



Fis.º 112
Proc nº 032/2023
Pública

ASSUNTO: Inexigibilidade de licitação – Contratação de empresa especializada no fornecimento de livros com acesso à plataforma digital, para atendimentos dos alunos do Ensino Fundamental para o ano letivo de 2023.

INTERESSADO: SECRETARIA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO

PARECER JURÍDICO 07/2023 – ASSEJUR-ICATU/MA

I – RELATÓRIO:

O presente parecer jurídico opina no tocante à realização de processo licitatório para contratação de empresa especializada no fornecimento de livros com acesso à plataforma digital, para atendimento dos alunos do Ensino Fundamental para o ano letivo de 2023, através da Secretaria Municipal de Educação, por meio de contratação direta, mediante Inexigibilidade de Licitação, amparada no inciso I do artigo 25 da Lei 8.666/93.

II – ANÁLISE JURÍDICA

A licitação é procedimento obrigatório para a Administração Pública, consoante preceitua o art. 37. Inciso XXI, Constituição Federal/88, ressalvados os casos em que a Administração pode ou deve deixar de realizar licitação, tornando-se dispensada, dispensável e inexigível, senão vejamos:

“Art. 37. (Omissis)

(...)

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



Fis.º 113
Proc. nº 032/2023
Rubrica

lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômicas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Segundo o regramento constitucional, a obrigação da realização de licitação como regra decorre principalmente de 02 (dois) aspectos basilares, quais sejam: (I) O asseguramento da igualdade de oportunidades entre os interessados na contratação com o Poder Público, dando-se efetividade aos princípios da impessoalidade e da moralidade; e (II) A necessidade do Poder Público contratar a proposta de preços mais vantajosa, considerando o interesse público primário.

Assim sendo, cabe destacar que a Administração Pública Municipal aduz que a obtenção dos livros com acesso à plataforma digital é de grande necessidade, uma vez que a língua inglesa se tornou indispensável no ensino e se torna imprescindível para uma boa qualificação profissional, bem como tornou-se um diferencial fundamental no mundo tecnológico.

No vertente caso, o interesse público pela aquisição dos livros digitais junto à empresa BELVEDERE CURSOS DE IDIOMAS, denota situação de inviabilidade de competição, por se tratar de fornecedor exclusivo, condição atestada por certidão emitida pela CÂMARA BRASILEIRA DO LIVRO (AGÊNCIA BRASILEIRA ISBN), doc anexo.

Excetuando-se a regra geral (dever de licitar), alguns casos pontuais, tratados pela legislação infraconstitucional, possibilitam a realização de contratação direta, justamente pela impossibilidade de realização de certame licitatório para definir uma contratação marcada por critérios que só podem ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo algo que não pode ser aferido mediante critérios comuns de avaliação no mercado profissional e tecnológico.

Por conta disso, tem o gestor público, desde que cumpridos determinados requisitos de ordem legal, discricionariedade (margem de escolha) para o atendimento de interesse público por meio de contratação direta, conforme conveniência e oportunidade devidamente instruída em processo administrativo.

Nesse ponto, é importante destacar o que impõe a previsão legal quanto à inexigibilidade de licitação, prevista no art. 25 da Lei nº 8.666/93, in verbis:

KB



Fis.º 114
Proc. nº 032/2023
Rubrica [assinatura]

“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; (destacamos)

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no artigo 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória 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.

Sobre o tema da Inexigibilidade da licitação, trazemos à baila às lições de Marçal Justen Filho:

“Tratando-se de instituto complexo como se passa com a inexigibilidade, sua extensão dificilmente poderia ser estabelecida de modo meramente teórico. Dá-se um exemplo bastante esclarecedor. Se não existissem os três incisos do art. 25, muitos seriam tentados a restringir a inexigibilidade apenas aos casos de ausência de pluralidade de alternativas. A existência do dispositivo do inc. III evidencia que o conceito de inviabilidade de competição tem de ser interpretado amplamente, inclusive para abranger os casos de impossibilidade de julgamento objetivo. Em outras palavras, a análise dos incisos do art. 25 permite identificar o conceito de inviabilidade de competição consagrado no caput do dispositivo.”

Cabe ainda citar os ensinamentos de Diógene Gasparini, *in verbis*:



Fis.º 115
Proc.º 032/2023
Rubrica

Inexigível é o que não pode ser exigido, asseguram os dicionaristas. Inexigibilidade, a seu turno, é a circunstância do que não pode ser exigido. Desse modo, a inexigibilidade da licitação é circunstância de fato ou de direito encontrada no bem que se deseja adquirir, na pessoa que se quer contratar ou com que se quer contratar, que impede o certame, a concorrência...” (In, Direito Administrativo, 4 a ed. Saraiva, SP. 1995, p. 429).

Assim sendo, a licitação pretendida pela Secretaria de Educação se enquadra perfeitamente na hipótese elencada no artigo 25, I da Lei 8.666/93, pois se pretende adquirir livros com acesso à plataforma digital completo composto por material didático, videoaulas, apostilas, podcasts, auxílio fonoaudiológico, aprendizado com a participação da família, capacitação dos professores e plataforma interativa, que possui os melhores requisitos pedagógicos necessários ao alcance do que é estabelecido na conjuntura político pedagógico da Educação Fundamental. A razão da escolha da empresa BELVEDERE CURSOS DE IDIOMAS se dá em razão da exclusividade de fornecedor, atestado por órgão de registro.

Cabe destacar, que o poder discricionário atribuído à Administração Pública para contratar – por inexigibilidade de licitação – quando o objeto em questão não puder ser obtido por meio de competitividade licitatória mediante previsão legal – confere ao gestor público a possibilidade de contratação direta para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que possam ser fornecidos por produtor, empresa, ou representante comercial exclusivo.

Assim sendo, a partir da análise sistemática da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, nota-se a possibilidade de realização de contratação direta via inexigibilidade de licitação, tendo em vista, que a empresa BELVEDERE CURSOS DE IDIOMAS é fornecedora e produtora de obras relacionadas ao ensino da língua inglesa (documento anexo).

2.1 DOS REQUISITOS FÁTICOS E LEGAIS:

I - PROCEDIMENTO DE INEXIBILIDADE DE LICITAÇÃO – FORNECEDOR EXCLUSIVO.

A Administração pública justificou a contratação direta amparada no inciso



Fisº 116
Proc nº 032/2023
Pública

I do artigo 25 da lei 8.666/93, afirmando em síntese, que a empresa é fornecedora exclusiva de livros com acesso à plataforma digital, assim, entende-se que não poderia ser deflagrado o procedimento licitatório, pois se apenas uma empresa fabrica/produz o produto, por certo, que não há que se falar em competição para escolha do fornecedor, pois a própria situação fática o impede.

Acerca da inviabilidade de competição como fundamento para o afastamento da licitação, Marçal Justen Filho¹ ensina o seguinte:

“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. As causas de inviabilidade de licitação podem ser agrupadas em dois grandes grupos, tendo por critério a sua natureza. Há uma primeira hipótese que envolve a inviabilidade de competição derivadas de circunstâncias atinentes ao sujeito a ser contratado. A segunda hipótese abrange os casos de inviabilidade de competição relacionada com a natureza do objeto a ser contratado. Na primeira categoria encontram-se os casos de inviabilidade de competição por 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 a ser contratado. Na segunda categoria podem existir diversos sujeitos desempenhando a atividade que satisfaz a necessidade estatal. 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.”

Em suma, a Administração Pública em consonância com o princípio da supremacia do interesse público justificou a realização da contratação direta, dentro das necessidades administrativas relacionadas à melhor qualidade da Educação dos seus munícipes, e em estrita observância ao que disciplina o artigo 5º, IV da Lei

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 13 ed. Dialética. São Paulo: 2009. p. 346



Fls.º 114
Proc. nº 032/2023
Publica

9.784/1999.²

Cabe analisar se há comprovação de exclusividade do fornecedor, como se sabe, a comprovação da exclusividade deve ser atestada pelo órgão do registro local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou ainda pelas entidades equivalentes. (parte final do inciso I do artigo 25 da Lei 8.666/93).

No presente caso, fora juntado aos autos o “**declaração de exclusividade**” emitido pela **Câmara Brasileira do Livro (Agência Brasileira do ISBN)**, atestando que a empresa **BELVEDERE CURSOS DE IDIOMAS**, está **exclusivamente autorizada a distribuir e comercializar livros digitais mencionados no documento anexo.**

Destaca-se que cabe ao agente público responsável pela contratação, averiguar a veracidade da declaração de exclusividade, a teor do que dispõe a Súmula 255 do Tribunal de Contas da União.

Nas contratações em que o objeto só possa ser fornecido por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, é dever do agente público responsável pela contratação a adoção das providências necessárias para confirmar a veracidade da documentação comprobatória da condição de exclusividade.

Por fim, estando o processo administrativo de inexigibilidade adstrito aos requisitos legais, e em consonância com o princípio da legalidade, razoabilidade, proporcionalidade e supremacia do interesse público nada obsta que possa ser realizado pela Administração Pública Municipal.

Nesse sentido, decisão do Tribunal de Contas Estadual.

EMENTA - PROCEDIMENTO DE
INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO AQUISIÇÃO DE MATERIAL
DE DIDÁTICO LIVROS COLETÂNEA
FORNECEDOR EXCLUSIVO CONTRATO ADMINISTRATIVO

² Art. 5º O processo administrativo pode iniciar-se de ofício ou a pedido de interessado. IV - formulação do pedido, com exposição dos fatos e de seus fundamentos;

KB



Fis.º 118
Proc. nº 072/2019
Fabrica [assinatura]

FORMALIZAÇÃO CLÁUSULAS NECESSÁRIAS EXECUÇÃO FINANCEIRA EMPENHO, LIQUIDAÇÃO E DESPESA CONSONÂNCIA DE VALORES REGULARIDADE. É lícita a aquisição direta de livros e materiais didáticos, por procedimento de inexigibilidade de licitação, comprovada a exclusividade do fornecedor contratado, em relação ao objeto específico, cuja publicação, distribuição e comercialização são reservadas, devidamente justificada a escolha e preço, e cumpridos os requisitos legais vigentes. A formalização do contrato administrativo é declarada regular, verificado o cumprimento das normas legais e regulamentares, contendo as cláusulas necessárias exigidas por lei, assim como a execução financeira que apresenta consonância entre os valores dos estágios da despesa: empenho, liquidação e despesa. ACÓRDÃO: Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 26ª Sessão Ordinária da Primeira Câmara, de 08 de outubro de 2019, ACORDAM os Senhores Conselheiros, por unanimidade, nos termos do voto do Relator, em declarar a regularidade do procedimento de Inexigibilidade de Licitação n.4/2016, da formalização do Contrato Administrativo n. 99/2016 e de sua execução financeira, celebrado entre o Município de Dourados e a Editora bpex Ltda. Campo Grande, 08 de outubro de 2019. Conselheiro Flávio Kayatt Relator (TCE-MS - INEXIGIBILIDADE / DISPENSA ADMINISTRATIVO: 153032016 MS 1691668, Relator: FLÁVIO KAYATT, Data de Publicação: Diário Oficial do TCE-MS n. 2253, de 28/10/2019.

Por todo o exposto, de acordo com a conveniência e oportunidade e supremacia do Interesse público, é possível que a Administração Pública realize a contratação direta nos termos do inciso I do artigo 25 da Lei 8.666/93.

II – DA JUSTIFICATIVA DO PREÇO:

Comprovada a inviabilidade de realização do procedimento licitatório, a Administração Pública deverá justificar o preço da contratação pretendida, que deve ser realizada mediante a comparação da proposta apresentada com preços praticados pela contratada junto à órgãos públicos, e ou pessoas jurídicas privadas, nos termos da Orientação Normativa de nº 17 da Advocacia Geral da União:

"A RAZOABILIDADE DO VALOR DAS CONTRATAÇÕES DECORRENTES DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PODERÁ SER AFERIDA POR MEIO DA COMPARAÇÃO DA PROPOSTA APRESENTADA COM OS PREÇOS PRATICADOS PELA FUTURA CONTRATADA JUNTO A

[assinatura]



Fis.º 119
Proc. nº 032/2023
Pública

OUTROS ENTES PÚBLICOS E/OU PRIVADOS, OU OUTROS MEIOS IGUALMENTE IDÔNEOS."

Compulsando os autos, observa-se farta documentação que comprovam que o valor a ser pago está compatível com os valores pagos por outros órgãos públicos.

III - Da Minuta do Contrato:

A regulamentação dos contratos administrativos encontra-se prevista no artigo 54 e seguintes da Lei n.º 8.666/93, tendo o art. 55, da referida norma, previsto quais são as cláusulas que necessariamente deverão estar consignadas nos chamados contratos administrativos, sendo as seguintes:

- 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;*
 - 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.*
- § 1º (VETADO).
- § 2º Nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que



Fis.º 120
Proc nº 032/2023
Rubrica

declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 6º do art. 32 desta Lei.”

Na minuta do contrato em epígrafe, se fazem presentes todas as cláusulas exigidas pela legislação.

III - CONCLUSÃO

Isto posto, abstenho-nos da apreciação dos aspectos inerentes à conveniência e oportunidade mencionados acima, nos termos do artigo 38 da Lei 8.666/93, opina-se favoravelmente pela contratação direta, nos termos do inciso I do artigo 25 da Lei 8.666/93.

Outrossim, a presente análise fica restrita aos aspectos jurídico-formais, não se compreendendo aos aspectos técnicos e de qualidade e quantidade inerentes ao produto a ser adquirido, e nem a aspectos relativos a conveniência e oportunidade da Administração Pública.

É o parecer s.m.j

Icatu/MA, 13 de janeiro de 2023

KACIARA BALDÉS MORAES
(Assessora Jurídica)
OAB/MA 10.270