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

Luiz Claudio de Azevedo Chaves
é jurista especialista em Direito Administrativo. Professor convidado da Fundação Getúlio Vargas e da PUC-Rio. Professor da Escola Nacional de Serviços Urbanos-ENSUR/IBAM. Autor das obras Curso Prático de Licitações-Os Segredos da Lei nº 8.666/93, IBAM/Lumen Juris, 2011 e Licitações Para Leigos, Alta Books (no prelo). Co-autor da obra Diálogos de Gestão, novas perspectivas, JML, 2013.

RESUMO

Em que pese a hipótese de contratação sem licitação com prestador de serviço ou fornecedor exclusivo já figurar no macro sistema normativo que norteia as contratações governamentais há várias décadas (já figurava no art. 126, do Decreto-Lei n. 200/67), até hoje os órgãos e entidades do Poder Público encontram dificuldades sobre esse instituto. Não raro, os Tribunais de Contas reconhecem imperfeições e até mesmo ilegalidades cometidas pelos agentes públicos quando da formalização de tais procedimentos. Revisitando este instituto, este trabalho pretende lançar algumas luzes sobre a matéria, abordando questões de ordem prática que surgem no dia a dia da Administração Pública, com o objetivo de que os setores responsáveis por essa espécie de contratação melhor instruam sues processos.

Palavras-chave: Licitação. Inexigibilidade. Exclusividade.

1. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO – TRAÇOS RELEVANTES

A despeito do valor constitucional insculpido no art. 37, XXI da Carta de 1988, que fixa o princípio do dever geral de licitar como condição de contratação de obras, compras, serviços e alienações a todos os órgãos e entidades da Administração Pública, casos haverá em que o superior atendimento ao interesse público não

será atingido pela realização do torneio licitatório, a licitação poderá se afigurar, inviável, configurando o clássico quadro de inexigibilidade de licitação, apontado no art. 25 da Lei. 8.666/1993. Distingue-se da dispensa de licitação pelo fato de que, nesta última, a licitação é perfeitamente possível, sendo uma alternativa à realização do torneio licitatório, para os estritos casos elencados no art. 24, do mesmo diploma legal.

Um aspecto relevante da inexigibilidade é que os casuísmos em que ela pode surgir são infinitos. Sempre que, por alguma razão, não for viável realizar a licitação, a mesma será considerada inexigível.[1] Se uma Prefeitura Municipal pretende adquirir combustível e a cidade só contar com um posto de gasolina, sendo que o posto mais próximo fica na cidade vizinha, distante 25 kms, seria absurdo (e desnecessário) realizar licitação pois, em caso de vitória desta, por mais baixo que seja o valor, só a ida e volta da viatura, já esvaziaria novamente o tanque. Nessa circunstância, a licitação seria considerada inviável, pois o possível resultado seria danoso para a Administração.

2. 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 clássica 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 direcionada a contratação, dado ser aquele indivíduo 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:

> 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. Conforme lição do festejado mestre, Jessé Torres[2] 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.[3]

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, no sentido da 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)

Portanto, é dever do agente que faz inclinar seu juízo de conveniência e oportunidade na direção da contratação de produto tido por único ou exclusivo (logo, afastando o Dever Geral de Licitar) que demonstre ser esta solução técnica a única 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 consequência, obrigatória.

3. 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 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 exemplos 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"[4] .

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".[5]

A fim de melhor ilustrar, imaginemos que uma editora, detentora dos direitos de edição, distribuição e comercialização das obras que publica[6] , venha a confiar a uma única empresa — uma livraria local — o direito de comercializar um ou vários títulos em um determinado Estado. Não se pode negar 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, excluindo-se também da venda. Caso típico 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 naquele Estado. 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)".[7]

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 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 uma 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 peculiar 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 texto 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. José dos Santos Carvalho Filho[8] 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."

O atestado distingue-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 produção é de quem o acusa de inverídico)[9]. 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:

> "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, insuficiente 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 atesta-

do pode vir inclusive do próprio fabricante, conforme o segundo destaque.

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[10]. 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 comercial. Portanto, nesse específico contexto, as Juntas Comerciais limitar-se-ão apenas a registrar o que alguém disse sobre a exclusividade a favor de outrem ou de si próprio. Para Jacoby[12], tal dispositivo "...contraria frontalmente a Lei de Licitações, quando busca tornar ineficaz o imperativo ali contido."[11] 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)

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 razoável admitir, sob o ponto de vista lógico, que somente ela mesma fosse capaz para "atestar" a sua exclusividade ou a de seu representante comercial. O que, a final, a IN 93/02, do DNRC/MICT pretendeu dizer ao fazer 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 ser 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.

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 ideia 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 relativas ao segmento a que pertence o objeto da contratação.

Para Jacoby "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.[13]

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. é aceitável 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;

d. não é necessário que a entidade atestante tenha sede no local do contratante, desde que tenha abrangência nacional ou que seu destinatário tenha sede em outra localidade, a fim de evitar obrigar a empresa à duplicidade de registro;

e. entender-se como "equivalentes" as entidades que tenham finalidade social análoga às entidades sindicais patronais, aceitando apenas daquelas que puderem ser consideradas idôneas.

NOTAS

1 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).

2 Vide nota 1 do presente trabalho.

3 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.

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

5 *Op. Cit.*

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

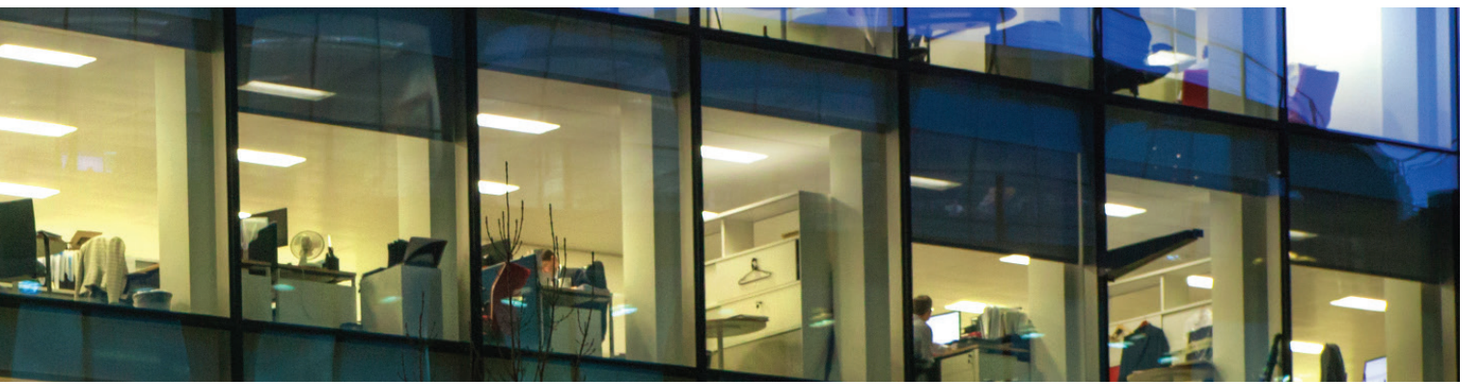
7 SOUTO, Marcos Juruena Villela, *Licitações & Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro, Esplanada ADCOAS, 1998, p. 165.

8 *Op. Cit.*, p. 124.

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

10 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.

11 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.

12 *Op. Cit.*, p. 597.

13 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby, *Op. Cit.*, p. 598.