

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
Proc. de Termos Licitações e Contratos -

PARECER Nº: 0418/2017

PROCESSO:2017.02.002920

INTERESSADO: Secretaria de Saúde

ÓRGÃO DE ORIGEM: SECRETARIA DA SAÚDE

**ASSUNTO: Elaboração de Minutas - Contratos Administrativos - Outras
Consultas em Contratos Administrativos**

Trata-se de consulta formulada pela Secretaria de Saúde acerca de elaboração de Contrato entre o Município do Recife e a Empetur, mediante inexigibilidade de licitação, cujo objeto é a locação de espaço físico no qual realizar-se-á a 13ª Conferência Municipal de Saúde no período de 23 a 25 de outubro de 2017. Constatam dos autos: 1) justificativa para a contratação do espaço (em virtude das especificidades do imóvel); 2) termo de inexigibilidade com a determinação do objeto, justificativa da contratação, do preço e do fundamento jurídico para tal; 3) bloqueio orçamentário; 4) documentação da contratada (jurídica, societária, tributária e trabalhista); 5) apresentação de preços anteriormente cobrados pelo mesmo objeto.

Em específico – e para além da possibilidade ou não de contratação –, o que se questiona é a fundamentação jurídica a ser dada para a contratação: dispensa do art. 24, X ou inexigibilidade do caput do art. 25 da Lei de Licitações. É o relatório. Passo a opinar.

Dispõe o art. 25, *caput*, da Lei nº 8.666/93, que, em suma, é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, trazendo em seus incisos hipóteses meramente exemplificativas nas quais se presume tal inviabilidade. Assim, caracterizam-se como situações de inexigibilidade todas aquelas passíveis de se amoldar diretamente à previsão genérica contida no aludido dispositivo, independentemente de previsão legal específica e expressa. Tal é a comprovação do exposto que o Tribunal de Contas da União já se posicionou nesse sentido:

As hipóteses de inexigibilidade relacionadas na Lei n. 8.666/93 não são exaustivas, sendo possível a contratação com base no caput do art. 25 sempre que houver comprovada inviabilidade de competição. (TCU – Acórdão 2.418/20006, Plenário. Rel. Min. Marcos Bemquerer – 12 de dezembro de 2006).

Nesse ponto – e nos termos a que alude Marçal Justen Filho –, há de se ressaltar que o *caput* do art. 25 da Lei 8.666/93 apresenta função normativa autônoma, de modo que uma contratação direta poderá nele se fundar direta e exclusivamente, sem que haja a necessidade de enquadramento da situação em um dos incisos de tal artigo, os quais detêm nítida conotação exemplificativa, conforme já exposto (*numerus apertus*).

Ainda nesse contexto – e no dizer do mesmo jurista –, a previsão geral do *caput* traduz o marco teórico fundamental da inexigibilidade de licitação, eis que

a modalidade mais evidente de inviabilidade de competição é aquela derivada da ausência de alternativas para a Administração Pública. Se existe apenas um único produto em condições de atender à necessidade estatal, não há sentido em realizar licitação. Seria um desperdício de tempo realizar a licitação.¹

De fato, o que se afigura como decisivo para a contratação direta em casos que tais é a efetiva comprovação da existência de um único espaço passível de atender às necessidades da Administração: no caso, a disponibilização de espaço capaz de suportar as exigências da Conferência Municipal de Saúde, a ser realizada em outubro de 2017.

Ademais, há de se ressaltar que para as contratações diretas por inexigibilidade de licitação é necessário, em regra, além da comprovação idônea da inviabilidade de competição – no caso, em vistas de ser o único espaço no Município capaz de abrigar evento de tal porte (vide justificativa da Secretaria consultante) –, atentar para o cumprimento dos requisitos de ordem geral previstos no art. 26 da Lei nº 8.666/93.

Tal dispositivo menciona que “as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, [...] 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.”. E continua o aludido dispositivo em seu parágrafo único:

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.

Nesse contexto, não se vislumbra a incidência de situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa (art. 26, § único, I); a razão da escolha do fornecedor ou executante (art. 26, § único, II), conforme já debatido, é a exclusividade na prestação dos serviços que ora se pretende contratar; não há que se falar, no caso, de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados (art. 26, § único, IV); e a justificativa de preço (art. 26, § único, III) se dá com a comparação dos valores usualmente cobrados pela empresa interessada na prestação em questão com o valor ora cobrado da Secretaria, de modo a aferir se não há um eventual abuso de sua parte, visando um aumento arbitrário dos lucros em prejuízo da Administração.

Bem de ver, pois, que em relação à justificativa de preço em contratações diretas –

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 349.

especialmente quando a licitação é inexigível –, a lição de Marçal Justen Filho é clara e pertinente ao aludir que a razoabilidade do preço em tais casos “deverá ser verificada em função da atividade anterior e futura do próprio particular. O contrato com a Administração Pública deverá ser praticado em condições econômicas similares com as adotadas pelo particular para o restante de sua atividade profissional. Não é admissível que o particular, prevalecendo-se da necessidade pública e da ausência de outros competidores, eleve os valores contratuais.”² Ainda no tema, a Orientação Normativa n. 4/2009 da Portaria 183/2009-SAJ é clara ao disciplinar a necessidade dessa comprovação de preços de mercado:

ON 04/2009. Na inexigibilidade de licitação, é obrigatória a justificativa de preço de que trata o art. 26, § único, III, da Lei n. 8.666/93, devendo ser realizada mediante comprovação, pelo interessado, de que o preço proposto se encontra compatível com os valores por ele praticados em sua atuação usual no mercado.

É certo que o contratado visa lucro em sua atividade e é lícito que assim o seja; o que não se pode perder de vista, no entanto, é que o simples fato de existir uma única alternativa, como ocorre nas situações de inexigibilidade, não justifica uma contratação por valores abusivos, em prejuízo dos cofres públicos.

No caso em apreço, vislumbra-se que os valores cobrados para a prestação dos serviços são condizentes com os valores usualmente cobrados pela empresa em serviços similares (vide consulta juntada aos autos com a comprovação de preços anteriormente cobrados pelo mesmo objeto).

De resto, quanto às formalidades adicionais previstas no *caput* do art. 26 da Lei nº 8.666/93, observa-se a necessidade de comunicação à autoridade superior, com a posterior ratificação da inexigibilidade e publicação na imprensa oficial de seus termos.

Ante tais considerações, **opino** pela legalidade da contratação direta, com fulcro no art. 25 da Lei 8.666/93 e nos termos da fundamentação que acompanha esse parecer.

Após aprovação do parecer, voltem os autos para elaboração do instrumento contratual.

É o parecer que submeto à consideração superior.

Recife, 06 de julho de 2017

Bruno Santos Cunha
Procurador do Município do Recife
Matrícula 87.476-8 - OAB/PE 1.033-B

² Op. Cit. p. 377.