



GOVERNO MUNICIPAL DE TUCUMÃ
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

PARECER JURÍDICO

Ofício/SEMEC n.º 136/2015, datado de 03 de março de 2015. Consultante – Secretaria Municipal de Educação e Cultura. Processo de inexigibilidade de licitação. Objeto: Implantação de Sistema de Gestão Escolar. Fundamentação: Art. 25 da Lei 8666/93

Versam os presentes autos sobre consulta formal oriunda da Secretaria Municipal de Educação e Cultura de Tucumã/PA, versando sobre a possibilidade de contratação direta da empresa **E. P. SARAIVA – ME.** pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o n.º 02.967.964/0001-39, sediada na Avenida Pero Álvares Cabral n.º 5220, Sacramenta, na cidade de Belém, estado do Pará, com vistas ao atendimento da demanda escolar, nas séries do ensino Fundamental (1º ao 9º ano), tendo por objeto A IMPLANTAÇÃO DO Sistema de Gestão Escolar, com os preços indicados na Proposta que veio carreado aos presente autos.

Constam, ainda, dos presentes autos, Declaração de Previsão Orçamentária; Proposta de Preço fornecida pela empresa em referência; Declaração de Exclusividade; documentos de habilitação da empresa interessada, bem como dos seus representantes legais.

É o breve relatório

Imergindo-se no exame do caso em tela, imperioso tecer algumas considerações, sobretudo quanto aos fundamentos de fato e de direito que servem para nortear e definir o posicionamento a ser adotado pela Administração Pública.

Nessa esteira, de se conceber que a Administração Pública se encontra investida do poder chamado discricionário que, em singela linguagem, nada mais é do que o poder de liberdade de escolha para a execução e/ou contratação de determinados serviços, vinculados ao interesse do Administrador e à sua função social e/ou utilidade pública. Neste sentido, leciona o brilhante Jurista Administrativo, HELY LOPES MEIRELLES:

“Poder discricionário é o que o Direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo.”

Curso de Direito Administrativo Brasileiro, Hely Lopes Meirelles, Ed. Malheiros, pág. 103

Não obstante, nota-se no caso em exame à ausência de diversos conceitos básicos para a autuação e realização do certame licitatório, pois, antecipadamente, a Administração tem consciência de que não poderá vislumbrar a escolha da proposta mais vantajosa, posto não haver mais um proponente participando da licitação, conduzindo o entendimento para uma inviabilidade de competição.

O tratadista Marçal Justen Filho comentando a inviabilidade de competição argumenta:

“É imperioso destacar que a inviabilidade de competição não é um conceito simples, que corresponda a uma idéia única. Trata-se de um gênero, comportando diferentes modalidades. Mais precisamente, a inviabilidade de competição é uma



GOVERNO MUNICIPAL DE TUCUMÃ
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

conseqüência, que pode ser produzida por diferentes causas, as quais consistem nas diversas hipóteses de ausência de pressupostos necessários à licitação. (grifo nosso)¹

Segundo Marçal a “inviabilidade de competição” se dá pela ausência de pressupostos necessários para a adoção do processo licitatório, entre ao quais destaca: a licitação como conjugação de atividades públicas e privadas; a licitação como escolha entre diversas alternativas; a licitação como escolha de uma dentre diferentes alternativas; a licitação como uma disputa entre particulares; a licitação como um convite aos particulares para ofertarem propostas; a licitação como uma seleção segundo critérios objetivos.

O douto professor de Direito Administrativo Diogenes Gasparini, sobre inexigibilidade de licitação, leciona:

“A licitação só tem razão de ser nas hipóteses em que se pode instaurar uma competição entre os licitantes interessados em negociar com a entidade, em princípio, obrigada a licitar. Inexistindo essa possibilidade, torna-se inútil o certame e absurda a sua exigência.”²

Quando inexistem os pressupostos conceituais para tornar viável a competição entre particulares, a licitação seria estéril, visto que não há como se obter vantagem para a administração em um processo com apenas um concorrente, porque com certeza não ocorrerá nenhum processo seletivo. Senão vejamos o que diz Marçal:

“A idéia de seleção entre particulares envolve, por outro lado, uma pluralidade de alternativas aptas a satisfazer o interesse sob tutela estatal. Selecionar significa escolher e tal depende da existência de mais de uma opção. Quando não há pluralidade de opções, não existe sentido em aludir escolha. Quando se trata de contratação administrativa, a licitação adquire sentido quando for possível satisfazer os interesses perseguidos pelo Estado através de diferentes alternativas.”³

E ainda:

“A primeira hipótese de inviabilidade de competição reside na ausência de pluralidade de alternativas de contratação para a Administração Pública. Quando existe uma única solução e um único particular em condições de executar a prestação, a licitação seria imprestável. Mais precisamente, a competição será inviável porque não há alternativas diversas para serem entre si cortejadas.”⁴

A conceituada professora de direito administrativo e autora da obra “Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública” Maria Adelaide de Campos França leciona que:

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 11ª edição, São Paulo: Dialética, 2005, pág. 272.

² GASPARINI, Diogenes, *Direito Administrativo*, 13ª Ed. ver. e atual. São Paulo: SARAIVA, 2008, pág. 550.

³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 11ª edição, São Paulo: Dialética, 2005, pág. 272.

⁴ *Ibidem*, pág. 273.



GOVERNO MUNICIPAL DE TUCUMÃ
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

“... não há necessidade de licitação quando o material pretendido somente pode ser fornecido por um único fornecedor, não havendo nenhum outro que o forneça.”⁵

O exame do *caput* do artigo 25, da Lei Federal 8.666/93 evidencia situação de inviabilidade de competição em virtude da ausência de pluralidade de particulares em situação de contratação. Essa inviabilidade de competição não se relaciona com a natureza jurídica do contrato de compra ou venda, dos produtos ou serviços. O núcleo da questão está na ausência de alternativas para a administração, ou seja, neste caso específico, o fornecimento de livros para rede de ensino, pela sua natureza jurídica não são serviços exclusivos, o que a torna exclusiva é a sua unicidade no mercado em que os serviços serão prestados.

Tem sido comum se perguntar: as hipóteses de inexigibilidade de licitação de que trata o inciso I, do artigo 25 só se enquadra a aquisição de bens? A resposta é positiva, o inciso I só prevê a aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros (bens de modo geral) que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo e nada prescreve sobre a contratação de serviços. Contudo a administração municipal se depara com situações em que determinados serviços são prestados por um único empresário, sendo incabível e absurda a realização de licitação. A prática tem demonstrado que as situações de inexigibilidade estão além do previsto nos incisos do artigo 25. Daí há que se debruçar sobre a interpretação do *caput* do artigo, sob os conceitos da inviabilidade de competição e especialmente, demonstrar com clareza a ausência dos pressupostos jurídicos para realização do certame.

Segundo Diogenes Gasparini se não aplicarmos a *caput* do artigo 25, da lei 8.666/93 não que legalidade para se aplicar o inciso I:

Destarte, se não incluirmos no caput a contratação de serviços, quando somente um empresário pode prestá-los, a licitação será imprescindível, o que é um absurdo, e se a fundamentarmos no inciso I, ela será ilegal, pois estaríamos ampliando a hipótese de inexigibilidade.⁶*(grifo nosso.*

O emérito professor Dr. Celso Antônio Bandeira de Mello admite a existência de situações de inexigibilidade de licitação não contempladas nos incisos I a III do artigo 25 e leciona:

“Outras hipóteses de exclusão de certame licitatório existirão, ainda que não arroladas nos incisos I a III, quando se proponham situações nas quais estejam ausentes pressupostos jurídicos ou fáticos condicionadores dos certames licitatórios.”⁷

O mesmo se manifesta favorável a utilização do *caput* do artigo 25 para fundamentar outras situações de inexigibilidade de licitação e acrescenta: “... ainda que a ele se tenha que conferir algum elastério,...” e completa citação de advertência de Carlos Maximiliano:

“Deve o Direito ser interpretado inteligentemente, não de modo a que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva

⁵ FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. Comentários à Lei de Licitações e contratos da Administração Pública. 3ª ed. rev. e atual. – São Paulo-SP: SARAIVA 2004, pág. 65.

⁶ GASPARINI, Diogenes, *Direito Administrativo*, 13ª Ed. ver. e atual. São Paulo: SARAIVA, 2008, pág. 553.

⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso Direito Administrativo*, 22ª Ed. 2ª tiragem. São Paulo: MALHEIROS EDITORES LTDA, 2008, pág. 537.



GOVERNO MUNICIPAL DE TUCUMÃ
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis.”⁸

Portanto, pode-se concluir que sendo impossível promover a concorrência entre particulares, a licitação será imprestável e absurda, mesmo não estando a inexigibilidade contemplada nos incisos I a III, do artigo 25, da lei Federal 8.666/93.

Assim, diante das justificativas e da fundamentação acima apresentadas, resta cristalino que a presente situação **caracteriza uma inviabilidade de competição**, na qual a empresa **E. P. SARAIVA - ME**, figura como única e capaz de atender ao objeto a ser contratado pelo Município de Tucumã.

Por tudo o que acima foi delineado, recomenda-se a inexigibilidade de processo licitatório para contratação da empresa em comento, ao norte qualificada, para atender a Administração com a implantação d Sistema de Gestão Escolar, em razão da inarredável inviabilidade de competição, pelo preço certo e ajustado de R\$ 3.600,00 (três mil e seiscentos reais) mensais, pelo período de 10 (dez) meses, iniciando-se em março e exaurindo-se em dezembro de 2015, perfazendo um total de R\$ 36.000,00 (trinta e seis mil reais).

Registre-se, por derradeiro, que a presente inexigibilidade tem esteio no disposto do caput do artigo 25, da Lei Federal nº 8.666/93 com as alterações introduzidas pela Lei nº 8.883/94, balizada pela **inviabilidade de competição** e fartamente justificada pelas características da prestação dos serviços pretendidos pela Administração. São os termos, *smj*.

Tucumã – PA, 27 de fevereiro de 2015.

JACKSON PIRES CASTRO

Procurador Geral do Município
OAB/DF n.º 20.764

⁸MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Apud. Carlos Maximiliano. *Curso Direito Administrativo*, 22^a Ed. 2^a tiragem. São Paulo: MALHEIROS EDITORES LTDA, 2008, pág. 538.