



MUNICÍPIO DE PLANALTO

CNPJ Nº 76.460.526/0001-16

Praça São Francisco de Assis, 1583

Fone/Fax: (046) 3555-8100

85750-000

PLANALTO

PARANÁ

PARECER JURÍDICO

Direito Administrativo. Licitações e Contratos. Inexigibilidade de licitação. Contratação de empresa especializada visando à aquisição de peças para conserto do Micro Ônibus Agrale, placas AXB-9721 destinado ao desenvolvimento de ações executadas pela Secretária de Educação do Município de Planalto. Ausência de termo de referência e parecer jurídico. Inadequação da modalidade licitatória eleita. Anulação de inexigibilidade de licitação. Possibilidade.

Senhor Prefeito,

1. RELATÓRIO

Trata-se de processo de inexigibilidade de licitação, com vistas à contratação de empresa especializada visando à aquisição de peças para conserto do Micro Ônibus Agrale placas AXB-9721, destinado ao desenvolvimento de ações executadas pela Secretária de Educação do Município de Planalto.

Acostou-se ao requerimento o procedimento de inexigibilidade através do qual foi realizada a contratação do objeto acima transcrito.

É o relatório.

2. ANÁLISE JURÍDICA

2.1 - DA MODALIDADE LICITATÓRIA ELEITA - INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

A contratação realizada por parte da Administração Pública se sujeita em regra, à licitação, assentada nos fundamentos da moralidade administrativa e da igualdade de oportunidades, sendo a dispensa e inexigibilidade exceções garantidas no artigo 37 da Constituição Federal.

Daí se percebe que o texto constitucional vem ressaltar os casos em que a regra do prévio procedimento licitatório não é aplicada, prevendo

desta maneira a possibilidade de contratação direta em casos excepcionais e devidamente previstos em lei.

Nesse contexto, a Lei 8.666/93 regulamentando o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, traz as situações excepcionais de dispensa e inexigibilidade de licitação, dentre as quais se destaca a INEXIGIBILIDADE de licitação, constante no artigo 25, da Lei 8.666/93:

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 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.

Inexigibilidade, no sentido literal do termo, é aquilo que deixa de ser exigível; não é obrigatório ou compulsório. Jessé Torres Pereira Junior cuida do assunto asseverando que "a licitação inexigível equivale a licitação impossível; é inexigível porque impossível; é impossível porque não há como promover-se a competição". Em regra exige-se a licitação, com vistas a obter a proposta mais vantajosa dentro de um universo de competidores.

Quando a Administração visa a aquisição de um bem ou a contratação de um determinado serviço, irá pesquisar no mercado empresas que atenderão a sua necessidade.

É sabido que para que ocorra a inviabilidade de competição é necessário que seja preenchido os requisitos exigidos pela lei 8.666/93, constantes no artigo 25 acima delineado, desta forma o processo deve estar instruído da seguinte forma: demonstração da inviabilidade de competição com documentos que comprovem a exclusividade, indicação de notoriedade, dentre outros, que demonstrem que o serviço ou material só podem ser executados por aquele fornecedor específico.

Assim, a comprovação da exclusividade e singularidade do produto como estabelece a lei, deve ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio local em que se realizará a licitação, pelo sindicato, pela Confederação patronal ou ainda entidades equivalentes.

Contudo em análise dos documentos encartados, verifica-se que, em que pese a administração tenha optado pela realização de inexigibilidade de licitação, **não acostou aos autos qualquer documento que ateste que a empresa DRAGHETTI E CIA LTDA é fornecedora exclusiva das peças objeto do certame, tampouco justificou a singularidade do referido bem.**

Denota-se que o Município não se desincumbiu de cumprir o exigido pelo texto legal para a realização de inexigibilidade de licitação, haja vista que não ficou demonstrado a singularidade do produto a ser adquirido e a exclusividade no seu fornecimento.

Ainda, além do disposto no artigo 25, o Ente que pretende contratar via inexigibilidade de licitação deverá preencher os requisitos delineados no artigo 26, *in verbis*:

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.

2.2 DA JUSTIFICATIVA PARA A CONTRATAÇÃO E DA RAZÃO DA ESCOLHA DO FORNECEDOR EXECUTANTE

Sobre a justificativa da necessidade da contratação, extrai-se da legislação de regência, tratar-se de ato atribuído à autoridade competente (ou, por delegação de competência, ao ordenador de despesa ou, ainda, ao agente encarregado da contratação no âmbito da Administração), a quem cabe indicar os elementos técnicos fundamentais que o apoiam.

Nos autos, não se encontram encartados a justificativa da contratação e a razão da escolha do fornecedor executante, com exposição da sua motivação e dos benefícios dela resultantes.

Verifica-se ainda a necessidade de chancela da autoridade competente à justificativa apresentada, a fim de que se possa considerar atendida a exigência normativa neste quesito, ao menos no que tange aos seus aspectos jurídico-formais.

É importante lembrar que a teoria dos motivos determinantes preconiza que os atos administrativos, quando motivados, ficam vinculados aos motivos expostos, para todos os efeitos jurídicos. Até mesmo sua validade dependerá da efetiva existência dos motivos apresentados. Recomenda-se, por isso, especial cautela quanto aos seus termos, que devem ser claros, precisos e corresponder à real demanda do Município, sendo inadmissíveis especificações que não agreguem valor ao resultado da contratação, ou superiores às necessidades da municipalidade, ou, ainda, que estejam defasadas tecnológica e/ou metodologicamente.

Ressalta-se que a justificativa e a razão da escolha do fornecedor executante para a contratação é a forma na qual se manifesta a necessidade da aquisição do bem ou serviços para desempenhar a atividade de interesse público, sendo essencial ao desenvolvimento.

2.3 Da pesquisa de preços e do orçamento estimado

A especificação clara e precisa do objeto, bem assim de todos os elementos que o caracterizam (quantidades, metodologia e tecnologia a serem empregados, critérios ambientais, etc.), possibilita a adequada pesquisa dos preços, imposta pelo nosso ordenamento jurídico.

A cotação de preços deve ser ampla e atualizada, de modo a refletir, efetivamente, a realidade do mercado. Para tanto, o TCU orienta que a Administração obtenha, no mínimo, três cotações válidas. Se não for possível, deve consignar a justificativa nos autos.

Alerta-se, porém, que o atendimento à orientação da Egrégia Corte de Contas nem sempre é suficiente para fixar um parâmetro de preços aceitável. Falhas comuns são a limitação ao universo de empresas pesquisadas e a cotação dos preços praticados no varejo, quando o volume da contratação permitiria eventual ganho de escala, com redução dos preços obtidos.

Assim, para evitar distorções, além de realizar pesquisa que seja adequada às características do objeto licitado e tão ampla quanto a característica do mercado recomende, é salutar que a Administração busque ampliar sua base de consulta através de outras fontes de pesquisa, tais como bases de sistemas de compras e avaliação de contratos recentes ou vigentes.

Observe-se que as empresas pesquisadas devem ser do ramo pertinente à contratação desejada (Acórdão nº 1.782/2010-Plenário) e que não pode haver vínculo societário entre as empresas pesquisadas (Acórdão nº 4.561/2010-1ª Câmara).

Para fins de documentação, devem ser acostados nos autos:

- a) A identificação do servidor responsável pela cotação (AC-0909-10/07-1);
- b) A caracterização completa das empresas consultadas, com menção ao endereço e números de telefones (AC-3889-25/09-1);
- c) Indicação dos valores praticados (AC-2602-36/10-P) de maneira fundamentada e detalhada (AC-1330-27/08-P);
- d) Data e local de expedição dos orçamentos apresentados (AC-3889-25/09-1).

Ademais, vale asseverar que a adequada pesquisa de preços é essencial para aquilatar o orçamento da contratação, sendo imprescindível para a verificar a existência de recursos suficientes para acobertá-la.

Serve, também, para afastar o risco de limitação ou ampliação indevida da participação no certame¹, uma vez que o valor contratual estimado é determinante para definir se a licitação deve ser destinada exclusivamente às microempresas, empresas de pequeno porte e sociedades cooperativas.

No caso vertente, não se encontram juntadas aos autos a pesquisa de preços e orçamentos visando o balizamento do preço inicial acerca da prestação do serviço que se pretende, o que deve ser regularizado.

2.4 DO TERMO DE REFERÊNCIA/PROJETO BÁSICO

Cabe inferir que o procedimento em epigrafe, encontra-se sem o Termo de Referência, que é o documento preparado que expressa informações diversas levantadas em torno de um dado objeto ou serviço que servirá de fonte para guiar a aquisição ou a contratação dos serviços.

Vale registrar que o Termo de Referência trata-se da etapa interna do pregão, mas também se projeta no procedimento para a etapa externa, (edital) para a execução.

Marçal Justen Filho (Pregão – Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico. 5ª ed. Ver. e atualizada. São Paulo. Ed. Dialética, 2009) acerca do Termo de Referência ensina que:

¹ Art. 18, I da LC nº 123/2006; Art. 6º do Decreto nº 6.204/2007 e art. 34 da Lei nº 11.488/2007.

"A função e a natureza do termo de referência equivalem às do projeto executivo, previsto na Lei nº 8.666/93. Aliás, é irrelevante a denominação atribuída, eis que o fundamental é a satisfação do dever administrativa de planejamento sério e satisfatório acerca da futura contratação. (...) Ou seja, não é possível remeter a solução de dificuldades e problemas para momento posterior à formalização da contratação. Mais precisamente, a formalização da contratação deverá contemplar todos os elementos fundamentais. E, indo ainda mais longe, é necessário que a Administração disponha de todas as informações necessárias a determinar a necessidade, a viabilidade e a conveniência da contratação".

Ratificando o entendimento, colaciona-se trecho do Acórdão nº. 768/2013, do Plenário do Tribunal de Contas da União - TCU:

"O projeto básico ou termo de referência dotam o processo licitatório de maior transparência e dão mais segurança ao gestor de que está contratando o produto conforme necessita, além de permitir que o licitante tenha informações e elementos necessários à boa elaboração das propostas. (...) Assim, a ausência ou fragilidades nesses procedimentos pode prejudicar o processo licitatório."

O projeto básico ou termo de referência atua como instrumento necessário as condições que se realizará o procedimento licitatório, bem como atua na adequada formulação do objeto a ser contratado adquirido pelo poder público.

2.5 PARECER JURÍDICO

O artigo 38, inciso VI da Lei nº 8.666/93, prevê que o processo administrativo de contratação pública deve ser instruído, entre outros documentos, pelo parecer jurídico, conforme abaixo descrito:

Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:

(...)

VI - pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade;

(...)

Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.

Primeiramente, cabe mencionar que o caput do art. 38 estabelece um procedimento a ser seguido quando da realização de uma licitação. Há um marco claramente definido que dá início ao processo: sua autuação, a

descrição sintética do seu objeto e a comprovação de recursos orçamentários, parecer jurídico, não podendo o administrador, a seu bel prazer, inverter ou desconsiderar fases.

Cumpra a assessoria jurídica, ao examinar e aprovar as minutas que lhes são encaminhadas, manifestar-se quanto à legalidade de seus dispositivos e/ou cláusulas, orientando o gestor público a adotar regras e a proceder segundo os princípios e normas aplicáveis. A manifestação jurídica é obrigatória, mas não vinculativa. Uma vez acatada a orientação da assessoria jurídica, ela passa a integrar a motivação do ato decisório da autoridade competente.

Tal manifestação jurídica constitui condição para a validade das minutas. Sua ausência não é sanada pela apresentação de manifestação jurídica posterior. Se não integra o processo da licitação ou da contratação direta, por conseguinte, não pode servir como fundamento de decidir do gestor público. Assim, no TCU:

Outra irregularidade que não foi elidida consiste na ausência do pronunciamento do órgão jurídico acerca da minuta do contrato, em contrariedade ao parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/93. Como bem asseverou a analista da Secex/PE (fl. 516, vol. 8), a apresentação posterior do parecer jurídico (fls. 503/504, vol. 8) não sana a irregularidade, pois, se não constava anteriormente nos autos do processo licitatório, não poderia ter servido de suporte para a decisão do Administrador, não estando atendido, desse modo, o fim visado pela lei de licitações. (Acórdão nº 2004/2007, Plenário, Processo nº 011.135/2001-8, Relator Min. Benjamin Zymler).

Assim, processo de inexigibilidade objeto da presente análise encontra-se infringindo ao estabelecido no artigo 38 da lei nº 8.666/93.

II.II - DA ANULAÇÃO DA LICITAÇÃO

Assentadas tais considerações, cumpre-nos tecer algumas observações referentes à anulação do certame licitatório.

Primeiramente, cumpre-nos destacar que o procedimento licitatório se realiza mediante uma série de atos administrativos, pelos quais a entidade que pretende contratar analisa as propostas efetuadas pelos que pretendem ser contratados e escolhe, dentre elas, a mais vantajosa para os cofres públicos. Em razão disso, essa série de atos administrativos sofre um controle por parte do poder público.

Esse controle que a administração exerce sobre os seus atos caracteriza o princípio administrativo da autotutela administrativa. Esse princípio foi firmado legalmente por duas súmulas:



MUNICÍPIO DE PLANALTO

CNPJ Nº 76.460.526/0001-16

Praça São Francisco de Assis, 1583

Fone/Fax: (046) 3555-8100

85750-000

PLANALTO

PARANÁ

PARECER JURÍDICO

Direito Administrativo. Licitações e Contratos. Inexigibilidade de licitação. Contratação de empresa especializada visando à aquisição de peças para conserto do Micro Ônibus Agrale, placas AXB-9721 destinado ao desenvolvimento de ações executadas pela Secretária de Educação do Município de Planalto. Ausência de termo de referência e parecer jurídico. Inadequação da modalidade licitatória eleita. Anulação de inexigibilidade de licitação. Possibilidade.

Senhor Prefeito,

1. RELATÓRIO

Trata-se de processo de inexigibilidade de licitação, com vistas à contratação de empresa especializada visando à aquisição de peças para conserto do Micro Ônibus Agrale placas AXB-9721, destinado ao desenvolvimento de ações executadas pela Secretária de Educação do Município de Planalto.

Acostou-se ao requerimento o procedimento de inexigibilidade através do qual foi realizada a contratação do objeto acima transcrito.

É o relatório.

2. ANÁLISE JURÍDICA

2.1 - DA MODALIDADE LICITATÓRIA ELEITA - INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

A contratação realizada por parte da Administração Pública se sujeita em regra, à licitação, assentada nos fundamentos da moralidade administrativa e da igualdade de oportunidades, sendo a dispensa e inexigibilidade exceções garantidas no artigo 37 da Constituição Federal.

Daí se percebe que o texto constitucional vem ressaltar os casos em que a regra do prévio procedimento licitatório não é aplicada, prevendo

desta maneira a possibilidade de contratação direta em casos excepcionais e devidamente previstos em lei.

Nesse contexto, a Lei 8.666/93 regulamentando o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, traz as situações excepcionais de dispensa e inexigibilidade de licitação, dentre as quais se destaca a INEXIGIBILIDADE de licitação, constante no artigo 25, da Lei 8.666/93:

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 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.

Inexigibilidade, no sentido literal do termo, é aquilo que deixa de ser exigível; não é obrigatório ou compulsório. Jessé Torres Pereira Junior cuida do assunto asseverando que "a licitação inexigível equivale a licitação impossível; é inexigível porque impossível; é impossível porque não há como promover-se a competição". Em regra exige-se a licitação, com vistas a obter a proposta mais vantajosa dentro de um universo de competidores.

Quando a Administração visa a aquisição de um bem ou a contratação de um determinado serviço, irá pesquisar no mercado empresas que atenderão a sua necessidade.

É sabido que para que ocorra a inviabilidade de competição é necessário que seja preenchido os requisitos exigidos pela lei 8.666/93, constantes no artigo 25 acima delineado, desta forma o processo deve estar instruído da seguinte forma: demonstração da inviabilidade de competição com documentos que comprovem a exclusividade, indicação de notoriedade, dentre outros, que demonstrem que o serviço ou material só podem ser executados por aquele fornecedor específico.

Assim, a comprovação da exclusividade e singularidade do produto como estabelece a lei, deve ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio local em que se realizará a licitação, pelo sindicato, pela Confederação patronal ou ainda entidades equivalentes.

Contudo em análise dos documentos encartados, verifica-se que, em que pese a administração tenha optado pela realização de inexigibilidade de licitação, **não acostou aos autos qualquer documento que ateste que a empresa DRAGHETTI E CIA LTDA é fornecedora exclusiva das peças objeto do certame, tampouco justificou a singularidade do referido bem.**

Denota-se que o Município não se desincumbiu de cumprir o exigido pelo texto legal para a realização de inexigibilidade de licitação, haja vista que não ficou demonstrado a singularidade do produto a ser adquirido e a exclusividade no seu fornecimento.

Ainda, além do disposto no artigo 25, o Ente que pretende contratar via inexigibilidade de licitação deverá preencher os requisitos delineados no artigo 26, *in verbis*:

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.

2.2 DA JUSTIFICATIVA PARA A CONTRATAÇÃO E DA RAZÃO DA ESCOLHA DO FORNECEDOR EXECUTANTE

Sobre a justificativa da necessidade da contratação, extrai-se da legislação de regência, tratar-se de ato atribuído à autoridade competente (ou, por delegação de competência, ao ordenador de despesa ou, ainda, ao agente encarregado da contratação no âmbito da Administração), a quem cabe indicar os elementos técnicos fundamentais que o apoiam.

Nos autos, não se encontram encartados a justificativa da contratação e a razão da escolha do fornecedor executante, com exposição da sua motivação e dos benefícios dela resultantes.

Verifica-se ainda a necessidade de chancela da autoridade competente à justificativa apresentada, a fim de que se possa considerar atendida a exigência normativa neste quesito, ao menos no que tange aos seus aspectos jurídico-formais.

É importante lembrar que a teoria dos motivos determinantes preconiza que os atos administrativos, quando motivados, ficam vinculados aos motivos expostos, para todos os efeitos jurídicos. Até mesmo sua validade dependerá da efetiva existência dos motivos apresentados. Recomenda-se, por isso, especial cautela quanto aos seus termos, que devem ser claros, precisos e corresponder à real demanda do Município, sendo inadmissíveis especificações que não agreguem valor ao resultado da contratação, ou superiores às necessidades da municipalidade, ou, ainda, que estejam defasadas tecnológica e/ou metodologicamente.

Ressalta-se que a justificativa e a razão da escolha do fornecedor executante para a contratação é a forma na qual se manifesta a necessidade da aquisição do bem ou serviços para desempenhar a atividade de interesse público, sendo essencial ao desenvolvimento.

2.3 Da pesquisa de preços e do orçamento estimado

A especificação clara e precisa do objeto, bem assim de todos os elementos que o caracterizam (quantidades, metodologia e tecnologia a serem empregados, critérios ambientais, etc.), possibilita a adequada pesquisa dos preços, imposta pelo nosso ordenamento jurídico.

A cotação de preços deve ser ampla e atualizada, de modo a refletir, efetivamente, a realidade do mercado. Para tanto, o TCU orienta que a Administração obtenha, no mínimo, três cotações válidas. Se não for possível, deve consignar a justificativa nos autos.

Alerta-se, porém, que o atendimento à orientação da Egrégia Corte de Contas nem sempre é suficiente para fixar um parâmetro de preços aceitável. Falhas comuns são a limitação ao universo de empresas pesquisadas e a cotação dos preços praticados no varejo, quando o volume da contratação permitiria eventual ganho de escala, com redução dos preços obtidos.

Assim, para evitar distorções, além de realizar pesquisa que seja adequada às características do objeto licitado e tão ampla quanto a característica do mercado recomende, é salutar que a Administração busque ampliar sua base de consulta através de outras fontes de pesquisa, tais como bases de sistemas de compras e avaliação de contratos recentes ou vigentes.

Observe-se que as empresas pesquisadas devem ser do ramo pertinente à contratação desejada (Acórdão nº 1.782/2010-Plenário) e que não pode haver vínculo societário entre as empresas pesquisadas (Acórdão nº 4.561/2010-1ª Câmara).

Para fins de documentação, devem ser acostados nos autos:

- a) A identificação do servidor responsável pela cotação (AC-0909-10/07-1);
- b) A caracterização completa das empresas consultadas, com menção ao endereço e números de telefones (AC-3889-25/09-1);
- c) Indicação dos valores praticados (AC-2602-36/10-P) de maneira fundamentada e detalhada (AC-1330-27/08-P);
- d) Data e local de expedição dos orçamentos apresentados (AC-3889-25/09-1).

Ademais, vale asseverar que a adequada pesquisa de preços é essencial para aquilatar o orçamento da contratação, sendo imprescindível para a verificar a existência de recursos suficientes para acobertá-la.

Serve, também, para afastar o risco de limitação ou ampliação indevida da participação no certame¹, uma vez que o valor contratual estimado é determinante para definir se a licitação deve ser destinada exclusivamente às microempresas, empresas de pequeno porte e sociedades cooperativas.

No caso vertente, não se encontram juntadas aos autos a pesquisa de preços e orçamentos visando o balizamento do preço inicial acerca da prestação do serviço que se pretende, o que deve ser regularizado.

2.4 DO TERMO DE REFERÊNCIA/PROJETO BÁSICO

Cabe inferir que o procedimento em epigrafe, encontra-se sem o Termo de Referência, que é o documento preparado que expressa informações diversas levantadas em torno de um dado objeto ou serviço que servirá de fonte para guiar a aquisição ou a contratação dos serviços.

Vale registrar que o Termo de Referência trata-se da etapa interna do pregão, mas também se projeta no procedimento para a etapa externa, (edital) para a execução.

Marçal Justen Filho (Pregão – Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico. 5ª ed. Ver. e atualizada. São Paulo. Ed. Dialética, 2009) acerca do Termo de Referência ensina que:

¹ Art. 18, I da LC nº 123/2006; Art. 6º do Decreto nº 6.204/2007 e art. 34 da Lei nº 11.488/2007.

"A função e a natureza do termo de referência equivalem às do projeto executivo, previsto na Lei nº 8.666/93. Aliás, é irrelevante a denominação atribuída, eis que o fundamental é a satisfação do dever administrativa de planejamento sério e satisfatório acerca da futura contratação. (...) Ou seja, não é possível remeter a solução de dificuldades e problemas para momento posterior à formalização da contratação. Mais precisamente, a formalização da contratação deverá contemplar todos os elementos fundamentais. E, indo ainda mais longe, é necessário que a Administração disponha de todas as informações necessárias a determinar a necessidade, a viabilidade e a conveniência da contratação".

Ratificando o entendimento, colaciona-se trecho do Acórdão nº. 768/2013, do Plenário do Tribunal de Contas da União - TCU:

"O projeto básico ou termo de referência dotam o processo licitatório de maior transparência e dão mais segurança ao gestor de que está contratando o produto conforme necessita, além de permitir que o licitante tenha informações e elementos necessários à boa elaboração das propostas. (...) Assim, a ausência ou fragilidades nesses procedimentos pode prejudicar o processo licitatório."

O projeto básico ou termo de referência atua como instrumento necessário as condições que se realizará o procedimento licitatório, bem como atua na adequada formulação do objeto a ser contratado adquirido pelo poder público.

2.5 PARECER JURÍDICO

O artigo 38, inciso VI da Lei nº 8.666/93, prevê que o processo administrativo de contratação pública deve ser instruído, entre outros documentos, pelo parecer jurídico, conforme abaixo descrito:

Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:

(...)

VI - pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade;

(...)

Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.

Primeiramente, cabe mencionar que o caput do art. 38 estabelece um procedimento a ser seguido quando da realização de uma licitação. Há um marco claramente definido que dá início ao processo: sua autuação, a

descrição sintética do seu objeto e a comprovação de recursos orçamentários, parecer jurídico, não podendo o administrador, a seu bel prazer, inverter ou desconsiderar fases.

Cumpra a assessoria jurídica, ao examinar e aprovar as minutas que lhes são encaminhadas, manifestar-se quanto à legalidade de seus dispositivos e/ou cláusulas, orientando o gestor público a adotar regras e a proceder segundo os princípios e normas aplicáveis. A manifestação jurídica é obrigatória, mas não vinculativa. Uma vez acatada a orientação da assessoria jurídica, ela passa a integrar a motivação do ato decisório da autoridade competente.

Tal manifestação jurídica constitui condição para a validade das minutas. Sua ausência não é sanada pela apresentação de manifestação jurídica posterior. Se não integra o processo da licitação ou da contratação direta, por conseguinte, não pode servir como fundamento de decidir do gestor público. Assim, no TCU:

Outra irregularidade que não foi elidida consiste na ausência do pronunciamento do órgão jurídico acerca da minuta do contrato, em contrariedade ao parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/93. Como bem asseverou a analista da Secex/PE (fl. 516, vol. 8), a apresentação posterior do parecer jurídico (fls. 503/504, vol. 8) não sana a irregularidade, pois, se não constava anteriormente nos autos do processo licitatório, não poderia ter servido de suporte para a decisão do Administrador, não estando atendido, desse modo, o fim visado pela lei de licitações. (Acórdão nº 2004/2007, Plenário, Processo nº 011.135/2001-8, Relator Min. Benjamin Zymler).

Assim, processo de inexigibilidade objeto da presente análise encontra-se infringindo ao estabelecido no artigo 38 da lei nº 8.666/93.

II.II - DA ANULAÇÃO DA LICITAÇÃO

Assentadas tais considerações, cumpre-nos tecer algumas observações referentes à anulação do certame licitatório.

Primeiramente, cumpre-nos destacar que o procedimento licitatório se realiza mediante uma série de atos administrativos, pelos quais a entidade que pretende contratar analisa as propostas efetuadas pelos que pretendem ser contratados e escolhe, dentre elas, a mais vantajosa para os cofres públicos. Em razão disso, essa série de atos administrativos sofre um controle por parte do poder público.

Esse controle que a administração exerce sobre os seus atos caracteriza o princípio administrativo da autotutela administrativa. Esse princípio foi firmado legalmente por duas súmulas:

Súmula 346 do Supremo Tribunal Federal – "A administração pode declarar a nulidade dos seus próprios atos".

Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal – "A administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que o tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, rejeitando os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial".

Essas súmulas estabeleceram então que a Administração poderá revogar, por motivo de interesse público, ou anular, em caso de ilegalidade, seus atos.

Acerca da anulação da licitação, dispõe a Lei nº 8.666/93:

"Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

§ 1º A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

§ 2º A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do artigo 59 desta Lei.

§ 3º No caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa.

§ 4º O disposto neste artigo e seus parágrafos aplica-se aos atos do procedimento de dispensa e de inexigibilidade de licitação.

Como prevê o artigo em questão, a autoridade pública deverá anular o procedimento licitatório por ilegalidade. O ato administrativo quando realizado em discordância com o preceito legal é viciado, defeituoso, devendo assim, ser anulado. Neste caso não há margem para a Administração deliberar sobre o atendimento ao interesse público; a mera quebra de premissa da lei ocasiona o vício, sendo passível de anulação, suscitada de ofício pela autoridade ou por terceiros interessados.

Corroborando com o exposto, o ilustre doutrinador José Cretella Júnior (Das licitações Públicas – Comentários à Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993 – Rio de Janeiro: Forense, 2001, pág. 305) leciona que **"pelo princípio da autotutela administrativa, quem tem competência para gerar o ato, ou seu superior hierárquico, tem o poder dever de anulá-lo, se houver vícios que o tornem ilegais"**.

Por todas as lições aqui colacionadas, claro está que a administração pública não pode se desvencilhar dos princípios que regem a sua

atuação, principalmente no campo das contratações públicas onde se deve buscar sempre o interesse coletivo, obedecendo aos princípios previstos no artigo 37 da Constituição Federal, e no artigo 3º da lei 8.666/93, devendo portanto anular o procedimento licitatório ante a existência de vício insanável.

III – CONCLUSÃO

Diante do exposto, com fulcro nos fundamentos de fato e de direito expostos, a Procuradoria Jurídica recomenda a ANULAÇÃO da INEXIGIBILIDADE de Licitação, tendo em vista a inadequação da modalidade licitatória eleita, ausência de: justificativa da contratação e fornecedor, orçamentos ou justificativa do preço contratado, termo de referência/projeto básico, e parecer jurídico conforme preconiza o artigo 38 da lei 8.666/93.

É importante destacar que a presente manifestação não vincula a decisão superior acerca da conveniência e oportunidade do ato de anulação, apenas traz as disposições legais, faz uma contextualização fática e documental com base naquilo que foi carreado a este processo, fazendo um paralelo com as disposições da lei acerca do tema em apreço. Contudo, vem somar no sentido de fornecer subsídios à Autoridade Administrativa Superior, a quem cabe a análise desta decisão.

Salvo melhor juízo, é o parecer.

Planalto, 26 de outubro de 2017.

PATRIQUE MATTOS DREY
Procurador Jurídico - OAB/PR 40.209