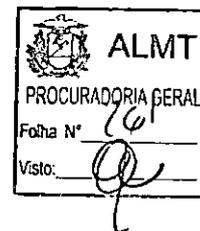




Procuradoria Geral



PROCOLO 201722502

PARECER Nº 161/2018

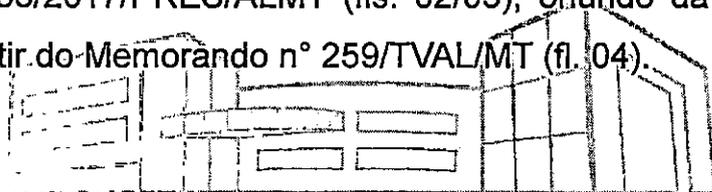
ASSUNTO: INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO – CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA NO FORNECIMENTO DE SEGMENTO ESPACIAL – TRANSMISSÃO DIGITAL VIA SATÉLITE DE SINAIS DE TV E RÁDIO – ÚNICA EMPRESA DETENTORA DE SATÉLITE GEOSTACIONÁRIO NA POSIÇÃO ORBITAL ABRANGENDO O MAIOR NÚMERO DE CANAIS E MAIOR ALCANCE EM MATO GROSSO E NO BRASIL – POSSIBILIDADE.

1

I- RELATÓRIO

Trata-se de procedimento licitatório voltado à contratação de empresa especializada na prestação de serviços de fornecimento de segmento espacial para transmissão digital dos sinais de televisão e rádio gerados pela TV Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso – TVAL/MT e Rádio Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso.

O feito foi inaugurado pelo Memorando nº 1.258/2017/PRES/ALMT (fls. 02/03), oriundo da Presidência da Casa, a partir do Memorando nº 259/TVAL/MT (fl. 04).



Exemplar encaminhado ao Sr. Santos Costa
Procurador da Assembleia Legislativa
Matrícula nº 41626



Procuradoria Geral



Constam dos autos: Cópias de documentação extraída da Assembleia Legislativa do Estado da Bahia, cujo objeto é semelhante ao do feito em mesa (fls. 05/15); Cópias de documentação extraída do Supremo Tribunal Federal, cujo objeto é semelhante ao do feito em análise (fls. 16/30); Comunicação Interna n° 357/NEA/SAPI/2017, acerca da justificativa da contratação pretendida (fls. 32/33); Ofício n° 2796/SEI/ORLE/SOR-ANATEL, em resposta a consulta feita pela TVAL/MT (fl. 34); Documentação da EMBRATEL acerca dos satélites C2 e C3 (fls. 35/48); Termo de Referência n° 0185/2017 (fls. 102/116); Autorização de abertura de processo licitatório (fl. 119); Cotações de preços (fls. 122/152); Planilha comparativa de contratos similares e de preços públicos (fl. 153); Cópias de documentos - atos constitutivos e certidões de regularidade fiscal, trabalhista e junto ao FGTS da empresa STAR ONE S.A. (155/219); Memorando n° 182/2018-SPOF, informando acerca de disponibilidade orçamentária (fl. 221); Termo de Referência n° 0185/2017 (fls. 225/240); Minuta do Contrato a ser eventualmente celebrado (fls. 241/255).

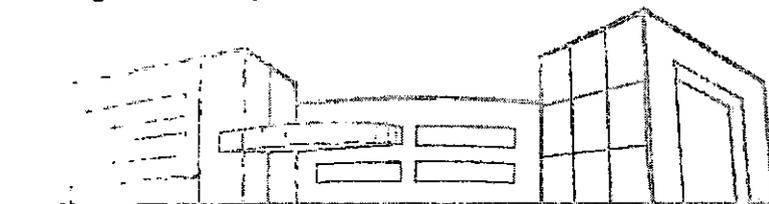
2

É o essencial a relatar. Passo a opinar.

II- FUNDAMENTOS

Análise da Procuradoria da ALMT

O parecer ser restringirá a analisar a possibilidade de contratação direta, via inexigibilidade, de empresa para o fornecimento de segmento espacial, conforme relatado.





Procuradoria Geral



A análise da Procuradoria é **estritamente jurídica**. O Procurador não tem competência técnica para analisar o acerto das especificações técnicas do objeto da licitação ou do contrato, se o preço de referência está de acordo com o praticado no mercado, bem como se há conveniência ou oportunidade, em razão desses temas escaparem da área de atuação jurídica desse profissional¹.

É nesse sentido a doutrina²:

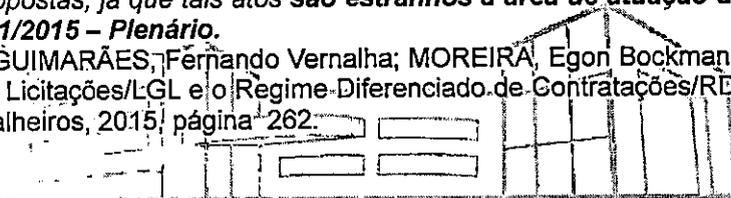
“Não é adequado que o assessor jurídico, no manejo de sua competência técnica específica, pretenda aventurar-se em outras searas, expondo motivos pertinentes à expertise do objeto da licitação ou quanto à conveniência e oportunidade dela ou, mesmo, quanto à critérios técnicos de composição dos custos e execução do contrato. O jurista só pode analisar os aspectos jurídicos do instrumento convocatório.”

3

Desse modo, a atuação da Procuradoria da Assembleia tem por missão proteger o patrimônio público de qualquer cláusula ou condição **jurídica** que frustre a busca da proposta mais vantajosa ou que implique em responsabilidade civil por prática de ato ilícito.

¹ TCU: “Não se pode responsabilizar o parecerista jurídico pela deficiência na especificação técnica da licitação, pela desordem processual, pela ausência de documentos comprobatórios da entrega de edital e pelas irregularidades no julgamento e classificação das propostas, já que tais atos são estranhos à área de atuação daquele profissional”. Acórdão 181/2015 – Plenário.

² GUIMARÃES, Fernando Vernalha; MOREIRA, Egon Bockmann. Licitação Pública – A Lei Geral de Licitações/LGL e o Regime Diferenciado de Contratações/RDC, 2ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2015, página 262.





Procuradoria Geral



Procedimento da contratação direta

Registro que, mesmo se tratando de contratação direta, devem ser observados todos os requisitos da fase interna da licitação.

Nesse sentido:

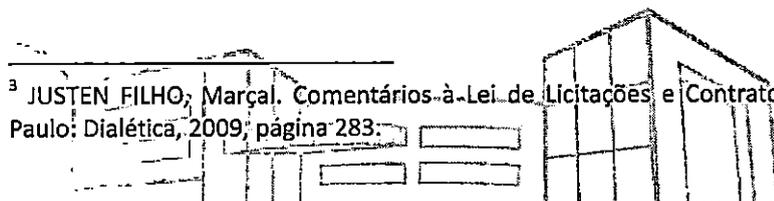
“Nas etapas internas iniciais, a atividade administrativa será idêntica, seja ou não a futura contratação antecedida de licitação. Em um momento inicial, a Administração verificará a existência de uma necessidade a ser atendida. Deverá diagnosticar o meio mais adequado para atender ao reclamo. Definirá um objeto a ser contratado, inclusive adotando providencias acerca da elaboração de projetos, apuração da compatibilidade entre a contratação e as previsões orçamentárias. Tudo isso estará documentado em procedimento administrativo, externando-se em documentação constante dos respectivos autos.”³

4

Desse modo, deve ser respeitada a Lei 8.666/93 quanto à fase interna.

A mencionada Lei assim dispõe acerca do procedimento da fase interna:

³ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 13ª edição. São Paulo: Dialética, 2009; página 283.





Procuradoria Geral



Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência:

I - projeto básico;

II - projeto executivo;

III - execução das obras e serviços.

§ 1º A execução de cada etapa será obrigatoriamente precedida da conclusão e aprovação, pela autoridade competente, dos trabalhos relativos às etapas anteriores, à exceção do projeto executivo, o qual poderá ser desenvolvido concomitantemente com a execução das obras e serviços, desde que também autorizado pela Administração.

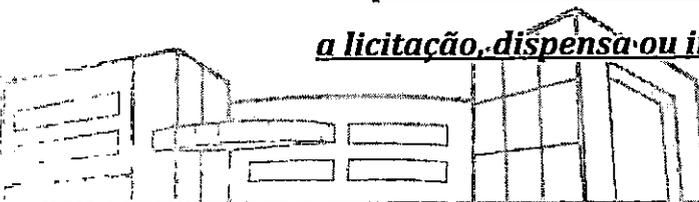
5

(...)

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;





Procuradoria Geral



(...)

IX - despacho de anulação ou de revogação da licitação, quando for o caso, fundamentado circunstanciadamente;

X - termo de contrato ou instrumento equivalente, conforme o caso;

XI - outros comprovantes de publicações;

(...)

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.

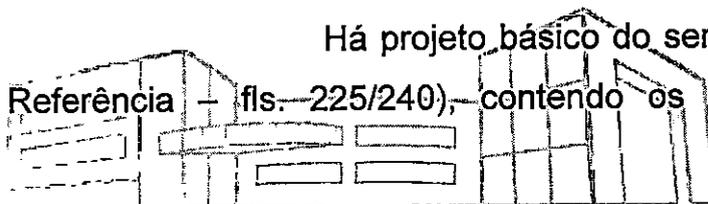
6

Portanto, mesmo se tratando de uma contratação direta, os requisitos da fase interna da licitação devem ser atendidos.

Análise dos autos

Verifico que os procedimentos da fase interna foram atendidos, entre eles a existência de um processo autuado, protocolado, numerado e autorizado, conforme exige o art. 38 da Lei 8.666/93.

Há projeto básico do serviço (intitulado de Termo de Referência - fls. 225/240), contendo os elementos legais, como





Procuradoria Geral



justificativa, razão da escolha do fornecedor, justificativa do preço (inclusive com documentos paradigmas de órgão federal e de órgão de outro estado da Federação).

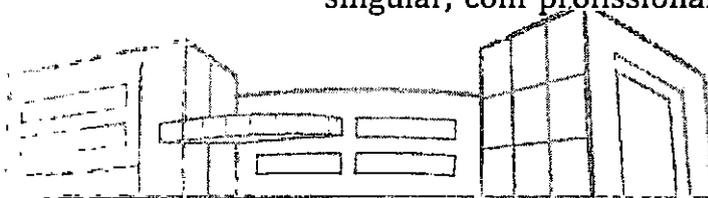
Encontra-se nos autos autorização da Mesa Diretora para a pretendida contratação (fl. 119), bem como previsão de dotação orçamentária para tal desiderato (fl. 221).

O quanto consta dos autos amolda-se à hipótese de inexigibilidade de licitação, conforme previsão daquela mesma lei, *ad litteram*:

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





Procuradoria Geral



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.

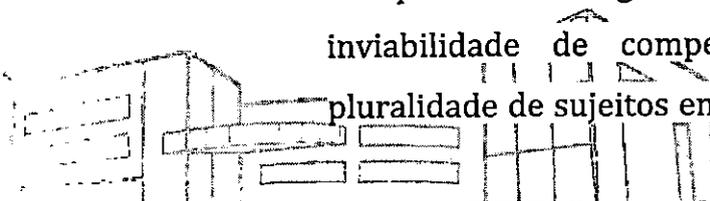
De se notar que o *caput* do artigo citado assevera ser inexigível a licitação quando houver **inviabilidade de competição**, sendo que o seus incisos especificam determinados casos, porém sem esgotar todas as possibilidades passíveis de ocorrerem no cotidiano da Administração.

8

Acerca da inviabilidade de competição, vale a pena citar o eminente doutrinador administrativista Marçal Justen Filho:

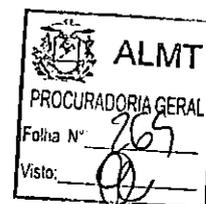
As causas de inviabilidade de competição podem ser agrupadas em dois grandes grupos, tendo por critério a sua natureza. Há uma primeira espécie que envolve inviabilidade de competição derivada de circunstâncias atinentes ao sujeito a ser contratado. A segunda espécie abrange os casos de inviabilidade de competição relacionada com a natureza do objeto a ser contratado.

Na primeira categoria encontra-se o caso de inviabilidade de competição por ausência de pluralidade de sujeitos em condição de contratação





Procuradoria Geral



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 contratação porque existe um único sujeito a ser contratado.

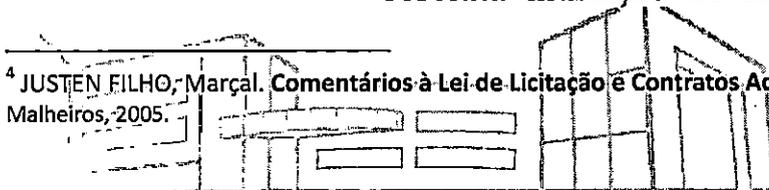
Na segunda categoria, podem existir inúmeros sujeitos desempenhando a atividade que satisfaz o interesse público. O problema da inviabilidade de competição não é de natureza numérica, mas se relaciona com a natureza da atividade a ser desenvolvida ou de peculiaridade quanto à própria profissão desempenhada. Não é viável a competição porque características do objeto funcionam como causas impeditivas.⁴

9

Acerca do fato de que as hipóteses esmiuçadas nos incisos do artigo 25 da Lei 8.666/93 não serem exaustivas, vejamos o que diz outro doutrinador administrativista festejado:

Cumprе salientar que a relação dos casos de inexigibilidade não é exaustiva. Com efeito, o art. 25 refere que a licitação é inexigível quando inviável a competição. E apenas destaca algumas hipóteses. Por isso disse em seguida: “em especial quando (...)”. Em suma: o que os incisos I a II do art. 25 estabelecem é, simplesmente, uma prévia e já resoluta indicação de hipóteses nas quais ficam

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitação e Contratos Administrativos*, 10ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2005.





Procuradoria Geral



antecipadas situações características de inviabilidade, nos termos ali enumerados, sem exclusão dos casos não catalogados, mas igualmente possíveis.

E mais:

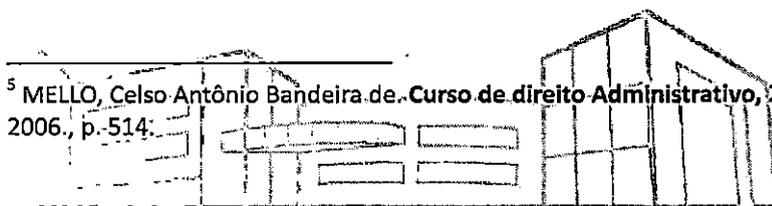
Tais casos, como se exemplificará, têm que ser excludentes de licitação e, então, devem, conforme se disse, ser havidos como abrigados no caput do art. 25, ainda que a ele se tenha que conferir algum elastério, se por outra razão não fosse, sê-lo-ia, ao menos para atender à incontável e sempre lembrada advertência de Carlos Maximiliano: “Deve o direito ser interpretado inteligentemente, não de modo a que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis.”⁵

10

Desse modo, segundo o que consta dos autos, e conforme a justificativa técnica de fls. 32/33, também constante do Termo de Referência de fls. 225/240, cumpre notar que:

1. uma vez que a posição orbital do satélite geoestacionário (75,0°W – setenta e cinco graus oeste) pertencente à eventual contratada permite a recepção da maioria dos canais abertos (sem criptografia) em Mato Grosso e no país;

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito Administrativo, 20ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2006., p. 514.





Procuradoria Geral



2. levando em conta o fato de que os telespectadores que se utilizam dos serviços de TV por satélite somente podem apontar/direcionar suas antenas para apenas um satélite (de cada vez) o farão, certamente, para aquele satélite que oferta a maior quantidade de canais;

3. levando em conta, ainda, o fato de que a contratação referente ao feito em tela visa levar os sinais da TVAL/MT e da Rádio Assembleia à maior audiência possível:

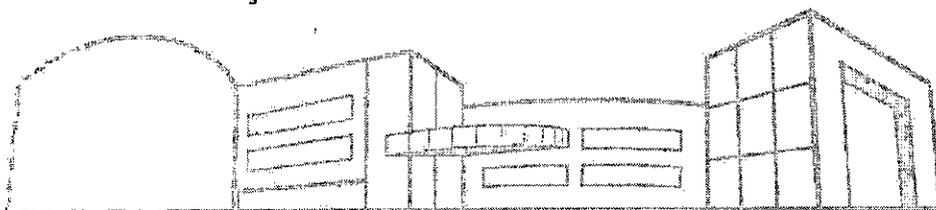
Fica clara a inviabilidade de competição com as empresas detentoras de satélites geoestacionários fixos em outras posições orbitais, como demonstra documentação juntada aos autos, sintetizada na justificativa já mencionada.

11

Cumprir notar, ainda, o Ofício de lavra da ANATEL (fl. 34), atestando que a empresa STAR ONE S. A. é a única detentora do direito de exploração de satélite para transporte de sinais de telecomunicações, na faixa de frequências pretendida pela TVAL/MT.

À fl. 42 consta mapa demonstrando o alcance do satélite cuja detentora pretende-se contratar.

Os orçamentos juntados aos autos demonstram diferença de preços (conforme a planilha comparativa de contratos similares e de preços públicos de fl. 153) justamente pelo fato da abrangência do número de canais transmitidos pelo satélite da STAR ONE S. A., em detrimento das demais empresas fornecedoras desse tipo de serviço.





Procuradoria Geral



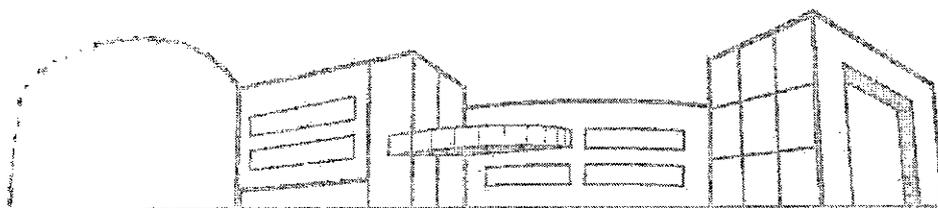
Importante ainda lembrar que outros órgãos públicos, como a Assembleia Legislativa do Estado da Bahia e o Supremo Tribunal Federal, igualmente, celebraram contratos de mesma natureza, e de forma direta, por inexigibilidade de licitação, com a pretensa contratada STAR ONE S. A., considerando a sua qualidade de única detentora de satélite geoestacionário na posição orbital que contempla o melhor interesse da Administração, conforme explicitado nos autos.

Ainda no que tange à fase interna, deve ser realizada a ratificação da inexigibilidade, conforme exige a Lei 8.666/93, *ad litteram*:

*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.***

12

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



Gabriel Machado dos Santos Costa
Procurador da Assembleia Legislativa
Matrícula: 41626

ALMT
Assembleia Legislativa



Procuradoria Geral



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. (g.n.)

Registro, oportunamente, que a contratada deverá preencher todos os requisitos para a contratação pública previstos na Lei de Licitações:

Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

13

I - habilitação jurídica;

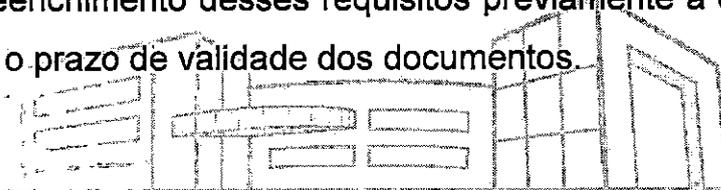
II - qualificação técnica;

III - qualificação econômico-financeira;

IV - regularidade fiscal e trabalhista;

V - cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

A Administração deverá proceder a análise do preenchimento desses requisitos previamente à contratação, observando-se o prazo de validade dos documentos





Procuradoria Geral



No que concerne à minuta do contrato a ser eventualmente celebrado (fls. 241/255), segundo o artigo 55 da Lei de Licitações, que rege as cláusulas necessárias dos contratos administrativos, temos:

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

I - o objeto e seus elementos característicos;

II - o regime de execução ou a forma de fornecimento;

III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

IV - os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso;

V - o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;

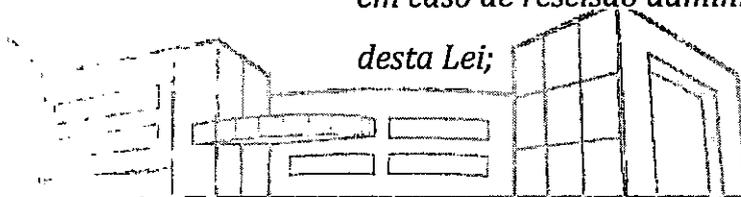
VI - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas;

VII - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas;

VIII - os casos de rescisão;

IX - o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77

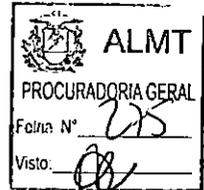
desta Lei;



14



Procuradoria Geral



X - as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;

XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;

XII - a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos;

XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

O quanto disposto nos incisos I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, XI e XII, está devidamente previsto na minuta do contrato mencionado. O disposto no inciso X, por sua vez, é inaplicável ao caso.

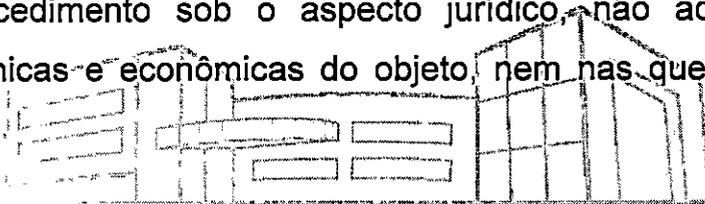
15

Aprovada, portanto, a minuta contratual referida, pode o processo licitatório ter seu devido prosseguimento.

III- PARECER

EX POSITIS, opino pela viabilidade da contratação direta, por inexigibilidade de licitação, observadas as prescrições legais retrocitadas.

Ressalto que o parecer se restringiu a analisar o procedimento sob o aspecto jurídico, não adentrando nas questões técnicas e econômicas do objeto, nem nas questões de conveniência e





Procuradoria Geral



oportunidade da contratação, por escapar da área de atuação da Procuradoria da Assembleia Legislativa.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Cuiabá, 17 de abril de 2018.

GABRIEL MACHADO DOS SANTOS COSTA
PROCURADOR DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA

Gabriel Machado dos Santos Costa
Procurador da Assembleia Legislativa
Cuiabá, 17/04/2018 - 11:16:26

16

