

PA 4632/2023

PARECER NAJ Nº 690/2023

Assunto: Enquadramento legal de despesa.

DIREITO ADMINISTRATIVO. ENQUADRAMENTO DE DESPESA. RENOVAÇÃO DA ASSINATURA. FORNECEDOR EXCLUSIVO. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. POSSIBILIDADE.

I - RELATÓRIO

Trata-se de análise de despesa para a renovação do periódico/biblioteca digital PROVIEW, pelo período de 12 (doze) meses com 50 (cinquenta) acessos simultâneos, no valor total de R\$ 20.619,92 (vinte mil e seiscentos e dezenove reais e noventa e dois centavos), de acordo com a proposta comercial apresentada no doc. 1, a ser realizada com a empresa EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Neste desiderato, foram juntados aos autos a Proposta de Renovação (Doc. 1, fl. 12), Certificado de Propriedade e Exclusividade (Doc. 1, fls. 19/21) e Certidões de Regularidade Fiscal, Trabalhista e FGTS (Doc. 1, fls. 22/28 e Docs. 9/12).

O Setor de Gestão Documental informa que a aquisição do periódico ficou acordada pela possibilidade em tratativas com o Juiz Auxiliar da Presidência, e pelo fato da ferramenta já constar no Plano de Contratações - Proposta Prévia (doc. 01).

Constam, ademais, Estudos Técnicos Preliminares (doc. 04), Termo de Referência Simplificado (doc. 05) e Notas Fiscais emitidas por outros órgãos/entes públicos (docs. 13/15).

Não há nos autos informações acerca da disponibilidade orçamentária para custeio da despesa.

Após diligências com a instrução de documentos faltantes, os autos vieram a esta DIVAJ para análise e emissão de parecer.

É o relatório.

II - FUNDAMENTAÇÃO

Deve-se salientar que a presente manifestação toma por base, exclusivamente, os elementos que constam, até a presente data, nos autos do processo administrativo em epígrafe.

É que, à luz do art. 38, parágrafo único, da Lei n. 8666/93, incumbe a este SAJ prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não lhe competindo adentrar na esfera da conveniência e da oportunidade dos atos praticados pela Administração, tampouco analisar aspectos de natureza eminentemente técnico-administrativa.

Como cediço a regra para Administração é contratar serviços, obras e compras por prévio processo de licitação, conforme prevê o art. 37, XVII da CF/88, art.2º da Lei nº 8.666/93.

Neste passo, é por meio da licitação que a Administração Pública apura e seleciona, dentre os interessados em com ela contratar, aquele que em condições de igualdade e atendidos os requisitos habilitatórios apresenta a oferta que melhor satisfaça o interesse público a ser atendido na contratação.

Todavia, existem situações em que a Administração, embora possa realizar o processo de licitação, em razão de determinadas situações, poderá dispensar a realização do certame, como nos casos elencados no art. 24 da Lei nº 8.666/93.

Noutros casos, o Administrador se encontra diante de situações ora materiais, ora jurídicas que o impossibilitarão de realizar a licitação, como nos casos previstos pelo art. 25 da Lei de licitação anterior. Veja-se:

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;

(destacado)

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;

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

§ 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.

§ 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.

Neste passo, as hipóteses em que a realização de licitação é excepcionada estão previstas na Lei nº 8.666/93 quais sejam: licitação dispensada (art. 17); licitação dispensável (art. 24); e licitação inexigível (art. 25).

Importa diferenciar a dispensa de licitação, descrita no art. 24 da Lei nº 8.666/93, da inexigibilidade de licitação, inserta no art. 25 daquele diploma. Há um critério objetivo para diferenciar as situações nas quais incidirá uma ou outra: a viabilidade de competição.

Na hipótese de dispensa de licitação do art. 24, apesar de haver faculdade na contratação direta, a licitação é viável, pois, deflagrado o certame, há possibilidade de diversas empresas interessadas disputarem o contrato. Logo, existe competição no mercado, ao menos em tese.

Por seu turno, as hipóteses de inexigibilidade, diferente dos casos de dispensa, trazem absolutamente inviabilidade da competição, seja pela exclusividade do fornecedor, seja pela singularidade dos serviços técnicos, seja pela natureza artística ou pela consagração pública do indivíduo a ser contratado. Os serviços ou bens só podem ser fornecidos por determinada empresa ou indivíduo, dadas as suas características singulares.

No caso à espécie, a exclusividade pode ser comprovada através da Certidão de Exclusividade emitida pela ASSOCIAÇÃO DAS EMPRESAS BRASILEIRAS DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO – REGIONAL DE SÃO PAULO, que atesta que a EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA, com sede à Avenida Doutor Cardoso de Melo, 1.855, 12º andar, Conj.121, Vila Olímpia, CEP:04548-903, São Paulo/SP, inscrita no CNPJ sob o nº 60.501.293/0001-12, é única fornecedora do ProView Thomson Reuters – Biblioteca Virtual ProView.

Trata-se de ferramenta única, especificada sem parâmetros para comparação, esta ferramenta possui características próprias que a deixa singular. Logo, satisfeito o requisito da exclusividade do fornecedor.

A situação descrita nestes autos torna inviável a competição marcada pela aquisição de prestação de serviços que só possa ser fornecido/prestado por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, conforme prevê o art. 25, I, da Lei nº 8.666/93.

Enquadrada a despesa como inexigibilidade, resta verificar a presença dos requisitos gerais para tal contratação.

Os artigos 63 e 73 do Ato Regulamentar GP nº 01/2015 deste Tribunal, alterado pelo Ato Regulamentar GP nº 02/2018, aduzem ser obrigatória nas contratações diretas, seja por dispensa ou por inexigibilidade de licitação, a apresentação de um Termo de Referência simplificado e de declaração da contratada de inexistência de parentesco, *verbis*:

"Art. 67. O Termo de Referência é obrigatório na instrução dos processos de contratação. mediante licitação e dispensa de licitação, no âmbito deste Regional. Nas Hipóteses de contratações por dispensa, previstas no art. 24, I e II, da Lei n. 8.666/93, e por inexigibilidade, o processo deverá ser instruído com o termo de referência simplificado contendo o objeto e todas suas especificações.

Art. 73. Nas dispensas e inexigibilidades de licitação, é vedada a contratação de empresa da qual sejam sócios cônjuge, companheiro ou parente em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, de ocupante de cargo de direção e de assessoramento, de membros ou magistrados deste Tribunal, devendo a pessoa física ou jurídica proponente apresentar declaração de inexistência do parentesco, previamente à assinatura do contrato ou termo equivalente, bem como deverá a referida vedação constar em destaque no termo de referência, ainda que simplificado."

Nesse aspecto, a Unidade Requirante apresentou o Termo de Referência Simplificado (doc. 05), contendo o objeto da contratação, bem como os elementos mínimos dispostos no art. 67, parágrafo único, do Ato Regulamentar supramencionado, quais sejam: quantitativos a serem contratados, critérios de sustentabilidade (caso aplicável) e orçamento estimado. Por sua vez, o ETP juntado no doc. 04, **traz igualmente os elementos mínimos traçados pela** .

Ademais, foi juntada a declaração da contratada de inexistência de parentesco no doc. 16, cumprindo a determinação legal acima exposta.

Neste trilhar, o art. 26 da Lei nº 8.666/93 prescreve:

“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.

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados”.

Passa-se, então, à verificação do atendimento aos requisitos acima elencados.

A justificativa do afastamento da licitação e a razão da escolha do fornecedor encontram embasamento no fornecimento exclusivo no mercado local, de maneira que não resta para Administração alternativa senão a contratação direta com a empresa indicada.

Com relação ao preço, de acordo com a Orientação Normativa da AGU nº 17, de 01 de abril de 2009, a razoabilidade da proposta fora feita perante outros entes públicos, mediante a juntada de notas fiscais.

O valor de proposta de renovação é de R\$ 20.619,92 (vinte mil e seiscentos e dezenove reais e noventa e dois centavos), e inclui as despesas com responsabilidades fiscais. Neste desiderato, foram juntadas notas fiscais de outros órgãos públicos localizados em praças diferentes, que demonstram a vantajosidade da proposta ora apresentada pela empresa a ser contratada (docs. 13/15).

Quanto à habilitação do contratado, estão acostadas aos autos certidões de regularidade fiscal federal, estadual e municipal, bem como a trabalhista e de regularidade quanto ao FGTS, todas dentro do prazo de validade.

Quanto aos atos de reconhecimento e de ratificação da situação de inexigibilidade de licitação, é certo que o art. 26 da Lei nº 8.666/93 dispõe:

“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 03 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 05 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos”.**

Assim, a ratificação deve ser assinada pelo Excelentíssimo Desembargador Presidente e pelo Diretor-Geral, e publicada no Diário da União.

III- CONCLUSÃO

Ante o exposto, esta DIVAJ manifesta-se pela possibilidade de contratação direta, por inexigibilidade de licitação, com fundamento no art. 25, I da Lei nº 8.666/93, com aprovação dos Estudos Técnicos Preliminares e Termo de Referência, desde que haja disponibilidade orçamentária.

Envidada a contratação, será necessária a ratificação do ato de inexigibilidade pela D. Presidência e publicação no DOU.

É o parecer, o qual se submete à apreciação Superior.

São Luís, 06 de outubro de 2023

José Artur Sousa dos Reis Filho
Técnico judiciário