Sinimbu, 6 de novembro de 2023.

Parecer: 09/2023 – Licitação Inexigibilidade.
Referência: Pedido de Inexigibilidade de licitação da Secretaria Da Saúde.

Vem a esta Assessoria Jurídica, pedido de parecer quanto a possibilidade de valer-se do formato de inexigibilidade de licitação, visando a contratação de empresa para "abrigamento/acolhimento institucional".

De partida convém frisar que, o parecer, a análise técnico jurídica é vinculada à atividade prevista legalmente da função da advocacia, Lei Federal n. 8.906/94, devendo ser observada a isenção do profissional e o seu caráter opinativo (Art. 2o, § 3o da Lei referida).

A Secretaria, por seus representantes, afirma que, necessita contratar com a entidade Gideões, informando a existência de decisão judicial. Neste sentido, A procuradoria do Município confirmou a existência de ordem judicial, no caso junto ao processo PEDIDO DE MEDIDA DE PROTEÇÃO Nº 5016702-90.2023.8.21.0026/RS, onde verifica-se a ordem de acolhimento duas crianças no "Centro Social Gideões".

Cabe frisar que tais processos narrados não estão em anexo, devem estar na posse da Secretaria solicitante, o que até é conveniente, a fim de que, dados tão sensíveis (que tratam de menores de idade) não transitem entre as pastas e prédios, questão de prudência com o sigilo de informação de relevância e sensibilidade. A procuradoria repassou apenas o despacho judicial.

Ainda, apresentou a Secretaria, a informação de que, o encargo e ônus de contratar o acolhimento é de competência do Município de Sinimbu.

O dispositivo invocado no pedido art. 25 da lei de licitações, possui a seguinte redação:

> Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

Então o ponto central da discussão toca ao núcleo do dispositivo, no caso verificar, com certeza e justificativa, se a associação realmente é a única em condições de prestar o serviço, e na forma que a administração pública almeja. Por sua vez, a Secretaria solicitante, informa que apenas uma empresa estaria apta no mercado a fornecer tal objeto.

Neste sentido, o ponto de dúvida é saber é se de fato há ausência absoluta de pluralidade no mercado, quanto à solução almejada, ou seja, se não há alternativa disponível, suficiente a justificar a inviabilidade de competição.

Neste sentido, cabe citar sobre a inviabilidade de competição, as informações trazidas por Marçal Justen Filho[1], conforme citação na informação 551/2022 da DPM, em anexo:

> 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 cotejadas. (...) a inviabilidade de competição ocorre em casos em que a necessidade estatal apresenta peculiaridades que escapam aos padrões de normalidade. (...) Se existe apenas um único produto em condições de atender à necessidade estatal, não há sentido em realizar a licitação. Seria um desperdício de tempo realizar a licitação. (...) A decisão de contratar tem de ser antecedida de verificações acerca das diferentes soluções técnico-científicas disponíveis para atender ao interesse sob tutela estatal. Essa atividade administrativa prévia deverá conduzir à seleção de uma das alternativas como a melhor. A melhor alternativa deve ser avaliada não apenas sob o enfoque de critérios técnicos, mas também econômicos. Deve estabelecerse uma relação entre os benefícios qualitativos que serão obtidos e

[1] JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 18ª edição.

> possíveis encargos financeiros com que o Estado arcará. Nada impede que a melhor solução técnica seja afastada em face de limitações orçamentárias. (...) Ou seja, o dever de considerar vantagens e encargos existe mesmo na fase interna da atividadeadministrativa, quando a Administração cogita de escolher dentre diversas alternativas para satisfazer suas necessidades. (...) Ressalte-se que a inviabilidade de competição apenas ocorre quando existir um único sujeito em condições de fornecer. Não basta haver uma patente de invenção, por exemplo, para produzir a inviabilidade de competição. É que se admite a possibilidade de outorga a terceiros da faculdade de valer-se dos direitos derivados da patente. Nada impede que um certo objeto, embora derivado de uma patente, seja produzido por diferentes fabricantes. A existência de diferentes fornecedores estará caracterizada, então, o que gerará a possibilidade de competição entre eles.

Assim, caso a Secretaria de Saúde, tenha a certeza e fundamente inclusive de forma documental, que apenas determinada empresa, poderia prestar o serviço objeto do pedido interno, por uma série de fatores, ao nosso sentir, e *SMJ.*, é possível a aplicação do *caput* do art. 25 da lei 8.666/93, observando este parecer. Frisa-se a necessidade de configuração clara da ausência de competição, e sua comprovação documental, posto que a regra da lei licitações e da Constituição é a certame público.

Para fins de avaliar tal questão, é fundamental que a Pasta antes da tomada de decisão tenha realizado as verificações se não existe outra instituição na região que possa acolher os menores, se há ordem judicial determinando o acolhimento naquela instituição, se não há a possibilidade de acolhimento fora da região, enfim a certeza de que o acolhimento e por decorrência a contratação deve ocorrer neste local.

Não havendo esta certeza, não se aplica a logica do art. 25 da lei 8.666/93, e o caminho será a via da licitação.

Revista dos Tribunais: São Paulo, 2019, pgs. 595/602.

De qualquer forma, caso a decisão seja de contratar por via da inexigibilidade de licitação, há ressaltar ainda, a questão do preço do serviço, ou seja, de que o preço contratado seja compatível com a lógica do mercado, visando garantir a economicidade, inclusive verificando se a empresa pratica preços semelhantes a órgãos públicos.

Em arremate, caso a avaliação e decisão seja pelo afastamento do processo licitatório, tal procedimento não exime a administração de proceder nos demais atos previstos na lei de licitações, e em especial quanto as ações do art. 26, a documentação mínima necessária para a contratação previstos nos artigos 27 e seguintes da lei 8666/93.

Ressalto, o entendimento de que, uma vez fluindo o pedido interno para fins de firmar o contrato, em todas as fases, os documentos que informem o nome do(s) menor(es), ou qualquer dado da família que leve ao conhecimento público de questão sobre sigilo de justiça, não deve ser dada publicidade, a exceção aos órgãos de controle e judiciário. É a opinião.

Nestes termos é o parecer/opinião, *S.M.J.*, a superior instância para decisão.

Na oportunidade, reiterarmos protestos de elevada consideração.

Fernando Pritsch Winck
OAB/RS 63.361