

Da inexigibilidade de licitação

Como é do conhecimento de todos, para a realização de um certame licitatório pela Administração Pública há um requisito essencial, qual seja: a possibilidade de competição, a disputa entre potenciais fornecedores, a fim de que seja obtida a proposta mais vantajosa segundo critérios objetivos estabelecidos no edital.

Conforme estabelece o artigo 25 "caput" da Lei Federal nº 8.666, de 1993, com correspondência no artigo 74 da Lei nº 14.133/2021, "***é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição***", ou seja, determina a norma jurídica que a Administração se exima de realizar certame licitatório caso identifique que a contratação de determinado objeto não ensejará disputa entre licitantes.

Sobre o tema, ensina o Professor Jesse Torres Pereira Júnior:

"licitação inexigível equivale a licitação impossível; é inexigível porque impossível; é impossível porque não há como promover-se a competição"(grifamos)

E o próprio artigo de Lei, em seus incisos, exemplifica situações nas quais se caracteriza a inviabilidade de competição. Portanto, é dever do gestor público promover a contratação por inexigibilidade.

O inciso I do dispositivo acima trata do **fornecedor exclusivo**, onde é determinado que não poderá haver licitação: "***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***" (grifamos)

A simples leitura do inciso I possibilita concluir que os seguintes requisitos precisam ser observados a fim de caracterizar o fornecedor exclusivo:

- que não haja outro fornecedor do objeto; e
- que a exclusividade seja comprovada (atestada) por entidade competente para tanto.

Portanto, para o fim de atendimento aos requisitos supramencionados, junta-se ao presente os seguintes documentos:

- **Declaração de Exclusividade - Câmara Brasileira do Livro (CBL):** A CBL é a entidade brasileira responsável pelo registro de conteúdos escritos e declara que a empresa Mindlab do Brasil Comércio de Livros Ltda. possui "exclusividade de edição, publicação, distribuição e comercialização" dos livros que compõem o Programa **MentelInovadora** e que são disponibilizados aos alunos, professores e às famílias ao longo das atividades;
- **Termo de Exclusividade** - Documento firmado pela empresa Mind Group Israel, "desenvolvedora e única proprietária do produto denominado MINDLAB que no Brasil adota o nome Metodologia Programa **MentelInovadora**", informando que sua controlada é "a única detentora de direito exclusivo de comercialização e implementação do supramencionado produto para todo o território brasileiro"; e
- **Declaração de Exclusividade de Comercialização e Implementação:** Documento firmado pelo representante legal da empresa Mindlab do Brasil Comércio de Livros Ltda. e registrado na Junta Comercial do Estado de São Paulo - JUCESP, informando ser "fornecedora exclusiva no Brasil dos produtos pertencentes à Mind Lab Group - Israel, em especial, no que se refere à metodologia educacional denominada Programa **MentelInovadora**."

Por oportuno, quanto a eventual dúvida que se possa ter no tocante à legitimidade da **Câmara Brasileira do Livro - CBL** para emissão da Declaração de Exclusividade, cumpre tecer entendimento do douto Professor Marçal Justen Filho, que enfatiza:

*"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.**"(grifamos)*

O **Tribunal de Contas da União – TCU**, por sua vez, quando da análise do Processo de Tomada de Contas nº 020.500/2006-4, cita o ilustre professor Ulysses Jacoby Fernandes:

"(...)

*6.3.6. em relação às **cartas de exclusividade emitidas pela Câmara Brasileira do Livro –CBL**, Jacoby Fernandes entende que essas seriam válidas, porquanto a CBL se enquadraria como ‘entidade equivalente’ prevista no art. 25, I, da lei 8.666, de 1993, verbis:*

Como exemplo, no ‘Diário Oficial da União’ de 3/6/1992, a Secretaria da Fazenda Nacional, sob a égide do Decreto_lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, ratificou a inexistência de licitação para renovação de assinatura técnica da TAB – Tarifa Aduaneira do Brasil, com base em certidão fornecida pela Câmara Brasileira do Livro, na qual informa que a publicação referida é exclusiva da empresa Orientador Alfandegário Rio Editora Ltda. Essa entidade pode ser tomada como ‘equivalente’, nos termos da lei, vez que seus registros não deixam de ostentar caráter público.

6.3.7. Assim, as razões de justificativa dos responsáveis merecem ser acolhidas (...)"(grifamos)

E conclui a Proposta de Deliberação:

"(...)

*A despeito de **não vislumbrar a existência de irregularidade quanto à aquisição de livros didáticos por inexigibilidade de licitação**, nos termos do art. 25, inciso I, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, consoante deliberação pretérita desta Corte de Contas acerca da matéria (Acórdão 95/2007-TCU-Plenário), entendo que tal condição não é suficiente para dispensar o gestor da justificativa para os preços contratados, a teor do que determina o art. 26, inciso III, do mesmo diploma legal."*

O texto acima transcrito, extraído do supramencionado processo transitado na Corte Federal de Contas, consagra a CBL como entidade apta a emitir Declaração de Exclusividade nos termos da Lei e traz uma preocupação adicional no que tange à necessidade de o gestor apresentar justificativa para os preços contratados.

No caso das contratações do Programa MentelInovadora, por se tratar de fornecedor exclusivo, não há, por evidente, como efetuar pesquisa de mercado, entretanto, a Mindlab do Brasil Comércio de Livros Ltda. afirma e comprova documentalmente que possui uma única tabela de valores para os seu produtos, cuja variação ocorre apenas em decorrência do ciclo em que é aplicada a Metodologia (ensino infantil, fundamental ou médio) e da variação do número médio de alunos por sala, que no ensino público é superior ao ensino privado.

A doutrina dogmática contemporânea tem alertado para outro aspecto, que em conjunto com o fornecedor exclusivo, deve ser objeto de comprovação para a inviabilidade de competição. Trata-se da **natureza única do objeto, tratado no inciso II, do artigo 25 da Lei Federal 8.666/93 (artigo 74 da Lei 14.133/2021), como "objeto singular"**.

Um produto deve ser havido como singular quando nele interferir um componente, estilo, capacidade ou qualidade de quem o produz.

É o que ocorre quando os conhecimentos científicos, tecnologia, organização e experiência do produtor influem diretamente no produto, impregnando sua específica individualidade e habilitação pessoal.

O mestre administrativista, Prof. Dr. Celso Antônio Bandeira de Mello, ensina:

"Só se licitam bens homogêneos, intercambiáveis, equivalentes. Não se licitam coisas desiguais."

Reside, pois, na desigualdade a natureza singular do Programa MentelInovadora. É preciso considerar que **a Metodologia decorre de trabalho intelectual e o seu domínio para disseminação e atendimento aos objetivos encontra-se apenas naqueles que a possuem**. Portanto, **não há outra igual disponível no mercado**, seja brasileiro ou de qualquer outra parte do mundo.

Cabe ainda o esclarecimento a respeito da transmissão da exclusividade de fornecimento dos livros do Programa MentelInovadora para o Licenciamento da Metodologia Mind Lab. Metodologia é uma palavra derivada de “método”, do Latim “methodus” cujo significado é “caminho ou a via para a realização de algo”, assim posto, a metodologia se traduz pela via de exposição ou realização de algo.

Os livros do Programa MentelInovadora encarceram a metodologia aqui tratada, sendo o meio que a Metodologia Mind Lab, acima sinteticamente descrita, é transportada “materialmente”.

Os livros, cuja exclusividade de fornecimento resta comprovada pela emissão de Declaração de Exclusividade pela Câmara Brasileira do Livro (CBL), por si só não são suficientes para a aplicação da Metodologia Mind Lab e o Programa MentelInovadora, mas são instrumentos indispensáveis para a transferência da informação e tecnologia.

Tendo em mente que, **de acordo com a Lei nº 9.279/96, art. 10, inciso III, o método educativo não é passível de patenteamento, a comprovação da exclusividade de fornecimento do Licenciamento da Metodologia Mind Lab e do Programa MentelInovadora é possível 1) através da Declaração de Exclusividade de fornecimento dos livros que abarcam a parte materializável da Metodologia, 2) através da Declaração de Exclusividade de Fornecimento da Metodologia fornecida pela desenvolvedora israelense dos métodos, dos livros e do treinamento do Programa MentelInovadora, e 3) através da Declaração registrada da Junta Comercial do Estado de São Paulo, local da sede da Mindlab do Brasil Comércio de Livros Ltda.**

Assim sendo, a exclusividade da empresa Mindlab do Brasil Comércio de Livros Ltda em Licenciar a Metodologia Mind Lab e o Programa MentelInovadora é comprovada por todo o conjunto documental acima descrito, não podendo ser avaliado apenas por um ou outro.