



ESTADO DE SANTA CATARINA

GOVERNO MUNICIPAL DE TUNÁPOLIS

EDITAL Nº 174/2021

Dispensa de Licitação por Inexigibilidade

Assunto: A presente inexigibilidade de licitação tem por objeto a Contratação direta para aquisição de correia do motor para o Rolo Compactador XCMG 123 BRI, por Inexigibilidade com fulcro no art. 25 *caput* da Lei n. 8.666/93, por se tratar de fornecedor exclusivo em razão da propriedade da máquina, a inviabilizar a competição.

RELATÓRIO

Com base no assunto acima apresentado, sobreveio a esta Assessoria Jurídica, pedido de Parecer no sentido de a administração pública municipal optar pela melhor escolha de processo legal para a aquisição das peças acima descritas.

Juntado a requisição ofertada pelo Chefe do executivo municipal, fez acompanhar toda a documentação necessária para instruir o presente processo e servir de base para a fundamentação do presente parecer.

Assim passaremos a análise do caso em comento no sentido de buscar o melhor enquadramento na norma legal que rege o processo licitatório.

DA ANÁLISE JURIDICA QUE CERCA O CASO

Presentes as justificativas para a escolha do fornecedor e do preço, em cumprimento ao disposto no art. 26 da Lei de Licitações, conforme precedentes da legislação atinente a matéria.

Trata-se de expediente administrativo, encaminhado a esta Assessoria, em cumprimento ao previsto na Lei de Licitações, para exame da viabilidade da aquisição das peças descritas no orçamento que servirão para aquisição de correia do motor do Rolo Compactador XCMG 123 BRI de propriedade do município de Tunápolis, com fundamento legal no art. 25, da Lei nº 8.666/93, pelo valor total estimado de R\$ 1.176,00 (um mil cento e setenta e seis reais).

Instruem o expediente administrativo os seguintes documentos: parecer da contabilidade acerca da existência de orçamento, parecer do Controlador Interno do município, assim como do ordenador da despesa, aliado ainda a carta de exclusividade da empresa representante da marca, orçamento, justificativas dentre outros que se mostram necessários.



ESTADO DE SANTA CATARINA

GOVERNO MUNICIPAL DE TUNÁPOLIS

A empresa **Macromaq Equipamentos Ltda** é a única detentora dos direitos correlatos à comercialização, representação, distribuição e serviços técnicos, inclusive de manutenção, revisão e suporte da marca XCMG BRASIL COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.

Conforme disciplina a Lei nº 8.666/93, o processo licitatório é inexigível quando houver inviabilidade de competição, enumerando algumas situações expressas, como é o caso do inciso I de seu art. 25:

*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.

Anote-se que o art. 25 da Lei nº 8.666/93, muito embora especifique três hipóteses de inexigibilidade em seus incisos, ostenta função normativa autônoma no *caput*, de modo que o rol de hipóteses possui natureza meramente exemplificativa.

Para configuração da inexigibilidade basta, portanto, que esteja suficientemente caracterizada a inviabilidade de competição.

Nesse sentido, é precisa a lição de Marçal Justen Filho:

Deve-se ressaltar que o caput do art. 25 apresenta função normativa autônoma, de modo que uma contratação direta poderá nele se fundar direta e exclusivamente. Não se impõe que a hipótese seja enquadrada em um dos incisos do referido art. 25, os quais apresentam natureza exemplificativa.

(...)

A redação do art. 25 determina, de modo inquestionável, que as hipóteses referidas nos incisos são meramente exemplificativas. Portanto, pode haver inviabilidade de competição que não se enquadre em nenhuma das situações referidas nos três incisos do art. 25. Um exemplo seria a contratação de um determinado fornecedor de serviços ou produtos dotados de elevada complexidade e grande sofisticação, relativamente a atividades dotadas de grande potencial nocivo em caso de falha. Configurando-se inviabilidade de competição numa situação que não se enquadra nos três incisos do art. 25, a contratação será alicerçada diretamente no caput do dispositivo. (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 15.ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 409)



ESTADO DE SANTA CATARINA

GOVERNO MUNICIPAL DE TUNÁPOLIS

Além da exigência prevista no art. 25, impõe a Lei nº 8.666/93, em seu artigo 26, parágrafo único, incisos II e III, que sejam justificados a escolha da contratante e o preço do contrato:

“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.”

Grifou-se.

A inviabilidade de competição por exclusividade do fornecedor está suficientemente caracterizada pela concentração dos direitos decorrentes da XCMG. Com efeito, a Declaração juntada aos autos indica que, como fabricante a empresa MACROMAQ EQUIPAMENTOS detém a exclusividade de comercialização e peças e mecânica em geral além da manutenção e reparos de suas máquinas.

Assim, tratando-se de peças exclusivas da marca como é o caso em apresso, tem-se que a empresa em questão é a fornecedora exclusiva das mesmas.

Por esse mesmo motivo, está presente e justificada a razão da escolha do fornecedor, que é a única passível de contratação (art. 26, § único, II).

Tratando-se de aquisição de peças da referida marca e tendo a empresa em questão exclusividade de venda das mesmas, não restam dúvidas de que somente a empresa MACROMAQ possui a gestão técnica da sua propriedade, justificando suficientemente a escolha.

No que diz respeito à justificativa do preço, cumpre observar que os atos que antecedem qualquer hipótese de contratação direta não recebem um tratamento diferenciado, nem simplificador, daqueles que precedem a contratação mediante o procedimento licitatório. O agente público está obrigado a seguir um procedimento administrativo destinado a assegurar a prevalência dos princípios jurídicos fundamentais aplicáveis a toda contratação pública. Permanece o dever de buscar e concretizar a melhor contratação possível.



ESTADO DE SANTA CATARINA

GOVERNO MUNICIPAL DE TUNÁPOLIS

Todos os meios possíveis e idôneos devem ser considerados pelo agente público para demonstrar que o preço cobrado do fornecedor escolhido é razoável. Cumpre-se, assim, o princípio administrativo da motivação necessária e confere-se segurança ao negócio jurídico que se formalizará, sobretudo em relação à norma do art. 113 da Lei nº 8.666/93, que determina incumbir aos órgãos e entidades públicos a demonstração da legalidade e regularidade da despesa e da execução, constituindo clara inversão do ônus probatório que afeta a presunção de legalidade e legitimidade atribuída aos atos administrativos em geral.

Vale observar que a jurisprudência do TCU é firme em indicar que a realização de pesquisa de preços de mercado, previamente à fase externa da licitação, é uma exigência legal para todos os processos licitatórios, inclusive para os casos de dispensa e inexigibilidade (2.742/2017-1ª Câmara, 1.022/2013-Plenário, 3.506/2009-1ª Câmara, 1.379/2007-Plenário).

Em 2015, o Tribunal foi ainda mais específico em apontar diferenças entre o procedimento de justificação de preços na inexigibilidade e na dispensa de licitação:

“Quanto ao preço, é certo que, mesmo nos casos de contratações diretas, deve ser justificado, a teor do art. 26, III, da Lei 8.666/93. Ressalte-se que este Tribunal tem entendido que a apresentação de cotações junto ao mercado é a forma preferencial de se justificar o preço em contratações sem licitação (dispensa de licitação), devendo ser cotadas, no mínimo, 3 propostas válidas de empresas do ramo; ou, caso não seja viável obter esse número de cotações, deve-se apresentar justificativa circunstanciada (Informativo TCU 188/2014). E, nos casos de inviabilidade de licitação, este Plenário se manifestou, conforme subitem 9.1.3 do Acórdão 819/2005, no sentido de que, para atender o disposto no inciso III do art. 26 da Lei de Licitações, poder-se-ia fazer uma comparação entre os preços praticados pelo fornecedor exclusivo junto a outras instituições públicas ou privadas.”

Portanto, a justificativa do preço em contratações diretas (art. 26, parágrafo único, inciso III, da Lei 8.666/1993) deve ser realizada, preferencialmente, mediante: (i) no caso de dispensa, apresentação de, no mínimo, três cotações válidas de empresas do ramo, ou justificativa circunstanciada se não for possível obter essa quantidade mínima; (ii) no caso de inexigibilidade, comparação com os preços praticados pelo fornecedor junto a outras instituições públicas ou privadas (AC 1565/15 – Plenário).

Por outro lado, não é desconhecido que por diversas vezes a pesquisa de preços é inviável ou mesmo torna-se muito morosa, haja vista o reiterado desinteresse das empresas em elaborar propostas sem qualquer garantia de contratação.



ESTADO DE SANTA CATARINA

GOVERNO MUNICIPAL DE TUNÁPOLIS

Nesses casos, a atividade administrativa não deve ficar à mercê de circunstâncias de mercado, retardando uma contratação direta e até causando eventuais prejuízos ao órgão, por dificuldades na pesquisa de preços.

Sendo este o caso, recomenda-se, portanto, que o setor responsável pela pesquisa de preços demonstre as dificuldades encontradas na prática, como forma de justificar, por exemplo, a não obtenção do mínimo de três propostas.

Na jurisprudência do TCU, é possível identificar a preocupação do Tribunal em relação a fatores externos que podem prejudicar a correta e célere instrução de um processo de contratação. Diante de eventuais dificuldades na pesquisa de preços, basta o gestor comprovar a existência dessas limitações, evitando assim que o processo de contratação se arraste no tempo (acórdão n.º 2.203/2005 1ª Câmara).

Cabe destacar ainda que a realização de pesquisa de preços não obriga, necessariamente, a Administração a contratar a proposta de menor preço, podendo e devendo levar em consideração outros critérios, como a experiência e qualidade do serviço prestado em outras ocasiões.

A conduta da Administração de eventualmente eleger a melhor proposta técnica em detrimento do menor preço possui respaldo em balizada jurisprudência, conforme os trechos das obras dos ilustres administrativistas Marçal Justen Filho e Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, a saber:

“O dispositivo abrange contratações que não se orientam exclusivamente pelo princípio da vantajosidade. Muitas vezes, afirma-se que a contratação fundada no inc. XIII deve ser realizada pelo menor preço possível. Essa formulação não pode ser admitida, eis que tornaria inútil o dispositivo. Se a instituição dispusesse de condições de ofertar o menor preço possível, então bastaria realizar licitação com a participação inclusive de outras entidades que não preenchessem os requisitos previstos no dispositivo.” (Marçal Justen Filho, in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Ed. Dialética, 14ª ed., 2010).

“Ao ensejo, cabe antecipar, porém, que o inciso [art. 24, XIII] não exige que o preço seja compatível com o de mercado, aceitando-se justificativa para o descompasso entre o preço contratado e o praticado no comércio. Às vezes a vantagem auferida com a contratação direta não está no preço, mas em algum fator. (Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, in Contratação Direta sem Licitação, Ed. Fórum, 6ª ed., 2007)

A Orientação Normativa nº 17 da Advocacia-Geral da União, de 01/04/09, estatui o seguinte:

“É obrigatória a justificativa de preço na inexigibilidade de licitação, que deverá ser realizada mediante a comparação da proposta apresentada com preços praticados pela futura contratada junto a outros órgãos públicos ou pessoas privadas”.



ESTADO DE SANTA CATARINA

GOVERNO MUNICIPAL DE TUNÁPOLIS

Na hipótese vertente, há justificativas nos autos que permitem concluir pela adequação da proposta formulada pela empresa aos valores praticados no mercado, na peculiar situação de exclusividade, por parte de uma empresa, dos direitos decorrentes da propriedade e fabricação de peças exclusivas de determinada marca utilizadas pelo poder público para reparação de outras danificadas.

De toda sorte, tal como ocorre em relação às razões da escolha do fornecedor, o exame da adequação do preço e a formalização da justificativa competem exclusivamente ao administrador.

Por fim, devem ser verificadas todas as condições habilitatórias da empresa (habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira e regularidade fiscal e trabalhista), renovando-se eventuais documentos vencidos antes da assinatura do instrumento contratual.

EM CONCLUSÃO.

Diante do exposto, em atenção à consulta formulada, não se identificam óbices ao prosseguimento da contratação sobre a qual versa o presente processo administrativo, desde que atendidas as recomendações ora formuladas.

O presente exame se deu a pedido da Administração, enfocando-se apenas aspectos legais, com base nos elementos fornecidos pelo gestor, dentro dos limites de competência desta Assessoria Jurídica do município.

Não foram analisados aspectos técnicos referentes à contratação, orçamentos, metas e planilhas, assim como aspectos contábeis, financeiros e orçamentários, pois desbordam do âmbito de competência desta Assessoria, sendo a presente manifestação, portanto, de caráter estritamente jurídico, não tendo o condão de chancelar opções técnicas eleitas pela Administração, nem de emitir juízo de conveniência e oportunidade sobre a aquisição a ser firmada.

É o parecer.

Tunápolis, 30 de agosto de 2021.

FLÁVIO MARCOS LAZAROTTO
OAB/SC 31.520
Assessor Jurídico



ESTADO DE SANTA CATARINA

GOVERNO MUNICIPAL DE TUNÁPOLIS

COMUNICAÇÃO INTERNA

Do: Gabinete do Prefeito
Para: Assessoria Jurídica

Senhor Assessor Jurídico

Tendo em vista a necessidade de contratação direta para aquisição de correia do motor para o Rolo Compactador XCMG 123 BRI, ocasião em que, o município busca respeitar devidamente os princípios legais é que nos dirigimos a este departamento.

Diante da necessidade constatada pelo responsável, mostra imprescindível a aquisição da peça.

Assim submeto a documentação em anexo (Orçamentos, previsão orçamentária e justificativas) para análise e parecer acerca da modalidade de Licitação a ser adotada no presente caso.

Atenciosamente,

Tunápolis, 30 de agosto de 2021

MARINO JOSÉ FREY
Prefeito Municipal



ESTADO DE SANTA CATARINA

GOVERNO MUNICIPAL DE TUNÁPOLIS

COMUNICAÇÃO INTERNA

Do: Prefeito Municipal

Para: Setor de Licitações

Com o presente, solicito de Vossa Senhoria os bons préstimos no sentido de realizar Processo Licitatório de Dispensa de Licitação por Inexigibilidade com fulcro no artigo 25 da Lei n. 8.666/93, para aquisição de correia do motor para o Rolo Compactador XCMG 123 BRI, por Inexigibilidade com fulcro no art. 25 *caput* da Lei n. 8.666/93, por se tratar de fornecedor exclusivo em razão da propriedade da máquina, a inviabilizar a competição, da forma apresentada pela documentação que segue em anexo.

Atenciosamente,

Tunápolis, 30 de agosto de 2021.

MARINO JOSÉ FREY
Prefeito Municipal



ESTADO DE SANTA CATARINA

GOVERNO MUNICIPAL DE TUNÁPOLIS

COMUNICAÇÃO INTERNA

Da: Assessoria Jurídica Municipal

Para: Gabinete do Prefeito Municipal

Senhor Prefeito.

Em atenção a solicitação recebida deste gabinete para expedição de parecer jurídico para aquisição de correia do motor para o Rolo Compactador XCMG 123 BRI, informamos que segue em anexo nossas considerações.

Informamos ainda que somos de parecer favorável pela dispensa de licitação da forma melhor fundamentada no parecer que ora se junta aos presentes autos.

Respeitosamente.

Tunápolis, 30 de agosto de 2021.

FLÁVIO MARCOS LAZAROTTO
OAB/SC 31.520
Assessor Jurídico