



Tio Hugo - RS

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Prefeitura
Municipal



DE: Assessoria Jurídica do Município;

PARA: Setor de Licitações;

ASSUNTO: Parecer obre a viabilidade jurídica do Processo de Inexigibilidade de Licitação;

OBJETO: Implantação do "Sistema de Ensino Aprende Brasil";

PARECER JURÍDICO

Recebido a esta Assessoria Jurídica a pedido de parecer pela Secretaria Municipal da Educação e Desporto, a qual solicitou a manifestação referente ao encaminhamento de procedimento mediante processo de inexigibilidade de licitação para a contratação da Editora Aprende Brasil Ltda. - empresa do Grupo Positivo - para a implantação do "Sistema de Ensino Aprende Brasil".

O processo de inexigibilidade deriva essencialmente da inviabilidade de competição. Na prática, por vezes, há uma dificuldade de interpretação, inclusive com divergências de posicionamentos na doutrina e, inclusive, na jurisprudência. Porém, considerando novamente a lição de Marçal Justem Filho, os incisos do art. 25 da Lei nº 8.666/93 nos dão um norte para organizar essas possibilidades.

"É difícil sistematizar todos os eventos que podem conduzir à inviabilidade de competição. A dificuldade é causada pela complexidade do mundo real, cuja riqueza é impossível de ser delimitada através de regras legais. Sobre esse tema, adiante voltar-se-á. Mas é possível tentar organizar as possibilidades, tomando por base o modelo exemplificativo fornecido pelos três



Tio Hugo - RS

Prefeitura
Municipal



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

incisos do art. 25. Não seria ocioso acrescentar que essa sistematização mereceu acolhimento pelo TCU, como se vê no Acórdão 918/2003 – Segunda Câmara (rel. Min ADYLSON MOTTA)” . (p . 270)

Complementa Marçal, **esclarecendo que a inviabilidade pode ser caracterizada, se enquadrado em um dos quatro pilares**, extraídos do referido dispositivo legal: 1) *Ausência de alternativas*; 2) *Ausência de "mercado concorrencial"*; 3) *Ausência de objetividade na seleção do objeto*; e, 4) *Ausência de definição objetiva da prestação a ser executada*.

No primeiro pilar, ausência de alternativas, caracteriza-se pela ausência de pluralidade de alternativas de contratação. Quando há uma única solução e um único particular em condições de executar a prestação.

No segundo pilar, ausência de "mercado concorrencial", é a hipótese que usualmente aparece no setor de serviços; com aqueles de natureza personalíssima. São situações em que a prestação que satisfaz o interesse público é produzida através da atuação predominantemente intelectual e retrata uma manifestação de criatividade.

Na ausência de objetividade na seleção do objeto, terceiro pilar; caracteriza, como regra, pela impossibilidade de seleção segundo critérios objetivos. Embora existam diferentes alternativas, a natureza personalíssima da atuação do particular impede julgamento objetivo. Essa incerteza deriva basicamente da natureza subjetiva da avaliação, eis que envolve fatores intelectuais, artísticos, criativos, etc. Quando não houver critério objetivo de julgamento, a competição perde o sentido.



Tio Hugo - RS

Prefeitura
Municipal



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Já a ausência de definição objetiva da prestação a ser executada, quarto e último pilar, trata-se de hipótese inconfundível, ainda que guarde semelhança com outro pilar já visto. É o caso de somente se poder estabelecer que o contratado deva exercer sua profissão do melhor modo possível, o que significa não apenas a observância a regras técnicas objetivas, mas também variações subjetivas impossíveis de padronizações.

Percebe-se, assim, que é possível classificar as inexigibilidades em dois grandes grupos, tendo por critério a sua natureza. No primeiro grupo, estão os casos de inviabilidade de competição em função da ausência de pluralidade de sujeitos em condição de contratação.

"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 competição porque existe um único sujeito para ser contratado". (p. 271)

No segundo grupo, há inúmeros sujeitos desempenhando a atividade que satisfaz o interesse público. Porém, a natureza da atividade a ser desenvolvida ou da própria profissão desempenhada inviabiliza a competição.

Nos casos de inexigibilidade de licitação, a Administração Pública não obterá proposta alguma ou selecionaria propostas inadequadas a satisfazer o interesse público

Dito isso, **e considerando que a inviabilidade de competição é auferível nos estudos realizados na fase interna da licitação pela Secretaria envolvida, é necessária a elaboração da pertinente justificativa, certificando detalhadamente as razões que inviabilizam a competição e remete ao procedimento de inexigibilidade autorizado pelo art. 25 da Lei nº 8.666/93, considerando as hipóteses acima ensinadas pelo ilustre administrativista Marçal Justem Filho.**



Tio Hugo - RS

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Prefeitura
Municipal



Reforçando a ideia acima e já auxiliando no que deve constar na referida justificativa, tem-se que, *"A ideia de seleção entre particulares envolve, por outro lado, uma pluralidade de alternativas aptas a satisfazer o interesse público. Selecionar significa escolher e tal depende da existência de mais de uma opção. Quando não há pluralidade de opções, não existe sentido em aludir a escolha. Quando se trata de contratação administrativa, a licitação adquire sentido quando for possível satisfazer o interesse público através de diferentes alternativas"* (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 10ª Edição. Pág. 269).

DIANTE DO EXPOSTO, para o presente procedimento prosseguir seu trâmite no Setor de Licitações, faz-se necessário a elaboração pela Secretaria de Educação uma justificativa, certificando detalhadamente as razões que inviabilizam a competição e remete no procedimento de inexigibilidade autorizado pelo art. 25 da Lei nº 8.666/93, considerando as orientações aqui expostas, e em especial os ensinamentos do ilustre administrativista Marçal Justen Filho. Dito de outra forma, deverá constar na justificativa de forma clara que somente essa empresa oferece o produto, de forma exclusiva, que atente ao interesse da Administração Municipal (interesse público), configurando a inviabilidade de competição propriamente dita.

É o parecer.

Tio Hugo-RS, 1º de novembro de 2022.


VICENTE MÜHL

Assessor Jurídico