

PROCURADORIA DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

PARECER

PROCESSO Nº: 2590/2024

ASSUNTO: Consulta Inexigibilidade de Licitação - Livros Didáticos Integrados do Sistema de Ensino Aprende Brasil – GRUPO V – Fornecedor Exclusivo.

REQUERENTE: Secretaria Municipal de Educação (SEMED)

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. CONSULTA. LICITAÇÃO E CONTRATOS. CONTRATAÇÃO DIRETA POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS. FORNECEDOR EXCLUSIVO. FUNDAMENTO LEGAL: ART. 74, INCISO I, DA LEI FEDERAL Nº 14.133/2021. POSSIBILIDADE JURÍDICA CONDICIONADA. CONSIDERAÇÕES.

I – RELATÓRIO

Trata-se de procedimento administrativo em que a Secretaria Municipal de Educação (SEMED) requer análise e parecer jurídico acerca da pretensão na contratação direta por **INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO**, da **GRÁFICA E EDITORA POSIGRAF LTDA**, que detém direitos exclusivos de edição, publicação, impressão, divulgação e comercialização de livros e obras, descritas no **ATESTADO DE EXCLUSIVIDADE** (E-Doc.3.37), em todo o território nacional, em especial de **Livros Didáticos Integrados do Sistema de Ensino Aprende Brasil – GRUPO V**, conforme definição e especificações feitas pela autoridade técnica, SEMED, por meio do Estudo Técnico Preliminar – ETP (E-Doc.3.2) e Termo de Referência/Projeto Básico (E-Doc.4.3).

De acordo com o que consta dos autos, a SEMED elaborou Estudo Técnico Preliminar – ETP (E-Doc.3.2), por meio do qual definiu e delimitou o objeto, descreveu a necessidade, estimou o valor total da contratação, justificou o não parcelamento do objeto, declarou a viabilidade, entre outros, tudo em conformidade com a sua competência técnica.

O valor estimado da contratação é de **R\$ 598.800,00 (quinhentos e noventa e oito mil e oitocentos reais)**, conforme proposta comercial (E-Doc.3.9).

Pretende-se a inexigibilidade de licitação, nos termos do inciso I, do art. 74, da Lei nº 14.133/2021,



de 1º de Abril de 2021.

A viabilidade técnica da contratação foi atestada pela SEMED no ETP (E-Doc.3.2) e no Termo de Referência (E-Doc.4.3). Para tanto, a SEMED acosta outros pareceres jurídicos e pedagógicos, além de notas fiscais e justificativa de valores fornecidos pela EDITORA, visando corroborar a viabilidade da contratação (E-Doc.3.5).

A SEMED elaborou Parecer Pedagógico (E-Doc.3.10) em que justifica a viabilidade e necessidade da contratação, nos seguintes termos:

“Os Livros Didáticos Integrados do Sistema de Ensino Aprende Brasil estão fundamentados nos ditames legais estabelecidos pelo MEC, como a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional LDBEN (1996), as Diretrizes Curriculares para a Educação Infantil DCNEI (2010), as Diretrizes Curriculares Nacionais para Ensino Fundamental de 9 (nove) anos (2010), as Diretrizes Curriculares Nacionais para Educação Básica DCN (2013), a Base Nacional Comum Curricular BNCC (2017) e a Política Nacional de Alfabetização PNA (2019), que orientam os profissionais da Educação Básica para uma organização do trabalho pedagógico que favoreça a articulação entre os avanços da ciência e os da educação. A proposta de ensino norteadora para a elaboração dos Livros Didáticos Integrados oferece condições para o desenvolvimento de um cotidiano escolar planejado e organizado, em que se aperfeiçoe o atendimento das necessidades e dos interesses das crianças e dos adolescentes de escolas em todo o Brasil. Tal proposta de organização visa possibilitar aos estudantes a aquisição de habilidades que lhes permitam transpor o conhecimento historicamente acumulado e as informações contemporaneamente produzidas para a vida real, de modo que sejam capazes de atribuir significação ao mundo que os cerca como sujeitos autônomos e humanizados. Em consonância com os fundamentos pedagógicos apresentados pela BNCC, os Livros Didáticos Integrados e os demais recursos disponibilizados pelo Sistema de Ensino Aprende Brasil estão estruturados de modo que sejam explicitadas as aprendizagens essenciais que asseguram aos estudantes o desenvolvimento de competências gerais ao longo da Educação Básica, como expressão de seus direitos de aprendizagem. Essas competências estão ancoradas nos princípios éticos, políticos e estéticos traçados pelas DCN (2013). É relevante destacar, portanto, que elas inter-relacionam-se e desdobram-se ao longo das diferentes etapas de escolarização dos estudantes, articulando-se na construção de conhecimentos, no desenvolvimento de habilidades e na formação de atitudes e valores, em conformidade com a LDBEN (1996). Nessa perspectiva, o Sistema



de Ensino Aprende Brasil apresenta uma proposta de ensino alicerçada em um entendimento de sociedade, de educação, de escola, de professor e de estudante que visa contribuir para a formação humana, o exercício da cidadania e o desenvolvimento da consciência crítica para a emancipação das pessoas. Para isso, a concepção interacionista embasa as situações de aprendizagem, promovendo o desenvolvimento das capacidades de relação interpessoal e o acesso, pelos estudantes, aos conhecimentos mais amplos da realidade social e cultural. Na proposta de ensino adotada pelos Livros Didáticos Integrados, considera-se o que há de mais significativo em relação à complexidade do desenvolvimento humano nos processos de ensino e aprendizagem e na legislação atual. Nesse sentido, são priorizados, na proposta didático metodológica, os referenciais teóricos de Piaget, Vygotsky e Wallon, cujas premissas partem do princípio de que a criança interpreta suas experiências nos mundos físico e social. Esses teóricos contribuíram de maneira significativa para a compreensão de como se dá a construção do conhecimento e o desenvolvimento da inteligência e da afetividade. Com isso é valorizada as especificidades da criança pequena e o interesse dessa municipalidade em uma educação crítica e criativa. Além da oferta de livros didáticos integrados que favorecem um trabalho integrado, traz outras vantagens como assessoria e acompanhamento pedagógico junto aos professores. A rede municipal de ensino de Aracruz no estado do Espírito Santo defende a ideia de que a excelência no ensino está condicionada a atualidade, utilidade e qualidade dos conhecimentos adquiridos. Essa premissa também é defendida pelo Sistema de Ensino Aprende Brasil, o qual é visto pela equipe técnico-pedagógica como um ótimo investimento para o avanço da qualidade educacional no município, inclusive já na Educação Infantil, buscando-se assim solidificar o papel social dessa primeira etapa da Educação Básica, possibilitando às crianças o sucesso educacional, preservando seu bem estar físico e estimulando seus aspectos cognitivos, emocional e social. É de conhecimento que o Município de Aracruz, juntamente com a Secretaria de Educação, tem total interesse em trazer uma proposta inovadora em relação às práticas pedagógicas nas escolas de Educação Infantil, pois ao longo dos anos temos percebido a necessidade de trazer uma proposta/metodologia que colabore nos avanços da qualidade educacional no município, com prioridade no grupo V da Educação Infantil. As práticas pedagógicas educativas devem permitir, por parte das crianças, uma imagem positiva de si mesmo, explorando suas possibilidades e limitações. Devem permitir também o estabelecimento de vínculos afetivos que fortaleçam a autoestima e ampliem as possibilidades de comunicação e interação social, o que é contemplado no Sistema Aprende Brasil. Os conteúdos e as atividades do Sistema Aprende Brasil, trazem oportunidades e situações que envolvem a reflexão sobre os próprios conhecimentos para uma ampliação do universo cognitivo e racional, de forma a interagir com o saber



contextualizado pelo trabalho docente. Nesta perspectiva e concebendo a escola como espaço de aprendizagem de conteúdos de forma efetiva, pretendemos ofertar inicialmente as nossas crianças, na etapa de Educação Infantil, esse sistema inovador, pois acreditamos nas possibilidades e no potencial de nossas crianças e sabemos que a oferta de algo novo, trará resultados positivos no desenvolvimento das habilidades das crianças dessa faixa etária da Rede Municipal de Ensino de Aracruz. Assim sendo, explicita-se nesse documento a necessidade dessa rede de ensino em formar parceria com o Sistema de Ensino Aprende Brasil. Ressaltando que ambas as propostas, a do Sistema de Ensino e a das escolas, estão alicerçadas sob as perspectivas sociointeracionistas. Com isso, há uma melhor adequação das propostas de aprendizagem, permitindo melhorar a qualidade do ensino e a escola poderá atuar de maneira que: [...] as suas crianças possam desenvolver capacidades de diferentes naturezas e desse modo, construir suas identidades e seus projetos de vida, buscando desse modo à formação de um educando integral. Fazer com que, de forma refletida e consciente, sejam levados em conta seus momentos de vida, suas características sociais, culturais e suas individualidades, na busca do domínio da ciência e do conhecimento. A escola visa o desenvolvimento da capacidade de aprendizagem tendo em vista a aquisição de conhecimentos e habilidades e a formação de atitudes e valores. Diante dos argumentos apresentados, e posterior a um detalhamento e a uma análise dos elementos pedagógicos que se discorreu durante esse parecer, constatando-se a certificação da consonância entre a proposta Pedagógica do referido sistema de ensino e os propósitos educacionais de nosso município, se faz imperioso ressaltar que o referido e almejado sistema é referência no mercado, no que tange à qualidade de ensino, contribuindo para a formação de cidadãos preparados para as transformações do mundo contemporâneo, ressaltando que, nenhum outro sistema atende com tanta exatidão aos objetivos almejados”.

Instruem o procedimento administrativo: *Documento de Formalização de Demanda – DFD (E-Doc.1.2); Estudo Técnico Preliminar – ETP (E-Doc.3.2); Descritivo Livros Didáticos Integrados (E-Doc.3.3); Descritivo do Aprende Brasil Digital (E-Doc.3.4); Pareceres jurídicos e pedagógicos, além de notas fiscais e justificativa de valores fornecidos pela EDITORA, visando corroborar a viabilidade da contratação (E-Doc.3.5); Apresentação da Empresa – Portfólio EDITORA (E-Doc.3.6); Atestado de Exclusividade emitido pelo SINDICATO NACIONAL DE EDITORES DE LIVROS – SNEL atestando a exclusividade da GRÁFICA E EDITORA POSIGRAF LTDA para a comercialização do material definido pela Administração Pública (E-Doc.3.7); Certidões Negativas e Atestado de Capacidade Técnica (E-Doc.3.8); Proposta Comercial (E-Doc.3.9); Parecer Pedagógico emitido pela Secretaria Municipal de Educação de Aracruz justificando a aquisição do material descrito nos autos (E-Doc.3.10); Modelo de Personalização de Capas do Material (E-Doc.3.11); Autorização de Despesa da Ordenadora (E-Doc.4.2); Informação quanto à inclusão no Plano Municipal de Educação (E-Doc.4.2); Termo de Referência (E-Doc.4.3); Minuta do Contrato (E-Doc.4.4)*



Ausentes: a) Certidões de Regularidade Jurídica, Fiscal e Trabalhista da empresa, incluindo as da União, Estadual, Municipal, Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas, Certidão de Regularidade do FGTS; b) Declarações de que não emprega menores e não está impedida de contratar com o Poder Público; c) Justificativa expressa de preços pela SEMED; d) Disponibilidade Orçamentária; e) Nota de Reserva Orçamentária.

Destacamos a obrigatoriedade de incidência da Nova Lei de Licitações e Contratos (Lei Federal nº 14.133/2021) e regulamentação local, ao procedimento administrativo em apreço instaurado em 22/01/2024.

Esta parecerista esclarece que lhe incumbe prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não lhe competindo adentrar nas questões eminentemente técnico-administrativas. A análise recai tão somente sobre as questões jurídicas do assunto, não cabendo fazer juízo valor sobre as questões técnicas.

A manifestação jurídica é meramente opinativa, cabendo ao gestor avaliar as questões de ordem técnico-administrativas e decidir sobre a contratação conforme a conveniência e oportunidade.

É o relatório.

II – DOS ASPECTOS JURÍDICOS DA CONTRATAÇÃO POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PREVISTA NO ART. 74, INCISO I, DA LEI FEDERAL Nº 14.133/2021

Toda a matéria jurídica em discussão no presente parecer visa tão somente às contratações a serem firmadas com base na Lei nº 14.133/2021.

Sobre a obrigatoriedade de licitação, o art. 37, XXI da CF/88 estabelece:

“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”.

Primeiramente, antes de adentrar nos pormenores atinentes à contratação direta, cumpre-nos apontar que deve o gestor atentar que, a despeito de os processos de dispensa e de inexigibilidade não se sujeitarem à mesma rigidez formal inerente aos processos licitatórios, ambos exigem o cumprimento da etapa de planejamento da contratação, no que couber. A esse respeito, como bem esclarece Marçal Justen Filho, “a presença dos requisitos indispensáveis à dispensa ou à inexigibilidade apenas poderá ser identificada depois de exauridas as etapas iniciais de identificação do objeto e das soluções cabíveis.”

É durante a etapa de planejamento, por exemplo, que: é elaborado o documento de formalização da demanda; é designada a equipe de planejamento da contratação; são confeccionados o estudo técnico preliminar e o termo de referência, apresentando-se justificativas para a necessidade da contratação e para os quantitativos; é definido com precisão o objeto da contratação; é realizada a pesquisa de mercado; é analisada a adoção de critérios de sustentabilidade etc.

Porém, considerando que o presente parecer não versa especificamente sobre a etapa de planejamento, não serão aqui apresentados detalhes sobre o tema. De toda forma, quando da indicação dos documentos obrigatórios à instrução dos autos, será feita menção a documentos relativos a essa etapa procedimental.

Retornando ao raciocínio inicial, licitação é um procedimento administrativo, constituído de atos vinculados, mediante os quais se visa a assegurar que o Poder Público – no qual se incluem as autarquias – ao contratar obras, serviços e compras, obtenha a maior vantagem possível, para que o uso do dinheiro público seja feito com parcimônia, em face do princípio da indisponibilidade do interesse público, e com o fim de garantir que todos tenham iguais oportunidades de contratar com a Administração, em razão do princípio da igualdade.

Como visto, há situações que, apesar de gerarem vínculos entre a Administração e o particular, independem, por razões lógicas, de licitação. São aquelas em que a disputa se faz inconveniente, desnecessária ou impossível. **A Lei nº 14.133/2021, nos artigos 74 e 75 prevê as hipóteses de contratação direta, por inexigibilidade ou dispensa de licitação.** Ou seja, embora a regra para autarquias e órgãos públicos seja licitar, a Lei de Licitações, nos dispositivos citados, permite à Administração a contratação direta.



Como se vê, a exigência de prévia licitação é requisito essencial, de índole constitucional, para a realização de contratos com a Administração. Com efeito, tal exigência se faz necessária para a efetiva concretização dos princípios basilares que regem a Administração pública, elencados no art. 37, caput, da CF/88.

No entanto, o próprio dispositivo constitucional admite a ocorrência de casos específicos, expressamente previstos pela legislação, em que se permitem exceções à regra-geral da prévia licitação como requisito à celebração de contratos com a Administração. Tais exceções encontram-se previstas atualmente nos arts. 74 e 75 da Lei n. 14.133/2021, que tratam, respectivamente, de inexigibilidade e de dispensa de licitação.

A leitura dos dispositivos constitucionais e legais sobre o tema permite concluir que a validade da contratação direta está igualmente condicionada à observância dos princípios fundamentais norteadores da licitação – legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa e julgamento objetivo.

A formulação administrativa da pretensão contratual envolve aspecto gerencial, técnico. Na descrição do objeto, o gestor precisará definir apenas o essencial para as necessidades administrativas. Devem ser evitados detalhes irrelevantes ou impertinentes.

Os artigos 150 e 40 da Lei n. 14.133, de 2021, dispõem, igualmente, sobre a importância da adequada caracterização do objeto.

A recomendação mais importante é descrever detalhadamente o objeto a ser contratado, com todas as especificações necessárias e suficientes para garantir a qualidade da contratação.

Além disso, deve-se levar em consideração as normas técnicas eventualmente existentes, elaboradas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, quanto a requisitos mínimos de qualidade, utilidade, resistência e segurança, nos termos da Lei n. 4.150, de 1962.

No caso, o objeto foi definido no item 6 do ETP (E-Doc.3.2), nos seguintes termos:

“Aquisição do material proposto. Material este, que contemple os direitos de aprendizagem e desenvolvimento previstos na BNCC: conviver, brincar, participar, explorar, expressar-



se e conhecer-se, de acordo com o anexo I -Descritivo Livros Didáticos Integrados.

01 Livros Didáticos Integrados do Sistema de Ensino Aprende Brasil – GRUPO V Kit 1250”.

Isto posto, reforça-se que é de competência técnica a correta caracterização do objeto.

A motivação e a justificativa para instauração do presente procedimento estão previstas no item 2 do DFD (E-Doc.1.2) e Itens 2 e 12 do ETP (E-Doc.3.2):

“No que pese à justificativa da solução como um todo, tem-se que o material se faz necessário uma vez que os bons resultados são uma consequência direta da aplicação de ferramentas educacionais específicas. Acompanhar o dia a dia em cada sala de aula é um desafio e, por isso, é muito importante ter à disposição ferramentas que possibilitem uma padronização das avaliações e objetivos de aprendizagem. Tal possibilidade ainda, não nos é possível através do livro didático, ofertado pelo FNDE, que apesar de grande valia e um excelente instrumento não traz tal solução como um todo.

Considerando as atividades que ocorrerão durante o ano letivo de 2024, e ainda visando proporcionar situações de aprendizagens significativas que possam contribuir para o desenvolvimento integral das crianças. As aprendizagens e o desenvolvimento infantil têm como eixos estruturantes as interações e as brincadeiras, assegurando às crianças os direitos de aprendizagem e desenvolvimento previstos na BNCC: conviver, brincar, participar, explorar, expressar-se e conhecer-se. Sendo assim, a organização dos conhecimentos, dos saberes e dos valores está estruturada em cinco campos de experiências, cujo propósito é acolher as situações e as experiências concretas da vida cotidiana das crianças e seus saberes, entrelaçando-os aos conhecimentos constituintes do patrimônio cultural. Espera-se alcançar através do arranjo curricular proposto na coleção possa promover práticas que favoreçam o conhecimento das crianças com relação a si mesmas e ao mundo que as cerca, por meio da ampliação de experiências sensoriais, expressivas, corporais, éticas e estéticas que alarguem seus padrões de referência e de identidade no diálogo, no reconhecimento da diversidade, nas manifestações e nas tradições culturais brasileiras.”

Nesse aspecto, cumpre esclarecer que não cabe ao órgão jurídico adentrar no mérito das opções do Administrador no que diz respeito à oportunidade e conveniência, exceto em caso de afronta a preceitos legais.



O papel da Assessoria é recomendar que tal justificativa seja a mais completa possível, orientando a unidade demandante, se for o caso, pelo seu aprimoramento, na hipótese de se mostrar insuficiente, desproporcional ou desarrazoada, de forma a tentar coibir futuros questionamentos, o que não foi o caso.

Especificamente acerca das hipóteses de inexigibilidade, a contratação direta será possível quando houver inviabilidade de competição, que decorre da falta de um pressuposto lógico da licitação: a própria concorrência. Ou seja, não se mostra razoável exigir da Administração Pública a realização de um procedimento licitatório se desde já é sabido a quem será direcionada a contratação.

Nos dizeres de Lucas Rocha Furtado¹:

sabe-se que a competição é um dos fundamentos básicos da licitação. Realiza-se esta a fim de que se possa obter a proposta que, nos termos da lei, seja considerada mais vantajosa para a Administração. A licitação não pode ser realizada quando não houver competitividade em relação ao objeto licitado.

A inexigibilidade de licitação, como modalidade de contratação direta, exige procedimento prévio e determinado, destinado a assegurar a prevalência dos princípios jurídicos fundamentais. É imprescindível a observância de etapas e formalidades legais. Nesse sentido, cita-se Marçal Justen Filho, em sua obra "Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos" (2010, p. 387):

Os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação envolvem, na verdade, um procedimento especial e simplificado para seleção do contrato mais vantajoso para a Administração Pública. Há uma série ordenada de atos, colimando selecionar a melhor proposta e o contratante mais adequado. 'Ausência de licitação' não significa desnecessidade de observar formalidades prévias (tais como verificação da necessidade e conveniência da contratação, disponibilidade de recursos etc.). Devem ser observados os princípios fundamentais da atividade administrativa, buscando selecionar a melhor contratação possível, segundo os princípios da licitação".

(Grifou-se)

A regra para contratações públicas é a obrigatoriedade de procedimento licitatório. Há, porém, exceções, mediante contratações diretas, por meio de dispensas e inexigibilidades de licitação, desde que

¹Curso de licitações e contratos administrativos. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 161.



previstas na legislação. O inciso XXI, do artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, assim disciplina:

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.

(Grifou-se).

Diferentemente da dispensa de licitação em que, em tese, existe a possibilidade fática da realização de licitação, na "inexigibilidade de licitação", há inviabilidade de competição. Caracteriza-se quando só um "futuro contratado" ou só um "fornecedor exclusivo para um determinado objeto" é capaz de satisfazer o interesse administrativo.

Ao regulamentar o preceito constitucional retro transcrito, a Lei nº 14.133, de 2021, previu nos Capítulos VIII e IX, restritas hipóteses nas quais o procedimento licitatório não é obrigatório.

Dentre tais hipóteses, para a situação versada nos autos, é salutar destacar a estatuída no art. 74, inciso I, constante do Capítulo VIII, que assim prescreve:

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 comercial exclusivos;

(...)

§ 1º Para fins do disposto no inciso I do caput deste artigo, a Administração deverá demonstrar a inviabilidade de competição mediante atestado de exclusividade, contrato de exclusividade, declaração do fabricante ou outro documento idôneo capaz de



comprovar que o objeto é fornecido ou prestado por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos, vedada a preferência por marca específica.

Sobre o tema, vale destacar os ensinamentos do livro “Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, 2ª edição, e-book, cujo coordenador é o professor Joel de Menezes Niebuhr :

Em virtude disso, o bem só pode ser considerado exclusivo, autorizando a inexigibilidade, se as suas características peculiares, não encontradas em outros bens que lhe são concorrentes, forem decisivas ao interesse da Administração Pública. Se essas características não forem relevantes, salientá-las como requisito para a contratação a fim de justificar inexigibilidade é ilegítimo e ilegal, devendo- -se reputá-la inválida.

Tudo gira em torno da delimitação do interesse da Administração Pública, que é discricionária. Contudo, para tanto, durante a descrição do objeto do contrato, o agente da Administração Pública, a priori, não deve se preocupar com miudezas, com características que não sejam relevantes para o interesse da Administração Pública. Em sentido oposto, antes de tudo, ele deve atentar para a utilidade pretendida com o contrato, a função a ser cumprida pelo objeto a ser contratado.

A Administração Pública deve descrever o objeto com todas as características que definem o seu gênero. Trata-se das características principais ou essenciais do objeto, que definem a sua funcionalidade básica; das características que definem a própria natureza do objeto que se pretende contratar. Vai-se atentar às funções que se pretendem do objeto e descrevê-las de modo a assegurar o seu cumprimento. Sob essa perspectiva, todas as especificações que se fizerem necessárias são lícitas, mesmo que restrinjam o objeto a tal ponto de inviabilizar a competitividade e de justificar a inexigibilidade. Logo, se alguém dispõe com exclusividade da funcionalidade básica de dado objeto, é permitida a contratação por inexigibilidade amparada no inciso I do artigo 74 da Lei n. 14.133/2021, dado que somente ele pode oferecer à Administração Pública o resultado e o efeito pretendido por ela.

Além disso, a Administração Pública também volta os seus olhos às características periféricas do objeto, cuja ausência não compromete a sua funcionalidade básica. Trata-se de características que maximizam as funções do objeto, melhoram o conforto ou até a sua estética. Tais características agregam ao objeto funcionalidade secundária.



(...)

Outrossim, a Administração Pública deve ser cuidadosa na instrução de tais processos de inexigibilidade, especialmente no que tange ao conjunto de provas sobre a exclusividade do fornecedor. É que a inexigibilidade se configura com a efetiva inviabilidade de competição, o que depende de uma condição de fato.

Nesse sentido, só é lícito contratar diretamente ao argumento da exclusividade do fornecedor se ele for, verdadeiramente, exclusivo. Aí vale todo tipo de prova, especialmente, a resultante dos esforços empreendidos na pesquisa dos produtos ofertados no mercado.

No caso dos autos, o Termo de Referência (E-Doc.4.3) indica que a futura contratada detém a exclusividade para edição, publicação, impressão, divulgação e comercialização de livros e obras, descritas no **ATESTADO DE EXCLUSIVIDADE** (E-Doc.3.37), em todo o território nacional, em especial de **Livros Didáticos Integrados do Sistema de Ensino Aprende Brasil – GRUPO V**.

Sob a situação posta (art.74, I), há alguns requisitos que são necessários para a caracterização da inviabilidade de competição:

a) Referentes ao objeto:

- Só pode ser referente a compras e serviços, com restrição a obras;
- não pode ser indicada a marca do produto em princípio;
- justificativa de preços;
- justificativa da escolha do objeto

b) Referentes ao contratado:

- deve ser fornecedor exclusivo;
- a exclusividade, dependendo do vulto da aquisição, pode ser somente local;

c) Referente aos meios de comprovação:



- a exclusividade deve ser comprovada por meio de atestado ou certidão;
- a certidão deve ser expedida por um dos órgãos a seguir: junta comercial, sindicato, confederação ou federação ou entidade equivalente.

Embora inicialmente podemos dizer que houve justificativa para a escolha do fornecedor e tal se mostra exclusivo para as obras selecionadas, não houve justificativa da escolha do objeto em detrimento dos outros. Não existe nenhum outro fornecedor da literatura pretendida? Portanto, a justificativa da escolha do objeto deve estar muito clara nos autos, a ponto de afastar a aquisição de outras similares, que porventura existir.

Quanto à justificativa do preço, deve haver, por parte da autoridade administrativa estudo a fim de verificar se o preço cobrado está compatível com os serviços oferecidos. Não basta afirmar que se trata de fornecedor único, e por isso submeter-se ao preço por ele estipulado. Ou seja, comprovada a inviabilidade de realização de procedimento licitatório, e demonstrada a necessidade de contratação direta por meio de inexigibilidade, a Administração deverá justificar o preço da contratação pretendida, **que deverá ser realizada mediante a comparação da proposta apresentada com preços praticados pela futura contratada junto a outros órgãos públicos ou pessoas privadas.**

In casu, observa-se nos autos que o fornecedor exclusivo acostou documentação/pesquisa dando conta de que o valor pago por outros órgãos da Administração Pública à futura contratada estaria compatível com o valor a ser pago na presente contratação, conforme comparativo de preços e notas fiscais juntadas às fls.01/25 do E-Doc.3.5.

Especificamente sobre a **justificativa do preço (pesquisa de preços)**, para esse tipo de contratação, cite-se o que dispõe o art. 23 da Lei n. 14.133/2021 no tocante às contratações diretas por inexigibilidade de licitação:

Art. 23. O valor previamente estimado da contratação deverá ser compatível com os valores praticados pelo mercado, considerados os preços constantes de bancos de dados públicos e as quantidades a serem contratadas, observadas a potencial economia de escala e as peculiaridades do local de execução do objeto.



(...)

§ 4º **Nas contratações diretas por inexigibilidade ou por dispensa**, quando não for possível estimar o valor do objeto na forma estabelecida nos §§ 1º, 2º e 3º deste artigo, o contratado deverá comprovar previamente que os preços estão em conformidade com os praticados em contratações semelhantes de objetos de mesma natureza, por meio da apresentação de notas fiscais emitidas para outros contratantes no período de até 1 (um) ano anterior à data da contratação pela Administração, ou por outro meio idôneo.

Esta posição é amparada pela doutrina, conforme se extrai das lições de Jorge Ulysses Jacoby Fernandes²:

É comum que determinadas contratações que recaem sobre objetos singulares encontrem nessa justificativa declarações evasivas. Mesmo os objetos de natureza singular têm um preço estimado no âmbito da razoabilidade, e, para ilustrar, basta lembrar que os leilões para objetos de arte iniciam-se com uma avaliação prévia e fixação de um lance mínimo. Todos os bens e atividades humanas possuem um valor que pode ser traduzido em moeda, pois, se não tiverem valor econômico, não podem ser objeto de contrato. Um possível parâmetro **é verificar o preço que o notório especialista cobra de outros órgãos para realizar idêntico ou assemelhado. Essa verificação pode ser feita pelas publicações no Diário Oficial de inexigibilidade ou pelas cópias de recibo fornecidas pelo agente a ser contratado.** (nosso grifo)

Nessa linha, no que tange aos valores da contratação, destaca-se que, em atenção à Orientação Normativa da Advocacia Geral da União nº 17, de 1º de abril de 2009, também replicada em diversos julgados do TCU, **“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”.**

Destarte, a SEMED deve certificar expressamente nos autos a vantajosidade da contratação.

Devemos ressaltar que não compete a esta Procuraria a análise quanto a aspectos econômico-financeiros da contratação, bem como os valores médios, vez que não possui elementos técnicos suficientes para realizá-la, competindo à escolha e a justificativa quanto aos valores a autoridade contratante.

²FERNANDES, Jorge Ulysses Jacoby. Contratação Direta Sem Licitação. 10.ED. Belo Horizonte: Fórum, 2016. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1640>. Acesso em: 11/07/2023.



III – DAS DEMAIS EXIGÊNCIAS:

a) Critérios de Sustentabilidade:

Deve haver manifestação sobre práticas e/ou critérios de sustentabilidade economicamente viáveis adotados no planejamento da contratação (TCU, Ac.2.380/2012-2ª Câmara), o que se recomenda, de acordo com o Guia Nacional de Licitações Sustentáveis.

b) Da comprovação de regularidade:

A empresa a ser contratada pela SEMED deve comprovar a regularidade fiscal, previdenciária e trabalhista, exigidas para a habilitação em processos licitatórios. Esta regra se encontra expressamente prevista nos artigos 65 e 68 da Lei nº 14.133, de 2021.

Caso não seja apresentada a documentação necessária para a habilitação no certame, ou seja, caso a empresa não viabilize a comprovação de quitação com suas obrigações fiscais, federais e trabalhistas, deverá esta ser alijada do procedimento e, por conseguinte, considerada inabilitada para a contratação direta.

Nesse sentido, merece ser complementado o procedimento com: **a) Certidões de Regularidade Jurídica, Fiscal e Trabalhista da empresa, incluindo as da União, Estadual, Municipal, Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas, Certidão de Regularidade do FGTS; b) Declarações de que não emprega menores e não está impedida de contratar com o Poder Público.**

c) Alinhamento da contratação ao Plano de Contratações:

Identifico nos autos a informação da SEMED, no despacho de E-Doc.4..2, que a contratação em tela alinha-se ao Plano Municipal de Educação, a saber:

Meta 1 - PMA Descrição da Meta: Universalizar, até 2016, a educação infantil na pré-escola para as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade e ampliar a oferta de educação infantil em creches de forma a atender, no mínimo, 70% (setenta por cento) das crianças de até 3 (três) anos até o final da vigência deste PME.



E no ETP contém a seguinte informação (E-Doc.3.2):

A aquisição está prevista Plano Plurianual 2022-2025:

021 – FORTALECIMENTO DA EDUCAÇÃO BÁSICA 2068 - Expansão, Manut. e Melhoria do Atendimento da Educação Infantil 30% - Meta 08 do Plano Decenal. Garantir o acesso, a permanência e o sucesso dos estudantes da educação básica, ampliando gradativamente os investimentos em educação, de forma a investir 30% até o ano de 2025, para o desenvolvimento das ações da política educacional e melhoria da aprendizagem, constantes na Lei nº 3.967 de 14/09/2015 - PME e Resolução CMDCA nº 115 de 22/12/2017 - Plano Municipal de Educação e no Plano Decenal dos Direitos Humanos da Criança e do Adolescente.

Ampliar o atendimento e assegurar a melhoria na qualidade de oferta na Educação Infantil, em atendimento a Meta nº 01 da PME Lei nº 3967 de 14/09/2015.

A contratação alinha-se ao Plano Municipal de Educação, a saber: Meta 1 - PMA Descrição da Meta: Universalizar, até 2016, a educação infantil na pré-escola para as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade e ampliar a oferta de educação infantil em creches de forma a atender, no mínimo, 70% (setenta por cento) das crianças de até 3 (três) anos até o final da vigência deste PME

d) Previsão de recursos orçamentários:

Deve ser atestado nos autos a Disponibilidade Orçamentária para atender a futura contratação.

e) Do Termo de Referência:

No caso sub examine, o TR acostado no E-Doc.4.3 discorreu sobre o objeto, justificativa da contratação, requisitos da contratação, descrição da solução como um todo considerando o ciclo de vida do objeto e especificação do produto, modelo de execução contratual, modelo de gestão de contrato, adequação orçamentária, publicação.

Observa-se que o TR fora elaborada pela Ordenadora de Despesa.



f) Termo de Contrato:

Com base na disciplina do caput do art. 95 da nova Lei de Licitações, o instrumento de contrato será obrigatório. Essa é a regra.

Ocorre que o próprio artigo apresenta as seguintes exceções, em que o contrato será substituído por outro instrumento hábil, como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço:

Art. 95

[...]

I – dispensa de licitação em razão de valor;

II – compras com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive quanto a assistência técnica, independentemente de seu valor.

À toda evidência a contratação, per se, demanda obrigações futuras, na medida em que se trata de aquisição de livros didáticos, sendo necessário, portanto, a formalização, por intermédio de contrato.

Registra-se que se encontra juntada aos autos a minuta do contrato a ser celebrado entre as partes (E-Doc.4.4).

Sob o aspecto jurídico-formal, a minuta contratual de E-Doc.4.4 se encontra apta para os efeitos a que se destina, em consonância com as disposições essenciais do art. 92 da Lei Federal nº 14.133/2021, podendo ser adotada.

Ademais, os casos de contratação direta não dispensam a observância de um procedimento formal prévio, com a apuração e comprovação da hipótese de dispensa ou inexigibilidade de licitação, mediante procedimento administrativo que atenda o art. 72 da Lei n. 14.133/21:

Art. 72. O processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverá ser instruído com os seguintes documentos:

I - documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo;



II - estimativa de despesa, que deverá ser calculada na forma estabelecida no art. 23 desta Lei;

II - parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos;

IV - demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido;

V - comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária;

VI - razão da escolha do contratado;

VII - justificativa de preço;

VIII - autorização da autoridade competente.

Parágrafo único. O ato que autoriza a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial.

Para tanto, é necessário instruir o procedimento previamente com os requisitos sublinhados acima (faltantes), em atenção à Nova Lei de Licitações e Contratos, bem como:

a) Descrever e justificar a escolha do objeto, o porquê da escolha das obras em detrimento de outras. Feita a justificativa suficientemente clara, a contratação é possível sob o prisma da inexigibilidade;

b) Demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido;

b) Certidões de Regularidade Jurídica, Fiscal e Trabalhista da empresa, incluindo as da União, Estadual, Municipal, Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas, Certidão de Regularidade do



FGTS;

c) Declarações de que não emprega menores e não está impedida de contratar com o Poder Público;

d) Justificativa expressa da quantidade a ser adquirida e de preços pela SEMED. A SEMED deve evitar comprar número maior que o estritamente necessário.

e) Disponibilidade Orçamentária;

f) Nota de Reserva Orçamentária;

g) Deve haver ratificação e publicação da inexigibilidade.

Destacamos que só haverá viabilidade jurídica da contratação se comprovados os requisitos legais acima mencionados, sobretudo a vantajosidade da contratação.

Cumpridas as recomendações acima, não há necessidade de retorno dos autos para apreciação de questões técnico-econômicas.

Lembrando que a decisão administrativa, a escolha do fornecedor e a justificativa são de responsabilidade da autoridade emitente e contraente.

III – CONCLUSÃO

Por todo exposto, observados os preceitos da legislação vigente, os apontamentos acima enumerados, opina-se pela viabilidade jurídica da pretendida Contratação Direta, por Inexigibilidade de Licitação, fundamentada no inciso I, do artigo 74 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, desde que respeitadas as condicionantes jurídicas apresentadas neste Parecer.

Destarte, a esta Procuradoria Municipal cabe prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não lhe competindo adentrar à conveniência e à oportunidade dos atos praticados no âmbito da Secretaria



requerente do parecer, nem analisar aspectos de natureza eminentemente técnico-administrativa e econômicas.

Cumpre anotar que o “parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa”. (Celso Antônio Bandeira de Mello, “Curso de Direito Administrativo”, Malheiros Ed., 13ª. ed., p. 377). Ou seja, trata-se de ato meramente opinativo.

É parecer, *s.m.j.*

Aracruz-ES, 29 de Janeiro de 2024.

ARIANE MAIA GUIMARÃES SEPULCHRO

Procuradora do Município

Matrícula nº 23.105

OAB/ES nº 16.831



PROTOCOLO DE ASSINATURA(S)

O documento acima foi assinado eletronicamente e pode ser acessado no endereço <https://aracruz.prefeiturasempapel.com.br/autenticidade> utilizando o identificador 3400300030003000300032003A00540052004100

Assinado eletronicamente por **ARIANE MAIA GUIMARAES SEPULCHRO** em **29/01/2024 09:55**

Checksum: **D0C495370F245C867DAEE6BB4F12A425D71A017237EEDDFF3459CE21285B3ADD**



Autenticar documento em <https://aracruz.prefeiturasempapel.com.br/autenticidade> com o identificador 3400300030003000300032003A00540052004100, Documento assinado digitalmente conforme art. 4º, II da Lei 14.063/2020.