

Recife/PE, 31 de julho de 2024.

AO LABORATÓRIO FARMACÊUTICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO – LAFEPE.

DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA EDITORIAL. CONTRATAÇÃO DIRETA. LICITAÇÃO DISPENSADA. ARTIGO 28, §3º, I, LEI 13.303/2016. POSSIBILIDADE.

Prezados Senhores,

1. CONSULTA.

Trata-se de consulta formulada pela Superintendência Jurídica do Laboratório Farmacêutico do Estado de Pernambuco Governador Miguel Arraes – LAFEPE acerca da possibilidade de contratação de empresa prestadora de serviços editoriais – no caso, a Companhia Editora de Pernambuco – CEPE - para produção de materiais comemorativos pelos 60 anos do LAFEPE, que ocorrerá no mês de maio de 2025.

Consoante deliberações da Diretoria da empresa, será elaborado um livro institucional que contará toda a trajetória do Laboratório, desde a fundação até a atualidade, homenageando a empresa e os colaboradores, destacando a importância do trabalho realizado ao longo das seis décadas, demonstrando a contribuição para a saúde pública farmacologia e indústria farmacêutica.

Assim, conforme justificativa da área demandante, será necessária a contratação de uma editora que realize serviços de edição, coordenação editorial, pesquisa, apuração, entrevistas, escrita, criação de projeto gráfico, diagramação do miolo e da capa, fotografia, tratamento de imagem, revisão e acompanhamento de produção gráfica e impressão de 300 exemplares, que serão distribuídos para os colaboradores e parceiros do LAFEPE.

É o que importa relatar.

2. FUNDAMENTAÇÃO.

A Companhia Editorial de Pernambuco – CEPE é uma sociedade de economia mista que teve sua criação autorizada pela Lei Estadual nº 6.065/1967.

Nos termos do art. 2º da Lei Estadual nº 6.065/1967, a CEPE tem por objeto o seguinte:

“Art. 2º A CEPE terá por objeto a impressão e a confecção de papéis oficiais a edição do Diário Oficial do Estado, Diário da Justiça, Diário do Poder Legislativo e de livros, inclusive didáticos, podendo exercer atividades correlatas ou afins.”

Já nos termos do art. 3º I e VI do seu Estatuto Social, a CEPE tem, dentre outros, como objeto, a impressão, distribuição e comercialização de livros e demais publicações oficiais e particulares e a atuação como concessionária de serviços de telecomunicação e de mídia.

Sendo, como já dito, considerando que a CEPE é uma sociedade de economia mista, tal qual o LAFEPE, é importante ponderar que consoante disposições da Lei nº 13.303/2016 (Lei das Estatais), empresas públicas e sociedades de economia mista podem realizar contratação direta de outra estatal, para aquisição de produtos, prestação de serviços ou execução de obras relacionadas ao objeto social da contratada, **desde que seja observada a economicidade da transação e comprovada a compatibilidade dos preços com os de mercado.**

Neste particular, o artigo 28, §3º, I, da Lei 13.303/2016 assim dispõe:

“Art. 28. (...)

§ 3º São as empresas públicas e as sociedades de economia mista dispensadas da observância dos dispositivos deste Capítulo nas seguintes situações:

I - comercialização, prestação ou execução, de forma direta, pelas empresas mencionadas no caput, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais;”

Comentando o aludido dispositivo, Dawison Barcelos e Ronny Charles Lopes Torres lecionam o seguinte:

“Nossa opinião é no sentido de que **a permissiva dada pelo inciso I, do § 3º do art. 28 pode abranger tanto situações específicas em que a estatal “vende” seus produtos e serviços, como situações específicas de contratação de fornecedores, diretamente vinculados ao exercício de sua atividade econômica principal.** Assim, **a referida hipótese de inobservância das regras licitatórias pode se dar tanto na ‘venda’ direta de produtos, serviços ou obras, pela estatal, como na ‘aquisição’ de produtos, serviços ou obras vinculadas diretamente à venda anteriormente indicada, desde que especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais.** (...) De qualquer forma, tanto em uma como em outras hipóteses, é imprescindível que seja identificada incompatibilidade do procedimento licitatório formal com essas atividades, diretamente relacionadas com o objeto social. Essa compreensão se aproxima do pressuposto principal, defendido pela doutrina, ainda na égide da Lei nº 8.666/1993, de que **não se pode ser considerada apta a atender ao interesse público a exigência de utilização de rígido regime licitatório, para que a empresa estatal participe da competição de mercado, quando esse regime se demonstra relevantemente prejudicial ou impeditivo.**” (Barcelos, Dawison e Torres, Ronny Charles Lopes de, Licitações e contratos nas empresas estatais: regime licitatório e contratual da lei 13.303/2016, Salvador: Editora JusPodivm, 2018, págs. 104/105)

Comentando os dois incisos do § 3º do artigo 28 do Estatuto das Estatais Bernardo Strobel Guimarães, Leonardo Coelho Ribeiro, Carlos Vinícius Alves Ribeiro, Isabella Bittencourt Mäder Gonçalves Giublin e Juliana Bonacorsi de Palma ressaltam que nos casos de licitações dispensadas, a lei procurou aproximar as empresas estatais da realidade das empresas privadas com quem elas competem no mercado:

“Em ambos os casos, reconheceu-se legislativamente que não cabe o procedimento licitatório por se estar diante de atividades que dizem respeito à própria atuação empresarial traçada. Nesta linha, **flexibilizou-se o pressuposto de que o dever de licitar é monolítico e se reconheceu, em aderência com a Constituição, que o regime de contratação das estatais deve lhes permitir atuar em regime análogo ao regime privado, o que atenua o cumprimento dos ritos das licitações** (...) As previsões do art. 28 conectam-se às hipóteses estatais, que atuam em regime de mercado. Elas são como o reverso do dever legal de licitar. De modo simples: **as estatais sujeitam-se ao dever de licitar em tudo aquilo que não diga respeito à necessidade de**

elas agirem mercado. Perceba-se que **o fenômeno da inexigibilidade é conatural à própria essência das estatais.** (Guimarães, Bernardo Strobel (et al.), Comentários à lei das estatais (Lei nº 13.303/2016), Belo Horizonte: Forum, 2019, págs. 170 e 177)

Para Marçal Justen Filho o § 3º do artigo 28 da Lei 13.303/2016 disciplina hipóteses de licitação dispensada, ou, na redação dada pela norma, disciplina hipóteses de inaplicabilidade de licitação:

“O § 3º do art. 28 da Lei 13.303/2006 alude a dispensa da observância dos dispositivos legais sobre licitação. A utilização do vocábulo ‘dispensa’ não significa, no entanto, configurar-se um caso de dispensa de licitação. **O dispositivo estabelece uma determinação muito mais ampla, eis que não incidem as próprias regras sobre licitação.** (...) **Na hipótese de inaplicabilidade, não se cogita de licitação porque não há exigência nesse sentido,** em vista de que a situação contratual é dotada de peculiaridades que implicam a ausência de subsunção do caso à hipótese de incidência normativa. Então, **pode até existir viabilidade de competição, mas não existe obrigatoriedade de licitação.** (...) Nos casos de inaplicabilidade de licitação, não se faz necessário o procedimento necessário para a dispensa e a inexigibilidade. Isso significa a desnecessidade de um procedimento formal, destinado a documentar com minúcia as características do caso concreto. **Assim se passa, de modo muito evidente, no caso de contratações envolvendo o objeto social da empresa estatal. Tais operações serão desempenhadas segundo as práticas de mercado, sem um tratamento formal diferenciado similar ao reservado para as contratações diretas propriamente ditas. Mesmo no caso da pactuação de parcerias empresariais, o procedimento a ser adotado não envolverá avaliações de vantajosidade econômica, norteadas por critérios objetivamente econômicos.**” (Justen Filho, Marçal, “A contratação sem licitação nas empresas estatais”, Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016, Marçal Justen Filho (org.), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, págs. 298/300)

Por fim, comentando o inciso I do § 3º do seu artigo 28 da Lei 13.303/2016, Aldem Johnston Barbosa Araújo afirma se tratar de uma hipótese na qual o dispositivo tutela uma hipótese na qual a licitação sequer é cabível:

“(…) influenciado pelas discussões havidas na doutrina, nos tribunais de contas e no judiciário, o legislador aderiu à tese da

inaplicabilidade do regime licitatório às “atividades-fim” das empresas estatais (que, na forma do inciso I do § 3º do art. 28 do Estatuto foram associadas a atividades especificamente relacionadas aos objetos sociais das entidades). **E trata-se de verdadeira inaplicabilidade, não dispensa ou inexigibilidade de licitação, de modo que, estando-se diante de uma atividade-fim (ou seja, de uma atividade especificamente relacionada ao objeto social) da empresa pública ou sociedade de economia mista nem sequer se cogitará realizar licitação, não por ser uma situação excepcional ou uma situação onde a competição é impossível, mas sim por se tratar de uma situação onde a licitação, em virtude da natureza da empresa estatal não é cabível.**” (Araújo, Aldem Johnston Barbosa, O Estatuto das estatais (Lei 13.303/2016) e a inaplicabilidade do regime licitatório nas atividades-fim desempenhadas pelas empresas estatais que exploram atividade econômica, Revista dos Tribunais, v. 105, nº. 973, págs. 97-161, nov., 2016)

Na esfera pretoriana, diga-se, por exemplo, que a orientação do Tribunal de Contas do Estado do Paraná (TCE/PR), após consulta formulada pela Usina Elétrica a Gás (UEG) Araucária Ltda., foi no sentido de conceber a possibilidade de licitação dispensada quando da contratação de outras empresas de mesma natureza jurídica para comercialização, prestação ou execução, de forma direta, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionadas com o objeto social da prestadora.

No Acórdão nº 1961/2019 publicado em 24/07/2019 nos autos do Processo nº 525636/18 de relatoria do Conselheiro Ivens Zschoerper Linhares, a Corte de Contas Paranaense se posicionou no seguinte sentido:

“PROCESSO Nº: 525636/18 ASSUNTO: CONSULTA ENTIDADE: USINA ELÉTRICA A GÁS DE ARAUCÁRIA LTDA INTERESSADO: JOPSON CUSTODIO RELATOR: CONSELHEIRO IVENS ZSCHOERPER LINHARES ACÓRDÃO Nº 1961/19 - TRIBUNAL PLENO. CONSULTA. ART. 28, §3º, INCISO I, DA LEI Nº 13.303/2016. INAPLICABILIDADE DE LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO, PRESTAÇÃO OU EXECUÇÃO, DE FORMA DIRETA DE PRODUTOS, SERVIÇOS OU OBRAS, POR EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA, DESDE QUE RELACIONADAS COM O OBJETO SOCIAL DA PRESTADORA, COM PREÇOS COMPATÍVEIS COM OS DE MERCADO. CONHECIMENTO. RESPOSTA POSITIVA AO QUESTIONAMENTO. (...)

3. Face ao exposto, VOTO no sentido de que este Tribunal Pleno conheça da presente consulta, para no mérito, respondê-la no sentido de que, **com base o art. 28, §3º, I, da Lei nº 13.303/16, autoriza a contratação direta de empresas públicas e sociedades de economia mista para aquisição de produtos, prestação de serviços ou execução de obras relacionadas ao objeto social da contratada, desde que observada a economicidade da transação, comprovada pela compatibilidade dos preços com os de mercado.**

VISTOS, relatados e discutidos, ACORDAM OS MEMBROS DO TRIBUNAL PLENO do TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ, nos termos do voto do Relator, Conselheiro IVENS ZSCHOERPER LINHARES, por voto médio, em: Conhecer a presente Consulta, uma vez presentes os pressupostos de admissibilidade, para, no mérito, respondê-la no sentido de que, com base o art. 28, §3º, I, da Lei nº 13.303/16, autoriza a contratação direta de empresas públicas e sociedades de economia mista para aquisição de produtos, prestação de serviços ou execução de obras relacionadas ao objeto social da contratada, desde que observada a economicidade da transação, comprovada pela compatibilidade dos preços com os de mercado. Acompanharam o voto do relator, Conselheiro IVENS ZSCHOERPER LINHARES, conforme os termos acima, os Conselheiros FERNANDO AUGUSTO MELLO GUIMARÃES, IVAN LELIS BONILHA e JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL. Na primeira votação, restou vencida a proposta do Conselheiro FABIO DE SOUZA CAMARGO, pela impossibilidade da contratação, por entender que a hipótese do art. 28, §3º, I, da Lei nº 1.303/16 só diz respeito à venda e comercialização de produtos por estatais, não abrangendo as compras de fornecedores, no que foi acompanhado pelo voto do Auditor TIAGO ALVAREZ PEDROSO. Na segunda votação, foi vencida a proposta do Auditor TIAGO ALVAREZ PEDROSO, também pela impossibilidade de contratação na forma questionada, mas, por entender que a hipótese envolve contratação direta de fornecedores, desde que referente a produtos diretamente relacionados ao objeto social de empresas públicas ou sociedades de economia mista, mas não, necessariamente, entre empresas dessa natureza, no que foi acompanhado pelo voto do Conselheiro FABIO DE SOUZA CAMARGO. Presente o Procurador do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas GABRIEL GUY LÉGER. Sala das Sessões, 10 de julho de 2019 - Sessão nº 23. IVENS ZSCHOERPER LINHARES Conselheiro Relator NESTOR BAPTISTA Presidente”

Importante ponderar que no voto do conselheiro relator foi destacado que a pesquisa de mercado tem por finalidade atender ao princípio da economicidade, sendo necessária a observância em todas as transações envolvendo despesa pública. Observe-se o seguinte trecho que trata do tema:

“Conforme mencionado, a pesquisa de mercado tem por finalidade atender ao princípio da economicidade, de status constitucional, que deve, portanto, ser observado em todas as transações envolvendo despesa pública, não havendo motivo, dentro desse contexto, para excluir sua obrigatoriedade em transações envolvendo empresas estatais. Nesse sentido, vale acrescentar que, a par do objetivo da Lei nº 13.303/2016, de facilitar a atuação das empresas estatais no ambiente competitivo de mercado, dando-lhes maiores oportunidades de comercialização de seus produtos e serviços, a fim de alavancar seu faturamento e contribuir com a redução das despesas com sua manutenção, diminuindo a dependência ao ente público que seja seu sócio, buscou-se, também, a maior eficiência na gestão e nos processos produtivos, com ênfase na transparência e práticas de gestão de riscos e controle interno (arts. 6º e 9º)”.

Em suma, o Tribunal de Contas do Paraná reconhece a validade da licitação dispensada, contudo não exclui a necessidade de realização e comprovação da compatibilidade dos preços com os de mercado, visando assegurar a economicidade da transação.

Como a licitação não será aplicável naqueles casos em que a contratação estiver diretamente compreendida na atividade que se constitui em objeto social, concluímos que, no caso concreto, há perfeita subsunção dos fatos à norma, no caso o inciso I do § 3º do artigo 28 da Lei 13.303/2016.

3. CONCLUSÃO.

Ante todo o exposto, com base nas disposições contidas no artigo 28, §3º, I, da Lei nº 13.303/2016, **opinamos pela possibilidade de contratação direta da Companhia Editora de Pernambuco – CEPE para produção de material comemorativo pelos 60 anos do LAFEPE, que compreenderá na elaboração de um livro institucional que contará toda a trajetória do Laboratório, desde a fundação até a atualidade, homenageando a empresa e os colaboradores, destacando a importância do trabalho realizado ao longo das seis décadas, demonstrando a contribuição para a saúde pública farmacologia e indústria farmacêutica.**

Entretanto, destacamos que se faz imprescindível que seja observada a economicidade da transação e comprovada a compatibilidade dos preços com os de mercado.

As opiniões expressas neste documento foram emitidas considerando as informações fornecidas pelo consultante, com base na legislação brasileira vigente e na jurisprudência atualizada até esta data.

Com efeito, pontua-se que o presente parecer não se reveste de caráter definitivo, uma vez que, diante da posse de novos fatos e/ou documentos, nos inclinamos pela necessidade de outra manifestação mais aprofundada sobre o caso.

Por fim, insta salientar que à luz da legislação e do entendimento jurisprudencial incumbe a esta assessoria prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não lhe competindo adentrar nos aspectos relativos à conveniência e oportunidade dos atos praticados no âmbito da estatal consultante, nem analisar aspectos de natureza eminentemente técnica ou administrativa.

Sendo o que cumpria momentaneamente expor, fica-se ao inteiro dispor para esclarecer quaisquer questionamentos adicionais ou discutir algumas das considerações efetuadas.

É o parecer. S.M.J.

MELLO PIMENTEL ADVOCACIA

(GABRIELLA POSSÍDIO MARQUES RAMOS – OAB nº 36.040)

REVISADO POR ALDEM JOHNSTON BARBOSA ARAÚJO – OAB/PE nº 21.656)