especialização. Esses serviços técnicos são:

Art. 13 – Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

I – estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;

II – pareceres, perícias, e avaliações em geral;

III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;

IV – fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;

V – patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

VI – treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;

VII – restauração de obras de arte e bens de valor histórico;

Além da necessidade do serviço técnico constar no rol do artigo, é necessário ainda que o objeto seja singular e a notória especialização de quem vai prestar o serviço.

Somente se configurará a inexigibilidade se presente esses três requisitos. **A natureza da prestação produzida nos serviços técnicos profissionais especializados reflete a habilidade subjetiva de produzir a transformação de conhecimento teórico em uma solução prática.**

Para melhor entendimento da questão, alguns aspectos do referido inciso II do artigo 25 merecem atenção. Essa hipótese de inexigibilidade se aplica aos casos dos serviços técnicos constantes no artigo 13 que possuam **natureza singular**, além de ser realizado por **profissional ou empresa de notória especialização** (grifo nosso).

Ou seja, de modo diverso, a inviabilidade da competição ocorrerá na forma como prescreve o artigo 25, inciso II da lei 8.666/93 se ficar demonstrado o atendimento dos requisitos, que devem ser examinados na forma seguinte:

Com referência ao objeto do contrato, deve o mesmo se tratar de serviço técnico, que esteja elencado no rol do artigo 13 da Lei de Licitações, que apresente determinada singularidade e, por fim, que não seja serviço de publicidade ou divulgação.

Já em referência ao contratado, pessoa física ou jurídica, deve o profissional deter habilitação pertinente, possuindo especialização na realização do objeto a ser contratado, devendo tal especialização ser notória, relacionando-se e essa ultima com a singularidade pretendida pela Administração.



Na lição do Mestre Administrativista Celso Antônio Bandeira de Melo “... **as especificações não podem ultrapassar o necessário para o atendimento do objetivo administrativo que comanda seu campo de discricionariedade**”. (...) (citado por Marçal Justen Filho, ob. Cit., p. 147)

Primeiro, temos a exigência da singularidade do objeto. Singular é a natureza do serviço, não o número de pessoas capacitadas a executá-lo. Essa natureza singular caracteriza-se como uma situação anômala, incomum, impossível de ser enfrentada satisfatoriamente por todo e qualquer profissional especializado. Como nos ensina o mestre Marçal Justen Filho (2005, p.283):

“A natureza singular resulta da conjugação de dois elementos, entre si relacionados. Um deles é a excepcionalidade da necessidade a ser satisfeita. O outro é a ausência de viabilidade de seu atendimento por parte de um profissional especializado padrão.”

Serviço técnico especializado e singular, passível de contratação direta pela Administração é aquele que apresente o somatório dos seguintes fatores:

- que exija grau determinado de especialização;
- que tenha a característica de se destoar dos demais serviços;
- que, ordinária ou corriqueiramente, afetam a administração;
- que o produto final desempenhado pelo contratado seja heterogêneo, ou seja, de natureza diferenciada.

Outra questão a ser observada é a notória especialização, a qual não é uma causa de configuração da inexigibilidade de licitação, **mas de seleção do profissional a ser contratado**.

Essa contratação direta far-se-á pela impossibilidade de critérios objetivos de julgamento e pela ausência de disponibilidade dos profissionais capacitados. Para a execução do serviço de natureza singular, a lei exigiu o requisito de notória especialização, ou seja, há a necessidade dos dois requisitos conjuntamente: a especialização e a notoriedade assim definidos por Marçal Filho (2006, p. 284):

*A **especialização** consiste na titularidade objetiva de requisitos que distinguem o sujeito, atribuindo-lhe maior habilitação do que a normalmente existente no âmbito dos profissionais que exercem a atividade. Isso se traduz na existência de elementos objetivos ou formais, tais como a conclusão de cursos, pós-graduação (...). O que não se dispensa é a evidência objetiva da especialização e qualificação do escolhido.*

*A **notoriedade** significa o reconhecimento da qualificação do sujeito por parte da comunidade. Ou seja, trata-se de evitar que a qualificação seja avaliada exclusivamente no âmbito interno da Administração (...). Não se exige notoriedade no tocante ao público em geral, mas que o conjunto dos profissionais de um certo setor reconheça no contratado um sujeito dotado de requisitos de especialização.*



A título de citação, o Tribunal de Contas da União depois de vários julgados envolvendo a matéria em tela, editou a súmula 252, onde sintetizou os requisitos para a contratação direta decorrente da inviabilidade de competição, vejamos:

Súmula TCU 252/2010

“A inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos, a que alude o inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/1993, decorre da presença simultânea de três requisitos: serviço técnico especializado, entre os mencionados no art. 13 da referida lei, natureza singular do serviço e notória especialização do contratado.”

O processo em tela iniciou-se com a indicação da dotação orçamentária pelo secretário de finanças, destinada á contratação do objeto a ser contratado.

A existência de previsão orçamentária também é necessária para a realização da futura despesa objeto da contratação, conforme dispôs o art. 60 da lei 4.320/64.

Art. 60. É vedada a realização de despesa sem prévio empenho.

Passando à análise do termo contratual, detectamos de igual maneira, ter sido o mesmo elaborado em perfeita observância ao comando legal do art. 55, da Lei nº 8.666/93, tais como a previsão de cláusulas de alteração unilateral, com a prerrogativa dos contratos de natureza pública, privilegiando o princípio da supremacia e indisponibilidade do interesse público, bem como cláusulas que preveem a rescisão unilateral, fiscalização, aplicação de sanção e equilíbrio econômico financeiro, prazo de duração e sua prorrogação.

Não obstante ao teor da presente consulta, é de inteira responsabilidade dos agentes públicos responsáveis pela formação do processo licitatório, a veracidade dos documentos inclusos no presente feito administrativo.

Por fim, este parecer não ilide a responsabilidade administrativa, civil e criminal em caso da prática, por qualquer agente público, de atos que gerem a malversação de verba pública, decorrente de ato de improbidade administrativa, com a edição da Lei 8.429/92, bem como com a edição da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Deve-se ter em vista, ainda, o disposto no parágrafo único do art. 25 da Lei de Licitações, *in verbis*:

§ 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.



Pelo exposto, somos pela homologação e a devida continuidade do processo administrativo (inexigibilidade de licitação n. 003/2019) e, pela ratificação dos atos praticados, devendo ser procedida às publicações de estilo (art. 26, caput, da Lei 8.666/93).

É o parecer. Á superior consideração
Poço verde/SE, 27 de dezembro de 2019.



MILTON EDUARDO SANTOS DE SANTANA

OAB/SE 5.964

Advocacia / Consultoria Jurídica / Direito Público