

PARECER JURÍDICO

Proc. N°	1679/21
Folha N°	1/02
Rubrica	

Ref.: Processo nº 01679/2021 - SEMED

ASSUNTO: Contratação direta para aquisição de livros por inexigibilidade de licitação art. 25, Inciso I, da Lei nº 8.666/93.

Trata-se de solicitação de realização de despesa preterida de procedimento licitatório, formulada pela Secretaria Municipal de Educação que, em síntese, solicita “[...] a emissão de parecer jurídico acerca da possibilidade de aquisição de livros didáticos para a educação infantil, os quais foram previamente avaliados sob o prisma didático e pedagógico pelos professores da rede de ensino municipal [...]”.

Assevera ainda a Secretaria de Educação que “[...] A inexigibilidade de licitação para a aquisição dos livros didáticos acima individualizados se funda no inciso I do Artigo 25 da lei 8.666/93 e se justifica pela inviabilidade de competição, mormente em decorrência da exclusividade da empresa no tocante ao fornecimento do objeto cuja contratação é pretendida, comprovada por meio de declaração anexa ao processo. [...]”

Por fim, acostou aos autos documentos jurídicos e fiscais da empresa **SÃO LUÍS DISTRIBUIDORA DE LIVROS LTDA.**, bem como orçamento dos livros didáticos, elaborado pela última, e ainda outras notas fiscais e contratos com outros entes jurídicos de modo a comprovar a compatibilidade de preço de mercado.

Este é o relatório. Passo a opinar.

A Constituição da República prevê a possibilidade da aquisição de produtos e contratação de serviços, por parte da Administração Pública, sem prévio procedimento licitatório.

Essa é a letra do art. 37, XXI, da Carta Magna, *in verbis*:

“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.”
(destaques e grifos nossos)

Da leitura do dispositivo legal acima invocado depreende-se que, em regra, toda e qualquer contratação de produto ou serviço levada a efeito pela Administração Pública deve ser precedida do competente procedimento licitatório, regido pela Lei nº 8.666/93.

Por outro ângulo, o Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos, regulamentando a primeira parte do art. 37, XXI, da Carta Magna, estabeleceu em seu art.

25 e incisos as hipóteses e pressupostos em que se torna inexigível a realização de licitação.

Reza o art. 25, I, da Lei nº 8.666/93, que:

“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; [...]” (destaques e grifos nossos)

Compulsando os autos verifica-se facilmente que os documentos apresentados pela empresa **SÃO LUÍS DISTRIBUIDORA DE LIVROS LTDA.** demonstram a sua exclusividade na distribuição dos livros da editora FTD no Estado do Maranhão, e da editora Editorial Vinte e Cinco, e ainda a apresenta Declarações de Exclusividade sobre a venda e comercialização dos livros das referidas editoras em todo território nacional emitida pela Câmara Brasileira do Livro – CBL, mostrando-se suficientes a escorar a contratação pretendida com fulcro no art. 25, *caput*, da Lei nº 8.666/93.

Urge ressaltar que a pretensão da Administração Pública Municipal tem ainda por supedâneo pareceres pedagógicos emitidos pela Diretoria de Ensino e suas Coordenadoras Pedagógicas após avaliação didática e pedagógica os quais apontam as obras as que mais se adequam ao planejamento de ensino e aos objetivos a serem alcançados.

Observamos que o TCU vem pacificando o entendimento sobre a contratação direta por inexigibilidade de licitação para aquisição de livros desde que cumprindo os requisitos, no caso em primeiro plano a exclusividade. Nesse caso entendem que podem ser tanto a exclusividade absoluta como a exclusividade relativa, senão vejamos parte do voto do relator no TC 030.180/2010-4 que deu origem ao ACÓRDÃO Nº 3290/2011 – TCU – Plenário:

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:

‘Em relação ao direcionamento da compra às contratadas, vê-se que esse decorreu do fato de essas serem as representantes exclusivas (temporárias) instituídas pelos laboratórios. Forçoso admitir que a decisão de conceder exclusividade às contratadas era privativa dos laboratórios, refugindo à apreciação do TCU, ainda que essa possa não ter sido a solução que melhor preços tenha trazido à Administração. Essa matéria parece estar mais afeta à competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE.

Assim, não obstante o número exagerado de contratações em que não se exigiu a licitação, data vênia do excelente trabalho da unidade técnica, não parece seguro afirmar que, no caso específico tratado nestes autos, tenham sido indevidas as adoções das inexigibilidades dos certames.

A uma, porque as empresas [omissis] de fato detinham a exclusividade na representação dos laboratórios, ainda que limitada, isto é, pelo menos em relação aos certames discutidos nos autos. A duas, porque se tratavam de medicamentos que somente poderiam ser ofertados por único fornecedor (lembrando que os laboratórios são fabricantes e distribuidores exclusivos no território nacional dos medicamentos adquiridos.

(...) Feitas essas considerações, posiciono-me, como já dito, em conformidade com o Ministério Público junto ao TCU no sentido de, com base no que consta nos autos, considerar legais as contratações diretas realizadas [destaque nosso].'

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.

Sendo assim, não há o que duvidar da condição de exclusividade da empresa a ser contrato o que configura a não exigência de licitação, como exhaustivamente foi demonstrado nos documentos anexo nos autos em especial na justificativa para a contratação.

Quanto ao valor ratificamos as orientações e julgados apresentados na justificativa, o que abaixo transcrevemos:

Quanto ao valor, a Advocacia Geral da União, conforme Orientação Normativa nº 17, de 1º de abril de 2009, entende que: "A razoabilidade do valor das contratações decorrentes de dispensa e inexigibilidade de licitação poderá ser aferida por meio da comparação da proposta apresentada com os

preços praticados pela futura contratada junto a outros entes públicos e/ou privados, ou outros meios igualmente idôneos”.

O TCU compartilha do mesmo posicionamento, nos seguintes termos:

“Também importante é o entendimento pacífico de que a justificativa de preço é elemento essencial da contratação, posto que a sua validade depende da verificação da razoabilidade do preço ajustado, conforme prevê o inciso III do art. 26 da Lei nº 8.666/1993. (...) a inviabilidade de competição não constitui óbice, por si, à verificação da razoabilidade do preço. Diversos são os parâmetros que poderão ser utilizados para se avaliar a adequação dos preços, mesmo quando se tratar de fornecedor exclusivo”.

(...)

Resta justificado, nos termos do art. 26, parágrafo único, inciso III, da Lei 8.666, de 1993, que preço previsto para a contratação está em conformidade com a realidade do mercado, de forma a garantir a proposta mais vantajosa para Administração e, por conseguinte evitar prejuízo ao erário. A esse respeito faz alusão a ON nº17 da AGU:

"A RAZOABILIDADE DO VALOR DAS CONTRATAÇÕES DECORRENTES DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PODERÁ SER AFERIDA POR MEIO DA COMPARAÇÃO DA PROPOSTA APRESENTADA COM OS PREÇOS PRATICADOS PELA FUTURA CONTRATADA JUNTO A OUTROS ENTES PÚBLICOS E/OU PRIVADOS, OU OUTROS MEIOS IGUALMENTE IDÔNEOS."

INDEXAÇÃO: INEXIGIBILIDADE. CONTRATAÇÃO DIRETA. JUSTIFICATIVA DE PREÇO. PROPOSTA. CONTRATADA.

REFERÊNCIA: Art. 26, parágrafo único, inc. III; art. 113, da Lei nº 8.666, de 1993; Despacho do Consultor-Geral da União nº 343/2007; Informativo NAJ/RJ, ANO 1, Nº 1, jun/07, Orientação 05; Decisão TCU 439/2003-Plenário, Acórdãos TCU 540/2003-Plenário, 819/2005-Plenário, 1.357/2005-Plenário, 1.796/2007-Plenário, Despachos proferidos no PARECER nº 0467/2010/RCDM/NAJSP/AGU; ARECER/AGU/NAJSP/ Nº 0969/2009 - SS; PARECER/AGU/NAJSP/ Nº 0957/2008 - CEM e PARECER/AGU/NAJSP/ Nº0645-2009-CAOP.

PROCESSO Nº 00400.010939/2010-50 LUÍS INÁCIO LUCENA ADAMS (*) alterada pela PORTARIA AGU Nº 572, DE 13.12.2011 - publicada no DOU I 14.12.2011.

Observamos que ficou demonstrado que os preços propostos para a venda dos livros está compatível ao de mercado onde a empresa pratica os preços similares em entes públicos e privados, afastando assim indícios de superfaturamento e demonstrando a vantajosidade para a administração pública contratante.

Acerca da necessidade da formalização do ato administrativo *sub examinem* é válido registrar que não cabe a este órgão jurídico imiscuir-se no mérito do ato administrativo, avaliando a conveniência e oportunidade da contratação que pretende se


realizar. Na forma do parágrafo único do art. 38 da Lei n.º 8.666/93, compete a esta Consultoria, tão-somente, o exame prévio quanto aos aspectos jurídico-formais do procedimento e que ora promovemos.

Destarte, uma vez presentes os pressupostos caracterizadores da inviabilidade de competição, por exclusividade de representação comercial, opino pela legalidade do procedimento de inexigibilidade de licitação para a contratação da empresa **SÃO LUÍS DISTRIBUIDORA DE LIVROS LTDA**, observado o procedimento disposto na Lei n.º 8.666/93 e demais dispositivos legais aplicáveis à matéria.

Este é o Parecer.

Timon-MA, 16 de dezembro de 2021.

Assessor Jurídico da SEMED


Victor Luiz Serra Lula
Advogado
OAB/PI N° 9902