

Questionamentos respondidos pelo FNDE Reunião técnica PNLD 2019

Questionamentos respondidos durante a reunião técnica:

Pergunta 1: No item **5. Das Condições de Participação**, mais precisamente no item **5.2**, não ficou claro se qualquer pessoa jurídica pode se inscrever no edital. O CNPJ de uma ONG pode ser o proponente (desde que seu estatuto permita a comercialização de produtos e/ou a venda de direito autoral)?

Resposta: Não há restrição em relação à participação de qualquer pessoa jurídica que esteja estabelecida no país e atenda às exigências estabelecidas no edital e na legislação. É importante saber que, segundo o item 1.6, na consulta ao SICAF para a habilitação, será observado quais os serviços e materiais a pessoa jurídica está autorizada a comercializar.

Pergunta 2: No caso da ONG ser a proponente, poderá constar na capa o nome e logomarca da instituição como responsável pela publicação, além dos créditos de autoria de pessoas físicas?

Resposta: Inicialmente, para a inscrição da obra, a instituição deve constar na capa. A estrutura editorial a ser encaminhada no momento da contratação deverá estabelecer se poderão constar o nome e a logomarca na capa.

Pergunta 3: No item **13. Da Negociação**, precisamente no ponto **13.4**, não está claro se além da cessão dos direitos autorais, haverá também a possibilidade de venda dos mesmos para o MEC. No caso em que seja normatizada esta possibilidade, gostaríamos de saber quais os critérios para a definição do valor a ser praticado na venda da coleção. A remuneração estará vinculada à tiragem ou apenas ao valor intelectual da obra?

Resposta: Os critérios de precificação para a negociação do PNLD 2019 ainda estão em estudo. No entanto, entende-se que a remuneração para os casos de venda do direito autoral não pode ser feita com base na tiragem, pois a impressão e a distribuição da obra adquirida ficarão a cargo do FNDE, e não haverá nova aquisição nas reposições.

Pergunta 4: Uma vez selecionada a obra na modalidade de cessão de direitos regida pela licença aberta Creative Commons, gostaríamos de confirmar que as etapas posteriores à aprovação (impressão, acessibilidade, divulgação e distribuição) ficarão a cargo da FNDE. Bem como se a proponente será dispensada do requisito de auditoria externa mencionado na cláusula **1.4**.

Resposta: A auditoria está dispensada nesses casos, conforme retificação do edital publicada no dia 12 no site do FNDE. As etapas posteriores ficarão a cargo do FNDE, uma vez que o editor não comercializará mais o livro físico, e o direito autoral foi adquirido pelo FNDE.

Pergunta 5: O sistema de cadastramento no SIMEC estará adaptado para receber os dados de instituições que não são editoras? A exigência de cadastramento no SICAF se aplicará independentemente da natureza jurídica da proponente?

Resposta: Os dados exigidos, independentemente da natureza das instituições, são os mesmos. O cadastramento do SICAF é indispensável.

Pergunta 6: Ao lermos o Edital do PNLD (Programa Nacional do Livro Didático) para o ano de 2019, constatamos que, na fase de habilitação para participação do processo licitatório, há a seguinte exigência:

5.1 Os editores que tiverem obras aprovadas deverão observar também a Portaria Normativa MEC Nº7, de 5 de abril de 2007, ou outra que vier a substituí-la.

5.1.2 Para ser habilitado, o editor deverá comprovar que executou auditoria externa independente para verificação da conformidade de seus processos com leis e regulamentos e da efetividade de seus controles internos para identificação de irregularidades e fraudes relacionadas à atividade da empresa no PNLD.

A Portaria Normativa MEC nº 7/2007, a que se refere o item 5.1, regulou normas de conduta a serem seguidas pelos editores, com o escopo de manter a lisura do processo de escolha dos

livros didáticos pelas escolas e professores.

Na sequência, no item 5.1.2, o Edital passa a exigir a realização de auditoria externa independente para verificação de processos internos e controles, para garantir a observância de leis e regulamentos e a identificação de eventuais irregularidades ou fraudes.

Tal dispositivo, inspirado no desejo legítimo de combater a corrupção, se assemelha a institutos criados pela Lei 12846/2013 (Lei Anti-Corrupção) e na Lei 13303/2016, que dispõe sobre o estatuto jurídico das sociedades de economia mistas e empresas públicas. Por meio de ambas as leis, os sistemas de autorregulação, conhecidos como *compliance*, começaram a se tornar cada vez mais comuns no mundo empresarial, especialmente nas grandes empresas. Contudo, tais leis não se aplicam ao processo licitatório do PNLD 2019.

Assim, é importante ressaltar que todas as condutas da Administração Pública devem estar expressamente disciplinadas por lei. O exercício dos atos administrativos não pode ser pautado pela vontade ou boas intenções dos agentes públicos, mas sim, por expressa disposição legal. Essa regra está claramente disciplinada pela nossa Constituição, que dispõe que ***ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei***”

Note-se que a Lei de Licitações (Lei 8.666/93) determinou, de forma taxativa quais seriam os documentos a serem exigidos para habilitação nas licitações públicas em seu artigo 27:

Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

I – habilitação

jurídica; II –

qualificação técnica;

III – qualificação econômico-

financeira; IV – regularidade fiscal e

trabalhista;

V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

A mesma norma ainda disciplinou de forma minuciosa, nos artigos 28 a 31, quais os documentos relativos à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e trabalhista podem ser exigidos nas contratações com o Poder Público.

Assim, é fácil constatar que a lei, literalmente, não exige a apresentação de relatório de auditoria externa independente para verificação da conformidade de seus processos com leis e regulamentos e da efetividade de seus controles internos para identificação de irregularidades e fraudes relacionadas à atividade da empresa.

Portanto, se não existe nenhuma expressão literal, taxativa, claramente definida, acerca da exigibilidade de tal relatório de auditoria externa independente, não há fundamento jurídico para a sua existência.

No mesmo contexto, trazemos à baila os ensinamentos de Marçal Justen Filho:

“o elenco dos arts. 28 a 31 deve ser reputado como máximo e não como mínimo, ou seja, não há imposição legislativa a que a Administração, em cada licitação, exija comprovação integral quanto a cada um dos itens contemplados nos referidos dispositivos. O edital não poderá exigir mais do que ali previsto, mas poderá demandar menos”. (JUSTEN FILHO.

Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Dialética, 2014. p. 401)

Ainda segundo as lições de Marçal Justen Filho, a exigência constante no art. 27 *“significa proibir à Administração impor requisito de habilitação distinto daqueles previstos”.* (JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. Cit.* p. 72)

A jurisprudência de nossos tribunais superiores também tem firmado o entendimento de que compromete a livre concorrência e o interesse público limitar o acesso de licitantes por meio de exigências que extrapolam o disposto no artigo 27 e seguintes da Lei 8666/93;

Em conclusão, todo o raciocínio apresentado acima demonstra que, ao exigir a contratação de auditoria externa independente para a verificação dos sistemas de *compliance* do licitante, o FNDE passou a criar obrigação legal que extrapola os

limites da lei. Note-se ainda que, indiretamente o Edital exige que a empresa tenha sistemas de *compliance*, sendo que não há lei que crie essa obrigação aos licitantes. Ademais, em editoras de porte menor, os custos da implantação de um sistema de *compliance*, acrescido ao custo de uma auditoria externa independente, pode tornar inviável a participação no certame. De acordo com a Professora Dora Maria de Olivera Ramos:

"Não pode a Administração, em nenhuma hipótese, fazer exigências que frustrem o caráter competitivo do certame. Assim, se a fixação de qualitativos em parâmetros de tal forma elevados reduzir drasticamente o universo de licitantes, dirigindo a licitação a um único participante ou a um universo reduzido deles, ilegal será a exigência". (RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Temas polêmicos sobre licitações e contratos. São Paulo: Malheiros, 2000. p.139)

Sendo assim, uma exigência como a constante no item 5.1.2 do Edital PNLD 2019 como condição de habilitação da licitante, implica a imposição de cláusula ou condição que frustra o caráter competitivo do certame. A Lei 8.666/93 define a documentação que poderá ser exigida para comprovar habilitação jurídica, qualificação técnica, econômico- financeira e regularidade fiscal. Não prevê apresentação relatório de auditoria externa independente. Tal documento não pode ser exigido na habilitação jurídica, não comprova qualificação técnica, econômico- financeira ou regularidade fiscal.

Dessa forma, por restar configurada a ilegalidade prevista no item 5.1.2 do Edital do FNDE para o PNLD 2019, e em consideração das editoras de menor capacidade econômica, requer-se que seja revista tal exigência.

Resposta: O assunto foi submetido à análise na Procuradoria Federal junto ao FNDE.

Pergunta 7: O MEC definirá regra de **nomenclatura** do arquivo PDF caracterizado e principalmente descaracterizado? (Como foi definido no acordo de cooperação técnica do PNLD 2018.)

Resposta: Haverá essa definição.

Pergunta 8: O Material Digital terá capa, página de rosto, página de créditos (com ficha catalográfica específica) e ISBN?

Resposta: O material digital é parte integrante do manual do professor (itens 2.1.4 e 2.2.4). Por isso, o ISBN é o mesmo do livro. Em relação aos outros itens, eles são próprios de materiais impressos e não de digitais.

Pergunta 9: Os itens obrigatórios do Material Digital caracterizado: nome da editora, título da coleção, ano do ciclo, nome do autor e componente curricular (item 2.3.1.3) devem constar somente na página de rosto? Isso facilitaria obter a versão descaracterizada, substituindo apenas a página de rosto.

Resposta: A folha de rosto é própria de um material impresso e o material digital não será distribuído dessa forma. No entanto, para a avaliação, quando o material será apresentado em PDF, o recurso poderá ser utilizado.

Pergunta 10: O Material Digital deve apresentar **informações sobre a licença aberta** (item de exclusão A-58). Essa informação poderá entrar no rodapé de todas as páginas?

Exemplo de frase:

Este material está em Licença Aberta (permite a edição ou a criação de obras derivadas sobre a obra com fins não comerciais, contanto que atribuam crédito ao autor e que licenciem as criações sob os mesmos parâmetros da Licença Aberta).

Resposta: Um exemplo de veiculação dessa informação foi apresentado pela equipe do Ministério da Educação.

Pergunta 11: Na apresentação do Material Digital na etapa de análise dos atributos físicos. Solicitamos que seja permitido entregar os arquivos do Material Digital no formato **Word docx** (versão: a partir de 2007), para que o usuário possa exportá-lo para edição e impressão (item 10.5, página 10, do edital), sem que haja incongruência com o item (A 60) – Ausência de correspondência entre o conteúdo entregue em PDF e o material digital apresentado na sua versão final, bem como não seja motivo de penalidade na fase de monitoramento e avaliação (Art. 23, Decreto 9099 de 18 de julho de 2017).

Resposta: O modelo de navegabilidade do material digital foi apresentado pelo MEC durante a reunião. O material digital será considerado na fase de monitoramento/Controle de qualidade.

Pergunta 12: Sobre o livro digital acessível, “O MEC ficará responsável pela indicação do beneficiário do material em formato EPUB3 e a forma de distribuição será definida no contrato de aquisição.” Quem ficará responsável pela plataforma de distribuição?

Resposta: O modelo de distribuição está em estudo, ainda não foi estabelecido para o PNL D 2019.

Pergunta 13: Pág. 5 / Item 4.8: “O MEC ficará responsável pela indicação do beneficiário do material em formato EPUB3 e a forma de distribuição será definida no contrato de aquisição.”. Isso significa que o FNDE voltou atrás com relação ao que foi afirmado na reunião com o SECADI, no dia 24 de abril, e devolveu a distribuição do formato acessível às editoras?

Resposta: O modelo de distribuição está em estudo, ainda não foi estabelecido para o PNL D 2019.

Pergunta 14: O Simec irá permitir a inscrição do livro impresso e do manual digital em momentos distintos, desde que dentro do prazo estabelecido?

Resposta: A inscrição no PNL D, segundo o item 6.1 do edital, somente se concretiza a partir do cadastramento de editores e obras, com o carregamento dos arquivos referentes à documentação e às obras (de forma integral) no Simec.

Questões recebidas na reunião técnica:

Pergunta 15: A coleção terá autor do livro do aluno e manual do professor, porém o material digital terá um organizador (autor), como devemos apresentar estes contratos?

Resposta: O contrato com o autor deverá informar que ele autoriza que seja integrado à sua obra o material digital, sendo este último em licença aberta.

Pergunta 16: Visto que o material digital tem como origem o manual do professor, no material digital é necessário indicar como autores, os autores do material impresso juntamente com a organizadora (autora)?

Resposta: É importante ressaltar que o material digital integra o manual do professor, conforme item 2.2.4 e 2.1.4. Assim sendo, todos os dois materiais devem apresentar em seus créditos os mesmos autores, mesmo que um seja responsável pelo impresso e outro seja responsável pelo digital. Isso ocorreria de forma análoga ao que acontece com os livros impressos em que há autoria diferente para os vários capítulos que integram a obra.

Pergunta 17: O contrato com este organizador (autor) deve ser um contrato de edição com os mesmos itens (2.1.3) obrigatórios que contemplam no edital?

Resposta: Pode ser. Todos os contratos para a obra, independentemente de ser o material digital, devem apresentar os elementos obrigatórios. Lembrando que, nos contratos, deve haver menção que o conteúdo elaborado para o material digital será fornecido em licença aberta.

Pergunta 18: É necessário ISBN para o material digital?

Resposta: Entendemos que é a mesma obra, conforme item 2.2.4 e 2.1.4, e está previsto que o material será distribuído em suporte físico, possivelmente encartado no livro. Por isso, entendemos que é o mesmo ISBN.

Pergunta 19: Sobre o EPUB3, em outras reuniões técnicas ficou definido que o MEC ficaria responsável pela distribuição, porém esta questão não está oficializada no edital, que informa que esse item será negociado no contrato de edição.

Resposta: O modelo de distribuição do EPUB3 ainda está em estudo e não foi estabelecido para o PNL D 2019.

Pergunta 20: Qual a base legal para a exigência de auditoria, haja vista que não está prevista na lei nº 8.666/93? Como devem ser os relatórios? Quem emitirá o atestado técnico e quais as informações mínimas que devem constar no documento?

Resposta: Sobre a exigência legal da exigência de auditoria externa, esse assunto está em avaliação pela Procuradoria Federal junto ao FNDE. Os relatórios, segundo o item 1.4.1 do anexo V devem apresentar os planos de controle interno que foram implantados, em atendimento ao item 5.1.2 do edital. O atestado de capacidade técnica é um documento que comprova a prestação de serviço por parte de uma empresa. Ele deve ser emitido por empresas/instituições/órgãos que anteriormente contrataram essa empresa, assinado por seu representante legal.