

PARECER JURÍDICO

Interessada: Comissão de Licitação.

Ref.: Processo Licitatório n.º 00011.20240222/0001-22

Assunto: Inexigibilidade

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 74, I DA LEI 14.133/21. AQUISIÇÃO DE LIVROS E MATERIAIS DIDÁTICOS. POSSIBILIDADE.

RELATÓRIO

Trata-se de pedido encaminhado a esta Assessoria Jurídica para fins de manifestação quanto à viabilidade da contratação da empresa, **PAE EDITORA E DISTRIBUIDORA DE LIVROS LTDA.**, para fornecimento de **LIVROS E MATERIAIS DIDÁTICOS DESTINADOS À CRIANÇAS DEVIDAMENTE MATRICULADAS NA REDE MUNICIPAL DE ENSINO**, visando atender as necessidades da SEMED – Secretaria de Educação, através de contratação direta por inexigibilidade de licitação, fundamentada, no art. 74, inciso I da Lei Federal nº 14.133/21.

O pedido foi encaminhado através da Comissão de Contratação da Prefeitura Municipal Ipixuna do Pará.

Os autos vieram instruídos com os seguintes documentos:

- a)** DFD – Documento de Formalização de Demanda, em que o respectivo órgão solicita a aquisição de livros e materiais didáticos;
- b)** Projeto Brinquedoteca e Parecer Pedagógico da Secretaria Municipal de Educação – SEMED;
- c)** ETP – Estudo Técnico Preliminar, em que a Comissão de Planejamento,

conclui pela viabilidade da contratação.

- d) Termo de Referência;
- e) Proposta financeira da referida empresa;
- f) Cotação de Preço;
- g) Despacho informando a existência de dotação orçamentária para contratação;
- h) Declaração de Adequação Orçamentária e Financeira do Ordenador;
- i) Termo de Autuação do Processo Licitatório.
- j) Documentos relativos à habilitação jurídica, regularidade fiscal, trabalhista, qualificação técnica e qualificação econômica e financeira;
- k) Minuta do contrato.

Posteriormente, os autos vieram a esta Assessoria Jurídica Municipal por forma do art. 53, § 1º da lei 14.133/21.

É o breve relatório.

ANÁLISE JURÍDICA

O presente parecer está adstrito aos aspectos legais envolvidos no procedimento trazido a exame, bem como se é caso de inexigibilidade de licitação, mas esta assessoria jurídica não adentrará em aspectos técnicos e econômicos, bem como ao juízo de conveniência e oportunidade na contratação pretendida.

Pretende-se, no caso em apreço, contratar empresa especializada em fornecimento de livros e materiais didáticos, por ser distribuidor/fornecedor exclusivo, visando atender as necessidades da Secretaria Municipal de Educação – SEMED.

Assim, mediante a impossibilidade de submeter à competição que afasta o dever geral de licitar, insculpido no art. 37, XXI da Carta Política de 1988. Justificando-se a contratação frente à necessidade, voltada para o direito administrativo, dada a necessidade de formação adequada nos alunos da rede municipal de ensino, por meio do projeto Brinquedoteca: “Brincando, musicalizando, e escutando as linguagens dos livros e brinquedos”.

Essa impossibilidade sempre decorre do objeto, seja porque único, como nos casos de produto exclusivo, seja porque, mesmo não sendo exclusivo, se mostra inconciliável com a ideia de comparação objetiva de propostas.

A espécie normativa que, atualmente, disciplina a Licitação é a Lei Federal nº14.133/21. Esta veio regulamentar o artigo 37, XXI da Constituição Federal de 1988, haja vista a referida norma não ser de eficácia plena, mas sim de eficácia limitada que, em outros dizeres, significa a necessidade de lei posterior vir regulamentar seu conteúdo para que gere efeitos no mundo jurídico.

No que paira a discussão, cumpre salientar o que trata o artigo 37, XXI da CF/88, in verbis:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

Percebe-se, portanto, que o dever de licitar possui viés constitucional. Esta obrigação significa não apenas aceitar o caráter compulsório da licitação em geral, mas também respeitar a modalidade já definida para a espécie de contratação a ser buscada.

Acontece que a própria Constituição da República, como sobredito, delega às legislações infraconstitucionais o possível modo de operar, dentre eles as hipóteses em que as contratações da Administração Pública não serão precedidas de processos licitatórios, o que não dispensa um processo administrativo, ressalta-se.

Essas exceções normativas **denominam-se dispensa e inexigibilidade de licitação**, limitadas aos casos definidos nos arts. 75 e 74 da Lei Federal nº 14.133/21, respectivamente.

Dentro do cenário fático é relevante enfatizar que a **inexigibilidade de licitação** é utilizada em casos que houver inviabilidade de competição, tratando-se de ato vinculado em que a administração não tem outra escolha, senão contratar, ocasião que a lei de licitações estabeleceu hipóteses legais em rol exemplificativo, como podemos observar na letra da lei, ao estabelecer o termo: “em especial”, com posterior apresentação de três hipóteses.

Passando ao estudo da fundamentação legal da inexigibilidade de licitação, prevista no artigo 74 da lei de licitações, nos deparamos com a seguinte determinação:

“Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:

I - aquisição de materiais, de equipamentos ou de gêneros ou contratação de serviços que **só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comerciais exclusivos.**”

Sobre o tema Jorge Ulisses Jacoby Fernandes leciona que:

“... A inexigibilidade é salientada pela doutrina pátria para assegurar que se trata de elenco exemplificativo, firmando a assertiva de que os casos registrados não são únicos. Há, porém, outra consequência

decorrente do uso de tal expressão, nem sempre alcançada pelos estudiosos do tema: ao impor taxativamente a inviabilidade, associando-a ao termo inexigibilidade, a lei estabeleceu característica essencial e inafastável do instituto da inexigibilidade. Assim, mesmo quando se caracterizar um dos casos tratados nos incisos, se for viável a competição, a licitação é exigível, porque não foi preenchido o requisito fundamental descrito no caput do art. 74. Todavia, o contrário poderá ocorrer, isto é, apresentar-se hipótese em que é inviável a competição; mas o caso descrito não se enquadra em nenhuma das situações estabelecidas nos incisos. Nessas hipóteses o fundamento legal será o próprio caput do art. 74 da lei 14.133/21..."

Assim sendo, deve-se observar critérios que justifiquem a contratação, como a definição clara e precisa do objeto, a existência da necessidade administrativa da contratação, indicação do pretendido contratado e justificativa técnica de sua escolha, e, por fim, a especificação das condições e prazos, inclusive de entrega do objeto da aquisição e do pagamento.

No caso em tela, verifica-se a necessidade de aquisição de um bem específico, qual seja, **livros e materiais didáticos inseridos no brinquedoteca - brincando, musicalizando, e escutando as linguagens dos livros e brinquedos - material pedagógico sui generis, refletindo a falta de pluralidade de alternativas ou ofertas, conforme corrobora a DECLARAÇÃO DE EXCLUSIVIDADE expedida pela CBL - Câmara Brasileira de Livros, indicando que a Editora PAE, possui aptidão de forma exclusiva em fornecer o objeto solicitado pela Secretaria Municipal de Educação.**

Neste diapasão, o **Tribunal de Contas da União - TCU**, manifestou-se no Acórdão nº. 3.290/2011, Plenário TC-030. 180/2010-4, tendo como relator o Ministro José Jorge, em matéria semelhante ao presente processo, senão vejamos:

“É lícita a aquisição direta de livros, por inexigibilidade de licitação, quando feita junto a editoras que possuam contratos de exclusividade com os autores para editoração e comercialização das obras, o que, porém, não isenta o gestor de justificar os preços contratados. Representação apontou como irregular a contratação direta de editora para a aquisição de livros didáticos e paradidáticos para 300 escolas de ensino médio, no valor de R\$ 2.516.225,00, efetuada pela Secretaria Estadual de Educação do Pará – Seduc/PA, com recursos oriundos do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE. O relator ressaltou inicialmente que havia concedido medida cautelar, a qual foi endossada pelo Plenário, vedando novas aquisições diretas de livros, por falta de observância do disposto no comando contido no art. 25, inciso I, da Lei n. 8.666/1993. Ao abordar essa questão, observou que o Tribunal deparou-se, em outras ocasiões, com casos concretos semelhantes ao que ora se examina. Registrou que **“esta Casa tem admitido a aquisição direta de livros, por inexigibilidade de licitação, quando feita diretamente às editoras, por essas possuírem contratos de exclusividade, com os autores, para a editoração e a comercialização das obras (Decisão nº 1.500/2002- P, Acórdão nº 1.299/2003-1ªC, Acórdão nº 1.889/2007-P, Acórdão nº 835/2009-P, Acórdão nº 6.803/2010-2ªC e Acórdão nº 950/2011-P); ou quando reconhecida a condição de comerciante exclusivo de uma empresa (distribuidora ou livraria), outorgada pela editora (Acórdão 320/2005-1ªC)”**. Tal orientação, consignou, resulta fundamentalmente

da inviabilidade de competição, por impossibilidade de efetuar o confronto de ofertas. E prosseguiu: “Há que se verificar se, na contratação feita pela Seduc/PA, por inexigibilidade de licitação, ficou caracterizada a exclusividade de fornecimento e, portanto, a inviabilidade de competição, respaldada em atestado de exclusividade, em acordo com o preconizado no art. 25, inciso I, da Lei nº 8.666/93...”. **O relator, com esse intuito, considerou declaração da Câmara Brasileira do Livro - CBL, que atesta a “exclusividade da edição, publicação, distribuição e comercialização, em todo o território nacional, das referidas obras”,** assim como a declaração de que a editora contratada é representante exclusiva, no estado do Pará, da editora que detém os direitos para distribuição de seis dos títulos que foram adquiridos. Foram também trazidos aos autos cópias dos contratos firmados entre os autores e as editoras, que demonstram a exclusividade de edição e comercialização. Por esses motivos, o relator, divergindo do entendimento de que seria indevida a referida inexigibilidade, considerou **“estar comprovada a exclusividade da editora contratada na editoração e comercialização das obras adquiridas, sendo regular, a meu ver, sua contratação direta pela Seduc/PA”**. Acrescentou, a propósito, que “normativo federal (IN/MARE nº 02/98) permite a contratação direta de editoras, por inexigibilidade, para a compra de livros e periódicos”. Apesar disso, vislumbrou indícios de sobrepreço nas aquisições efetuadas. Isso por que não teria sido observada condição imposta pela IN/MARE 02/1998 de fornecimento de desconto mínimo de 20% sobre o

preço de capa. Ressaltou que “a referida inexigibilidade não é suficiente para dispensar o gestor da justificativa para os preços contratados, a teor do que determina o art. 26, inciso III, da lei de licitações”. Por esses motivos, ao acolher proposta formulada pelo relator, o Plenário decidiu considerar improcedente a representação. Não obstante, determinou ao FNDE que “considere, quando da análise da prestação de contas dos recursos repassados à Secretaria Estadual de Educação do Pará – Seduc/PA, no âmbito do Programa Especial de Fortalecimento do Ensino Médio, os indícios de sobrepreço apontados no presente processo, referentes à contratação das editoras (...) e, caso sejam detectados que os potenciais prejuízos tenham se concretizado, instaure a competente Tomada de contas especial”. Precedente mencionados: Acórdãos nºs 6.803/2010 e 1.163/2011, ambos da Segunda Câmara. Acórdão n.º 3.290/2011-Plenário, TC-030.180/2010-4, rel. Min. José Jorge, 7.12.2011.” – Destaquei.

Ressalte-se que não se trata de preferência por marca, já que demonstrada a inviabilidade de competição. Nesse sentido, destaca o festejado doutrinador Marçal Justen Filho:

“A vedação à preferência por uma marca deve ser interpretada em termos. A opção por determinada marca poderia suprimir, de modo injustificado, a viabilidade de competição. Assim, se produtos de origem (e marca) distintas puderem satisfazer ao interesse público, a Administração deverá promover a licitação entre os produtores, empresas ou representantes comerciais exclusivos. **Mas é válida a opção por produtos de determinada marca quando**

existir fundamento para tanto.” – Destaquei. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1994, p. 170 e 172.)

Também, nos termos do parágrafo único do artigo 72, da Lei nº. 14.133/21, a publicação resumida do instrumento de contrato no prazo da Lei é condição indispensável para a sua eficácia.

Diante do todo já analisado, verificadas as determinações legais concernentes ao procedimento, esta assessoria jurídica entende ser caso de se proceder à inexigibilidade de licitação, com obediência ao apregoado no art. 72, da lei 14.133/21.

É salutar delinear que a Comissão de Contratação deverá observar as formalidades do parágrafo único do art. 72 da lei citada, e ainda deverá proceder as comunicações necessárias para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo legal, como condição para a eficácia dos atos.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, o fundamento usado para contratar tem previsão legal no art. 74, inciso I, da Lei de Licitações, em conformidade com a doutrina citada, que apresenta detalhamento dos requisitos necessários à contratação, esta Assessoria Jurídica **OPINA** pela legalidade da contratação direta de **PAE EDITORA E DISTRIBUIDORA DE LIVROS LTDA., para fornecimento de LIVROS E MATERIAIS DIDÁTICOS, objetivando a execução do projeto BRINQUEDOTECA – brincando, musicalizando, escutando as linguagens dos livros e brinquedos**, mediante procedimento de inexigibilidade de licitação, com observância do rito previsto no art. 72 do mesmo diploma legal, inclusive realizando as publicações de praxe na imprensa oficial para eficácia do ato.

Registra-se, por fim, que a análise consignada neste parecer foi feita sob o prisma estritamente jurídico-formal observadas na instrução processual e na contratual, não adentrando, portanto, na análise da conveniência e oportunidade dos



ESTADO DO PARÁ
PREFEITURA MUNICIPAL DE IPIXUNA DO PARÁ
CNPJ Nº. 83.286.011/0001-84
ASSESSORIA JURÍDICA - ASSEJUR



atos praticados, nem em aspectos de natureza eminentemente técnico pertinentes, preços ou aqueles de ordem financeira ou orçamentária, cuja exatidão deverá ser verificada pelos setores responsáveis e autoridade competente do Município.

É o parecer;

S. M. J.

Ipixuna do Pará, 26 de março de 2024.

AUGUSTO CÉSAR DE SOUZA BORGES
ASSESSORIA JURÍDICA
OAB/PA 13.650