

PARECER JURÍDICO

Encaminhamento: Setor de Licitações.

Interessado: Secretaria Municipal de Educação.

EMENTA: INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO.DISTRIBUIDOR EXCLUSIVO (ART. 25, INCISO I). POSSIBILIDADE.

RELATÓRIO

Os presentes autos foram submetidos à Procuradoria Jurídica para emissão de parecer acerca da possibilidade de contratação direta, mediante processo de inexigibilidade, de empresa especializada no fornecimento de livros de inglês para a Educação Infantil, aos alunos do Pré-Escolar da Educação Infantil ao 5º ano do Ensino Fundamental.

É o breve relatório.

PARECER

A Lei 8.666/93 estabelece como regra geral para contratações a adoção do processo licitatório. O instituto da inexigibilidade, entretanto, é uma das hipóteses excepcionais previstas pelo legislador ordinário de disposição de verba pública com ausência de licitação, desde que haja conformidade com o objetivo constitucional e os princípios da igualdade e da proposta mais vantajosa para o interesse público.

Conforme disciplina a Lei nº 8.666/93, o processo licitatório é inexigível quando houver inviabilidade de competição, enumerando algumas expressas situações, como é o caso do inciso III de seu art. 25. Nestes termos, *in litteris*:

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;

Veja-se que, na hipótese do artigo supracitado, é exigido que a contratação se dê da seguinte forma: **I.** para a aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros; **II.** fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo; **III.** com vedação a preferência de marca; e **IV.** devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio local, Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, por entidades equivalentes.

No caso em tela, o processo licitatório realizar-se-á para a **aquisição de materiais** (livros de inglês para a Educação Infantil); o fornecimento será realizado por **representante comercial exclusivo** (Distribuidora Curitiba de Papéis e Livros S/A); **sem preferência por quaisquer marcas específicas**, havendo comprovação de exclusividade através da "**Declaração de Exclusividade**" exarada pela Câmara Brasileira do Livro (CBL).

O Termo de Referência acostado aos Autos aborda, ainda, a motivação pela escolha do fornecedor. Assim sendo, veja-se:

***Motivação/Justificativa:** O Município de Xanxerê, representado pela Secretaria Municipal de Educação e preocupado com uma educação de qualidade vem nos últimos anos inovando e propondo uma série de atividades e inserção de projetos diferenciados que permitam aos professores da rede a construção do conhecimento por meio do preparo intelectual, emocional e comunicacional. Esta organização integra a preocupação em oferecer boas condições profissionais, e circunstâncias favoráveis a uma relação efetiva com os alunos que facilite conhece-los, acompanha-los e orientá-los, além de melhorar os índices de aprovação e desempenho dos alunos. Juntamente a esta situação justificamos a necessidade da aquisição de livros da Coleção Marcha Criança para a Educação Infantil e Ensino Fundamental Anos Iniciais, para o componente curricular de língua inglesa, escolhidos de forma democrática pelos professores, onde consta ata de apreciação a outras coleções de editoras diferentes, mas com a finalidade de atender as necessidades dos educandos foi escolhida a coleção acima citada. Reforçamos que os livros de inglês, os mesmos não são fornecidos pelo MEC. (Grifei)*

Além da exigência prevista no art. 25, inciso III (conforme mencionado alhures), impõe a Lei nº 8.666/93, em seu artigo 26, parágrafo único, incisos II e III, que sejam justificados a escolha da contratante e o preço do contrato:

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 ou de grave e iminente risco à segurança pública 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." (Grifei).

A escolha do fornecedor que se pretende contratar foi devidamente justificada pela unidade requisitante nos termos quais acima transcritos.

No que diz respeito à justificativa do preço, cumpre observar que os atos que antecedem qualquer hipótese de contratação direta não recebem um tratamento diferenciado, nem simplificador, daqueles que precedem a contratação mediante o procedimento licitatório. O agente público está obrigado a seguir um procedimento administrativo destinado a assegurar a prevalência dos princípios jurídicos fundamentais aplicáveis a toda contratação pública. Permanecerá, a todo tempo, o dever de buscar e concretizar a melhor contratação possível. Todos os meios possíveis e idôneos devem ser considerados pelo agente público para demonstrar que o preço cobrado do fornecedor escolhido é razoável.

Cumpre-se, assim, o princípio administrativo da motivação necessária e, confere-se, segurança ao negócio jurídico que se formalizará, sobretudo em relação à norma do art. 113 da Lei nº 8.666/93, que determina incumbir aos órgãos e entidades públicos a demonstração da legalidade e regularidade da despesa e da execução, constituindo clara inversão do ônus probatório que afeta a presunção de legalidade e legitimidade atribuída aos atos administrativos em geral.

Vale observar que a jurisprudência do TCU é firme em indicar que a realização de pesquisa de preços de mercado, previamente à fase externa da licitação, é uma exigência legal para todos os processos licitatórios, inclusive para os casos de dispensa e inexigibilidade (2.742/2017–1ª Câmara, 1.022/2013–Plenário, 3.506/2009-1ª Câmara, 1.379/2007-Plenário).

Portanto, a justificativa do preço em contratações diretas (art. 26, parágrafo único, inciso III, da Lei 8.666/1993) deve ser realizada, preferencialmente, mediante: (i) no caso de dispensa, pela apresentação de, no mínimo, 3 (três) cotações válidas de empresas do ramo, ou justificativa circunstanciada se não for possível obter essa quantidade mínima; **(ii) no caso de inexigibilidade, comparação com os preços praticados pelo fornecedor junto a outras instituições públicas ou privadas** (AC 1565/15 – Plenário).

A Orientação Normativa nº 17 da Advocacia-Geral da União, de 01/04/09, estatui o seguinte:

“É obrigatória 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”. (Grifei)

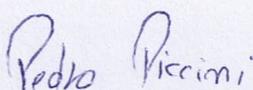
De registrar, neste íterim, que a Secretaria Municipal de Educação acostou ao Termo de Referência 3 (três) orçamentos de empresas (fornecedores) distintos, capazes de bem demonstrar que o preço praticado está condizente com os demais valores orçados. O orçamento da empresa que se pretende contratar, **Distribuidora Curitiba de Papéis e Livros S/A** (CNPJ: 79.065.181/0001-94), é de R\$ 174.117,60 (cento e setenta e quatro mil, cento e dezessete reais e sessenta centavos); a da empresa **Editora Moderna LTDA.** (CNPJ: 62.136.304/0001-38) dá-se no importe de R\$ 230.496,00 (duzentos e trinta mil, quatrocentos e noventa e seis reais); e a empresa **SEFE – Sistema Educacional Família e Escola LTDA.** (CNPJ: 00.874.813/0001-00) trouxe orçamento no valor de R\$ 470.669,00 (quatrocentos mil, seiscentos e sessenta e nove reais).

Por fim, cumpre manifestar que **há dotação orçamentária** para a realização da presente inexigibilidade (*Vide Dotação Orçamentária: 59 – Ensino Fundamental; 65 – Educação Infantil e 68 – Pré Escolar; Elemento: 3390 3099 – Outros Materiais de Consumo*).

No ensejo, esta Procuradoria sugere que a contratação pode ser efetivada, na modalidade escolhida, sendo que deverá ser providenciada pelo setor competente a elaboração do Termo de Inexigibilidade de Licitação a ser comunicado dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para Ratificação e Publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, tendo em vista ser condição para a eficácia dos referidos atos, nos termos do artigo 26 da Lei 8.666/93.

É o parecer,

Xanxerê/SC, 13 de janeiro de 2022.



PEDRO HENRIQUE PICCINI

Consultor Jurídico do Município de Xanxerê

OAB/SC 61.229