

PARECER JURÍDICO

**PARECER N° 182/2019 – COJUR/SME
PROCESSO N° P058606/2019**

INTERESSADO: Coordenadoria do Ensino Fundamental da SME.

ASSUNTO: Solicitação de Aquisição de Material Didático para o 1° ano do Ensino Fundamental através de Inexigibilidade de Licitação.

EMENTA: Direito Administrativo. Licitações e Contratos. Contratação Direta. Inexigibilidade de Licitação. Fornecedor Exclusivo.

I - DO RELATÓRIO

Versam os presentes autos sobre pedido de realização de **INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO**, que tem por objeto o “fornecimento de material didático para alunos e professores do 1° ano do Ensino Fundamental, conforme especificações constantes no Termo de Referência e na proposta da contratada”, tendo como fornecedora a empresa INSTITUTO ALFA E BETO, inscrita no CNPJ n° 08.458.084/0001-13.

A justificativa apresentada pela Coordenadoria do Ensino Fundamental da SME para a compra dos materiais, lastreia-se nos seguintes fatos:

“No caso em epígrafe, vemos que, conforme declaração de exclusividade acostados aos autos, o Instituto Alfa e Beto é o único fornecedor dos materiais em comento.

Os materiais requisitados, fornecidos pelo INSTITUTO ALFA E BETO, destinados aos alunos do 1° ano do Ensino Fundamental, apresentam uma proposta de ensino estruturado, orientando o trabalho pedagógico para a integração com as demais áreas de conhecimento, complementando o que o PNLD deixa a desejar.

O uso desse material tem como objetivo contribuir para um desempenho mais eficaz, pois auxilia no desenvolvimento das competências necessárias para aprendizagem, bem como atender a proposta do novo documento curricular da rede de ensino”.

No presente processo administrativo consta a seguinte documentação:

- a) Ofício, Justificativa, Termo de Referência e Justificativa de Preços exarado pela Coordenadoria do Ensino Fundamental da SME (CEF/SME);
- b) Notas Fiscais que comprovam a vantagem do preço proposto pelo INSTITUTO ALFA E BETO;
- c) Proposta Comercial do INSTITUTO ALFA E BETO;
- d) Declaração de Exclusividade, exarado pela Câmara Brasileira do Livro;
- e) Termo de Cessão de Direitos e Contrato de Cessão de Direitos Autorais, que ratifica a exclusividade da comercialização dos materiais didáticos que trata esta inexigibilidade de licitação;
- f) Documentos de Habilitação do INSTITUTO ALFA E BETO;
- g) Autorização da autoridade máxima e solicitação da emissão do presente parecer jurídico.

É o relatório. Passamos a opinar.

II – DO PARECER

Cabe esclarecer que este parecer é meramente opinativo, sem qualquer conteúdo decisório, haja vista que o prosseguimento da demanda ficará adstrita às determinações das autoridades competentes, conforme MS 24.631-6, senão vejamos:

“É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa. Mandado de segurança deferido. (STF - MS 24.631-6 - DISTRITO FEDERAL - Relator(a): Min. Joaquim Barbosa - Julgamento: 09/08/2007 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno - Publicação: DJ 01-02-2008)”

A regra para a celebração de todo contrato administrativo é a obrigatoriedade de prévia licitação, procedimento administrativo com fim seletivo, cuja exigência fundamenta-se na moralidade administrativa – a guiar toda a conduta dos administradores – e na igualdade de oportunidades a todos quantos se interessam em contratar com a Administração Pública. As exigências feitas pela Lei Federal n. 8666/93 são exercidas no sentido de tornar mais



rígidos e objetivos os critérios de julgamentos das licitações. Assim é conceituado o Princípio do Julgamento Objetivo, segundo José dos Santos Carvalho Filho, em seu "Manual de Direito Administrativo" (CARVALHO FILHO, 2009, p. 235):

"O princípio do julgamento objetivo é corolário do princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Consiste em que os critérios e fatores seletivos previstos no edital devem ser adotados inafastavelmente para o julgamento, evitando-se, assim, qualquer surpresa para os participantes da competição. Nesse sentido, é incontestável o art. 45 do Estatuto.

Quis o legislador, na instituição do princípio, descartar subjetivismos e personalismos. E isso não apenas no julgamento final, mas também em todas as fases onde exista espécie de julgamento, de escolha, de modo que os atos da Administração jamais possam ser dilatados por gosto pessoal ou favorecimento" (grifamos).

Todavia, o art. 37, XXI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 atribuiu ao legislador a competência para definir casos excepcionais de exclusão do dever de licitar pela Administração Pública. São os casos da licitação dispensada (art. 17, I e II, da Lei 8.666/93), da licitação dispensável (art. 24, I a XXXIII da Lei 8.666/93) e da licitação inexigível (art. 25, I a III da Lei 8.666/93).

A aquisição dos livros em comento exige a realização de procedimento formal prévio que justifique e confira publicidade a essa aquisição pela Administração Pública Municipal.

O artigo 25 da Lei n° 8.666/93 revela as hipóteses de inviabilidade de competição, senão vejamos:

"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".



Deve-se ressaltar, contudo, o pleno caráter de excepcionalidade ao procedimento geral da licitação com a observância à taxatividade das hipóteses legalmente estabelecidas e que permitem ser a licitação dispensada, dispensável ou inexigível. Isso, não obstante excepcionar a obrigatoriedade de licitar, não dispensa a Administração Pública Municipal de realizar procedimento administrativo prévio, pois é por meio da realização de procedimento administrativo que se possibilita o controle interno dos atos praticados, bem como se realiza o controle judicial e social dos gastos efetuados com o dinheiro público. O controle realizado com a consecução de atos administrativos cadenciados em um processo administrativo evidencia a motivação do gestor público para o afastamento da licitação no caso, atingindo, dessa forma, a substanciação da moralidade e probidade administrativa.

Tendo em vista que livros, dado seu caráter de obra intelectual individualizada, possuem uma natureza de tal modo singular que inviabiliza uma competição, verifica-se, portanto, que a aquisição sub examine se enquadra na hipótese de licitação inexigível. Deve a Administração Pública Municipal pautar, portanto, a contratação direta nas hipóteses da Lei Federal n. 8.666/1993, bem como pelo teor do Decreto Municipal n° 1886/2017, que disciplina os trâmites dos pedidos de dispensa e inexigibilidade de licitação no âmbito do Município de Sobral.

A licitação inexigível libera a Administração da promoção do procedimento de escolha da melhor proposta, mas não prescinde do dever de verificar a personalidade jurídica, capacidade técnica, idoneidade financeira, regularidade fiscal, celebração do contrato, entre outros, conforme disposto na legislação atinente.

No presente caso, fora juntada aos autos **Carta de Exclusividade**, que atesta ser o INSTITUTO ALFA E BETO, o detentor exclusivo dos direitos de elaboração, editoração, comercialização e distribuição das obras em epígrafe, cujo número de ISBN estão devidamente especificados, subsumindo-se à previsão normativa do fornecedor exclusivo, constante no inciso I, do artigo 25 da Lei n° 8.666/93.

No mesmo sentido, o Acórdão n° 3290/2011 – Plenário do Tribunal de Contas da União afirma:

“Enunciado

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.

Resumo

Representação apontou como irregular a contratação direta de editora para a aquisição de livros didáticos e paradidáticos para 300 escolas de ensino médio, no valor de R\$ 2.516.225,00, efetuada pela Secretaria Estadual de Educação do Pará - Seduc/PA, com recursos oriundos do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE. O relator ressaltou inicialmente que havia concedido medida cautelar, a qual foi endossada pelo Plenário, vedando novas aquisições diretas de livros, por falta de observância do disposto no comando contido no art. 25, inciso I, da Lei n. 8.666/1993. Ao abordar essa questão, observou que o Tribunal deparou-se, em outras ocasiões, com casos concretos semelhantes ao que ora se examina. Registrou que "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 (Decisão 1.500/2002-P, Acórdão 1.299/2003-1ªC, Acórdão 1.889/2007-P, Acórdão 835/2009-P, Acórdão 6.803/2010-2ªC e Acórdão 950/2011-P) ; ou quando reconhecida a condição de comerciante exclusivo de uma empresa (distribuidora ou livraria) , outorgada pela editora (Acórdão 320/2005-1ªC) ". Tal orientação, consignou, resulta fundamentalmente da inviabilidade de competição, por impossibilidade de efetuar o confronto de ofertas. E prosseguiu: "Há que se verificar se, na contratação feita pela Seduc/PA, por inexigibilidade de licitação, **ficou caracterizada a exclusividade de fornecimento e, portanto, a inviabilidade de competição, respaldada em atestado de exclusividade, em acordo com o preconizado no art. 25, inciso I, da Lei 8.666/93 ...**". O relator, com esse intuito, **considerou declaração da Câmara Brasileira do Livro - CBL, que atesta a "exclusividade da edição, publicação, distribuição e comercialização, em todo o território nacional, das referidas obras", assim como a declaração de que a editora contratada é representante exclusiva, no estado do Pará, da editora que detém os direitos para distribuição de seis dos títulos que foram adquiridos. Foram também trazidos aos autos cópias dos contratos firmados entre os autores e as editoras, que demonstram a exclusividade de edição e comercialização. Por esses motivos, o relator, divergindo do entendimento de que seria indevida a referida inexigibilidade, considerou "estar comprovada a exclusividade da editora contratada na editoração e comercialização das obras adquiridas, sendo regular, a meu ver, sua contratação direta pela Seduc/PA"**. Acrescentou, a propósito, que "normativo federal (IN/MARE 02/98) permite a contratação direta de editoras, por inexigibilidade, para a compra de livros e periódicos". A despeito disso, vislumbrou indícios de sobrepreço nas aquisições efetuadas. Isso por que não teria sido observada condição imposta pela IN/MARE 02/1998 de fornecimento de desconto mínimo de 20% sobre o preço de capa. Ressaltou que "a referida inexigibilidade não é suficiente para dispensar o gestor da justificativa para os preços contratados, a teor do que determina o art. 26, inciso III, da lei de licitações". Por esses motivos, ao acolher proposta formulada pelo relator, o Plenário decidiu considerar improcedente a representação. Não obstante, determinou ao FNDE que "considere, quando da análise da prestação de contas dos recursos

repassados à Secretaria Estadual de Educação do Pará - Seduc/PA, no âmbito do Programa Especial de Fortalecimento do Ensino Médio, os indícios de sobrepreço apontados no presente processo, referentes à contratação das editoras (...) e, caso sejam detectados que os potenciais prejuízos tenham se concretizado, instaure a competente tomada de contas especial". Precedente mencionados: Acórdãos s 6.803/2010 e 1.163/2011, ambos da Segunda Câmara.

Excerto

Voto:

2. Questiona-se, nesta oportunidade, a regularidade da contratação direta da editora [1], efetuada pela Secretaria Estadual de Educação do Pará - Seduc/PA, com recursos oriundos do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE, no âmbito do Programa Especial de Fortalecimento do Ensino Médio, para a aquisição de livros didáticos e paradidáticos, para 300 escolas de ensino médio, no valor de R\$ 2.516.225,00.

[...]

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 (Decisão nº 1.500/2002-P, Acórdão nº 1.299/2003-1ªC, Acórdão nº 1.889/2007-P, Acórdão nº 835/2009-P, Acórdão nº 6.803/2010-2ªC e Acórdão nº 950/2011-P) ; 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.

8. Em relação à condição de exclusividade acima referida, socorro-me das informações contidas no Relatório e Voto que fundamentaram o Acórdão nº 6.803/2010-2ªC, que foi proferido após a análise da aquisição de livros didáticos, para o PEJA, pela Secretaria de Educação e Cultura do Estado do Tocantins - Seduc/TO, por inexigibilidade de licitação, ante a alegação de fornecedor exclusivo. A exclusividade para a editoração e comercialização das obras conferidas pelos autores às editoras pode ser por elas administradas de duas formas: (a) exclusividade absoluta: quando a editora edita e comercializa o título no país; ou quando edita, mas contrata uma única empresa ou representante para comercializá-lo; e (b) exclusividade relativa: quando, além de a própria editora editar e comercializar (ou não) as obras, contrata distribuidores nas diversas praças do país, com a finalidade de comercializá-las.

9. Segundo Marçal Justen Filho, tanto a exclusividade absoluta quanto a relativa podem induzir à inexigibilidade de licitação, em razão de estabelecerem, ambas as exclusividades, situações em que o fornecedor é único, ainda que regionalmente.

10. Sobre esse particular, extraído do relatório que embasou o já referido Acórdão nº 6.803/2010-2ªC, a seguinte análise feita pela Secex/TO:

"5.3.1. não obstante existir posição doutrinária defendendo a possibilidade de se realizar licitação, mesmo diante de exclusividade relativa de fornecedor, com base no valor a ser contratado, não parece ser este o caso para o mercado de livros. De fato, a sistemática da regionalização do mercado de livros é uma realidade em nosso país. Isso é confirmado não só pelas razões de justificativa dos responsáveis, como também pela própria **Câmara Brasileira do Livro - CBL, entidade de âmbito nacional,**

fundada em 20 de setembro de 1946, que tem como objetivo defender e difundir o livro. Em contato telefônico com o setor responsável da CBL, nos foi informado que, de fato, não é possível, ante o respeito aos acordos comerciais firmados entre editoras e distribuidores que, mesmo numa concorrência de grande vulto, um distribuidor venha a invadir a área de outro; o que, na prática, inviabiliza a competição.

5.3.2. Ademais, a própria jurisprudência do TCU já reconheceu que a exclusividade relativa é fundamento para a inexigibilidade de licitação conforme trecho do Acórdão 095/2007 - TCU - Plenário:

[...]

5.3.3. Assim, cabe razão aos responsáveis em relação às aquisições de livros didáticos destinados à educação de jovens e adultos por meio de processo de inexigibilidade de licitação, fundamentada no art. 25, I, da Lei Federal de Licitações e Contratos, uma vez que se trata de fornecedores exclusivos na região dos livros objeto das aquisições, o que impediria outra empresa de entrar numa possível concorrência.”.

11. A condição de fornecedor exclusivo deve ser demonstrada por certificados de exclusividade emitidos pelos órgãos e entidades mencionados no inciso I do art. 25 da Lei nº 8.666/93 (“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”).

12. Em relação ao mercado de livros, por ocasião da apreciação do TC 020.500/2006-4 (Acórdão nº 6.803/2010-2ªC) , ficou assente que a Câmara Brasileira do Livro seria o órgão competente para expedir a carta de exclusividade sobre a editoração, porquanto se enquadraria como “entidade equivalente” prevista no art. 25, I, da Lei 8.666, de 1993. E que as editoras, apesar de não estarem incluídas no referido dispositivo legal, poderiam ter suas declarações de representação e/ou distribuição exclusivas consideradas aptas para a comprovação de fornecedor exclusivo, uma vez que as distribuidoras e/ou livrarias que as possuem deteriam efetivamente a exclusividade da comercialização dos livros pertencentes à determinada editora, na área territorial indicada na declaração.

12.1 Essa última conclusão foi ancorada no fato de que “a comprovação da inexistência de alternativas para a Administração faz-se segundo o princípio da liberdade de prova. Pode dar-se por qualquer via, desde que idônea e satisfatória. Lembre-se que a inviabilidade de competição é uma questão não apenas jurídica, mas também fática”. Como afirma Marçal Justen Filho, a inexigibilidade... é uma imposição da realidade extranormativa, que torna a licitação inútil ou contraproducente.

13. Ante essas considerações, passo a analisar o caso concreto.

14. Há que se verificar se, na contratação feita pela Seduc/PA, por inexigibilidade de licitação, ficou caracterizada a exclusividade de fornecimento e, portanto, a inviabilidade de competição, respaldada em atestado de exclusividade, em acordo com o preconizado no art. 25, inciso I, da Lei nº 8.666/93 e Acórdão nº 6.803/2010-2ªC.

15. Em resposta à oitiva e audiência feitas, o então Secretário de Educação informou que a [Editora 1] detém, conforme declaração da Câmara Brasileira do Livro - CBL, a exclusividade da edição, publicação, distribuição e comercialização, em todo o território nacional, das referidas obras (Doc. 19) , encaminhando cópia da referida declaração, bem assim

da declaração da [editora omissis] de que a [Editora 1] é sua representante exclusiva no Estado do Pará, para 6 dos títulos que foram adquiridos (Latinoamericana - Enciclopédia, Agenda do Velho Comunista, Casa d'a Caba, Os éguas, Mascow e Um sol para cada um) . Além disso, foram remetidas cópias dos contratos firmados entre os autores e as editoras (1 e omissis) , firmando a exclusividade de edição e comercialização.

16. Nessas condições, penso estar comprovada a exclusividade da editora contratada na editoração e comercialização das obras adquiridas, sendo regular, a meu ver, sua contratação direta pela Seduc/PA. Há que se registrar, inclusive, que normativo federal (IN/MARE nº 02/98) permite a contratação direta de editoras, por inexigibilidade, para a compra de livros e periódicos. A condição é a exigência de desconto mínimo de 20% (vinte por cento) sobre o preço de capa.

[...]

19. Assim, apesar de a Secex/PA ter verificado que diversas livrarias vendem alguns dos livros por preços menores daqueles oferecidos pelas editoras, mesmo, em alguns casos, se considerado o frete, não há garantia de que pudessem manter o preço, caso não conseguissem, junto à editora, assegurar a quantidade desejada e o desconto já obtido.

20. Nessas circunstâncias, entendo que **não há irregularidade na aquisição de livros, por inexigibilidade de licitação, diretamente das editoras.**

21. Assim, discordando da unidade técnica, sou pela improcedência desta Representação no tocante à alegada aquisição direta irregular.

Acórdão:

9.1 conhecer, com fulcro nos arts. 235 e 237, IV e parágrafo único do Regimento Interno/TCU, da presente Representação, para, no mérito, considerá-la improcedente;

9.2 revogar a medida cautelar concedida em 15/12/2010; (grifos nossos)

Vemos nos autos que foram trazidos a declaração de exclusividade exarada pela Câmara Brasileira dos Livros, bem como os **contratos que cedem os direitos exclusivos de comercializar os materiais didáticos, feito com a editora e os autores dos respectivos materiais**, respeitando o acórdão exarado pelo plenário do TCU.

Cumpre advertir, ainda, que não compete a esta Coordenadoria Jurídica a análise acerca da conveniência e oportunidade da realização de qualquer ato da gestão, quer no seu aspecto econômico-financeiro, quer no seu aspecto administrativo. Estes aspectos são costumeiramente denominados de mérito administrativo e são de inteira responsabilidade do Gestor Público. Assim, a análise do presente parecer cinge-se, apenas e tão somente, às questões de caráter eminentemente jurídico, motivo pelo qual o posicionamento desta Assessoria Jurídica não possui o condão de vincular o Administrador Público (MS n. 24073, relator Ministro Carlos Velloso, STF), que poderá motivadamente adotar entendimento

diverso, mesmo com recomendação jurídica contrária, conforme preconiza o art. 50, inciso VI da Lei nº 9.784/99.

III – DA CONCLUSÃO

Portanto, à vista dos autos e do exposto, defronte tais necessidades, **opinamos**, diante da conveniência e oportunidade, com fulcro em dar celeridade aos procedimentos administrativos e, no prosseguimento do presente processo de INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO, para a contratação da empresa INSTITUTO ALFA E BETO, inscrita no CNPJ nº 08.458.084/0001-13, tendo por objeto o “fornecimento de material didático para alunos e professores do 1º ano do Ensino Fundamental, conforme especificações constantes no Termo de Referência e na proposta da contratada”, propondo, por conseguinte, que os autos sejam levados ao Exmo. Sr. Secretário de Educação para considerações.

Remeta-se o processo ao Exmo. Sr. Secretário de Educação para considerações.

Salvo melhor juízo, é o parecer.

Sobral - Ceará, aos 08 de Março de 2019.


DAYANNA KÁRLA COELHO RODRIGUES
Coordenadora Jurídica da SME
OAB/CE nº 26.147


JOSE RAFAEL MELO NASCIMENTO
Gerente da Célula de Processos Licitatórios
OAB/CE nº 40.288