



Jacieli Vedovato Dalla Nora

**A INEXIGIBILIDADE DE PROCESSO LICITATÓRIO NA CONTRATAÇÃO
PÚBLICA DE EMPRESA DO RAMO EDUCACIONAL COM DESTAQUE PARA A
PROVA DE EXCLUSIVIDADE: UM ESTUDO DE CASO**

RESTINGA SÊCA

2017

**A INEXIGIBILIDADE DE PROCESSO LICITATÓRIO NA CONTRATAÇÃO
PÚBLICA DE EMPRESA DO RAMO EDUCACIONAL COM DESTAQUE PARA A
PROVA DE EXCLUSIVIDADE: UM ESTUDO DE CASO**

Trabalho de Conclusão de Curso –
Apresentado ao Curso de Bacharelado em
Direito como Requisito Parcial à Obtenção do
Grau de Bacharel em Direito

ORIENTADOR: Adriano Farias Puerari

RESTINGA SÊCA

2017

A INEXIGIBILIDADE DE PROCESSO LICITATÓRIO NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA DE EMPRESA DO RAMO EDUCACIONAL COM DESTAQUE PARA A PROVA DE EXCLUSIVIDADE: UM ESTUDO DE CASO

Jacieli Vedovato Dalla Nora¹

RESUMO: O presente trabalho visa estudar as particularidades da inexigibilidade de licitação na contratação pública de empresa do ramo educacional com destaque para a prova de exclusividade. Inicia apresentando conceitos de licitações por diferentes doutrinadores da matéria. Ainda na primeira parte, apresenta os principais princípios que são considerados como pilares da licitação. Aborda o resultado de uma pesquisa realizada através do método dedutivo, pois esta partiu de uma abordagem geral com base no entendimento da Lei de Licitações (Lei Nº 8.666/1993), sobre as contratações realizadas pela administração pública para, a partir dessa análise, estudar as particularidades da inexigibilidade de processo licitatório na contratação de prestadores de serviços educacionais e materiais didáticos exclusivos. Desse modo, questiona-se as particularidades existentes na contratação por inexigibilidade, bem como se dá a prova de exclusividade. Para demonstrar o processo de contratação, com destaque para a relevância da prova de exclusividade, fez-se uma abordagem qualitativa a partir de um estudo de caso realizado com uma empresa da área da educação.

Palavras-chave: Licitações. Inexigibilidade. Particularidades. Exclusividade.

ABSTRACT: The present work aims to study the particularities of the unenforceability of bidding in the public contracting of companies of the educational branch, highlighting the exclusivity test. It begins by presenting concepts of bids by different doctrines of matter. Still in the first part presents the main principles that are considered as pillars of the bid. It deals with the result of a research carried out through the deductive method, since it originated from a general approach based on the understanding of the Law on Procurement (Law 8.666/1993), on contracting by the public administration to study the particularities of the unenforceability of a bidding process in the hiring of providers of exclusive educational services and teaching materials. In this way, the particularities existing in the contracting by inexigibility are questioned, as well as the proof of exclusivity. In order to demonstrate the hiring process, highlighting the relevance of the proof of exclusivity, a qualitative approach was taken based on a case study carried out with a company in the area of education.

Keywords: Bids. Inexigibility. Particularities. Exclusivity.

1. INTRODUÇÃO

A Administração Pública celebra contratos com o objetivo de suprir as necessidades manifestadas pelas demandas sociais. Há um crescimento nas atividades estatais, que determinam a imperiosidade de execução pela própria Administração e pelas entidades vinculadas a ela. Desse modo, para poder executar as atividades, é necessário contratar pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado.

¹ Acadêmica do curso de Direito da Antonio Meneguetti Faculdade. Membro do Grupo de Pesquisa Direitos de Personalidade e Internet da AMF. Endereço eletrônico: jacieli@dallanora@gmail.com.

Para a contratação de fornecedores e serviços, a Administração Pública, direta ou indireta, tem a obrigatoriedade, exigida constitucionalmente, de fazer licitação mediante processo licitatório público que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, conforme determina o inciso XXI, do artigo 37, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

A licitação é um procedimento administrativo que visa adquirir bens e serviços, comprar, alienar e locar no âmbito dos poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. É um conjunto de atos administrativos praticados de forma ordenada e sucessiva, que objetivam o irrestrito atendimento de princípios, dos quais destaca-se o princípio da isonomia, que significa igualdade, e o princípio da economicidade, o qual é entendido como a escolha da proposta mais vantajosa de um negócio jurídico pretendido pela Administração Pública.

A Lei Nº 8.666/1993 disciplinou cinco modalidades de licitações: concorrência, tomada de preços, convite, concurso, leilão e o pregão², que é uma nova modalidade de licitação, com legislação específica. No entanto, a legislação prevê casos em que a contratação não vem antecedida de licitação, o que denomina contratação direta, quando se torna a competição impossível ou quando o produto é único e o fornecedor é exclusivo, configurando-se como inexigibilidade de licitação, descrito no artigo 25, da Lei Nº 8.666/1993.

Este trabalho tem por objetivo discutir as particularidades da inexigibilidade de licitação na contratação pública de empresa do ramo educacional com destaque para a prova de exclusividade. Aborda o resultado de uma pesquisa realizada através do método dedutivo, partindo de uma visão geral para a análise das particularidades do processo. Para tanto, são discutidos os conceitos de licitação; identificados os princípios considerados fundamentais nas licitações públicas; apresentada a contratação direta, com destaque para a inexigibilidade de licitação; particularidades do processo de inexigibilidade; e, por fim, é abordada a prova de exclusividade.

A pesquisa é uma abordagem qualitativa dada a partir de um estudo de caso, que tem como objetivo a compreensão mais detalhada do objeto estudado. Essa opção metodológica justifica-se conforme o caso em estudo é apresentado, a partir

² Previsto na lei 10.520, de 17 de julho de 2002.

de amostragem de uma empresa do ramo educacional localizada na Região Central do estado do Rio Grande do Sul, a qual tem atuação em âmbito nacional.

2. LICITAÇÕES PÚBLICAS - INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO E OS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS

A presente seção apresenta uma síntese de conceitos sobre as licitações, determinadas por diferentes autores. Em seguida, são apresentados os princípios considerados mais importantes. Por fim, são expostos casos nos quais não há necessidade de realização do processo licitatório antes da contratação, havendo, desse modo, um procedimento interno denominado contratação direta, a qual se torna dispensada, dispensável e inexigível.

2.1 Conceito de licitação e sua finalidade

A licitação é o processo em que o Poder Público seleciona a proposta mais vantajosa para adquirir ou contratar através de um conjunto de atos e procedimentos. Este deve garantir a igualdade entre os que desejam estabelecer contrato com a Administração Pública, atendendo, assim, ao interesse público.

Mello (2013, p. 533) conceitua licitação como:

um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas se travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na ideia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preencham os atributos e as aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir.

Nesse sentido, as licitações são realizadas por órgãos governamentais, os quais realizam certames entre os interessados para a contratação de determinado objeto, visando, assim, a uma competição com igualdade entre todos os concorrentes, a fim de que seja escolhida a proposta mais vantajosa.

Por sua vez, Di Pietro (2011, p. 356) define licitação como:

o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração do contrato.

Na mesma visão de Mello, Di Pietro conceitua licitações como um processo administrativo, que visa à competição a todos os interessados que possuem condições ao instrumento convocatório.

Nas palavras de Hely Lopes Meireles (2016, p. 310), licitação é:

o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse [...]. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que proporciona igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos.

Conforme Medauer (2013, p. 200), licitação “é o processo administrativo em que a sucessão de fases e atos leva à indicação de quem vai celebrar contrato com a administração”.

Pode-se verificar, com as definições de diferentes autores, que existe uma convergência de entendimentos que sublinham a licitação como um processo administrativo pautado pelos princípios da isonomia e da economicidade.

Tais entendimentos enfatizam que a licitação tem por finalidade a contratação da proposta mais vantajosa para a Administração, assegurando aos licitantes a igualdade de participação/contratação, atendendo às obrigações da Administração perante a sociedade e satisfazendo os interesses públicos, sendo uma obrigação do Estado garantir implementação desse direito fundamental.

Tem-se, portanto, que as licitações são certames promovidos pela Administração Pública e entidades que recebem subvenções, para adquirir bens ou contratar serviços, e possuem natureza pública. Segundo Rosa (2007, p. 16), as licitações têm “o dever de dar publicidade, ou seja, de levar o conhecimento do ato da atividade administrativa a terceiros, a fim de facilitar o controle e conferir a possibilidade de execução”, e estas são estritamente formais, com regras e objetos estabelecidos e definidos. Destinam-se a obter a proposta mais vantajosa e, ao mesmo tempo, devem permitir maior participação aos interessados.

Existem seis modalidades de licitações: leilão, concurso, convite, tomada de preços, concorrência e pregão³. As contratações diretas, quando oportunas, são realizadas por dispensa ou inexigibilidade de licitações. As circunstâncias da

³ Diferente das outras cinco modalidades de licitação, a modalidade de pregão não tem previsão legal na Lei Nº 8.666/1993, mas está regida na Lei Nº 10.520, de 17 de julho de 2002.

modalidade de inexigibilidade de licitações são o objetivo do presente trabalho, bem como os princípios que são considerados como pilares da licitação.

A necessidade de contratação do Poder Público, conforme assinalado, dar-se-á via contratação direta ou processo licitatório. A licitação deve garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e selecionar a proposta mais vantajosa. A Administração Pública, para a contratação de serviços ou fornecimentos de materiais, necessita da realização de licitação, não sendo, assim, possível contratar livremente, de modo que devem ser atendidas a economicidade e a igualdade entre todos.

A igualdade entre todos é um dos pilares dentro do estado de direito. Esse princípio assegura a todos os interessados em firmar contrato com a Administração o direito de competirem os certames licitatórios públicos. A Constituição Federal (BRASIL, 1988) assegura a igualdade entre todos concorrentes em seu artigo 37, XXI:

Art. 37. A Administração Pública, direta e indireta, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, 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. (Regulamento).

Desse modo, o princípio da isonomia é a possibilidade que todas as pessoas têm de realizar contrato com a Administração Pública com o mesmo tratamento a todos, tratar desiguais com desigualdade.

Consiste em assegurar a igualdade jurídica, às pessoas de situações iguais os mesmos direitos, prerrogativas e vantagens, com obrigações correspondentes, isto é, tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que estes se desigualem, visado sempre a um equilíbrio entre todos.

Conforme Bandeira de Mello (2013, p. 542):

o princípio da igualdade implica o dever não apenas de se tratar isonomicamente todos os que afluírem ao certame, mas também o de

ensejar oportunidade de disputá-lo a quaisquer interessados que, desejando dele participar podem oferecer as indispensáveis condições de garantia.

Além do princípio da isonomia, que garante igualdade a todos, destaca-se o princípio da economicidade, o qual diz respeito ao dever de a Administração Pública buscar uma contratação que seja tanto econômica quanto vantajosa, de modo a conduzir o processo administrativo e chegar a um desfecho com o menor gasto possível de recursos.

O artigo 3º da Lei de Licitações (BRASIL, 1993) dispõe que:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

O princípio da economicidade não diz respeito somente ao preço. Para cumpri-lo deve-se estudar as necessidades que a Administração possui para depois ver as possíveis soluções para atendê-las, proporcionando o melhor custo-benefício, o que se torna viável e mais vantajoso.

Marçal Justen Filho (2010, p. 66), por sua vez, conceitua:

A vantagem caracteriza-se como a adequação e satisfação do interesse coletivo por via execução do contrato. A maior vantagem possível configura-se pela conjugação de dois aspectos inter-relacionados. Um dos ângulos relaciona-se com a prestação a ser executada por parte da Administração; o outro valor vincula-se à prestação a cargo do particular. A maior vantagem apresenta-se quando a Administração assumir o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obrigar a realizar a melhor e mais completa prestação. **Configura-se, portanto, uma relação custo-benefício. A maior vantagem corresponde à situação de menor custo e maior benefício para a Administração.** (grifo nosso)

A economicidade é um dos critérios que o Tribunal de Contas precisa para fiscalizar os atos da gestão, conforme está previsto no artigo 70 da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Por exemplo, o princípio da economicidade não está vinculado em comprar mais barato, mas sim com um preço justo dentro de determinados padrões de qualidade que atendam ao interesse público.

A economicidade adquire grande relevo na disciplina do exercício do Estado e está ligada às questões referentes aos preços (menor preço). De acordo com Bugarin ([S.A.], p. 42):

o vocábulo economicidade se vincula, no domínio das ciências econômicas e de gestão, à ideia fundamental de desempenho qualitativo. Trata-se da obtenção do melhor resultado estratégico possível de uma determinada alocação de recursos financeiros, econômicos e/ou patrimoniais em um dado cenário socioeconômico.

Portanto, o princípio da economicidade diz respeito à escolha da melhor proposta. Isto é, implica a eficiência e a execução dos serviços com a otimização de custos e gastos públicos com vistas a ter os melhores resultados, uma administração correta dos bens, boa distribuição do tempo, economia de trabalho e dinheiro em um orçamento.

2.2 Contratações Diretas por Inexigibilidade de Licitação

A Lei Nº 8.666/1993 arrola casos em que não há necessidade de realização do processo licitatório antes da contratação, havendo um procedimento interno, denominado contratação direta, tornando-se dispensada, dispensável e inexigível. Desse modo, além das regras, há exceções que estão previstas na legislação, conforme previsto no artigo 37, XXI da Constituição Federal (BRASIL, 1988), “ressalvados os casos especificados na legislação, obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública”.

Em determinadas hipóteses, as quais são inviáveis por ausência de competição, se admite a contratação direta devidamente motivada e independentemente de licitação prévia.

De acordo com Justen Filho (2010, p. 295):

A constituição acolheu a presunção (absoluta) de que prévia licitação produz a melhor contratação – entendida como aquela que assegura a maior vantagem possível a Administração Pública, com observância do princípio da isonomia. Mas a própria constituição se encarregou de limitar tal presunção absoluta, facultando contratação direta nos casos previstos em lei.

A dispensa de licitação abrange os casos nos quais a situação permite a competitividade, sendo possível efetuar a licitação, mas a lei faculta sua não realização. A licitação dispensada está fundamentada no artigo 17, incisos I e II, da Lei Nº 8.666/1993. Estão relacionados à licitação dispensada os itens que dizem respeito à alienação de bens móveis e imóveis pela Administração Pública. Nessas situações, diante das particularidades dos contratos a serem celebrados com a

administração, ao gestor, não cabe optar pela licitação, podendo proceder à contratação direta na forma da lei.

Conforme Di Pietro (2011, p. 371):

A diferença básica entre as duas hipóteses está no fato de que, na **dispensa**, há duas possibilidades de **competição** que justifique a licitação; de modo que a lei faculta a dispensa, que fica inserida na competência discricionária da Administração. Nos casos de **inexigibilidade**, não há a possibilidade de competição, porque existe **um objeto** ou **uma pessoa** que atenda às necessidades da Administração; licitação, portanto, é inviável (grifo do autor).

Segundo Meirelles (2016, p. 326):

Os casos de dispensa (previstos nos §§ 2º e 4º do art. 17 e nos incs. III e ss. do art. 24) de retardamento da execução de obra e serviços (previstos no final do parágrafo único do art. 8º) e de situações de inexigibilidade (referidas no art. 25 todos da Lei 8.666/1993), além de justificados como ocorre com as dispensas em geral, devem ser comunicados, dentro de três, à autoridade superior, de cuja ratificação, em igual prazo, depende sua eficácia (art. 2, com redação da Lei 11.107/2005). Em suma, nessas hipóteses, enquanto não houver ratificação (ou homologação) do ato pela autoridade competente o contrato não poderá ser celebrado, sob pena de responsabilização do servidor que o fizer.

Já nos casos de licitação dispensável, embora seja possível a competição, do mesmo modo que a licitação dispensada, não é obrigatória a utilização das modalidades de licitação previstas na legislação. A licitação dispensável está prevista no disposto no artigo 24 da Lei N. 8.666/1993, o qual prevê 34 hipóteses nas quais a legislação autorizou a dispensa de licitação.

Conforme a Revista do Tribunal de Contas da União (BRASIL, 2010, p. 590):

Em licitação dispensável, admite-se que a Administração contrate diretamente sem licitação, mesmo quando há possibilidade de competição. Para os casos permitidos de licitação dispensável, previstos no art. 24 da Lei nº 8.666/1993, poderá a Administração contratar diretamente sem licitação, ainda que seja possível a competição. Em qualquer caso, deve o gestor buscar obter no mercado do objeto da contratação, no mínimo, três orçamentos.

Pode-se observar, conforme já citado por Di Pietro, que há distinção entre a dispensa e a inexigibilidade de licitação, sendo que, na dispensa, há possibilidade de competição, enquanto que, na inexigibilidade, não há essa possibilidade. Isso também fica evidente na explicação de Mello (2014, p. 548):

Em tese, a dispensa contempla hipóteses em que a licitação seria possível; entretanto, razões de tomo justificam que se deixe de efetuar-la em nome de outros interesses públicos que merecem acolhida. Já a inexigibilidade

resultaria de inviabilidade da competição, dada a singularidade do objeto ou do ofertante, ou mesmo – deve-se acrescentar – por falta dos pressupostos jurídicos ou fáticos da licitação não tomados em conta no arrolamento dos casos de licitação dispensável.

A contratação direta não implica os princípios básicos que orientam a atuação da Administração, nem se caracteriza como uma livre atuação administrativa. O administrador deve seguir os procedimentos determinados, os quais são destinados à prevalência dos princípios fundamentais, tendo o dever de realizar a melhor contratação, de forma igualitária a todos os possíveis participantes (JUSTEN FILHO, 2010, p. 295).

A inexigibilidade de licitação se caracteriza quando há apenas um determinado objeto ou apenas uma pessoa que atenda às necessidades da Administração. Nela, não é possível licitar, pois há inviabilidade de competição e, portanto, não é possível a licitação.

Segundo Mello (2014, p. 554):

É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: I – para a 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 de comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação patronal ou, ainda, pela entidades equivalentes [...].

Desse modo, será inexigível a licitação quando não for possível realizar a competição entre indivíduos que busquem a contratação. Pode-se verificar que a existência de um único contratado possível (exclusividade), isto é, quando apenas uma única pessoa fornecer o objeto pretendido pela Administração, de modo que o objeto seja singular e não possa ser comparado a outro (SANTOS; QUEIROZ, 2008, p. 249). Tal hipótese postula que há inviabilidade de disputa: como não existem competidores, não existe competição. Assim, a inexigibilidade de licitação não se resume em existir um único competidor no mercado, mas é aplicável a todas as situações em que se evidencia que não é possível promover o certame.

Portanto, ressalta-se que a inexigibilidade de licitação ocorre em situações nas quais é inviável ou até mesmo impossível a competição em torno do objeto pretendido pela Administração, isto é, quando existir um único fornecedor em condições de fornecê-lo.

3. INEXIGIBILIDADES DE LICITAÇÃO E O CASO IMPARE EDUCAÇÃO

O presente capítulo apresenta as principais particularidades na contratação através do processo de inexigibilidade de licitação. Em seguida, apresenta os requisitos necessários para a obtenção da prova de exclusividade. Por fim, é realizado um estudo de caso referente à contratação por inexigibilidade com prova de exclusividades: o caso Impare Educação.

3.1 Particularidades do Processo de contratação por inexigibilidade

Conforme já descrito, a inexigibilidade de licitação é a impossibilidade de realizar uma competição que adote critérios objetivos, tornando-se a licitação inexigível, sendo, portanto, lícita a contratação sem processo licitatório prévio.

A Lei de Licitações arrola, nos incisos do artigo 25, hipóteses meramente exemplificativas, às quais pertencem a inviabilidade de competição em razão da inexistência de critério objetivos. São eles: I) aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo; II) serviços técnicos singulares com profissionais de notória especialização; III) contratação de artistas.

Com relação à aquisição de material detalhada no inciso primeiro do artigo 25 da Lei de Licitações, no contexto do presente trabalho, adquire destaque especial, pois é através dele que fica possibilitada a prova de exclusividade, a qual trataremos a seguir. Já a contratação de artistas presente no inciso terceiro não figura como foco de interesse do presente trabalho. Passamos, assim, a discutir, ainda que brevemente, o inciso segundo que se refere à notória especialização.

Conforme o inciso segundo do artigo 25 (BRASIL, 1993):

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação [...].

O presente inciso abre a questão acerca da comprovação da notória especialização de profissionais ou empresas. O próprio documento legal elucida essa questão legal no seu §1º (BRASIL, 1993), em que se lê:

§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito, no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

Desse modo, caberá aos profissionais ou empresas justificarem, mediante documentação comprobatória de capacidade técnica e operacional com desempenho anterior, a sua notória especialização e capacidade técnica profissional. Faz-se importante, também, a intensificação detalhada do produto e serviço bem como dos processos ou metodologias que permitirão a execução adequada e satisfatória do objeto contratado.

Igualmente, pode-se observar, conforme artigo 26, parágrafo único, inciso III, da Lei Nº 8.666/1993, que é importante o entendimento pacífico de que a justificativa de preço é elemento essencial da contratação, visto que é obrigatória a justificativa de preço na inexigibilidade de licitação, devendo-se demonstrar que o preço contratado é o mesmo praticado junto a outros clientes (AGU, 2009).

Portanto, para comprovar que a contratação é vantajosa deverá a Administração Pública solicitar à empresa contratada documentos que comprovem que o preço praticado é o mesmo firmado com outros órgãos públicos ou empresas privadas e que comprovem a isonomia de preços praticados pela empresa.

Conforme mencionado anteriormente e segundo o objetivo geral deste estudo, que é discutir as particularidades da inexigibilidade de licitação na contratação pública de empresa do ramo educacional com destaque para a prova de exclusividade, torna-se fundamental detalhar e discutir o parágrafo primeiro do artigo 25 da Lei de Licitações.

Com a inexistência da pluralidade de competidores que pretendam contratar com a Administração Pública, surge-se, desse modo, a inviabilidade de competição. Dessa forma, a Administração não é obrigada a realizar todos os atos licitatórios típicos, pois já se sabe que a contratação será direcionada àquele fornecedor único existente no mercado com a possibilidade de atender à determinada demanda. Daí a previsão no artigo 25, I, da Lei Nº 8.666/1993 (BRASIL, 1993):

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.

Desse modo, pode-se observar que o fundamental é que o objeto a ser contratado seja fornecido ou prestado por quem é único, no qual o contratado é o único que reúne as condições necessárias à plena satisfação do objeto do contrato. Assim, a licitação é inexigível quando há a impossibilidade jurídica de introduzir a competição entre eventuais interessados, pois não se pode objetivar a melhor proposta, quando há apenas um fornecedor do bem desejado pela Administração Pública ou capaz de atender a todas as exigências referentes à realização do objeto do contrato.

Conforme o jurista Chaves ([S.A.], p. 3), deve-se destacar que único é diferente de ser exclusivo, pois, quando o fornecedor é único, a inviabilidade de competição é absoluta, ou seja, não há outro disponível. E quando se fala que o fornecedor é exclusivo, existem outros que fornecem o objeto, porém somente aquele indivíduo é que tem autorização para fornecê-lo.

Pode-se perceber que se a Administração quer adquirir determinado produto ou serviço, que se encontra com apenas um fornecedor, não falamos em disputa, ainda que assim quisesse. No dispositivo, está imposta a impossibilidade de haver preferência por uma marca, isso significa que a ausência de competidores não está ligada à marca do produto, mas sim ao produto/serviço que é o único em relação às necessidades do interesse público.

Conforme o artigo 25 da Lei de Licitações, deve-se comprovar a exclusividade por meio de prova da situação de fornecedor ou prestador de serviço exclusivo. A prova de exclusividade pode ser emitida por órgão de registro de comércio local, equiparando-se a esses os sindicatos, federações, confederações e entidades equivalentes (FERNANDES, 1999, p. 437). Como se pode observar, o atestado de exclusividade não pode ser fornecido pelo próprio fornecedor ou prestador de serviço e nem/ou pela autoridade competente. Este deve ser fornecido por alguma entidade tal qual as acima mencionadas.

A prova de exclusividade pode se dar através de atestados ou declarações, que são documentos firmados por órgãos de registro do comércio local ou entidades equivalentes, conforme já citado, os quais declaram um fato existente de seu

conhecimento, em razão de sua função ou cargo. Nesses documentos, os órgãos dão fé sobre a existência do fato (CHAVES, [S.A.], p. 6).

Conforme Chaves ([S.A.], p. 6), os atestados e as certidões distinguem-se de modo que:

[...] um atestado nada mais é do que uma afirmação do agente, um juízo de valor do declarante, baseado em fato de seu conhecimento. Tem menor grau de certeza e exatidão do que a certidão, porquanto esta última é o retrato do que de fato existe já formalizado em registro público.

Assim, percebe-se que o atestado possui menor grau em relação à certidão, pois este é apenas a confirmação do agente, demonstrando unicamente o conhecimento dele sobre determinado fato. Já a certidão possui maior grau, pois está registrada em um órgão, demonstrando, assim, a existência do fato. O Tribunal de Contas da União também coloca a necessidade de ser comprovada a prova de exclusividade, conforme súmula 255 do Tribunal de Contas da União (BRASIL, 2010):

Nas contratações em que o objeto só possa ser fornecido por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, é dever do agente público responsável pela contratação a adoção das providências necessárias para confirmar a veracidade da documentação comprobatória da condição de exclusividade.

Nota-se que a simples apresentação do atestado de exclusividade, em alguns casos, não é suficiente para garantir a contratação sem licitação. Os atestados servem para comprovar a situação de inviabilidade de competição, naquele caso examinado.

Não incumbe ao Registro Público controlar a existência de exclusividade de representantes, pois estes não possuem a obrigatoriedade de arquivamento dos instrumentos contratuais (JUSTEN FILHO, 2010, p. 365). Desse modo, conforme Decisão 47/95 – Plenário, com relator Ministro Homero Santos (BRASIL, 1995):

[...] quando do recebimento de atestados de exclusividade de fornecimento de materiais (art. 25, inciso I, da Lei Nº 8.666/1993), adotem as medidas cautelares visando assegurar a veracidade das declarações prestadas pelos órgãos e entidades emitentes.

Portanto, a carta de exclusividade é um meio de comprovação da exclusividade de fornecimento de equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, devendo ela ser atestada por uma das entidades arroladas no dispositivo. E, ao receber os atestados, os

órgãos devem adotar medidas que permitam averiguar a veracidade do que fora por elas declarado.

3.2 Contratação por inexigibilidade com prova de exclusividade: o caso Impare Educação⁴

A análise deste caso foi realizada com o objetivo de permitir a construção de conhecimento e apoiar a compreensão de situações semelhantes. Caracteriza-se pelo aprendizado profundo de modo a permitir o amplo e detalhado conhecimento do objeto em questão (GIL, 2010, p. 118).

A empresa em estudo denomina-se Impare Educação⁵ e caracteriza-se como uma Sociedade Limitada, atuante no segmento educacional em todo território nacional, com destaque para as regiões Sul e Sudeste. No que se refere ao negócio, é uma metodologia de ensino voltada ao desenvolvimento de competências cognitivas e socioemocionais por meio da educação musical. Localiza-se na Região Central do Rio Grande do Sul.

A empresa implementa uma metodologia inovadora de Educação Musical que, além de atender à legislação educacional vigente (Lei Nº 11.769/08, cumulada com a Lei Nº 13.278/16), incorpora a Educação Musical nos currículos da Educação Básica brasileira, garantindo, assim, a construção de aprendizagens através do desenvolvimento de competências e habilidades nos alunos.

Conforme *site* institucional da empresa, possui como missão qualificar a Educação Básica brasileira a partir de práticas pedagógicas inovadoras capazes de desenvolver competências cognitivas e socioemocionais, promovendo aprendizagens significativas para a construção de uma vida plena no mundo contemporâneo (IMPARE, 2017). Com mais de 20 livros publicados, além de artigos científicos, especializou-se na inserção da música como conteúdo curricular nas redes municipais de ensino, das quais se pode destacar: Curitiba (PR), Vera Cruz (RS), Júlio de Castilhos (RS), Encruzilhada do Sul (RS), Vale do Sol (RS), Mato Leitão (RS), Restinga Seca (RS), Faxinal do Soturno (RS), São João do Polêsine (RS), Panorama (SP), Pauliceia (SP), dentre outras cidades do país.

⁴ As informações deste caso são fruto de trabalho prático realizado pela autora.

⁵ Impare Educação é o nome fantasia da empresa Accorsi Carvalho Serviços Empresariais Ltda.

A metodologia, presente há mais de uma década no mercado, está estruturada com os seguintes elementos: plataforma *online*, formação de professores e gestores, assessorias e material pedagógico (livros).

Considerando as especificidades da contratação por ente público, já discutidas no presente estudo, bem como as especificidades do objeto da empresa em questão, abriu-se o desafio de como enquadrar a contratação a fim de atender os requisitos legais para a viabilizar.

A Impare Educação é contratada através da inexigibilidade de licitação, tendo em vista a notória especialização, a isonomia dos preços, bem como o fornecimento de materiais didáticos exclusivos.

Conforme já mencionado no artigo 25, da Lei de Licitações, em particular no que se refere nos incisos I e II, uma vez que dizem respeito especificamente ao estudo em questão, determina a exigência de elementos que justifiquem a inexigibilidade de licitação. Passa-se a detalhar como o caso em estudo, ou seja, a empresa Impare Educação atendeu aos requisitos para a contratação com os entes públicos, conferindo destaque para a prova de exclusividade.

Um dos requisitos é o Atestado de Qualificação e Qualificação Técnica Operacional. Com base em desempenhos anteriores, a empresa em questão passou a solicitar dos entes públicos documento comprobatório de sua experiência, organização, metodologia, execução e equipe técnica. Nesse documento, Atestado de Qualificação e Capacidade Técnica Operacional, o ente público geralmente na figura do Secretário Municipal de Educação, declara a execução detalhada do objeto evidenciando que os compromissos assumidos pela empresa foram cumpridos satisfatoriamente, nada constando que desabone a empresa comercial ou tecnicamente.

Outro ponto observado são os atestados de Capacidade Técnica Profissional. Estes são emitidos em nome dos profissionais que fazem parte da equipe técnica da empresa e possuem a finalidade de comprovar que esta possui profissionais qualificados para a execução do objeto contratado, isto é, referindo-se à existência de profissionais com qualidade técnica compatível com a obra ou serviço a ser licitado. A empresa estudada possui profissionais especialistas em diversas áreas, como, por exemplo, musicoterapeutas, educadores musicais, mestres e doutores em psicologia, especialistas e mestres em educação musical, músicos e pedagogos. No momento da contratação, os entes públicos solicitam que sejam encaminhados os

currículos, cópias autenticadas dos diplomas, bem como a comprovação de vínculo do responsável técnico de nível superior com a empresa licitante.

Deverá, ainda, a empresa comprovar que o preço praticado por ela é o mesmo praticado a outros entes públicos ou empresas privadas. Essa comprovação é realizada por meio de envio de cópias de, no mínimo, três notas fiscais ou contratos semelhantes, prestados a outros órgãos ou empresas que demonstrem que os valores cobrados pela empresa possuem isonomia com os que foram praticados com outros clientes.

Por fim, destaca-se como importante a prova de exclusividade, a qual se dá por meio de um atestado ou declaração emitido por um órgão de registro de comércio, ou entidades equivalentes, conforme já mencionado. A prova de exclusividade é solicitada pelo órgão público que a requer autenticada ou com comprovação da autenticidade virtual. A empresa em estudo adquire a prova de exclusividade por ser associada à Câmara Brasileira do Livro (associação sem fins lucrativos) que representa editores, distribuidores e demais profissionais do livro. Esta possui condições necessárias nos termos do inciso I do artigo 25 da Lei Nº 8.666/1993 para emitir documento denominado Declaração de Exclusividade. Este declara que as edições e publicações da empresa em estudo são exclusivas em todo território nacional, atestando, ainda, que está exclusivamente autorizada a distribuir e comercializar.

A prova de exclusividade é necessária para instruir processos de aquisição pelo Poder Público por inexigibilidade, quando verificar-se-á a inviabilidade de competição, na qual decorre da exclusividade de um único fornecedor.

Desse modo, a empresa em estudo adequou-se às exigências solicitadas para a contratação através da inexigibilidade de licitação, sendo, assim, contratada em diversos estados do país por esta via.

CONCLUSÕES

Diante deste estudo, verifica-se que, para a contratação de serviços e fornecedores, a Administração Pública necessita da realização de licitação, em que esta deve atender princípios, dos quais destacam-se o princípio da isonomia (a

igualdade entre todos) e o princípio da economicidade (que diz respeito à escolha da proposta mais vantajosa para a Administração Pública).

Para tanto, em alguns casos, há a inviabilidade de competição, tornando-se, desse modo, inviável a licitação. O artigo 25 da Lei de Licitações arrola casos em que existe inviabilidade de competição, sendo, dessa forma, contratados através da inexigibilidade de licitação.

Conforme apresentado no estudo da empresa Impare Educação, para que a contratação seja realizada através da inexigibilidade de licitação, são necessários alguns elementos, solicitados no momento da contratação pelos entes públicos. Dentre eles, o Atestado de Qualificação e Capacidade Técnica Operacional, que diz respeito à qualificação dos serviços que já foram prestados a outros entes públicos. Estes irão atestar organização, cronograma, metodologia e execução, a equipe técnica, quem serão os profissionais que irão atuar, a formação destes bem como, os currículos e a comprovação de vínculo com a empresa licitante. Deve, ainda, a empresa comprovar que o preço por ela praticado é o mesmo praticado a outros entes públicos e privados.

O requisito com mais destaque, conforme percebe-se no caso, é a prova de exclusividade, na qual os órgãos ou as entidades competentes atestam a empresa, declarando que as edições e publicações por ela realizadas são exclusivas em todo território nacional, sendo assim, verifica-se a inviabilidade de competição, e a empresa é contratada através da inexigibilidade de licitação.

Portanto, como é característico de um estudo de caso, ele é particular e específico. Entretanto, ainda que a partir da sua especificidade, ele nos permite a construção de conhecimento possível para apoiar a compreensão de situações semelhantes.

REFERÊNCIAS

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO (AGU). **Orientação normativa nº 17**, de 1º de abril de 2009. Disponível em:

<file:///C:/Users/Jaciele/Downloads/orientacao_normativa_agu_n-_17_-_redacao_original_e_respectiva_fundamentacao.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2017.

BRASIL. **Constituição de 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível

em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 maio 2017.

_____. **Decreto nº 30, de 7 de fevereiro de 1991**. 170º da Independência e 103º da República. Brasília, 7 de fevereiro de 1991. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0030.htm>. Acesso em: 10 out. 2017.

_____. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. 172º da Independência e 105º da República. Brasília, 21 de junho de 1993. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 21 fev. 2017.

_____. **Lei nº 10.520**, de 17 de julho de 2002. Planalto, Brasília, 2002. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm>. Acesso em: 06 nov. 2017.

_____. **Súmula 255, de 31 de março de 2010**. Disponível em:

<<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/2826658>>. Acesso em: 11 jun. 2016.

_____. **Tribunal de Contas da União**. Acórdão 633/2010-Plenário. Relator: José Jorge. Disponível em:

<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:S4QOxnyiOZsJ:www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc%255CAcord%255C20100405%255CAC_0633_10_10_P.rtf+%&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 17 maio 2017.

_____. **Tribunal de Contas da União**. Decisão 47/95 - Plenário - Ata 06/95.

Relator Ministro Homero Santos. Disponível em:

<http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc%5CDec%5C19960302%5CGERADO_TC-13062.pdf>. Acesso em: 12 out. 2017.

BUGARIN, Paulo Soares. **O Princípio Constitucional da Economicidade**.

Disponível em:

<<http://revista.tcu.gov.br/ojsp/index.php/RTCU/article/download/1224/1278>>. Acesso em: 07 set. 2017.

CHAVES, Luiz Claudio de Azevedo. **A contratação por inexigibilidade de licitação com fornecedor ou prestador de serviço exclusivo**: breve análise do art. 25, I da Lei 8.666/1993. Disponível em:

<http://www.jmleventos.com.br/arquivos/coluna_juridica/coluna_juridica_03.pdf>. Acesso em: 11 out. 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DIAS, Maria Tereza Fonseca; DA SILVA, Lucas Gonçalves; CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. **Direito Administrativo e Gestão Pública I**. Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/1ppyi8tz/Hyep2EH02fH9Zn1A.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

FERNANDES, Jorge Ulices Jacoby. **Contratações direta sem licitação: modalidades, dispensa e inexigibilidade de licitação**. 4. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

IMPARE EDUCAÇÃO. **Quem somos**. Disponível em: <<https://www.impare.com.br/quem-somos>>. Acesso em: 29 out. 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

MEDAUER, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2014.

MUKAI, Toshio. **Licitações e Contratos Públicos: comentários à lei n. 8.666/1993, com as alterações da lei n. 9.648/98 e análise das licitações e contratos na E. C. n. 19/98 (reforma administrativa)**. 5. ed. atual., ver. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e Contratos administrativos: teoria e prática**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

ROSA, Márcio Fernando Elias. **Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos; QUEIROZ, João Eduardo Lopez. **Direito Administrativo**, tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU / Tribunal de Contas da União**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010. Disponível em:

<<http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?inline=1&fileId=8A8182A24D6E86A4014D72AC81CA540A>>. Acesso em: 08 set. 2017.

Jundiaí, 10 de Fevereiro de 2017.

Da
Secretaria Municipal de Educação
Diretoria Técnica Financeira

Orientações para elaboração de proposta financeira

I – EMPRESA JURIDICA

1)Proposta financeira:

- em papel timbrado da empresa com assinatura do responsável legal
- razão social completa
- CNPJ
- Inscrição Estadual
- endereço completo, inclusive CEP
- telefone comercial e celular
- e-mail
- nome para contato
- dados bancários **da empresa**
- descrição detalhada do material, se for serviço, informar o cronograma de execução, total da carga horária
- valor unitário e total
- condições de pagamento

2)Material e/ou serviço com exclusividade:

- Declaração de exclusividade autenticada ou com comprovação da autenticidade virtual
- Contrato social ou Estatuto Social e suas alterações, autenticados
- RG e CPF do representante legal, autenticados
- Cópias de notas fiscais e/ou contratos firmados com órgãos públicos ou empresas privadas que comprovem a isonomia de preços praticados pela empresa.
- Certidão Negativa de Débitos da Receita Federal, Débitos Trabalhistas e Regularidade do FGTS.

“A contratação somente poderá ser efetivada após análise da viabilidade legal pela Secretaria Municipal de Negócios Jurídicos.”

IMPORTANTE:

Em ambos os casos, o contratado somente poderá iniciar o fornecimento de material ou a prestação de serviço, após a emissão da nota de empenho/assinatura contratual/emissão de ordem de serviço.

Qualquer dúvida, favor entrar em contato.

Att

SILVANA ARRELARO DA FONCECA
SME/Diretoria Técnico Financeira

Secretaria de Educação, Jacarei - SP

DECLARAÇÃO DE EXCLUSIVIDADE

Declaramos, para os devidos efeitos e fins, que as obras abaixo mencionadas são de edição e publicação exclusiva em todo o território nacional, da ACCORSI CARVALHO SERVIÇOS EMPRESARIAS LTDA., sita na RUA ONIOTAN 490, 490 RECANTO MAESTRO, RECANTO MESTRO - 97230000 - São João do Polêsine - RS, inscrita no CNPJ sob o nº 11540817000179, filiada a esta Câmara sob o nº 11540817000179. Atesta ainda, conforme declaração emitida pela empresa acima qualificada, está exclusivamente autorizada a distribuir e comercializar as obras abaixo mencionadas.

01. Obra: Educação musical para educação infantil - atividades pedagógicas

Autor: Impare Educação

ISBN: 9788593514005

02. Obra: Educação musical para os anos iniciais do ensino fundamental - atividades pedagógicas

Autor: Impare Educação

ISBN: 9788593514012

03. Obra: Educação musical para os anos finais do ensino fundamental - atividades pedagógicas

Autor: Impare Educação

ISBN: 9788593514029

04. Obra: Metodologia de educação musical - matriz curricular educação infantil e ensino fundamental

Autor: Impare Educação

ISBN: 9788593514036



Para verificar a autenticidade da carta de exclusividade, entre no <http://www.cbl.org.br/validacao-carta> e digite o código 1431.

São Paulo, 3 de Abril de 2017