



Eventual contratação direta desse objeto, portanto, somente será legítima se o caso concreto caracterizar a hipótese de dispensa em razão do pequeno valor (art. 24, inc. II, da LLC) ou, eventualmente, uma situação de inexigibilidade de licitação, decorrente da inviabilidade fática de competição, o que autorizará a contratação com fulcro no art. 25, *caput*, ou eventualmente fundada no inc. I, ambos da Lei de Licitações.

Tratando-se de produtos de cunho intelectual, científico e técnico de igual valor, como os aqui apresentados, inexistem parâmetros para a aferição daquele que melhor possa atender à Administração Pública. Cada obra possui características próprias, devido ao estilo e ao cunho pessoal de seus respectivos autores, que a torna única e/ou insubstituível. A singularidade impossibilita eventual disputa entre interessados, cabendo à Administração Pública eleger o produto que atenda à sua necessidade estatal.

Corroborando esse raciocínio, Celso Antônio Bandeira de Mello, ao tratar especificamente sobre o tema “O objeto licitável, a dispensa e a inexigibilidade de licitação”, leciona que “(...) são licitáveis unicamente objetos que possam ser fornecidos por mais de uma pessoa, uma vez que a licitação supõe disputa, concorrência, ao menos potencial, entre ofertantes.

Segue-se que há inviabilidade lógica deste certame, por falta de seus 'pressupostos lógicos', em duas hipóteses:

a) quando o objeto pretendido é singular, sem equivalente perfeito. Neste caso, por ausência de outros objetos que atendam à pretensão administrativa, resultará unidade de ofertantes, pois, como é óbvio, só quem dispõe dele poderá oferecê-lo;

b) quando só há um ofertante, embora existam vários objetos de perfeita equivalência, todos, entretanto, disponíveis por um único sujeito.

Esta última hipótese corresponde ao que, em nossa legislação, se denomina produtor ou fornecedor exclusivo” (cf. *in* *Direito Administrativo*, 31ª ed., Malheiros, São Paulo, 2014, pp. 552/553).

Esse ilustre administrativista, em outra obra, esclarece que “(...) para que possa haver licitação é necessário que os bens a serem licitados sejam equivalentes, intercambiáveis e homogêneos. Não se licitam coisas desiguais. É pressuposto lógico do instituto que os bens a serem adquiridos ou os serviços a serem contratados não possuam uma individualidade tal que os torne únicos na espécie ou insuscetíveis de substituição por equivalente perfeito” (cf. “Licitação. Aplicação das normas do Decreto-lei nº 200/67 aos municípios. Do objeto licitável”, *in* *Revista de Direito Público* 8:93). Mais adiante, afirma que a equivalência não é determinada exclusivamente pelo gênero do objeto pretendido, mas sim “(...) de um temperamento entre o gênero do objeto pretendido e o critério administrativo de especificação” (artigo e revista citados).

Uma vez eleito o objeto singular a ser adquirido, haverá ainda que se verificar a exclusividade do fornecedor. Note-se que a “singularidade do objeto” acima tratada em nada se confunde com a “exclusividade do fornecedor”. O objeto singular (determinada obra jurídica, por exemplo) muitas vezes pode ser ofertado por mais de um fornecedor, impondo-se, nesse caso, a necessidade de instauração da competente licitação para a aquisição do exemplar.

Se o objeto almejado pela Administração, no entanto, além de singular, tiver o seu universo de fornecedores restrito a um só ofertante – produtor, distribuidor e comerciante exclusivo –, restará caracterizada a inviabilidade de competição, o que autorizará a celebração do ajuste de forma direta, por inexigibilidade de licitação, com fundamento no art. 25, inc. I, da Lei nº 8.666/93. Os periódicos da Editora NDJ se amoldam a essa disciplina jurídica.

Acrescente-se que, devido ao princípio do pluralismo de ideias, constitucionalmente protegido pela Constituição Federal, *ex vi* do disposto em seu art.

206, inc. III, somado à necessidade de conhecimento dos diversos posicionamentos doutrinários a respeito de determinada matéria ou assunto para um melhor aperfeiçoamento intelectual e conseqüente preparo dos agentes administrativos para a Administração e interesses públicos envolvidos, será possível a aquisição de mais de um periódico referente à mesma área.

No que respeita especificamente à comprovação da exclusividade do produtor/distribuidor/comerciante exclusivo, grife-se que a sua comprovação deverá ser realizada nos moldes previstos na parte final do art. 25, inc. I, da LLC, vale dizer, por meio “(...) de atestado fornecido pelo órgão de registro do local onde se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes”.

Alerte-se, nesse sentido, que a expressão “do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço” consignada no dispositivo legal em estudo, e que tanta polêmica tem causado na sua aplicação prática, é exigência que só diz respeito ao “atestado fornecido pelo órgão do comércio”, expressão que a antecede. Pretendesse o legislador estender tal exigência “do local” ao sindicato, federação ou confederação patronal, ou entidades equivalentes, primeiro elencaria as entidades citadas para só então acrescentá-la.

Registre-se, ainda assim, e considerando-se a hipótese de os órgãos e/ou entidades da Administração Pública com sede neste Estado solicitar da Editora NDJ Ltda. um atestado de comprovação de exclusividade registrado na Junta Comercial do Estado do Pará para fins de contratação e/ou renovação de assinatura do(s) Boletim(s) produzido(s) exclusivamente por essa editora, que este “órgão de comércio” não poderia emití-lo, visto que a Editora NDJ não está sediada no Estado do Pará e tampouco possui filiais neste local. O representante que a Editora NDJ alocou no Estado do Pará pratica atos de comércio exclusivamente em nome da Editora NDJ Ltda., sendo que todos os documentos a serem emitidos são relativos a esta empresa, que possui sua sede na cidade de São Paulo. De acordo com informações colhidas pela Editora NDJ junto ao registro do comércio deste Estado

(São Paulo), haveria, sim, a possibilidade de este órgão emitir o atestado solicitado pela Administração caso esta Editora possuísse efetivamente uma filial (com CNPJ próprio) instalada no Estado do Pará, o que efetivamente não ocorre. Se adotada tal interpretação, a Editora NDJ, que possui clientes por todo o Brasil, dentre os quais podemos mencionar o Supremo Tribunal Federal, o Ministério dos Transportes e o Tribunal de Contas da União, deveria abrir uma filial em cada Estado da Federação para poder simplesmente obter um atestado de exclusividade nos registros de comércio dos respectivos estados.

Efetivamente, não há esta obrigatoriedade. O atestado apresentado pela Editora NDJ é expedido pela Federação do Comércio do Estado de São Paulo e tem o condão de afirmar que esta empresa produz e comercializa o *BDA – Boletim de Direito Administrativo*, o *BDM – Boletim de Direito Municipal* e o *BLC – Boletim de Licitações e Contratos*, com exclusividade no âmbito de toda a Federação, abrangendo todos os Estados que a integram, bem como o Estado do Pará.

Persistindo dúvidas sobre a veracidade e alcance dos documentos apresentados para esta finalidade, no entanto, nada obstará a realização de diligências pela Administração Pública junto à Federação do Comércio do Estado de São Paulo, destinadas a melhor esclarecer ou complementar a instrução do processo de contratação direta, com fundamento no art. 43, § 3º, da LLC.

Ainda que assim não fosse, registre-se que não há rigidez quanto à forma de comprovação da exclusividade a que alude o art. 25, inc. I, da Lei de Licitações, podendo ser aceito qualquer documento hábil a certifi-cá-la, desde que seja corroborado por outras informações que confirmem a exclusividade, no caso, absoluta, do produto almejado.

Nesta hipótese em especial, a exclusividade é uma característica comprovável independentemente de qualquer atestado expedido pelos órgãos acima citados. E para comprová-la basta responder à seguinte indagação: de quem se pode adquirir o *BLC*, *BDA* ou *BDM*? Ora, somente da Editora NDJ. De pronto, portanto,

verifica-se que a Administração Pública já possui elementos suficientes para elaborar a justificativa necessária a integrar o processo de contratação direta com base no inciso I do art. 25 da Lei federal de Licitações.

A propósito, o próprio Tribunal de Contas da União, no Processo TC-013.304/94-1, órgão de deliberação: Plenário, data da sessão: 15/2/95, publicação no *DOU* de 1/3/95, p. 2.759, teceu as seguintes considerações a respeito do assunto em tela, inclusive citando uma passagem doutrinária de renomado administrativista:

“5.2.9. De acordo ainda com Marçal Justen Filho, em *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 1ª edição, 1993, pág. 148, ‘(...) a exclusividade deve ser comprovada de modo adequado. A nova Lei incorporou, infelizmente, regra prevista no art. 2º, § 1º, do Decreto nº 30/91. O dispositivo é despropositado. É absurdo estabelecer que a exclusividade seja comprovada através de atestado fornecido pela Junta Comercial ou por sindicato, Federação ou Confederação Patronal ou, ainda, entidades equivalentes. (...) Portanto, a comprovação da exclusividade será efetivada mediante documentação adequada, independentemente de atestados fornecidos pela Junta Comercial ou por Sindicatos.’

Ante o exposto, propomos:

1) seja determinado a todos os órgãos e entidades jurisdicionados ao Tribunal, por intermédio dos respectivos órgãos de controle interno:

a) em reiteração à determinação constante do item 8.2 da Decisão nº 282/92 – Plenário, que, quando do recebimento de atestados de exclusividade de fornecimento de materiais (art. 25, inciso I, da Lei nº 8.666/93), adotem as medidas cautelares visando assegurar a veracidade das declarações prestadas pelos órgãos e entidades emitentes”.

Com este entendimento do eg. Tribunal de Contas da União, pode-se concluir que, uma vez comprovada a veracidade das declarações prestadas pelos órgãos emitentes, a Administração terá anexo ao processo de contratação direta por inexigibilidade um documento hábil a atestar a exclusividade desejada.

Advirta-se, por fim, o ato que autoriza a contratação direta, conforme expressa determinação do art. 26 da Lei nº 8.666/93, deve ser ratificado pela autoridade superior no prazo de 3 (três) dias, devendo haver a publicação deste ato no prazo de 5 (cinco) dias; só então é que se tornará eficaz e a Administração estará autorizada a celebrar o contrato.

Feitas essas considerações, colocamo-nos à disposição para os esclarecimentos que se fizerem necessários, renovando nossos votos de respeito e atenção.

Atenciosamente,



Ana Cristina Fecuri  
OAB/SP 125.181

*Gerente Jurídica da Orientação NDJ*