A contratação por inexigibilidade de licitação com fornecedor ou prestador de serviço exclusivo. Breve análise do art. 25, I da Lei 8.666/93

por *Luiz Cláudio de Azevedo Chaves**

1 - O princípio do Dever Geral de Licitar e as exceções admitidas pela lei

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, XXI,[1] preconiza como regra fundamental na gestão pública o Princípio de *Dever Geral de Licitar*, vinculando a realização de prévio torneio licitatório como pressuposto de validade na celebração de contratos de compras, obras, serviços e alienações no âmbito dos órgãos e entidades integrantes da Administração Pública, alcançando os três Poderes e todas as esferas de Governo. Tal princípio cumpre tripla função sob a ótica constitucional, a saber a) garantir livre e democrático acesso aos negócios governamentais a todos os administrados que reunirem condições de bem executar o objeto que se pretenda contratar; b) atrair maior vantagem econômica para a administração quando da realização de despesa pública; e, c) ofertar à sociedade ampla publicidade dos atos administrativos que envolvem justamente o consumo de recursos financeiros públicos.

A licitação pública é um procedimento administrativo por meio do qual a Administração, após uma sucessão pré-ordenada de atos formais, e segundo as regras definidas pelo edital, seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. É, portanto, nada mais que um torneio no qual os vários interessados em contratar com a Administração disputam entre si a oportunidade de negócio oferecida pela Administração. Em que pese o teor de regramento geral do acima citado dispositivo constitucional, e que em razão dessa natureza deve ser observado com rigor, tal princípio, por óbvio, admite exceções.

Vez ou outra uma dada situação fática poderá revelar que o instituto da licitação pública surge como meio inadequado para a consecução das necessidades de interesse público que ele mesmo visava atender. É o que ocorre nos casos de situação calamitosa ou emergencial em que a demora natural do burocrático processo licitatório impede o afastamento de dano irreparável ou de difícil reparação para a Administração com o adiamento da providência. De outra sorte, a licitação poderia se afigurar impertinente, como nos casos de credenciamento, em que ao invés de desejar selecionar uma proposta (a mais vantajosa), a Administração pretenda selecionar **todas** que forem consideradas aptas[2]. Nas contratações de diminuto valor, raramente o eventual benefício econômico da disputa compensa o (alto) custo do processo administrativo. Em outros casos ainda, a licitação pública poderia mesmo se revelar absolutamente inócua, como ocorre nos casos das contratações realizadas com fornecedores de produtos ou prestadores de serviço exclusivo. Afinal, na medida em que inexistam competidores, submeter a oportunidade de contratação a um torneio — que pressupõe a existência de pluralidade de contendores — seria totalmente inútil. De nada adiantaria a Administração arcar com o custo do processo administrativo, movimentar um enorme aparelhamento da máquina estatal, despender tempo, adiando a solução para a necessidade de interesse público surgida, se, no dia, hora e local designado para a disputa, somente aquele (porquanto exclusivo, único existente) se apresentaria munido de proposta e documentos de habilitação.

---

[1] Art. 37, XXI – 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.

[2] O *credenciamento* é muito utilizado na contratação de serviços médicos e professores, em que a Administração fixa um valor único para remuneração (consulta, hora/aula) e todos os que atenderem as condições de habilitação e aceitarem o valor proposto poderão ser contratados sem licitação. Para aprofundar no tema, veja-se DALLARI, Adilson Abreu, *Credenciamento*. RDE n. 05/2006, Salvador, BA.

Não por outro motivo o Constituinte, reconhecendo que não será em todos os casos o torneio licitatório útil ao desiderato a que se destina, fez inaugurar o texto constitucional suso citado com a expressão "*Ressalvados os casos especificados na legislação...*", admitindo, pois, a existência de excepcionalidades casuísticas, atribuindo competência para que norma infraconstitucional pudesse discorrer sobre as possíveis hipóteses nas quais seria aceitável o afastamento *do Dever Geral de Licitar*.

Assim, são previstas na Lei Geral das Licitações e Contratos Administrativos, Lei Federal nº. 8.666/93, em seus artigos 24 e 25 as situações em que o agente público poderá deixar de promover o prélio licitatório, realizando contratação por indicação direta da pessoa do contratado, estabelecendo ainda as condições e requisitos a cada caso para fazê-lo. No primeiro dispositivo, temos os casos de dispensa e, no segundo, os de inexigibilidade de licitação.

O presente trabalho tem por finalidade esmiuçar uma dessas hipóteses, qual seja, aquela cabível nos casos de inexigibilidade de licitação por ausência de competidores, oferecendo seus traços distintivos e seus requisitos de validade, com ênfase na questão da prova da inexistência de outros competidores.

2 – Inexigibilidade de Licitação – Traços relevantes

Conforme dito acima, casos haverá em que o superior atendimento ao interesse público não será atingido pela realização do torneio licitatório, pois, como se demonstrou, a licitação poderá se afigurar, desnecessária, inócua, impertinente ou mesmo danosa para a Administração. Quando tal se verifica, competirá ao agente buscar nas exceções ao *Dever Geral de Licitar*, em qual delas se acomoda a situação fática a ser tratada para balizar a adjudicação direta do objeto pretendido.

A inexigibilidade de licitação é a hipótese em que a competição é inviável, ou seja, impossível de ser realizada, sendo este seu traço nodal. A inviabilidade de licitação pode se dar, fundamentalmente, por quatro razões: *a*) por ausência de outros competidores (fornecedor exclusivo); *b*) por impossibilidade de comparação objetiva de propostas (ex.: contratação de profissional do setor artístico); *c*) por absoluta impertinência da licitação (contratação de serviços por credenciamento); e, *d*) por desnecessidade da licitação (ex: contratação do autor do projeto para acompanhar a execução da obra). Conforma ainda o perfil deste instituto o fato de os incisos do artigo 25 da Lei de regência serem meramente exemplificativos. Significa dizer que em todas as situações em que se verificar sua inviabilidade, a licitação será considerada inexigível.[3]

Outro aspecto relevante do instituto em apreço é que a inexigibilidade não é uma alternativa à dispensa de licitação. Ela a antecede, pois se trata de uma verificação de ordem fática. A dispensa de licitação pressupõe a instauração do processo licitatório e, diante do caso prático e estando presentes os requisitos legais, poderá o Gestor submeter o objeto de seu interesse à competição ou dispensá-la. Mas a inexigibilidade surge antes, pois, do ponto de vista lógico, sequer a licitação é instaurada porquanto impossível de ser realizada.

3 – Inviabilidade de licitação por ausência de competidores

A inexistência de uma pluralidade de indivíduos aptos a se candidatarem ao contrato pretendido pela Administração faz surgir a mais pura forma de inviabilidade de competição. Ora, de modo algum seria razoável admitir que a Administração ver-se-ia obrigada a desenvolver todos os atos administrativos típicos do torneio licitatório se desde já é sabido a quem será deferida a contratação dado ser ele o único existente no mercado com possibilidade de atender ao chamamento. Daí a previsão do art. 25, I da Lei 8.666/93 a qual transcrevemos abaixo:

[3] Para Jessé Torres, "...as hipóteses dos incisos não têm autonomia conceitual; entender diversamente significa subordinar o *caput* do artigo a seus incisos, o que afronta regra palmar de hermenêutica; sendo, como devem ser, os incisos de um artigo subordinados à cabeça deste, a inexigibilidade de licitação materializa-se somente quando a competição for inviável." (*Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*, 8ª. Ed, Renovar, p.342).

> Art.25 - 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;

De plano, impende salientar que a hipótese do inciso acima transcrito é destinada às compras em que o fornecedor, distribuidor ou produtor for único ou exclusivo. O que não significa dizer que em caso de haver necessidade de contratar um determinado serviço e este somente puder ser executado por um único prestador, a licitação seria obrigatória por falta de amparo legal. Mais uma vez, recorremos aos ensinamentos de Jessé Torres[4] no sentido de que o inciso não se submete à cabeça do artigo, mas sim, o contrário. Logo, o que importa, e sempre será o relevante, é que o objeto a ser contratado seja fornecido ou prestado por quem é único. É desimportante o fato da exclusividade recair numa hipótese de compra ou de serviço. É que se o objeto do contrato pretendido for um serviço, o enquadramento se dará na cabeça do artigo, e não no seu inciso I. Essa é, inclusive, a orientação da Corte Federal de Contas:

> "Abstenha-se de realizar a contratação de serviços com fundamento no inciso I do art. 25 da Lei no 8.666/1993, já que este dispositivo e especifico para a aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo. Contrate serviços diretamente, por inexigibilidade de licitação, somente quando restar comprovada a inviabilidade de competição, em consonância com o disposto nos arts. 25 e 26 da Lei no 8.666/1993". (Ac. 1096/2007 Plenário)

Merece especial destaque a anotação de que ser "único" é diferente de ser "exclusivo". Quando o fornecedor é único, a inviabilidade de competição é absoluta, ou seja, de fato não há outro disponível. Quando o fornecedor é "exclusivo", existem outros que fornecem o objeto, mas por uma razão qualquer somente aquele indivíduo é que tem autorização para fornecê-lo. Diz-se, pois, que a inexigibilidade é relativa.[5]

Percebe-se a olhos vistos que a hipótese é de impossibilidade fática de haver competição. Se a administração pretende adquirir um determinado produto que só se encontra nas mãos de um indivíduo, não há que se falar em disputa ainda que assim o desejasse. Cumpre aclarar que a limitação imposta pelo dispositivo legal impossibilidade de haver preferência de marca, quer significar que o ponto marcante da ausência de competidores não é o produto em si, mas sim a solução técnica a que o produto corresponda e que seja esta a única que atenda à necessidade de interesse público surgida. Esta corrente não encontra discrepância na jurisprudência. Do repositório do TCU, destacamos o seguinte excerto de acórdão:

> "Determinar à Casa da Moeda do Brasil para que nas aquisições de materiais com fornecedor exclusivo...comprove nos autos...que inexistem produtos similares capazes de atender as necessidades do serviço, devendo ambas a assertivas estar devidamente comprovadas nos autos, mediante atestados emitidos pelos órgãos competentes". (Ac. 3.645/2008 Plenário)

---

[4] Vide nota 3 do presente trabalho.

[5] Essa classificação é adotada por José dos Santos Carvalho Filho, que, citando Gasparini defende a tese segundo a qual a inexigibilidade somente seria aplicável nos casos em que a mesma for do tipo absoluta. (*Manual de Direito Administrativo,* LumenJuris, 11ª. Ed., p. 224). Discordamos, com todas as *vênias*, dessa teoria porquanto mesmo havendo outros competidores, é possível que o fornecimento esteja restrito a um determinado indivíduo, como nos casos de exclusividade territorial decorrente de representação comercial, em que o proprietário dos direitos de distribuição entrega uma faixa territorial a uma empresa credenciada. Ainda que haja outras que comercializem o mesmo produto, por força de cláusula contratual de exclusividade, não poderiam invadir o território comercial daquela. Uma editora, que detém os direitos de edição e distribuição de uma obra literária pode entregar a uma única livraria o direito de somente ela comercializá-la no Município onde tem sede, a despeito de outras livrarias venderem o mesmo título em outros municípios.

Portanto, é dever do agente que faz inclinar seu juízo de conveniência e oportunidade na direção da contratação de produto tido pó único ou exclusivo (logo, afastando o *Dever Geral de Licitar*) que demonstre ser esta a solução a única solução técnica adequada para atender a necessidade da Administração, devendo ser afastada a idéia de que haja outras no mercado que tenham as características, funcionalidades ou soluções similares. Do contrário, não estaríamos diante de uma situação de inexigibilidade, sendo a realização da competição perfeitamente possível, e, via de conseqüência, obrigatória.

3.1 – A inviabilidade de licitação com base na representação comercial exclusiva.

Não nos afastando da ideia central de que a inexigibilidade de licitação está fulcrada na inviabilidade prática de competição, por absoluta ausência de pluralidade de alternativas de contratação, e ainda que os casuísmos nessa matéria são infinitos, forçoso é reconhecer que não raro, casos haverá em que a exclusividade poderá ser até mesmo circunstancial ou transitória. O melhor dos exemplo é o caso de representação comercial exclusiva, que, na lição de Marçal Justen Filho: "...é a figura comercial que se faz presente quando um fornecedor atribui a determinado agente econômico o direito privativo de intermediar negócios em certa região"[6].

A prática tem demonstrado que uma das formas mais frequentes de inexigibilidade por ausência de competidores é aquela que se dá por força de contrato de exclusividade comercial em que a fabricante do produto ou detentor dos direitos de distribuição, ou ainda, da propriedade imaterial (caso das editoras de livros e periódicos ou donos de patentes industriais) entrega à determinada empresa de seu círculo comercial (franqueados, empresas credenciadas ou da sua rede autorizada) a exclusividade de fornecimento/distribuição ou da prestação de serviços. Como dito antes, essa exclusividade pode ser restrita a uma determinada região e até mesmo por período certo. Aduz ainda o citado mestre, a representação comercial é regulada no Direito Pátrio em diversos diplomas legais, apontando, a título de exemplo, a Lei n. 4.886/65 (representação comercial); Lei n. 6.729/79 (concessão de veículos automotores) e a Lei n. 8.955/94 (franquia empresarial). Portanto, a inexigibilidade de licitação alcança não só a representação comercial exclusiva, como também "qualquer espécie de agente econômico titular de cláusula de exclusividade".[7]

A fim de melhor ilustrar, imaginemos que uma editora, detentora dos direitos de edição, distribuição e comercialização das obras que publica[8], venha a confiar a uma única empresa — uma livraria local — o direito de comercializar um ou vários títulos em uma determinada região territorial, digamos, no Estado do Maranhão. Não se nega que esta reserva de mercado é do alvitre da própria editora que, naquele Estado, preferiu não ter uma pluralidade de livrarias ou livreiros em detrimento da exclusividade de uma única empresa. Portanto, caso a Administração Pública local venha necessitar adquirir justamente tais títulos, configurada estaria a inviabilidade de competição ao passo em que a editora (dona dos direitos de edição, distribuição e venda) autorizou apenas uma certa empresa a comercializá-las. Seria, pois, a hipótese de inexigibilidade relativa, onde, em princípio, mesmo havendo vários indivíduos de outras localidades com disponibilidade do mesmo produto, em caráter circunstancial decorrente da existência de contrato de representação comercial exclusiva, somente uma empresa estaria autorizada pela detentora dos direitos de distribuição a comercializar tais obras no Estado do Maranhão. Cumpre frisar que sobre esse aspecto não há controvérsia. O eminente jurista Marcos Juruena reconhece que "a exclusividade também pode ser comprovada através de contrato de exclusividade (distribuição, representação, licenciamento etc)".[9]

Interessante hipótese foi tratada pela Corte Federal de Contas no Acórdão nº 095/2007 – Plenário, da relatoria do festejado Min. Benjamin Zymler, no qual analisou diversas aquisições de medicamentos pela Secretaria de Saúde do Estado da Paraíba fundada em inexigibilidade de licitação

---

[6] *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, Dialética, 14ª. Ed., São Paulo, 2010, p. 363.

[7] *Op. Cit.*

[8] É padrão nos contratos de edição, que o autor da obra ceda tais direitos à editora.

[9] SOUTO, Marcos Juruena Villela, *Licitações & Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro, Esplanada ADCOAS, 1998, p. 165.

com representantes comerciais locais exclusivos. No caso analisado, a SES/PB se baseou em declarações dos laboratórios fabricantes (detentores das respectivas patentes) que atribuíram exclusividade específica para a contratação pretendida. À guisa de exemplo, veja-se o teor de uma das declarações apresentadas por um dos laboratórios, lavrada em 02.04.2003, constantes dos referidos autos, mas com as devidas omissões:

> "Declaramos para os devidos fins que, a empresa (*omissis*), inscrita no CNPJ/MF sob o nº. (*omissis*), com sede à (sic) (*omissis*), estará como representante exclusiva do produto Pegasys (Peginterferon alfa 2 A -40 kD 180mcg), de nossa fabricação, **na quantidade de 3.000 frascos-ampolas requisitadas pela SES/PB. Validade dessa Declaração: 90 dias**"(destaque acrescido)

Nota-se que a detentora da patente do medicamento entrega a uma determinada empresa a *exclusividade* para o fornecimento de um específico medicamento e apenas nas quantidades suficientes para o atendimento à necessidade da Secretaria de Saúde da Paraíba. Este mesmo medicamento poderia ser comercializado pelo próprio laboratório ou outros representantes caso o cliente fosse outro. No presente exemplo, a questão sequer é territorial, pois sendo o cliente um órgão de outra esfera de governo, não haveria que se falar em inviabilidade de competição. Em especial, trago à colação, a manifestação do eminente representante do Ministério Público Federal junto ao TCU, no citado julgado, *in verbis*:

> "...houve uma autorização que gerou um credenciamento temporário, o qual significou uma espécie de "representação exclusiva", para determinado período, local e objeto. Isso se nos afigura desinteresse dos laboratórios de efetuarem a venda direta em um caso específico. **Não vemos óbice a que os laboratórios estabeleçam um representação exclusiva pontual (com período, local e objeto, certos)**. Esse fato denota que o laboratório não quis participar de determinada licitação de um órgão, mas que não afastou o interesse de participação em futuros certames desse mesmo órgão." (grifado)

Corroborando com a exposição do *parquet*, para, ao final, reconhecer a legalidade das aquisições, o Ministro Relator asseverou que:

> "a empresa (*omissis*) era de fato representante exclusiva desse laboratório. Em que pese ser pouco usual - e talvez questionável a emissão de declarações específicas para a participação em determinado certame -, o ponto é que o gestor se viu em situação na qual não havia competidores aptos a viabilizar a licitação."

No exemplo representado pelo texto da declaração acima transcrita, nota-se que há inclusive um período de validade de 90 (noventa) dias. O que significa dizer que transcorrido esse período a condição de exclusividade dispersar-se-ia, o que tornaria viável a competição. Porém, tendo a Administração a necessidade de realizar a contratação imediatamente, não podendo suportar essa espera, o fato, inarredável, é que a contratação seria, dentro do período de exclusividade, impossível de ser formalizada senão com o representante exclusivo.

4 – O problema da comprovação de exclusividade

Uma das questões mais controvertidas quanto à exclusividade envolve justamente o modo pelo qual se comprova a exclusividade, melhor dizendo, o meio de prova da situação de fornecedor ou prestador de serviço exclusivo. Segundo a parte final do inciso I do art. 25, a comprovação de exclusividade deve ser feita "*...através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local onde se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes*."

Como se percebe do texto legal, a exclusividade não poderá ser meramente alegada pela autoridade competente ou mesmo pelo próprio "detentor" da dita exclusividade. Exige a norma que a situação de exclusividade deve ser apontada por alguma entidade idônea. O rol de entidades apontado no dispositivo em estudo é meramente exemplificativo, terminando, inclusive, com a característica expressão "*...ou, ainda, pelas entidades equivalentes.*" Daí ser de extrema importância

delimitar a abrangência do dispositivo de acordo com a realidade fática de mercado. Para esse fim, passaremos ao exame minudente desta parte do dispositivo legal em tela.

4.1 – O elemento formalístico da prova de exclusividade

O primeiro ponto a ser esclarecido diz respeito à forma que deve assumir a prova de exclusividade. A norma indica que a comprovação deve ser feita "*...através de atestados...*". Conceitualmente, atestado é documento firmado por alguém, no qual declara um fato existente e do seu conhecimento em razão do cargo ou função que ocupa, mas cujo registro em livro, arquivo ou processo inexiste. José dos Santos Carvalho Filho explica que os atestados são atos *enunciativos* "...porque seu conteúdo expressa a existência de um certo fato jurídico. Nos atestados e declarações, os agentes administrativos dão fé, por sua própria condição, da existência desse fato."[10] O atestado distingui-se da *certidão*, pelo fato desta tratar-se de documento que afirma a existência de um fato constante de ato ou assentamentos ou ainda em processos, livro ou documentos que se encontrem em poder da repartição certificante.

Portanto, caracteristicamente, 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. O atestado não demonstra uma coisa tangível, existente, expressando não mais do que uma opinião ou uma narrativa sob a ótica do declarante. O relevo especial que recebe o atestado, quando emitido por servidor público, é o fato de que o mesmo configura ato administrativo oficial e, quando presentes todos os seus pressupostos de validade (competência, objeto, forma, motivo e finalidade), como tal, recebe os seus atributos típicos, dentre os quais se destacam a presunção de legitimidade (competência para a expedição do ato) e veracidade (o que foi expresso compõe a verdade até prova em contrário, cujo ônus de prova é de quem acusa de inverídico)[11]. Porém, na essência, continua sendo uma narrativa ou um juízo de valor.

Assim dito, é certo que nenhum *atestado*, pelo menos em tese, pode afirmar categoricamente que este ou aquele indivíduo é fornecedor exclusivo de determinado produto. Se assim o fizesse, o instrumento seria a *certidão* pela maior robustez de sua força probante. No *atestado* de exclusividade o declarante apenas relata o que "conhece", mas de forma alguma garante que de fato a empresa declarada é exclusiva. Não que não possa fazê-lo, mas a lei não exige essa afirmação taxativa, pois, repise-se, seria caso de exigir *certidão*. Frise-se ainda que o órgão de registro de comércio, isto é, a Junta Comercial, é uma autarquia, logo, uma repartição pública cujos servidores possuem o *múnus* público necessário para expedir certidões. Mas ainda sim o legislador se contentou com o *atestado*.

O Tribunal de Contas da União há muito vem demonstrando preocupação com o teor dos atestados de exclusividade que instruem os processos de adjudicação direta por inexigibilidade de licitação, tanto que já sumulou orientação aos órgãos jurisdicionados no sentido de se cercarem de cuidados no recebimento de documentos dessa natureza. Eis o verbete:

> SÚMULA 255-TCU 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.

A preocupação da Corte Federal de Contas é justamente em razão da natureza *enunciativa* ou *declaratória* do atestado. Fosse uma certidão tal insegurança seria minimizado pelo fato de haver registro formal. O Acórdão 633/2010-Plenário, da relatoria do Min. José Jorge e que gerou a acima trasladada Súmula traz bem delineado o problema, senão vejamos:

---

[10] *Op. Cit.*, p. 124.

[11] MELLO, Celso Antônio Bandeira, *Curso de Direito Administrativo*, 17ª Ed., Malheiros, p.382-384.

> "Bem de ver que a regra na Administração Pública é a licitação, sendo que a contratação direta, sobretudo na hipótese de inexigibilidade, deve ser entendida como exceção, e como tal foi tratada pelo legislador a contratação junto a fornecedor exclusivo ao impor como condição para sua efetivação a comprovação, por meio de atestado, da exclusividade. Então, em sendo a exclusividade a causa da inviabilidade de competição, razão da inexigibilidade, há que se ter o devido cuidado com sua caracterização. No entanto (...) o Tribunal lamentavelmente se deparou, em inúmeras oportunidades, com situações **em que os atestados de exclusividade não condiziam com a realidade ou eram inverídicos, inclusive objeto de falsificação**. Daí que a jurisprudência do Tribunal evoluiu no sentido de exigir dos agentes públicos responsáveis pelas contratações não só o recebimento e acolhimento do atestado de exclusividade mencionado no dispositivo legal, mas também a confirmação dessa condição, seja por diligências **ou até mesmo consultas ao fabricantes**, a exemplo do Acórdão 2.505/2006 - 2ª Câmara, em que se determinou à entidade jurisdicionada a adoção de medidas acautelatórias com vistas a assegurar a veracidade das declarações prestadas pelos órgãos e entidades emitentes. (...) Nesse contexto, afigura-se pertinente o projeto em questão, consistindo em mais um esforço do Tribunal no sentido de evitar irregularidades na comprovação da exclusividade de fornecedor e garantir a observância do preceito legal, não sendo demais ressaltar que a atuação do agente público não deve se resumir à exigência da documentação especificada, mas também à verificação da real condição de exclusividade invocada pelo fornecedor." (grifo acrescido)

Portanto, claro está que a simples apresentação do atestado de exclusividade será, em alguns casos, insuficientes para que se dê garantia no sentido de que a contratação sem licitação veio coberta pelo manto da legalidade. Nota-se do excerto de acórdão suso transcrito que a confirmação da veracidade do atestado pode vir inclusive do próprio fabricante, conforme o segundo destaque.

Mais uma vez reforça-se a ideia de que o que importa para a caracterização de fornecedor exclusivo é a inviabilidade fática de estabelecer-se competição. E essa impossibilidade pode, inclusive, ser subtendida das circunstâncias da contratação. Não se pode atribuir ao meio de prova maior importância do que a situação que se pretende ver comprovada. Veja-se mais um casuísmo tratado pela Corte Federal de Contas no Acórdão 822/2005-Plenário:

> "No mérito, a análise procedida pela 5ª SECEX demonstra que, **embora não constasse dos procedimentos de inexigibilidade de licitação a comprovação de exclusividade das empresas na venda/locação de espaços, na forma prescrita no inciso I do art. 25 da Lei nº 8.666/1993, é possível concluir, ante as características dos eventos, que as mesmas detinham a exclusividade** no fornecimento das áreas. Portanto, em razão dessa peculiaridade, a falha deve ser relevada." (grifo acrescido)

O caso tratava da locação de espaços com inexigibilidade de licitação para montagem de *stands* em feira internacional de negócios organizado por uma empresa de gerenciamento de eventos. Muito embora a norma legal imponha a apresentação de *atestados* a fim de instrumentalizar a comprovação da situação de inviabilidade de competição, naquele caso examinado, a exclusividade foi perfeitamente identificada tão só pelas características dos eventos. Ora, se uma empresa é a organizadora de uma feira, é inegável que a locação de espaços para montagens dos *stands* dos expositores é exclusiva dessa mesma empresa. Daí porque, mesmo não sendo possível a obtenção de qualquer *atestado*, não ficou inviabilizada a configuração inequívoca da inviabilidade de competição.

4.2 – A Atestação pelo órgão de registro do comércio, Sindicato, Federação e Confederação Patronal.

O dispositivo *sub examine* carrega uma incongruência. É que atribui às Juntas Comerciais (órgão de registro do comércio) e a entidades sindicais patronais a competência de fornecer atestado de exclusividade. Em primeiro lugar a expedição dessa documentação não constitui atribuição do Órgão de Registro de Comércio nem tampouco de entidades sindicais[12]. Tanto assim que o Departamento Nacional de Registro do Comércio expediu a da Instrução Normativa nº 93 de 05.12.2002 do DNRC/MICT, que dispõe, em seu art. 11:

> "A Junta Comercial **não atestará comprovação de exclusividade, a que se refere o inciso I, do art. 25, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**, limitando-se, tão somente, à expedição de **certidão de inteiro teor do ato arquivado**, devendo constar da certificação que os termos do ato são de exclusiva responsabilidade da empresa a que se referir. (grifo acrescentado)

Recordando que *atestado* é, essencialmente, um ato revestido de um juízo de valor ou uma narrativa de fato conhecido do servidor no exercício das suas funções, nota-se que o DNRC preocupou-se justamente com a veracidade da informação a ser prestada e considerando o fato de que a Juntas Comerciais não são competentes para atestar a condição de exclusividade. Portanto, nesse específico contexto, as Juntas Comerciais limitar-se-ão apenas a registrar o que alguém disse sobre a exclusividade a favor de outrem. Para Jacoby, tal dispositivo "...contraria frontalmente a Lei de Licitações, quando busca tornar ineficaz o imperativo ali contido."[13] Ousamos discordar. A Lei n. 8.666/93 regula o art. 37, XXI da CF, ou seja, o procedimento de contratação de terceiros na Administração Pública, e não a atividade empresarial que é regida por normas próprias. Afinal, a Lei de Licitações é que terminou por discorrer sobre tema que não lhe é afeto, ultrapassando sua esfera de competência normativa, e invadindo a da Lei n. 8.934/1994, que dispõe sobre o registro público de empresas mercantis e atividades afins.

Portanto, reconhecendo a pertinência da IN 93/02 do DNRC/MICT, restaria o desafio no sentido de se determinar o significado prático da expressão "ato arquivado" referida no art. 11 daquela Instrução Normativa. O art. 32 da Lei Federal retro citado elenca quais atos e documentos podem ser submetidos a arquivamento pelas juntas comerciais:

> Art. 32 – O registro compreende:
>
> I ...(*omissis*)...
>
> II – O arquivamento:
>
> ...
>
> e) de atos ou documentos que, por determinação legal, sejam atribuídos ao Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins **ou daqueles que possam interessar ao empresário e às empresas mercantis**; (grifado)

Ocorre que o teor do art. 25, I é enfático no sentido de que somente serão considerados aptos à comprovação da situação de exclusividades "*atestados emitidos...*" por uma das entidades que menciona, donde se conclui que a simples apresentação da cópia do contrato de representação comercial exclusiva seria insuficiente para cumprimento dos requisitos formais estipulados pela citada norma.

Assim, se a proprietária dos direitos de comercialização/distribuição é quem indica o seu **único** representante ou ser ela mesma a **única** a comercializar seu produto, seria, sob o ponto de vista lógico, razoável admitir que somente ela mesma fosse capaz para "atestar" a sua exclusividade de seu representante comercial. O que, a final, a IN 93/02, do DNRC/MICT pretendeu dizer ao fazer

---

[12] Nesse sentido: FILHO, Marçal Justen, *Op. Cit.*, p. 365 e MOTTA, Carlos Pinto Coelho, citando Toshio Mukai. *Eficácia nas Licitações e Contratos*. 10ª. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

[13] JACOBY, Jorge Ulisses Fernandes, *Contratação Direta Sem Licitação*. Belo Horizonte, Ed. Fórum, 9ª, 2011, p. 594. Cumpre ainda esclarecer que na sua obra o autor faz referência ao art. 12 da IN 56/96, do DNRC/MICT, mas que fora atualizada pela IN acima indicada, sendo que o texto foi mantido intacto, sendo apenas renumerado para o art. 11.

menção a "ato arquivado", seria, portanto, a declaração do fabricante ou distribuidor oficial (ou ainda a editora ou proprietária da patente) dando conta de que *Fulano de Tal Ltda.* é exclusivo para comercialização dos produtos tais e tais. O mesmo raciocínio pode ser aplicado por analogia nos casos em que o atestado de exclusividade for originário de Sindicatos, Federações e Confederações Patronais e nas entidades equivalentes.

Considerando que as Juntas Comerciais e também as demais entidades enumeradas no dispositivo legal em estudo, apenas se limitam a **reproduzir** o teor das declarações dos fabricantes e distribuidores e, ainda pelo fato de que o TCU entende que as diligências que confirmam a veracidade das declarações podem até mesmo serem feitas junto ao próprio fabricante, não se pode deixar de admitir que sua declaração ou o próprio contrato de representação comercial tem enorme força probante. Qual seria, portanto, a finalidade de se exigir que o atestado tenha sido expedido por uma dessas entidades? A resposta nos parece relativamente simples: sendo a atribuição de exclusividade um ato jurídico restrito ao fabricante/distribuidor e o fornecedor (exclusivo), o registro da declaração do fabricante em tais entidades daria a essa o caráter de publicidade no meio empresarial relativo ao segmento do objeto da exclusividade, tornando seus reflexos jurídicos oponíveis a terceiros.

4.3 – A equivocada impressão de que o atestado deva ser de entidade do local onde se realizaria a licitação

Outra questão importante diz respeito ao local de expedição do atestado. Em interpretação literal, por óbvio, o aplicador da norma seria conduzido a somente aceitar como válido o atestado emitido por entidade com sede no "local onde se realizaria a licitação". Mas é sabido que nenhuma norma jurídica deve receber tratamento literal sob pena de estreitamento da sua aplicação. Mais ainda. Poderia levar o aplicador da norma a empreender um resultado impossível ou mesmo danoso para o bem jurídico tutelado pela mesma norma. É a lapidar lição de Carlos Maximilliano, *in verbis*:

> "Deve o Direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis. Também se prefere a exegese de que resulte eficiente a providência legal ou válido o ato, à que torne aquela sem efeito, inócua, ou este, juridicamente nulo" (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Forense, 1993, p.180).

Em primeiro lugar, não se pode exigir da sociedade empresária duplo registro. Pelo princípio constitucional da livre iniciativa, uma empresa com sede em um Estado pode perfeitamente exercer sua atividade em qualquer lugar do País, independente de registro senão na sua sede. Logo, não pode ser forçada a manter registros em todos os Estados onde atua. Por lado outro, o mais das vezes os atestados terão abrangência nacional, sendo suficiente para o desiderato da comprovação. Veja-se a Orientação Normativa nº 56 /2010, expedida pela AGU/NAJ/MG, cujo entendimento caminha nessa mesma direção:

> Os atestados devem ser emitidos pelo órgão local da sede da contratação, **regra essa excepcionada nos casos em que o fornecedor exclusivo não possui representação comercial na praça** ou a exclusividade é de âmbito nacional." (destaquei)

A correta interpretação, portanto, é de que somente se exigirá que o atestado seja do local onde a contratação se dará se o detentor da exclusividade possuir representação neste mesmo local. Mais ainda. Será admitido atestado de exclusividade de entidade de outra localidade na hipótese de essa entidade possuir abrangência nacional, ainda que o detentor da exclusividade tenha sede no local da contratação, como seria o caso dos atestados emitidos por Confederações ou Sindicatos nacionais com sede em localidade diversa da do órgão ou entidade pública contratante.

4.4 – O que se deve entender por "entidades equivalentes"

Por fim, cumpre esclarecer o alcance da expressão acima epigrafada para identificar de quais entidades, em substituição às entidades arroladas no dispositivo alvo do presente trabalho, poderão os órgãos e entidades da Administração Pública receber atestados de exclusividade.

Em primeiro plano, faz-se mister determinar que a aceitação de atestados emitidos por "entidades equivalentes" somente será viável na impossibilidade de obtenção de atestados emitidos pelas demais entidades apontadas no inciso I do art. 25, na esteira da orientação da Advocacia-Geral da União, *in verbis*:

> ORIENTAÇÃO NORMATIVA NAJ-MG Nº 56, DE 22 DE JANEIRO DE 2010: "... **Quando impossível** a obtenção de atestado emitido por uma das entidades enumeradas no art. 25, I da Lei nº 8.666/93 (circunstância que deve ser certificada nos autos), reputa-se válida a aceitação de atestado emitido por instituição apta a tanto, confiável e idônea, e dotada de credibilidade e autonomia em relação ao mercado.

O elenco do art. 25, I da Lei Geral de Licitações refere-se a entidades que congregam empresários, com exceção da Junta Comercial, que é órgão estatal regulador dos registros empresariais, mas que, no fundo, cumprem missão análoga às primeiras. Conforme visto anteriormente, a idéia central de os atestados serem emitidos por uma dessas entidades é a de promover publicidade, principalmente, dentro do meio empresarial a que pertence a detentora de cláusula de exclusividade. Não comportaria outra interpretação, ante a imprecisão da expressão, senão a de se considerar que "entidades equivalentes" devem ser associações de que congreguem o empresariado ou associações representativas do empresariado, assemelhados aos Sindicatos, Federações e Confederações patronais. Ademais disso, tais entidades devem possuir idoneidade e reputação ilibada condizente com o desdobramento da declaração que irá emitir e ainda, que possa assumir a responsabilidade jurídica pelo que atestar.

Para Jacoby[14]"além da associação comercial, até o Clube de Diretores Lojistas" poderia ser considerado entidades equivalentes. Cite-se também outras entidades, tais como a Câmara Brasileira do Livro-CBL, para livros e periódicos; a Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico-ABCFARMA; a Associação de Empresas de Software e Informática-ASSEPRO. Não será possível, contudo, admitir-se atestados emitidos por clubes recreativos ou entidades de promoção social ainda que indiscutivelmente idôneos, por falta de legitimidade para representar um segmento empresarial determinado.[15]

5 – Conclusão

Diante do que foi aqui exposto, a contratação direta por inexigibilidade de licitação pelos órgãos e entidades do Poder Público, quando for o caso de contratação com fornecedor ou prestador de serviços deve observar, com base nas disposições do art. 25, I, da L. 8.666/93, o seguinte:

> a) a escolha do contratado tido como exclusivo deve ser decorrente da identificação de que sua solução técnica é a única que atenda às necessidades da Administração;
> b) deve haver demonstração nos autos do processo de que, de fato, há absoluta inviabilidade de competição para a contratação pretendida, sendo aceitável, inclusive, a inviabilidade transitória ou circunstancial, como nos casos de representação exclusiva somente em um território;
> c) que a exclusividade seja *atestada* por uma das entidades arroladas no dispositivo em tela e que, ao receber os ditos atestados, os órgãos adotem medidas que permitam averiguar a veracidade do que fora por elas declarado;

---

[14] *Op. Cit.,* p. 597.

[15] FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby, *Op. Cit.,* p. 598.

d) não se deve aceitar atestados que limitem sua abrangência, com expressões que não traduzam a necessária certeza de que a declarada é exclusiva para a contratação em tela.

e) não é necessário que a entidade atestante tenha sede no local do órgãos contratante, desde que tenha abrangência nacional ou que seu destinatário tenha sede em outra localidade, a fim de evitar obrigar a empresa a duplo registro, o que contrariaria o princípio constitucional da livre iniciativa;

f) na impossibilidade de recepção de atestados emitidos pelas entidades elencadas no art. 25, I, da L. 8.666/93, entenda como "equivalentes" as entidades que tenham finalidade social análoga às entidades sindicais patronais, aceitando apenas daquelas que puderem ser consideradas idôneas.

É sabido que os órgãos terminam por encontrar enorme dificuldade em formalizar processos de aquisição direta por inexigibilidade de licitação. Também é conhecido o fato de que, com receio dos órgãos de controle interno e externo, as assessorias jurídicas acabam sendo mais rigorosas do que o necessário, não raro, travando a marcha processual ou mesmo inviabilizando a contratação pelo excesso de rigor, o que, reconhece-se, é bem razoável ante as implicações em termos de responsabilização administrativa, civil e até penal na hipótese de erro na configuração da situação de inexigibilidade.

Em matéria de licitação e contratos não existe fórmula ou receita mágica que permita ser adotada de olhos fechados diante de uma situação casuística. Temos repetido sem fadiga nas salas de aula e nos auditórios desse País que nessa seara, os casuísmos são infinitos e, portanto, as respectivas soluções somente poderão ser tomadas diante da especificidade de cada hipótese surgida. Com o presente trabalho, esperamos ter trazido um pouco mais de clareza aos órgãos da Administração quanto aos aspectos práticos e formais da contratação com inexigibilidade de licitação por exclusividade.

*Bacharel em Administração e Direito. Especialista em Direito Administrativo. Professor Convidado da PUC-Rio, da FGV e da Escola Nacional de Serviços Urbanos-ENSUR. Autor da obra *Curso Prático de Licitações-Os Segredos da Lei n8.666/93*, IBAM/Lumen Juris, 2011.