

PARECER JURÍDICO

Proc. N°	1679/21
Folha N°	1/2
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 exaustivamente 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