Parecer Jurídico

PARECER JURÍDICO GAB-PROC-GERAL/PGM

PROCESSO: 00044.015380/2023-71
CONSULENTE: Secretaria Municipal de Educação (SEMEC).
INTERESSADA: Elo Editora Ltda.
ASSUNTO: Inexigibilidade de licitação. Aquisição de Materiais do "Projeto Cantando & Contando". Fornecedor exclusivo.

DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTRATOS. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. EXCLUSIVIDADE. OPÇÃO PELO REGIME DA LEI 8.666/93, VIDE AUTORIZAÇÃO DO ART. 191 DA LEI FEDERAL 14.133/2021. ART. 25, INCISO I, DA LEI Nº 8.666/93. POSSIBILIDADE JURÍDICA, EM TESE.

1. RELATÓRIO

1. Trata-se de demanda oriunda da Secretaria Municipal de Educação - SEMEC, na qual solicita análise e emissão de parecer sobre a possibilidade jurídica de *"aquisição de materiais do "**Projeto Cantando & Contando"**, junto à empresa **ELO EDITORA LTDA**, para auxiliar, de forma ainda mais efetiva, o processo de ensino e de aprendizagem dos estudantes matriculados na Educação Infantil da Rede Pública Municipal de Teresina,"* por inexigibilidade de licitação, conforme narrado no Ofício Nº 2484/2023 - AJU-LIC-SEMEC (doc. 8748525).
2. O processo foi enviado à PGM por meio do Ofício Nº 2484/2023 - AJU-LIC-SEMEC (doc. 8748525).
3. Os autos foram distribuídos à Procuradoria de Licitações, Contratos e Convênios Administrativos (PLCCA) para conhecimento e providências por meio do Despacho 3891/2023 - CHEF-GAB-PGM (doc. 8754039). O último documento juntado ao caderno processual foi o de Id nº 8790479.
4. Eis o relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO
2.1. DA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

5. Saliente-se, preliminarmente, que a presente manifestação toma por base, exclusivamente, os elementos que constam, até a presente data, nos autos do processo administrativo em epígrafe. Destarte, à luz do art. 135 da Lei Orgânica de Teresina[1] e do art. 2º, *caput*, da Lei Complementar Municipal nº 4.995/2017[2], incumbe a este órgão da PGM prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não lhe competindo adentrar à conveniência e à oportunidade dos atos praticados no âmbito do órgão consulente, nem analisar aspectos de natureza eminentemente técnico-administrativa.
6. **Registre-se, ademais, que o órgão consulente está optando por contratar diretamente de acordo com as disposições da Lei 8.666/93, tudo conforme autorizado pelo art. 191 da Lei Federal nº 14.133/2021[3] (nova lei de licitações).**
7. A **Carta Magna**, em seu **art. 37, inciso XXI**, possui regra vazada no sentido de tornar obrigatória a realização de procedimento licitatório nos casos de obras, serviços, compras e alienações do Poder Público. Não obstante tal previsão, o próprio dispositivo constitucional prevê ressalvas à obrigatoriedade de licitação.
8. Existem casos em que a licitação não seria a maneira mais viável de se ter alcançado os fins e necessidades da Administração Pública. Comentando o referido, ensina o professor **Marçal Justen Filho**:

> A supremacia do interesse público fundamenta a exigência, como regra geral, de licitação prévia

> para contratações da Administração Pública. **No entanto, existem hipóteses que a licitação formal seria impossível ou frustraria a própria consecução dos interesses públicos.** O procedimento licitatório normal conduziria ao sacrifício do interesse público e não asseguraria a contratação mais vantajosa. Por isso, autoriza-se à Administração a adotar um outro procedimento, em que formalidades são suprimidas ou substituídas por outras. Essa formalidade não foi adornada de discricionariedade. O próprio legislador determinou as hipóteses em que se aplicam os procedimentos licitatórios simplificados. (destacou-se)

9. Com efeito, a inocorrência de licitação com a consequente contratação direta constitui forma anômala de contrato, cabível somente nas hipóteses em que a lei dispensa ou declara inexigível a licitação.
10. Nas lições de **José dos Santos Carvalho Filho**, *"na dispensa, a licitação é materialmente possível, mas em regra inconveniente;* ***na inexigibilidade, é inviável a própria competição"*** [4].
11. Tal imposição constitucional é reforçada pela Lei nº 8.666/93, em seu art. 2º:

> Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

12. A mesma Lei, que regulamenta o inciso XXI do art. 37 da Constituição da República, prevê as hipóteses em que a Administração pode dispensar a realização de licitação, contratando diretamente. Deve-se ter em vista que tais casos são excepcionais no sistema, pois a regra é a necessidade de realização do procedimento licitatório prévio a toda e qualquer contratação.
13. O art. 25 da Lei de Licitações prevê, em seu *caput* e incisos, as situações que, devidamente justificadas pela Administração, possibilitam a contratação de obras, compras ou serviços com inexigibilidade de licitação.
14. Os casos de inexigibilidade estão previstos no **art. 25 da Lei nº 8.666/93** (Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos). Assim, dispõe o art. 25, I:

> 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.**

15. Conforme leciona **Marçal Justen Filho:**

> Em suma, a inexigibilidade é uma imposição da realidade extra normativa, enquanto a dispensa é uma criação legislativa. Como decorrência direta, o elenco de causas de inexigibilidade contido na Lei tem cunho meramente exemplificativo. Já nos casos de dispensa são exaustivos, o que não significa afirmar que todos se encontram na Lei 8.666/1993. Outras leis existem, prevendo casos de dispensa de licitação. [5]

16. Formalizando o procedimento de inexigibilidade e algumas dispensas, o **art. 26** possui regras no sentido de conferir higidez ao instituto. Veja-se:

> Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.
> Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:
> I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;
> II - razão da escolha do fornecedor ou executante;
> III - justificativa do preço.
> IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

17. **Para se proceder à contratação por inexigibilidade de licitação, é necessário o cumprimento de alguns requisitos, tais como**: efetiva comprovação de exclusividade; necessária justificativa; **comunicação, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos; certificações demonstrativas de regularidade fiscal por parte da interessada e demais documentos pertinentes.**

18. **O caso em apreço versa sobre contratação direta em decorrência de exclusividade de fornecedor/distribuidor, tendo por objeto *"a aquisição de materiais do "Projeto Cantando & Contando", junto à empresa ELO EDITORA LTDA, para auxiliar, de forma ainda mais efetiva, o processo de ensino e de aprendizagem dos estudantes matriculados na Educação Infantil da Rede Pública Municipal de Teresina, ofertando um recurso pedagógico que visa contribuir para o desenvolvimento das competências leitoras bem como atender às necessidades dos estudantes da Educação Infantil e contribuir com os professores que atuam na Rede*," conforme item 1 do termo de referência (doc. 8556033).**

19. **Consta nos autos DECLARAÇÃO DE EXCLUSIVIDADE fornecida pela a Câmara Brasileira do Livro (doc. 8555696) com validade até 19/05/2024, nos seguintes termos:**

> "Declaramos com fundamento no artigo 25, I da Lei 8666/93 (em vigência até 30/12/2023) e artigo 74, I e § 1º da Lei 14.133/2021, que as obras mencionadas abaixo, são de edição e publicação exclusiva em todo o território nacional do(a) ELO EDITORA, situada na Avenida Doutor Chucri Zaidan conjunto 3110 - 04711-130 - São Paulo - SP, inscrita no CNPJ sob o nº 14.125.493/0001- 09, filiada a esta Câmara sob o nº 160045 conforme consta nos bancos de dados da Câmara Brasileira do Livro (Agência Brasileira do ISBN). Atesta ainda, para fins de inexigibilidade de licitação, que a empresa acima qualificada, está exclusivamente autorizada a distribuir e comercializar as obras abaixo no Estado de PI."

20. Insta destacar que, nos termos da jurisprudência do **Tribunal de Contas da União, não cabe apenas uma mera declaração de exclusividade, mas também a confirmação dessa condição, seja por diligências ou até mesmo consultas ao fabricante, inclusive adotando-se medidas acautelatórias com vistas a assegurar a veracidade das declarações prestadas pelos órgãos e entidades emitentes**[6]**.**

21. **Ainda na esteira da jurisprudência do Tribunal de Contas da União**, é importante ter como certo que a inexigibilidade de licitação em razão de fornecedor exclusivo não exime a Administração Pública do **dever de justificar o preço contratado**, especialmente em face do que determina o art. 26, III, da Lei 8.666/93. Isso porque não pode uma flexibilização legal em prol da eficiência administrativa servir como manto para lesão ao erário. Desse modo, os preços dos produtos a serem adquiridos com dispensa ou inexigibilidade de licitação devem refletir a realidade de mercado. Esse é o teor do disposto no Acórdão 3.290/2011-Plenário, veiculado no Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos Administrativos do TCU nº. 89, *in verbis:* "***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".***

22. Com efeito, é indispensável a justificativa de preço na inexigibilidade de licitação, que deverá ser realizada mediante a comparação da proposta apresentada com preços praticados pela futura contratada junto a outros órgãos públicos ou pessoas privadas.

23. Nesse passo, segundo a Orientação Normativa nº 17/2009 – AGU:

> (...) *Se inexigível o certame, a proponente é a única a atender as necessidades do órgão contratante.* ***Destarte, a justificativa há de fazer-se de acordo com os preços cobrados pelo fornecedor ou prestador exclusivo em contratos firmados com outras pessoas físicas ou jurídicas. É a demonstração da compatibilidade dos preços praticados pela própria empresa contratada que deve constar dos autos. Indispensável, para aprovação jurídica do procedimento, que sejam juntados documentos e informações que atestem que o preço proposto seja equivalente aos demais por ela mesma cobrados de outros clientes.*** (não grifado no original).

24. **Nesse sentido, constam nos autos notas fiscais juntadas no processo (docs. 8745558, 8745578 e 8745653), relativas a contratos anteriores firmados com outros Municípios, com o mesmo objeto ao que se pretende firmar com o Município de Teresina.**

25. **Além disso, juntou-se ao processo justificativa de preço no item 8 do Termo de Referência (doc. 8556033), bem como quadro comparativo de preços.**

26. **A justificativa da necessidade da contratação está presente no Termo de Referência, item 3 (doc. 8556033), bem como as razões da escolha do fornecedor no PARECER PEDAGÓGICO (doc. 7998835).**
27. **Seja como for, sublinhe-se que este órgão de consultoria jurídica não possui a expertise necessária para rechaçar ou acolher o mérito da aludida motivação apresentada pelo gestor. Em processos de dispensa ou inexigibilidade de licitação, não compete ao assessor jurídico adentrar no mérito dos atos administrativos. A função do consultor jurídico é zelar pela lisura sob o aspecto formal do processo, de maneira a atuar como verdadeiro fiscal de formalidades. (HC 171576 MC/RS – RIO GRANDE DO SUL. MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS. Relator(a): Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 31/05/2019).**
28. **Consta nos autos o Parecer Técnico Pedagógico (doc. 7998835), pela Comissão de Avaliação de Propostas e Projetos da SEMEC, que demonstra que a escolha atende as necessidades dos estudantes, assim como dos professores que atuam na Rede de Ensino Municipal de Educação de Teresina.**
29. **Seja como for, sublinhe-se que este órgão de consultori a jurídica não possui a expertise necessária para rechaçar ou acolher o mérito da aludida motivação apresentada pelo Gestor. Em processos de dispensa ou inexigibilidade de licitação, não compete ao assessor jurídico adentrar no mérito dos atos administrativos. A função do consultor jurídico é zelar pela lisura sob o aspecto formal do processo, de maneira a atuar como verdadeiro fiscal de formalidades. (HC 171576 MC/RS – RIO GRANDE DO SUL. MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS. Relator(a): Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 31/05/2019).**
30. No âmbito do Município de Teresina, o **Decreto nº 13.183, de 17 de abril de 2013**, que *"dispõe sobre a formalização de processos relativos à contratação de despesas para execução de obras, prestação de serviços e aquisição de bens, através de dispensa de licitação, no âmbito do Município de Teresina, e dá outras providências"*, estabeleceu uma série de procedimentos essenciais à contratação direta mediante dispensa de licitação, com o intuito de se preservar os princípios que norteiam o regime jurídico-administrativo e zelar pela correta aplicação de recursos públicos.
31. Muito embora o referido diploma legal não disponha expressamente sobre os processos de inexigibilidade, a aplicação subsidiária da norma local nestes é importante, visto que o atendimento aos dispositivos do Decreto, aplicáveis no que forem cabíveis ao presente caso, impõem a melhor aplicação da Lei nº 8.666/1993 e seus princípios.
32. **A dotação orçamentária a ser utilizada está descrita na cláusula quarta da minuta contratual (doc. 8748296), na Informação de Disponibilidade Orçamentária nº 091/2023 (doc. 8611899) e no item 09 do Termo de Referência (doc. 8556033). Consta ainda declaração subscrita pelo ordenador de despesas acerca da disponibilidade orçamentária para suportar o valor do objeto contratual**, vide **Despacho 2099/2023 - SUB-CECO-SEMF (doc. 8758255).**
33. Quanto à demonstração da **regularidade jurídica, fiscal e trabalhista** do pretenso contratado, **recomenda-se, por cautela, a revisão atenta para a atualização das certidões vencidas, a fim de manter-se todas as certidões negativas adequadamente atualizadas e em vigor**.
34. Ressalte-se, ainda, a necessidade de, antes de se realizar a contratação administrativa pretendida, pesquisar-se sobre a existência ou não de eventual proibição da empresa **ELO EDITORA LTDA** de contratar com a Administração Pública. Nesse contexto, é preciso realizar pesquisa no Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Improbidade Administrativa, disponibilizado pelo Conselho Nacional de Justiça, antes e no decorrer da contratação, de modo a evitar o ajuste com empresas inidôneas e/ou suspensas (Acórdão TCE nº 1.857/18).

2.2. DA ANÁLISE DO TERMO DE REFERÊNCIA E DA MINUTA DE CONTRATO

35. O Termo de Referência (doc. 8556033) em análise possui todos os seus requisitos mínimos, tais como **objeto, objetivo, justificativa, especificações do objeto, razões da escolha do fornecedor, enquadramento legal, custo estimado, dotação orçamentária, justificativa do preço, local de execução ou entrega do bem, reajuste de preços e reequilíbrio financeiro (*fixos e irreajustáveis*), forma e condições de pagamento, obrigações das partes, fiscalização e gerenciamento do contrato, subcontratação (*vedada*), rescisão contratual, sanções administrativas, disposições finais.**
36. **No tocante à cláusula de vigência, item 07, percebe-se que seu prazo inicial foi fixado em 12 (doze) meses. Destaca-se que, por tratar-se de contratação por inexigibilidade, para o fornecimento de bens**

imediatos, é incabível a prorrogação contratual.

37. **Quanto à minuta contratual (doc. 8748296), verifica-se que ela contém quase todas as cláusulas essenciais dos contratos administrativos enumeradas no art. 55 da Lei nº 8.666/93**, a saber:

> Art. 55 (...)
> 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.

38. **Frisa-se que a minuta do contrato deve estar em harmonia com o Termo de Referência. Desta forma destaca-se que o Termo de Referência veda o reajuste (item 16), conquanto a minuta do contrato, na cláusula oitava, acrescenta ressalva nesse ponto.**

39. **Não consta nos autos a indicação do nome dos servidores para compor comissão de fiscalização. É necessária a designação por escrito do fiscal do contrato, nos termos da exigência do art. 67, *caput*, da Lei nº 8.666/93.**

40. **Destaca-se, a necessidade de que os materiais a que se pretende adquirir estejam de acordo com a base curricular e a proposta educacional deste Município.**

41. **Registra-se que no Despacho 3436/2023 - CCP-SEMA (doc. 8594940) consta que *"não há ata vigente que contemple, em sua totalidade, a solicitação do objeto em questão"*, ao delegar à Secretaria Municipal de Educação - SEMEC a condução do processo de contratação em questão.**

42. **Prosseguindo, consta nos autos a *LISTA DE VERIFICAÇÃO - CONTRATAÇÃO DIRETA* (doc. 8764302), bem como manifestação da SEMA, por meio do Despacho 970/2023 - GT-SEMA, pela necessidade de de complementação documental.**

43. Por fim, a formalização da presente contratação está condicionada à prévia aprovação do ordenador de despesa do órgão consulente, por força dos arts. 1º, 2º, e 5º, caput, do Decreto Municipal nº 23.544, de 18 de janeiro de 2023.

3. CONCLUSÃO

44. Diante do exposto, nos limites da análise jurídica e excluídos os aspectos técnicos e o juízo de oportunidade e conveniência do ajuste, esta Procuradoria de Licitações, Contratos e Convênios Administrativos opina pela **POSSIBILIDADE JURÍDICA, EM TESE,** de contratação direta, mediante inexigibilidade de licitação, no presente caso, **DESDE QUE OBSERVADAS as considerações exaradas no presente parecer, principalmente as constantes nos parágrafos 5, 7, 17, 20/22, 27, 33/34, 38, 39, 40 e 42/43**.

45. Eis o parecer, respeitado entendimento mais aprimorado acerca da matéria em comento.

Teresina, 22 de janeiro de 2024.

[1] Art. 135. A Procuradoria Geral do Município é a instituição que representa, como advocacia geral, o Município, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar, o que dispuser sobre sua organização, seu funcionamento, e suas atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

[2] Art. 2º. A Procuradora Geral do Município é uma instituição permanente, essencial ao exercício das funções administrativa e jurisdicional no âmbito do Município de Teresina, com nível hierárquico de Secretaria e subordinada diretamente ao Prefeito Municipal, destinada a promover, em toda sua plenitude, as atividades de consultoria e representação judicial e extrajudicial do Município e de suas entidades autárquicas e fundacionais.

[3] Art. 191. Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do **caput** do art. 193, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso. Parágrafo único. Na hipótese do **caput** deste artigo, se a Administração optar por licitar de acordo com as leis citadas no inciso II do **caput** do art. 193 desta Lei, o contrato respectivo será regido pelas regras nelas previstas durante toda a sua vigência.

(...)

Art. 193. Revogam-se:

(...)

II - a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e os arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, após decorridos 2 (dois) anos da publicação oficial desta Lei.

[4] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 23. Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. p. 290,2010.

[5] FILHO, Marçal Justen. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** 16. Ed. São Paulo: Dialética. p. 483, 2014.

[6] TCU, Ac. 633/2010, Plenário, Rel. Min. José Jorge, Publicado em 13.04.2010.

Documento assinado eletronicamente por **Ricardo Rodrigues de Sousa Martins Neto**, **Procurador Geral do Município**, em 22/01/2024, às 11:52, com fundamento no Decreto nº 24.514/2023 - PMT.

A autenticidade do documento pode ser conferida no site **https://sei.pmt.pi.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0** informando o código verificador **8898253** e o código CRC **E6C9ABDA**.

Referência: Processo nº 00044.015380/2023-71 SEI nº 8898253