



PARECER JURÍDICO Nº 26/2023 – SEMED/AJUR

Processo n.º: Inexigibilidade n.º 005/2023

Interessado: Secretaria Municipal de Educação, Cultura e Desporto.

EMENTA ADMINISTRATIVO. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. AQUISIÇÃO DE . INTELIGÊNCIA DOS ART. 25, I, II, DA LEI N.º 8.666/93. ANÁLISE JURÍDICA PRÉVIA. VERIFICAÇÃO DOS CRITÉRIOS. POSSIBILIDADE E LEGALIDADE.

I- RELATÓRIO

Trata-se de pedido de parecer jurídico quanto à legalidade da contratação por inexigibilidade de licitação para Aquisição direta de materiais didáticos que integram o sistema de ensino Aprende Brasil, da Editoria Posigraf LTDA, composto por livros didáticos, acesso ao Portal Aprende Brasil, acompanhamento e assessoramento pedagógico, sistema de gestão das informações educacionais e avaliação externa do processo de aprendizagem, por intermédio do Contrato Administrativo, com inexigibilidade de licitação, nos termos dos artigos 25, I e II, da Lei n.º 8.666/93.

O público alvo é o corpo discente e docente do nível fundamental de ensino para as turmas de 3º, 4º e 5º anos do Município de Belterra/PA.

É o relatório, passo a manifestação.

II- FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

Inicialmente, é importante que se analise a possibilidade de utilização da inexigibilidade de licitação para a contratação do objeto ora mencionado, tendo em vista que encontra-se circunstancia nos autos os elementos para prosseguimento neste sentido.

Sabe-se que, em regra, as contratações públicas devem ser precedidas da realização de certame licitatório, cumprindo ao administrador a escolha da avença que seja mais vantajosa ao interesse público, sem menosprezar o princípio da impessoalidade que regula a participação dos licitantes, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição da República de 1988 e da Lei n.º 8.666/1993.



Prefeitura Municipal de Belterra
Secretaria Municipal de Educação, Cultura e Desporto.
Assessoria Jurídica

Neste sentido, leciona o eminente professor Celso Antônio Bandeira de Mello, onde afirma que a licitação visa *“proporcionar às entidades governamentais a possibilidade de realizarem o negócio mais vantajoso e assegurar aos administrados ensejos de disputarem a participação nos negócios que as pessoas administrativas entendem de realizar com os particulares.”*

Em que pese seja em caráter excepcional, diante de situações de inviabilidade de competição, a própria lei estabelece hipóteses de inexigibilidade de licitação, conforme previsto no art. 25 da Lei nº 8.666/93, autorizando à Administração a realizar contratação direto. Sem licitação.

Vejamos o que dispõe o dispositivo legal ao norte aludido, in verbis:

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;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 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.

§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

§ 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

Assim, conforme disposto no caput do art. 25 da Lei nº 8.666/93, a característica primordial à configuração da inexigibilidade de licitação é a inviabilidade de competição. No entanto, conforme ensinamento de Marçal Justen Filho: [...] a inviabilidade de competição é uma consequência, que pode ser produzida por



diferentes causas, as quais consistem nas diversas hipóteses de ausência de pressupostos necessários à licitação.

O mesmo autor expõe ainda que: [...] As causas de inviabilidade de competição podem ser reunidas em dois grandes grupos, tendo por critério a sua natureza. Há uma primeira espécie que envolve inviabilidade de competição derivada de circunstâncias atinentes ao sujeito a ser contratado. A segunda espécie abrange os casos de inviabilidade de competição relacionada com a natureza do objeto a ser contratado.

Com efeito, a própria Lei nº 8.666/93 encarregou-se de exemplificar, nos incisos I, II e III do art. 25, hipóteses de inexigibilidade de licitação considerando-se a natureza do sujeito e/ou do objeto a ser contratado. Marçal Justen Filho classifica ainda os incisos I, II, e III do art. 25 da Lei nº 8.666/93, respectivamente, nas seguintes modalidades: “ausência de pluralidade de soluções”; “serviços não avaliáveis objetivamente”; e, “profissional do setor artístico”. Assim, segundo a doutrina, no inciso I do art. 25 da Lei nº 8.666/93 são enquadradas as hipóteses de inviabilidade de competição em razão da ausência de pluralidade de alternativas para a contratação. Ressalta-se que esta condição não se confunde com ausência de pluralidade de ofertas no mercado. A questão envolve a decisão administrativa, devidamente fundamentada, acerca da escolha de determina alternativa (dentre outras alternativas existentes ou não no mercado) que melhor atenda o interesse público sob tutela estatal, cujo resultado poderá redundar numa inviabilidade de competição. Dito isso, a hipótese mais evidente para se enquadrar no inciso I do art. 25 da Lei nº 8.666/93 seria a situação em que existe uma única alternativa e um único particular em condições de ser contratado, ou seja, a ausência absoluta de pluralidade de alternativas para a contratação. No entanto, existem outras situações que podem redundar na ausência de pluralidade de alternativas para a contratação, sejam elas em razão do sujeito ou do objeto contratado ou, ainda, por circunstâncias legais ou de mercado. Citam-se alguns exemplos de Marçal Justen Filho

6.3.1) Existência de uma única solução técnica [...] São os casos em que o conhecimento tecnológico gerou uma única via de atendimento a cerca necessidade. [...]. 6.3.2) Existência de representante exclusivo O caso acima referido envolve a existência de um único produto em condições de atender ao interesse supra individual sob tutela estatal. Outra é a hipótese em que se trata de representação comercial exclusiva. Muitas vezes, as duas hipóteses até



Prefeitura Municipal de Belterra

Secretaria Municipal de Educação, Cultura e Desporto.

Assessoria Jurídica

podem assemelhar-se, mas são situações que não se confundem. No caso do representante comercial exclusivo, a Administração se depara com estrutura organizacional privada, em que um certo fornecedor atribui a um certo agente econômico o direito privativo de intermediar negócios em certa região. No Brasil, existem diversos diplomas que regulam cláusulas de exclusividade. Podem lembra-se dos casos das Leis nº 4.886/65 (representação comercial), nº 6.729/79 (concessão de veículos automotores) e nº 8.955/94 (franquia empresarial). Isso significa admitir, desde logo, que a questão não envolve apenas representante comercial exclusivo, mas qualquer espécie de agente econômico titular de cláusula de exclusividade. 6.3.3) Existência de monopólio Outra hipótese consiste no monopólio, natural ou não. O monopólio caracteriza-se quando existe um único fornecedor para um produto ou serviço de mercado. [...].

Como se pode observar, a inviabilidade de competição por ausência de pluralidade de alternativas para a contratação (art. 25, I, da Lei nº 8.666/93) pode se caracterizar, entre outras hipóteses: a) quando há apenas uma alternativa capaz de satisfazer a necessidade pública; b) quando se constata a existência de agente econômico titular de cláusula de exclusividade; ou, c) quando há um único fornecedor em razão de monopólio comercial. Com efeito, nas hipóteses de inviabilidade de competição por ausência de pluralidade de alternativas para a contratação, é vedada a preferência por marcas, devendo a Administração Pública, frise-se, demonstrar que a decisão de contratar foi “antecedida de verificações acerca das diferentes soluções técnico-científicas disponíveis para atender ao interesse sob tutela do estatal”.

No caso, o presente processo trata de aquisição direta do Sistema de Ensino Aprende Brasil- composto por livros didáticos integrados, acesso ao Portal Aprende Brasil, e outros serviços educacionais -, cuja exclusividade é da Editoria Posigraf LTDA a questão da aquisição de livros didáticos por meio de inexigibilidade de licitação diretamente com a editora, a matéria foi objeto de análise nos autos do Processo nº LCC 13/00159208, cujo Relatório de Instrução nº DLC-177/2013 trouxe o entendimento do Tribunal de Contas da União – TCU acerca do tema, abaixo transcrito:

Especificamente sobre a aquisição direta de livros, por meio de inexigibilidade, seja através de editoras ou de representante/fornecedor exclusivo, o Tribunal de Contas da União – TCU já se manifestou por meio do Acórdão nº 3.290/2011-Plenário, do qual se extrai o seguinte trecho do voto do Relator:

7. De modo geral, 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 [...]; ou quando reconhecida a condição de comerciante exclusivo de uma empresa (distribuidora ou livraria), outorgada pela editora (Acórdão 320/2005-1ªC). Tal posicionamento decorre, essencialmente, da ausência de viabilidade de competição, pela impossibilidade de confrontar ofertas.



Prefeitura Municipal de Belterra

Secretaria Municipal de Educação, Cultura e Desporto.

Assessoria Jurídica

Neste sentido, nota-se que o objeto de interesse deste se enquadra nas hipóteses de inexigibilidade de licitação, conforme legislação transcrita alhures.

Neste mister, tal justificativa de inexigibilidade na hipótese é a inviabilidade de competição. Com efeito, não há critérios objetivos para aferir a melhor proposta para a Administração Pública, não havendo, por consequência, supedâneo fático para a realização do procedimento licitatório. Destarte, é preciso a observância de determinados requisitos legais e constitucional, tudo devidamente demonstrado em processo de inexigibilidade.

Não obstante ao exposto é o entendimento Jurisprudencial sobre a possibilidade de inexigibilidade de licitação, *in verbis*:

EMENTA – I CONTRATAÇÃO DIRETA AQUISIÇÃO DE LIVROS INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORNECEDOR EXCLUSIVO EXCLUSIVIDADE COMPROVADA REGULARIDADE II EMISSÃO DE NOTA DE EMPENHO DE DESPESA SUBSTITUIÇÃO AO CONTRATO POSSIBILIDADE CUMPRIMENTO DAS DISPOSIÇÕES LEGAIS REGULARIDADE III EXECUÇÃO FINANCEIRA LIQUIDAÇÃO DESPESAS COMPROVADAS REGULARIDADE. I **É regular o procedimento de contratação direta, por inexigibilidade de licitação, em caso de inviabilidade de competição efetivamente demonstrada, observada as demais exigências legais.** II É regular o ato administrativo de emissão de nota de empenho de despesa para substituir o instrumento de contrato. III É regular a execução financeira da contratação instrumentalizada na Nota de Empenho, acompanhada da comprovação da efetiva liquidação da despesa, observados os requisitos legais. ACÓRDÃO: Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 6ª Sessão Ordinária da Primeira Câmara, de 12 de abril de 2016, ACORDAM os Senhores Conselheiros, por unanimidade, nos termos do voto do relator declarar a regularidade do ato de inexigibilidade de licitação, da emissão da Nota de Empenho de Despesa n. 391, de 2014, pela Fundação de Turismo de Mato Grosso do Sul na gestão da Sra. Nilde Clara de Souza Benites Brun, Diretora em favor da Gráfica Editora Alvorada Ltda. e, de execução financeira. Campo Grande, 12 de abril de 2016. Conselheiro José Ricardo Pereira Cabral Relator (TCE-MS – CONTRATO ADMINISTRATIVO: 29252015 MS 1.565.156, Relator: JOSÉ RICARDO PEREIRA CABRAL, Data de Publicação: Diário Oficial do TCE-MS n.1603, de 08/08/2017) (negritei)

Assim, a aquisição de livros didáticos diretamente da editora que detêm a exclusividade da “edição, distribuição e comercialização em todo o território nacional” se enquadra no inciso I do art. 25 da Lei nº 8.666/93.

Além disso, entendo que o objeto também possui natureza jurídica de obrigação de fazer, haja vista que se trata de um conjunto integrado de prestação de serviços na área de ensino com materiais didáticos específicos, incluindo os livros a serem usados em salas de aula.



Prefeitura Municipal de Belterra
Secretaria Municipal de Educação, Cultura e Desporto.
Assessoria Jurídica

O detalhamento do conjunto de serviços, insumos pedagógicos e tecnológicos se encontra nos documentos denominados: Descritivo do Sistema de Ensino Aprende Brasil Digital, Descritivo da Consultoria Pedagógica e Assessoria de Áreas, Descritivo do Hábile – Avaliação Externa de Aprendizagem, Descritivo do Sistema de Monitoramento Educacional do Brasil – simeB.

Nesse sentido, a inexigibilidade de licitação também teria seu fundamento no inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93, que assim prevê:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: [...] II – para contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

No que tange à singularidade do objeto, destacam-se os termos do Parecer Técnico-Pedagógico 001/2023, que assim expõe:

Observa-se que o referido Sistema é uma ferramenta valiosa que contribuirá nos aspectos didáticos, pedagógicos, metodológicos e curricular na efetivação do processo de ensino e de aprendizagem por meio de um programa de desenvolvimento de gestão exclusivo às unidades de Ensino sobre a atualidade com enfoque pedagógico, trazendo para os estudantes deste município uma nova era na construção do conhecimento.

Com o advento das novas tecnologias, foi pensado também em um método que incluísse a oferta de um portal de acessos dos estudantes e professores ampliando assim o horizonte de informações de qualidade, confiáveis, frequentemente atualizadas e de fácil localização, por meio de eficiência mecanismos de busca disponível na internet.

(...)

Foi também com intuito de utilizar uma ferramenta tecnológica educacional para acompanhar e informar os indicadores de qualidade da educação da rede pública municipal de ensino que a Coordenação Pedagógica da Secretaria Municipal de Educação e os demais técnicos optaram pelo Sistema de Ensino Aprende Brasil, pois este desenvolveu um instrumento denominado Sistema de Monitoramento Educacional do Brasil (SIMEB), que se apresenta como uma importante inovação.

Com efeito, a educação é uma necessidade pública que precisa ser atendida permanentemente, requerendo assim uma prestação de serviço a ser executada de forma continuada. (art. 57, inciso II).

Diante do exposto, e considerando que a aquisição de livros didáticos diretamente através da editora é medida que atende ao disposto no inciso I do art. 25 da Lei nº 8.666/93; e, ainda, que o processo de Inexigibilidade de Licitação nº 005/2023 também se fundamenta no inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93.



Com efeito, os atestados que comprovam a condição de exclusividade, de abrangência nacional, da editora POSIGRAF LTDA para a edição, distribuição e comercialização dos livros que compõem o sistema de ensino Aprende Brasil se encontram às fls. 146 a 197 dos presentes autos, emitidos pelo Sindicato Nacional dos Editores de Livros – SNEL.

Portanto, de acordo com o regramento legal e a jurisprudência desse país, uma vez atendidos os requisitos exigidos, a Administração está autorizada a promover a contratação pretendida.

Por fim, feita a análise acima, verifica-se claramente que foram preenchidos todos os requisitos exigidos em lei possibilitando assim a contratação de empresa especializada no fornecimento de livros didáticos por meio de inexigibilidade de licitação.

Para fins de justificativa do preço, juntaram-se cópias de notas fiscais do ano de 2022 emitidas pela Editoria Posigraf em nome de outros Municípios que adquiriram idênticos materiais, cujos preços coincidem com os dos outros.

No que tange aos aspectos formais do procedimento para inexigibilidade, observa-se que este atendeu às exigências legais, apresentando a minuta do contrato em regularidade, por contemplar seus elementos essenciais, bem como acompanhado das respectivas justificativas, sob as quais, não cabe qualquer juízo de valor por parte desta Procuradoria.

III- CONCLUSÃO

Ante o exposto, OPINA esta Procuradoria pela continuidade do procedimento licitatório por se tratar de hipótese de “Inexigibilidade de Licitação”, como um dos casos de contratação direta pela Administração Pública, com fulcro no artigo 25, inciso I, II da Lei Federal nº 8.666/93, devendo o mesmo observar todos os ditames previamente estabelecidos para sua concretização, bem como aqueles previstos no artigo 37 da Carta Magna, na Lei Federal n.º 8.666/1993 e nas demais legislações pertinentes.

Esclarece-se que o presente parecer jurídico é meramente opinativo, prestando esta Procuradoria Municipal consultoria sob prisma estritamente jurídico, não



Prefeitura Municipal de Belterra
Secretaria Municipal de Educação, Cultura e Desporto.
Assessoria Jurídica

adentrando a conveniência e oportunidade dos atos praticados, bem como não vincula a decisão da autoridade superior.

Este é o parecer, **S.M.J.**

Belterra/PA 29 de março de 2023.

Rayane Luzia Feijão Picanço

Assessora Jurídica

OAB/PA 27.757