

CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO

ESCOLA DO PARLAMENTO

PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU*

“LEGISLATIVO E DEMOCRACIA NO BRASIL”

CÁSSIA APARECIDA NOVAIS BEZERRA DARUIX

**INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DE FORNECEDOR
EXCLUSIVO.DA PROVA DA EXCLUSIVIDADE E A PRESTAÇÃO DE CONTAS**

São Paulo

2017

CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO

ESCOLA DO PARLAMENTO

PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU*

“LEGISLATIVO E DEMOCRACIA NO BRASIL”

CÁSSIA APARECIDA NOVAIS BEZERRA DARUIX

**INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DE FORNECEDOR
EXCLUSIVO.DA PROVA DA EXCLUSIVIDADE E A PRESTAÇÃO DE CONTAS**

Média da avaliação da banca examinadora.

Nota Final:

São Paulo, dede 2017.

ORIENTADORA: Professora Doutora Ana Maria Capitanio

São Paulo

2017

CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO

ESCOLA DO PARLAMENTO

PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU*

“LEGISLATIVO E DEMOCRACIA NO BRASIL”

CÁSSIA APARECIDA NOVAIS BEZERRA DARUIX

**INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DE FORNECEDOR
EXCLUSIVO. DA PROVA DA EXCLUSIVIDADE E A PRESTAÇÃO DE CONTAS**

Média da avaliação da banca examinadora.

Nota Final:

São Paulo, dede 2016.

ORIENTADORA: Professora Doutora Ana Maria Capitanio

AGRADECIMENTOS

A minha orientadora, Professora Doutora Ana Maria Capitanio, pela oportunidade em desenvolver o presente trabalho. Agradeço-te por corrigir meus erros e enaltecer os meus acertos.

À minha família e aos meus amigos, pela paciência e pelo incentivo.

À minha querida amiga Darlene Ketley Daniel, por todo incentivo, paciência e compreensão durante as difíceis etapas do crescimento que atravessamos juntas, a você quero agradecer a amizade sincera e por me ajudar a não desistir dos meus sonhos.

À minha querida Sandra Paula Tiemi de Souza Horie, pelo companheirismo, apoio e carinho nessa jornada conjunta.

E, acima de tudo, agradeço a Deus, que me possibilita vencer todos os obstáculos e seguir no caminho do conhecimento.

Dedico este trabalho ao meu querido amigo e chefe Vereador Wadih Jorge Mutran, pessoa mais que especial com quem tive o privilégio de conviver diariamente e acreditou na minha capacidade profissional.

RESUMO

A monografia tem como aporte geral a inexigibilidade de licitação do fornecedor exclusivo prevista no inciso I do artigo 25 da Lei nº 8.666/1993 e específico os instrumentos de comprovação da exclusividade. O trabalho inicialmente apresenta os objetivos, fundamentos e importância do procedimento licitatório para realização dos princípios da Administração Pública. Neste último ponto faz correlação entre o princípio constitucional do dever de licitar e o coronelismo (Vitor Nunes Leal) e a cordialidade (Sérgio Buarque de Holanda). Ainda nos primeiros capítulos apresenta uma teoria geral da inexigibilidade de licitação. Aproximando-se da problemática central a pesquisa analisa a inexigibilidade do fornecedor exclusivo: hermenêutica do artigo 25, configuração da inexigibilidade e formas de exclusividade (absoluta e relativa). Durante a persecução desta pesquisa verificou a necessidade de discorrer sobre a comprovação da exclusividade analisando o procedimento simplificado de inexigibilidade, a necessidade de justificação a emissão, utilidade e suficiência dos atestados de exclusividade. Na parte final, verifica a compreensão da *accountability*, na qual se revela como uma das formas de controle social, visto que a prestação de contas controla os gastos públicos efetivados por seus agentes públicos. Dessa forma, além de tornar transparentes as atividades é possível fazer um maior monitoramento e fiscalização das verbas públicas. Há inclusive a classificação de *accountability* em duas versões entre a vertical e a horizontal. Na sequência a Constituição Federal de 1988 institucionaliza a maior participação da sociedade na fiscalização utilizando o Tribunal de Contas como meio de ferramenta com a finalidade de controlar os gastos efetivados, permitindo-se então maior aproveitamento dos recursos públicos. A pesquisa tem natureza bibliográfica.

Palavras-chave: *Accountability*; Comprovação; Fornecedor exclusivo; Inexigibilidade e Licitação.

ABSTRACT

The purpose of this monograph is to study, analyze the unjustifiable contribution of the exclusive supplier provided for item I of article 25 of Law 8,666 / 1993 and specific instruments for proving exclusivity. The work initially presents the objectives, fundamentals and importance of the bidding procedure for the realization of the principles of Public Administration. In this last point it makes a correlation between the constitutional principle of the duty to tender and coronelismo (Vitor Nunes Leal) and cordiality (Sérgio Buarque de Holanda). Still in the first chapters it presents a general theory of the inexigibility of bidding. Approaching the central problem, the research examines the unenforceability of the exclusive supplier: hermeneutics of article 25, configuration of the unenforceability and forms of exclusivity (absolute and relative). During the pursuit of this research the need to discuss the proof of exclusivity by analyzing the simplified procedure of unenforceability, the need to justify the issuance, utility and sufficiency of the exclusivity certificates were verified. In the final part, it verifies the understanding of accountability, in which it is revealed as one of the forms of social control, since the accountability controls the public expenditures effected by its public agents. In this way, in addition to making activities transparent, it is possible to carry out a greater monitoring and control of public funds. There is also the classification of accountability in two versions between the vertical and the horizontal. Finally, the Federal Constitution of 1988 institutionalizes the greater participation of society in the fiscalization used and the Court of Auditors as a tool to control the actual expenditures, allowing greater use of public resources. The research has a bibliographic nature.

Key words: *Accountability; Proof; Exclusive Supplier; Inexigibility and Bidding.*

DECLARAÇÃO DE AUTENTICIDADE AUTORAL E AUTORIZAÇÃO DE PUBLICAÇÃO.

Eu Cássia Aparecida Novais Bezerra Daruix declaro ser o autor desta Monografia apresentada à Escola do Parlamento da Câmara Municipal de São Paulo para o Curso de Pós-Graduação “Legislativo e Democracia no Brasil” e que qualquer assistência recebida em sua preparação está divulgada no interior da mesma. Declaro também que citei todas as fontes das quais obtive dados, ideias ou palavras, usando diretamente aspas (“ “) ou parafrazeando, sejam quais forem os meios empregados: eletrônicos, mecânicos, fotográficos, gravações ou quaisquer outros tipos. Declaro por fim, que este trabalho poderá ser publicado por órgãos de interesse público. Declaro, que o presente trabalho está de acordo com a Lei 5988 de 14/12/1973, Lei de proteção intelectual, e que recebi da Instituição, bem como de seus professores, a orientação correta para assim proceder. Em ambos os casos responsabilizo-me exclusivamente por quaisquer irregularidades

São Paulo, ____ de _____ de 2017.

Cássia Aparecida Novais Bezerra Daruix

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
O problema central da pesquisa	11
Hipóteses.....	12
1 – PRINCÍPIO DO DEVER DE LICITAR E INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO	14
1.1 - Obrigatoriedade de licitação: princípio do dever constitucional de licitar	14
1.2 – Inexigibilidade de licitação: notas gerais	21
1.3 – Inexigibilidade e dispensa de licitação	22
2 – INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO: FORNECEDOR EXCLUSIVO.....	24
2.1 – Panorama histórico legislativo	24
2.2 – O artigo 25 da Lei no 8.666/1993: inviabilidade e inexigibilidade	25
2.3 – Da exclusividade do fornecedor.....	27
2.3.1 – Da Exclusividade absoluta. Licitação internacional e produto importado	27
2.3.2 – Da Exclusividade relativa	29
2.4 – Inexigibilidade do fornecedor exclusivo e objeto singular	30
2.5 – Vedação à preferência por marca e singularização do objeto em razão de fatores externos	31
3 – DA COMPROVAÇÃO DA EXCLUSIVIDADE	33
3.1 – Procedimento de licitação na contratação direta por inexigibilidade	33
3.2 – Comprovação da exclusividade	36
3.2.1 – Do atestado	36
3.2.2 – Entidade emitente do “atestado” de exclusividade	36
3.2.3 – Indispensabilidade e suficiência do “atestado”	44
4 – ACCOUNTABILITY FORMA DE APLICAÇÃO E CONTROLE DOS ATOS SOCIAIS	48
CONCLUSÃO.....	50
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	53

INTRODUÇÃO

O cumprimento das funções estatais pressupõe, em determinadas atividades, a atuação, o contato da Administração com os particulares, tal como ocorre nos contratos administrativos para aquisição de bens e serviços. Embora necessária, a interpenetração do privado no público, não suprime a máxima de que o interesse coletivo deve se sobrepor aos interesses particulares.

O Estado expressa a vontade coletiva de constituição de uma sociedade política para satisfação de interesses comuns – *Teoria contratualista da origem do Estado* –, assim sendo, todos os integrantes, os cidadãos-administrados, devem formal e materialmente ser tratados como iguais; devem ser tratados de forma impessoal pela Administração Pública. Deriva daí a necessidade de se permitir sob os auspícios da isonomia o acesso dos particulares às portas do público.

O interesse público – supremo – que imanta a existência do Estado imprime à Administração o dever de busca pela economicidade – princípio da eficiência; busca pela realização dos melhores contratos selecionando os melhores proponentes e propostas.

O procedimento licitatório objetiva atender estes reclamos: acesso igualitário dos particulares no público e mais vantagem na contratação. De sua importância deriva a opção constituinte por dispor expressamente no texto da Constituição Federal de 1988 sobre as licitações públicas.

A realização de licitação previamente às contratações da Administração Pública é imperativo constitucional – inciso XXI do artigo 37 – que atende ao interesse público econômico na seleção da melhor proposta e também e, sobretudo, ao princípio da isonomia. Tem-se assim, como princípio constitucional, a obrigatoriedade da licitação.

A imposição constitucional não é absoluta, porquanto, a própria Carta defere ao legislador ordinário a possibilidade de prever exceções ao dever de licitar. Estas hipóteses estão consubstanciadas na Lei federal nº 8.666 de 1993 sob a rubrica de causas de dispensa e causas de inexigibilidade.

As hipóteses de inexigibilidade restaram previstas no artigo 25 da Lei de Licitações, artigo que em seu *caput* sufraga a “inviabilidade de competição” como fator suficiente para inexigibilidade, para a contratação direta, e, de forma não taxativa, em seus três incisos elenca hipóteses de inexigibilidade. Entre estas, no inciso I, está a inexigibilidade do fornecedor exclusivo.

Partindo dessa concepção, é possível observar os requisitos para a contratação direta por inexigibilidade pela Administração Pública sendo uma forma de permitir ao administrador uma melhor consecução do interesse público ou coloca-se como verdadeira porta de abertura às fraudes licitatórias?

Gravitam inúmeras controvérsias em torno da inexigibilidade do fornecedor exclusivo. O presente trabalho, pinçando algumas questões e discussões de relevo, teve como objetivo geral empreender e esclarecer o inciso I do artigo 25 da Lei de licitações discorrendo, entre outros pontos sobre: natureza, relevância, implicações, entrelaçamento com outros institutos e formas de configuração, procedimento da inexigibilidade do fornecedor exclusivo; e, como objetivo específico, perquirir a prova da exclusividade.

Imbuída nestes propósitos a investigação e a prestação de contas que percorre a doutrina geral e específica, legislação e jurisprudência de Tribunais, do Tribunal de Contas da União e Tribunais de Contas dos Estados sobre a matéria.

Metodologicamente a pesquisa tem natureza bibliográfica e está estruturada em quatro capítulos, além das fontes normativas e doutrinárias, procedeu-se a investigação de

jurisprudência de órgãos judiciais e de Tribunais de Contas Estaduais e, em especial, do Tribunal de Contas da União, fez-se acurada pesquisa e análise de julgados de prestações de contas, consultas e súmulas.

O problema central da pesquisa

A Lei nº 8.666/1993, que disciplina as compras e contratações públicas por meio de certame licitatório, possui, em seu bojo, algumas hipóteses de dispensa e inexigibilidade concorrencial para as contratações públicas. Em especial, dentre estas hipóteses podemos elencar aquela prevista em seu no artigo 25, inciso I, isto é, ser inexigível a licitação “para aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo (...)”.

Se o requisito de contratação é o procedimento licitatório, qual o rol de critérios objetivos que podem ser consideradas para configurar tipificada na Lei nº 8.666/1993 que permite a contratação direta?

O requisito para a contratação direta por inexigibilidade pela Administração Pública é uma forma de permitir ao administrador uma melhor consecução do interesse público ou coloca-se como verdadeira porta de abertura às fraudes licitatórias?

Vemos, portanto, a margem de liberdade que o agente público, obtém diante da exceção, na qual, proporciona-lhe independência e força política na avaliação de critérios.

Hipóteses

O requisito de inexigibilidade contido no inciso I do art. 25 da Lei nº 8.666/1993 é uma cláusula aberta que permite ao administrador uma maior discricionariedade na consecução do interesse público realizando contratações sem a realização do processo licitatório.

A conduta de contratação direta deve sempre estar elencada na lei e no caso de ausência de norma específica o agente público deve identificar qual o rol de condutas a ser adotada para atender a finalidade pública.

O administrador para melhor consecução de contratação por inexigibilidade deve analisar de forma rigorosa a veracidade dos documentos apresentados a fim de evitar às fraudes e contratação imotivada.

Logo, o ato administrativo é discricionário, ou seja, a margem de liberdade que o agente público pode praticar diante do caso concreto, porém dentro dos limites estabelecidos no ordenamento jurídico pátrio.

Nesse contexto, o fortalecimento da *accountability* no Brasil visa buscar a responsabilidade objetiva e subjetiva, no controle da transparência, pois aplicar políticas públicas que não é tarefa fácil em uma sociedade democrática - em razão dos conflitos de interesses.

O primeiro capítulo buscou abordar os fundamentos constitucionais e infraconstitucionais da obrigatoriedade de realização do procedimento licitatório, demonstrando a excepcionalidade dos casos de dispensa e inexigibilidade. Na mesma quadra apresenta balizas gerais sobre a inexigibilidade de licitação, com atenção especial às distinções entre as hipóteses de inexigibilidade e dispensa.

Por sua vez o capítulo 2 versou sobre a inexigibilidade de licitação em razão do fornecedor exclusivo, iniciando a investigação pelo percurso histórico legislativo desta hipótese de inexigibilidade. Após, expõe o atual artigo 25 da Lei nº 8.666/93, buscando, primeiramente, a interpretação de seu caput, discutindo os parâmetros para determinação da viabilidade ou inviabilidade de competição, outrossim, indaga a natureza e propósito do legislador na determinação nos incisos de casos de inexigibilidade.

O capítulo – capítulo 3 – está centrado no objetivo principal desta pesquisa: a prova da exclusividade do fornecedor. Após exposição do procedimento simplificado de licitação para contratação direta nos casos de inexigibilidade do fornecedor exclusivo, a pesquisa concentra-se, essencialmente, na comprovação da exclusividade, de forma precisa procura perquirir as questões que emergem do disposto na parte final do inciso I do artigo 25 da Lei de Licitações: Finda o capítulo a investigação sobre a hipótese de inviabilidade de emissão de atestado, apresentando-se os documentos que na praxe administrativa são admitidos, investigando a jurisprudência do Tribunal de Contas da União quanto à licitude de tais, no último momento indaga-se suficiência dos atestados tirados na forma precisa do inciso I do artigo 25 da Lei Federal de Licitações.

Por arremate, será feita uma avaliação dos impactos da *accountability* no controle das contas públicas mediante ao tribunal de contas, constituindo-se no quarto capítulo.

1 – PRINCÍPIO DO DEVER DE LICITAR E INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

1.1 - Obrigatoriedade de licitação: princípio do dever constitucional de licitar

A licitação está perfeitamente inserida na Carta Magna como status de princípio Constitucional, sendo de suma importância no processo administrativo, onde as propostas são feitas por particulares ao poder público, com o objetivo da execução de uma obra, ou uma prestação de serviço, no fornecimento e até mesmo uma alienação pela Administração Pública, onde deverá escolher a oferta mais vantajosa mediante a um procedimento administrativo, o qual deve proporcionar tratamento de forma igualitário aos proponentes.

Dessa forma, na história da licitação sempre atuou sob a premissa de que impera os interesses financeiros da Administração Pública, ou seja, prevalecendo o interesse financeiro econômico do Estado, nas questões de propostas mais vantajosas. A licitação era informada pelo princípio do interesse financeiro do Estado em obter o preço mínimo, como consequência “o que mais interessava era o preço baixo” (CRETELLA JÚNIOR, 1983, p. 433).

A obrigatoriedade de licitar é princípio constitucional estampado no art. 37, XXI, da Constituição Federal, aplicável, ressalvados casos específicos, a todo ente da administração pública direta ou indireta. Todo contrato de obra, serviço, compras e alienações, bem como concessão e permissão de serviços públicos, deve ser precedido de um procedimento licitatório.

Doravante, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 o “procedimento administrativo” licitatório justificou-se, como princípio Constitucional, estabelecido no artigo 37 inciso XXI da CF, e na concretização de outros fins, princípios e direitos perante a administração pública direta ou indireta.

Além do interesse econômico, visando “proteção aos interesses públicos e recursos governamentais, sob a procura da oferta mais satisfatória” – a licitação passou a ter como propósito o “respeito ao princípio da isonomia e obediência aos reclamos de probidade administrativa” (MELLO, 1987, p. 100).

Em entendimento com a doutrina de BASTOS, o procedimento licitatório tem como objetivos mais essenciais à economicidade do contrato, à qualidade técnica da execução, à isonomia dos contratados (princípio da igualdade) e moralidade pública (BASTOS, 1998, p.28).

Na norma infraconstitucional a Lei n^o 8.666/1993, em seu artigo 3^o, 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.

Nessa profusão de ideias, merece nota especial o reconhecimento da isonomia como objetivo e princípio da licitação.

A isonomia é a implicação lógica do magno princípio republicano, que a fecunda e lhe dá substância:

Não teria sentido que os cidadãos se reunissem em *república*, erigissem um Estado, outorgassem a si mesmos uma Constituição, em termos republicanos, para consagrar instituições que tolerassem ou permitissem – seja de modo direto, seja indireto – a violação da igualdade fundamental, que foi o próprio postulado básico, condicional a ereção do regime. Que dessem ao Estado – que criaram em rigorosa isonomia cidadã – poderes para serem usados criando privilégios, engendrando desigualdades, favorecendo grupos ou pessoas, ou atuando em detrimento de quem quer que seja. A *res publica* é de todos e para todos. Os poderes que de todos recebe devem traduzir-se em benefícios e encargos iguais para todos os cidadãos. De nada valeria a legalidade se não fosse marcada pela igualdade (ATALIBA, 2004, p.160).

Em termos gerais, o princípio da isonomia, procura “tornar inexistentes os privilégios entre os homens” (FERREIRA, 2011, p.127), implica, pois, atribuir a “todos idênticos direitos, em paridade de condições” (RUSSOMANO, 1968, p.367) sendo certo, ainda, que, com lastro neste princípio à lei “é interdito deferir disciplinas diversas para situações equivalentes” (MELLO, 2008, p. 10).

Dada a suma importância, o princípio da isonomia está expressamente previsto no Pacto Político de 1988 como princípio constitucional fundamental norteador da licitação – artigo 3º, inciso III – e direito fundamental – artigo 5º *caput* e inciso I. A previsão constitucional reflete-se no direito administrativo.

O princípio da isonomia garante ao aplicador o “direito à igualdade possibilitando aos legisladores, aos juízes, e as autoridades administrativas” em geral. (MALUF, 185, p. 341)

Dizendo de outra forma, a isonomia deve se expressar em todas as manifestações de Estado.

Não há ato ou forma de expressão estatal que possa escapar ou subtrair-se às exigências da igualdade (ATALIBA, 2004, p. 341).

Sobre a vinculação dos órgãos administrativos ao direito fundamental à igualdade:

O que importa é a constatação de que os direitos fundamentais vinculam os órgãos administrativos em todas as suas formas de manifestação e atividades, na medida em que atuam no interesse público, no sentido de um guardião e gestor da coletividade (SARLET, 2007, p. 392).

Na esfera do direito administrativo chega à conclusão de que o princípio da isonomia assegura a distribuição igualitária de oportunidades e tratamento, com o mesmo respeito a todos os cidadãos (MOREIRA, 2007, p.94).

O respeito a este destacado princípio da isonomia, consolida juntamente com os princípios da impessoalidade e moralidade na administração pública – consubstanciado no

artigo 37 da Carta Maior , partindo do princípio da finalidade com fulcro na lei 9.784/1999, artigo 2º e, em última análise, o supra princípio estruturante do regime jurídico administrativo, com isso se faz necessário que a administração pública procure buscar ao máximo a igualdade na concorrência: buscando a supremacia do interesse público.

A constituição Federal de 1988 expressa o princípio da isonomia no procedimento licitatório, em larga medida, a consagração do princípio republicano e Estado de Direito a guiar o procedimento administrativo de forma correta e coerente, estabelecendo as funções do Estado – da Administração Pública – como bases ideológicas do próprio Direito Administrativo:

O direito administrativo não é um Direito criado para subjugar os interesses ou direitos dos cidadãos aos do Estado. É, pelo contrário, um Direito que surge exatamente para regular a conduta do Estado e mantê-la afivelada às disposições legais, dentro desse espírito protetor do cidadão contra descomedimentos dos detentores do exercício do Poder estatal. Ele é, por excelência, o direito defensivo do direito do cidadão (MELLO, 2011,p.47).

O Estado, a Administração Pública, conjunto de órgãos com a função administrativa de satisfazer as necessidades da sociedade, têm como finalidade o interesse público (lei 9.784/1999, artigo 2º, III).

Vale destacar a antagonia e a necessidade pela busca da separação entre o individualismo, e os interesses particulares e o interesse público. A gestão administrativa não se coaduna com a cordialidade, característica do brasileiro derivada, sobretudo, da estrutura familiar patriarcal do povo da terra *brasilis*, como bem ensina Buarque de Holanda (1995), em sua imortal: *Raízes do Brasil*. “O Estado não é uma ampliação do círculo familiar e, ainda menos, uma integração de certos agrupamentos, de certas vontades particularistas.” O Estado nasce da transgressão do núcleo familiar, de modo a prevalecer a vontade geral e abstrata em detrimento do individualismo presente nas relações familiares (LEAL, 1995, p.141).

A ruptura em absoluto entre o direito público administrativo e o direito (privado) é irrealizável, porquanto há campos de aproximação no âmbito do direito público e privado, como é o caso das contratações de particulares na aquisição de bens e serviços pela Administração, isso para cumprimento das funções estatais, sob a seara dos interesses da supremacia do interesse público. É nesse contexto que as licitações públicas estabelecem contratos administrativos entre o público e o privado.

As licitações situam-se segundo o interesse e a necessidade da Administração em contratar (primado do público) e o interesse e a necessidade do particular de obter lucros a partir da realização de negócios (primado do privado) (MARQUES NETO, 1995, p.25).

Em observância, o procedimento licitatório assume relevante missão de permear, segundo os princípios do direito administrativo, a ingerência indevida do interesse privado no âmbito público. A licitação se propõe a obstaculizar o emprego caprichoso dos instrumentos do poder, aos desvios despóticos e arrogâncias personalíssimas, tão conhecidas em nossa experiência histórica (ATALIBA, 2004, p. 161).

No que tange a liberdade irrestrita nas contratações do poder público, indubitavelmente, dá oportunidade desvios de finalidade, subjetivismos e privilégios, convergindo para a manutenção do “coronelismo”, expressão consagrada por Leal em sua clássica obra: *Coronelismo, enxada e voto. O município e regime representativo no Brasil*.

O coronelismo, o domínio do poder, do poder representativo – o “voto de cabresto” – depende, sobretudo nos períodos eleitorais, também da apropriação do dinheiro público pelo coronel:

O apoio eleitoral revela-se ainda precioso no capítulo das despesas eleitorais, que os chefes locais não podem custear sozinhos, embora muitos se sacrifiquem no cumprimento desse dever. Por isso, é praxe que os candidatos também contribuam, assumindo, alguns, pesadas responsabilidades financeiras para disputar a cadeira desejada. Mas como é notório, são os cofres públicos que costumam socorrer os candidatos e os chefes locais nessa angustiosa emergência (LEAL, 2012, p.65).

A apropriação do dinheiro público pelo coronel quando não de forma direta – “em dinheiro contado” – faz-se de forma indireta, “por meio de contratos”, que deixam boa margem de lucros, ou pela cessão de edifícios, transporte, oficinas gráficas, material de propaganda, entre outros (LEAL, 2012, p.65).

Nessa circunstância, a adaptação da estrutura administrativa ao modelo (compromisso) coronelista deve atentar-se também ao sistema de reciprocidade entre governo e coronel:

[...] de um lado, os chefes municipais e os ‘coronéis’, que conduzem magotes de eleitores como quem toca tropas de burros; de outro lado a situação política dominante no Estado, que dispõe do erário, dos empregos, dos favores e da força policial, que possui, em suma, o cofre das graças e o poder da desgraça (LEAL, 2012, p.63).

Lançadas estas considerações facilmente se compreende a pertinente conclusão de SILVA no sentido de que a:

[...] burguesia, cônica de seu privilégio de classe, jamais postulou um regime de igualdade tanto quanto reivindicara o de liberdade. É que um regime de igualdade contraria seus interesses e dá à liberdade sentido material que não se harmoniza com o domínio de classe em que assenta a democracia liberal burguesa (2011, p.211).

De todo o exposto tem-se que a observância da isonomia na realização de procedimento licitatório, além de realizar o princípio republicano, se apresenta como um direito e garantia do administrado contra os desvios de finalidade da Administração Pública em suas contratações.

A obrigatoriedade de licitar esta prevista no princípio da moralidade administrativa constitucional – artigo 37 e inciso LXXIII, do 5º – infraconstitucionalmente positivado – Lei nº 9.784/1999, artigo 2º inciso IV.

Por sua vez, Mello apresenta como interpenetração e sujeição da licitação a moralidade:

[...] sujeita-se, também, à ordem moral, metajurídica a que toda ciência prática, do agir humano, se acha subalterna, embora independente dela,

tendo em vista o fim de cada uma de harmonizar-se com o daquela, qual seja, a honestidade de propósitos, e, no caso, portanto ao princípio da moralidade administrativa, da probidade administrativa” (MELLO, apud FIGUEIREDO, 2008, p. 56)¹.

A historicidade do constituinte 87/88 se faz suscitar uma da nova Carta – modelo de Estado Democrático de Direito – desenvolveu uma atenção especial para as contratações do Poder Público. A “redação constitucional denuncia que a pretensão do constituinte foi limitar, tanto quanto possível, o âmbito de aplicação da discricionariedade administrativa, àquela altura vista como sinônimo do arbítrio tão característico do regime precedente”. A Constituição voga, “como princípio maior a existência de prévia licitação pública como *conditio sine qua non* para a realização lícita e legítima de contratações públicas” (ACUNHA, 2009, p.63).

A obrigatoriedade da licitação foi expressamente disciplinada pela Carta Política de 1988, conforme se extrai do inciso XXI do artigo 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.

Em regra a constituição estabelece o dever “constitucional de licitar” como regra geral para todos os órgãos da Administração Pública (FURTADO, 2009, p. 65).

No plano infraconstitucional o princípio da obrigatoriedade de licitação restou assentado no artigo 1º da Lei nº 8.666/1993:

Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as

¹ Vide respeito CRETELLA JÚNIOR, 2008, p. 322)

sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Logo a obrigatoriedade de licitação, porém, não é um princípio absoluto, porquanto o próprio inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal admite a não realização do certame, isso em forma excepcional, nos “casos especificados na legislação”.

Por tal motivo, a exceção prevista na Constituição não concede ao legislador ordinário:

[...] aval para que a lei exima de licitação os casos que bem entenda. É obvio que se assim o fosse, o legislador ordinário, a seu talante, faria ou não imperar a clara opção constitucional em prol da licitação como regra e regra demandada pela própria noção de República ou de Estado Democrático de Direito (MELLO, 2009, p.136).

De forma clara e objetiva coube ao legislador ordinário federal no exercício de sua competência – artigo 22, inciso XXVII do Texto Maior – ao editar a Lei nº 8.666/93, observados os vetores constitucionais assinalados, dispor sobre hipóteses de “contração direta”, ou melhor, sobre os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação. (CF, artigo 22, XXVII, 37, XXI e 173, § 1º, III).

1.2 – Inexigibilidade de licitação: notas gerais

A ausência de licitação já figurava em leis precedes a Constituição Federal de 1988 e Lei nº 8.666/93.

Em várias leis espaciais como o Decreto Federal nº 4.536 de janeiro de 1922 – Código de Contabilidade da União – em seu artigo 51 disponha sobre hipóteses de “dispensa da concorrência”. Posteriormente o Decreto-lei nº 200 de 1967, no artigo 126, apresentava também hipóteses de “dispensa”. Já no Decreto nº 2.300 de 1986 disciplinava casos de dispensa no artigo 22 e de inexigibilidade no artigo 23.

Na vigente Lei federal de Licitações estão excepcionadas de licitação as hipóteses de inexigibilidade e dispensa, em termos gerais, configura:

[...] circunstância de fato encontrada na pessoa que se quer contratar, ou com quem se quer contratar que impede o certame, a concorrência; que impossibilita o confronto das propostas para os negócios pretendidos por quem, em princípio, está obrigado a licitar, e permite a contratação direta, isto é sem a prévia licitação. Assim, ainda que a Administração desejasse a licitação, esta seria inviável ante a absoluta ausência de concorrentes (MOTTA, 2011, p.605).

Entende-se que a inexigibilidade é quando há inviabilidade do certame. A configuração da inviabilidade é tratada de forma mais aprofundada no *Capítulo II*.

1.3 – Inexigibilidade e dispensa de licitação

Percebe-se que no Decreto-lei nº 200 de 1967 prevê hipóteses de dispensa de licitação sem diferenciá-las das de inexigibilidade. A distinção, já balizada na doutrina, acabou acolhida pelo Decreto nº 2.300 de 1986 (DI PIETRO, 2010, p. 365).

Com efeito, a Lei de Licitações vigente disciplina as causas de dispensa no artigo 17, incisos I e II e artigo 24. Parte da doutrina entende possível – e adequado – dividir as hipóteses de dispensa de licitação em casos “dispensa dispensada” – artigo 17, incisos I e II – e de “dispensa dispensável” – artigo 24 (MELO, 2012, p.56).

Se na legislação diz é dispensável, não temos dispensa direta, mas possibilidade de dispensa. Fica dispensada não é o mesmo que dispensável. No primeiro caso, não há opção. No segundo caso, há opção entre abrir ou dispensar os interessados do certame (CRETELLA JÚNIOR, 1983, p. 240).

Na mesma toada MELLO, (1996) preleciona que a suposta distinção não foi retratada na catalogação dos artigos 24 e 17: houve, apenas uma casual variação na linguagem normativa.

Vale pontuar que as causas de inexigibilidade estão previstas no artigo 25 da Lei de Licitações. O isolamento entre as hipóteses de dispensa e de inexigibilidade tem consenso da doutrina, persistem, porém, críticas quanto ao enquadramento dos casos numa ou outra categoria e a ordem lógica das hipóteses. (GASPARINI, 2011).

A Lei deveria ter tratado da inexigibilidade antes da dispensa de licitação. É que a inexigibilidade é conceito que, sob o ângulo teórico, antecede ao de dispensa (JUSTEN FILHO, 2010, p.300).

Nesse ponto é possível observar que dispensa e inexigibilidade não se confundem. A diferença essencial entre os institutos está na viabilidade da licitação. 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 de competição” (JUSTEN FILHO, 2010, p.300).

No que tange as hipóteses de dispensa estão taxativamente (*numerus apertus*) previstas na lei, não se admitindo interpretação extensiva-ampliativa, diferentemente dos casos de inexigibilidade. O artigo 25 do Estatuto das Licitações, conforme se verá em capítulo próprio – Capítulo II – Inexigibilidade de licitação: fornecedor exclusivo, item 2.2 – O artigo 25 da Lei nº 8.666/1993: inviabilidade e inexigibilidade –, contempla rol apenas exemplificativo, com efeito, admite-se a interpretação ampliativa das causas de inexigibilidade (DI PIETRO, 2000, p.367).

Figueiredo (2008, p. 474) assinala outra diferença. Sendo caso de dispensa de licitação poderá a Administração proceder à contratação direta. Sendo caso de inexigibilidade haverá “livre eleição”. À Administração, neste caso, restará a escolha discricionária, porém “não poderá se tratar de escolha arbitrária, porque, se assim fosse, incidiria a Administração em ilegalidade”.

Embora dessemelhantes, é possível a ocorrência simultânea de dispensa e inexigibilidade, tal como se verifica quando presente causa de inexigibilidade e o valor do contrato encaixam-se nas hipóteses de dispensa previstas nos incisos I ou II do artigo 24 da lei 8.666-93. Nesse sentido diverge a doutrina na forma que deve proceder a Administração em face da dupla incidência: se deve ser reconhecida a dispensa ou a inexigibilidade. Entre

outros, firma a prevalência da inexigibilidade, primeiro analisa se é possível a realização da licitação. Se constatar que a licitação não é viável será o caso de inexigibilidade, assim por último após a constatação da viabilidade é que o administrado verifica se a situação se enquadra em algum caso de dispensa. (CARVALHO FILHO, 2012, p.267).

2 – INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO: FORNECEDOR EXCLUSIVO

2.1 – Panorama histórico legislativo

O termo inexigibilidade de licitação do fornecedor exclusivo não é inovação da Lei nº 8.666/93, textos legislativos anteriores, ao seu tempo e forma e em consonância com o contexto histórico próprio faziam alusão à hipóteses de inexigibilidade.

É possível observar que o Código de Contabilidade da União – Decreto Federal nº 4.536/1922 – determinava a “dispensa da concorrência”: “para o fornecimento do material ou de gêneros, ou realização de trabalhos que só puderem ser efetuados pelo produtor ou profissionais especialistas, ou adquiridos no lugar da produção” (artigo 51, *alínea “b”*).

Adiante, no Decreto-lei nº 200 de 1967, também sob a denominação de “dispensa”, na *alínea “d”* do parágrafo 2º do artigo 126, a seguir citada, previa hipótese que hoje bem se enquadra como caso de inexigibilidade do fornecedor exclusivo:

Art. 126. As compras, obras e serviços efetuar-se-ão com estrita observância do princípio da licitação. [...] § 2º É dispensável a licitação:[...] d) na aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só podem ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comerciais exclusivos bem como na contratação de serviços com profissionais ou firmas de notória especialização.

A exclusividade do fornecedor afasta a possibilidade de licitação, pois seria inútil o procedimento licitatório se o material, o equipamento ou o gênero provêm de um único produtor, vendedor ou representante comercial (MEIRELLES, 1973, p. 97).

A inexigibilidade de licitação denominada de “inexigibilidade do fornecedor exclusivo” está atualmente prevista no inciso I do artigo 25 da Lei 8.666/1993, cite-se:

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 por 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.

Por fim, é possível observar confronto entre este inciso e inciso I do artigo 23 do Decreto nº 2.300/1986 demonstra que o legislador atual repete o texto revogado aferrando a hipótese ao disciplinar na parte final do texto em vigor a comprovação da exclusividade, ponto este que será tratado no *capítulo III – Da comprovação da exclusividade* – deste trabalho.

2.2 – O artigo 25 da Lei no 8.666/1993: inviabilidade e inexigibilidade

Os casos de inexigibilidade de licitação estão arrolados no artigo 25 da Lei nº 8.666/1993. O *caput* deste artigo contém o seguinte teor: “É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:[...]”.

A tendência da redação deste comando normativo é no todo significativa. A cabeça do artigo, conforme se vê, expõe como causa suficiente para a inexigibilidade do torneio a “inviabilidade de competição”, podendo analisar os casos de inviabilidade de licitação e a contratação por via direta.

O conceito de inviabilidade de competição não foi apontado pela lei. A inviabilidade se revela, segundo Mello (2009) na inexistência de pressupostos fáticos, pressupostos jurídicos e pressupostos lógicos para realização da licitação. Na realidade entre os pressupostos fáticos o autor inclui a inexistência de interessados na disputa. Já nos pressupostos jurídicos, refere-se à hipótese em que a licitação deve ser havida não apenas como desaconselhada, mas como proibida, porque realizá-la produziria dano de supina monta, qual o de desabrigar a segurança nacional. Embora, fosse logicamente possível efetuar-la, seria desarrazoado fazê-lo em face do interesse jurídico que se tem que atender. Por fim, como pressuposto lógico do procedimento licitatório disciplina a inexistência de uma pluralidade de

objetos equivalentes no mercado de competição e de uma pluralidade de ofertantes, arguindo, sobre este pressuposto (MELLO, 2009).

Há, pois, inviabilidade lógica deste certame, por falta de seus ‘pressupostos lógicos’ em duas hipóteses: (a) quando o objeto pretendido é singular, sem equivalente perfeito. Aí, por ausência de outros objetos que atendam à pretensão administrativa, resultará unidade de ofertante, pois, como é óbvio só quem dispõe dele poderá oferecê-lo; (b) quando só há um ofertante, embora existam vários objetos em perfeita equivalência, todos, entretanto, disponíveis por um único sujeito (MELLO, 2009, p.137).

Segundo o entendimento do autor a ausência de pressuposto lógico, nas duas hipóteses cogitadas implica em inviabilidade de competição e, logo de inexigibilidade de licitação.

A inviabilidade de competição configura-se não apenas quando a ausência de pluralidade de alternativas afasta a possibilidade de escolha entre outras opções, na qual a inviabilidade de competição pode configurar-se mesmo quando existirem no mercado inúmeros particulares em condições equivalentes de desempenhar a prestação necessária à satisfação do interesse sob tutela estatal. Ainda que inviabilidade de competição também se verificará nos casos quando existe a impossibilidade de escolha entre as diversas alternativas disponível segundo um critério objetivo ou quando mais vantajoso e for incompatível com a natureza da necessidade a ser atendida pela administração pública . Ou, ainda quando a realização da licitação inviabilizar a contratação de um dentre os diversos sujeitos que se enquadrem no visado pela Administração (JUSTEN FILHO, 2010).

[...] o conceito de viabilidade de competição não é simplesmente reconduzível à mera existência de uma pluralidade de sujeitos em condições de executar uma certa atividade. Existem numerosas situações em que a competição é inviável, não obstante existirem vários particulares habilitados a executar a atividade objeto da contratação (JUSTEN FILHO, 2010, p. 380).

Analisado dessa forma o legislador pretendeu aferrar as hipóteses referidas nos incisos dando-lhe contornos, impondo regras restritivas e severas a propósito dos requisitos de contratação direta, para as hipóteses especificadas (JUSTEN FILHO, 2003).

2.3 – Da exclusividade do fornecedor

Em regra no Decreto-lei nº 200 de 1967 – artigo 126 – analisado por MEIRELLES é possível identificar existência de duas formas de exclusividade do fornecedor: a exclusividade industrial e a exclusividade comercial. A primeira relacionada com o produtor privativo no país, a segunda em razão dos vendedores e representantes comerciais na praça, de seu magistério:

Quando se trata de *produtor*, não há dúvida possível: se só ele produz determinado material, equipamento ou gênero, só dele a Administração pode adquirir tais coisas; quando se trata de *vendedor* ou *representante comercial* já ocorre a possibilidade de existirem vários no País, e, neste caso, considera-se a *exclusividade na praça de comércio*, que abranja a localidade da licitação. O conceito de exclusividade comercial está, pois, relacionado com a área privativa do vendedor ou do representante do produtor (MEIRELLES, 1973, p. 97).

Diante da distinção clássica, a doutrina contemporânea, classifica a exclusividade do fornecedor em: exclusividade *absoluta* ou *relativa*, modalidades estas que merecem exposição em itens próprios.

2.3.1 – Da Exclusividade absoluta. Licitação internacional e produto importado

O pressuposto de exclusividade absoluta “quando no país só exista um fornecedor ou um único agente (produtor, empresa ou representante comercial) para atender os interesses da Administração Pública (GASPARINI, 2011).

A relação da exclusividade absoluta quando o fabricante fabrica, comercializa e distribui com exclusividade no território nacional o bem almejado pela Administração.

Nesse pressuposto válido de exclusividade absoluta pode resultar também de ato administrativo que torne o fornecedor exclusivo, conforme se verifica em caso apreciado pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo:

[...] Em exame o procedimento de inexigibilidade de licitação e o decorrente contrato s/nº de 25.1.2008, celebrado entre a Prefeitura Municipal de Carapicuíba e a empresa Del Rey Transportes Ltda., tendo por escopo a aquisição de 1.015.500 unidades de vale transporte, para os funcionários e servidores públicos municipais[...]. As justificativas para compra direta,

ratificadas pelo parecer jurídico de fls. 110/111, foram fundamentas no inciso I do artigo 25 da Lei Federal nº 8.666/93, caracterizada como situação excepcional, em que a licitação é inexigível por se tratar de fornecedor exclusivo do referido serviço, haja vista que a empresa que opera o sistema de transporte coletivo urbano de passageiro no município é detentora de concessão para exploração do serviço público das linhas de ônibus, objeto da presente contratação.[...]²

Partindo dessa concepção, a exclusividade absoluta está diretamente relacionada com a unicidade do fornecedor no território nacional. Assim é possível concluir que deflagra interrogações sobre a imperiosidade de licitação em havendo bem semelhante passível de fornecimento por fornecedor estrangeiro. Dizendo de outra forma, indaga-se neste ponto a exigibilidade de licitação internacional. O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, 1994, já decidiu sobre a matéria:

[...] Inexigibilidade de licitação e o contrato, considerando que a prova da inexistência de equipamentos similares no mercado nacional, não exclui a possibilidade de sua existência no exterior, sendo viável a concorrência internacional[...].³

No dever de prevenção, a Lei de Licitações veda o estabelecimento tratamento diferenciado entre empresas brasileiras e estrangeiras, mesmo quando há financiamentos de agências internacionais (inciso II, do § 1º do artigo 3º), este preceito não torna a concorrência internacional obrigatória em todos os casos em que houver fornecedor estrangeiro. Até então, é verdade que a licitação tem como principal objetivo buscar da melhor proposta dentre todos os participantes, porém também inspira o procedimento licitatório os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e eficiência e, é claro, o interesse público.

É importante ponderar que o desenvolvimento nacional (sustentável) é também um princípio da licitação. Mais que a Lei de Licitações, assumindo objetivos nacionalistas, como critério de desempate, assegura a preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:

² TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO – Processo: TC- 0214980/026/08 – Segunda Câmara – Relator Conselheiro SIMÃO FULVIO JULIÃO BIAZZI – Julgamento em 12 de maio de 2009.

³ TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO – Processo: TC- 10764/026/94– Primeira Câmara – Conselheiro Claudio Ferraz de Avarenga – Conselheiro Antonio Roque Citadini – Julgamento em 12 de maio de 2009

produzidos no país (inciso II, do § 2º do artigo 3º); produzidos ou prestados por empresas brasileiras (inciso III, do § 2º do artigo 3º); produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País (inciso III, do § 2º do artigo 3º). O parágrafo 5º do inciso IV do artigo 3º é clarividente na adoção da preferência por licitantes nacionais: “Nos processos de licitação previstos no caput, poderá ser estabelecido margem de preferência para produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras”.

2.3.2 – Da Exclusividade relativa

A exclusividade relativa prevalece quando no país existe mais de um fornecedor, empresa ou representante comercial, mas na praça considerada há apenas um (GASPARINI, 2011, p.607).

Diante disso, a primeira questão a enfrentar-se na exclusividade relativa é a ‘determinação da praça’, precisamente impende delimitar a área privativa do vendedor ou do representante do produtor.

É inegável a importância dos contratos no Brasil, porém, a existência de contrato de representação comercial, não implica, por si só, exclusividade. A exclusividade de representação não se presume na ausência de ajustes expressos (parágrafo único do artigo 31 da Lei nº 4.886/65).

Com efeito a exclusividade relativa, conforme já assentado, na situação em que na praça há fornecedor exclusivo – seja em razão de representação comercial ou mesmo por razão fática (única empresa no local) – mas este não é exclusivo em todo o território nacional, após várias indagações acerca da imperiosidade da busca por mais ofertantes; de ofertantes noutras praças, ou seja, na obrigatoriedade de licitação.

2.4 – Inexigibilidade do fornecedor exclusivo e objeto singular

É certo que a inexigibilidade do fornecedor exclusivo está demonstrada no inciso I do artigo 25 da Lei de Licitações. E tal hipótese legal é lançada também como fundamento para explicar a inexigibilidade em face do objeto singular. Inúmeras doutrinas inclusive tratam as hipóteses como única, como sinónimas por assim dizer. E sob essa perspectiva entendemos que, embora próximas e suficientes para justificar a inexigibilidade, a exclusividade do fornecedor e a singularidade do objeto são situações distintas.

Há, entretanto, a singularidade do objeto, conforme ensina Mello (1996, p. 106-107), podendo ter como causa a “natureza íntima dos bens” ou a “circunstância de serem únicos” neste caso quer em sentido absoluto quer em razão de evento externo a eles. Explica ainda o autor em comentário a singularidade resultante da natureza íntima dos bens a aquisição de uma obra intelectual, um livro de crônicas ou ainda a aquisição de uma obra de arte. É possível observar como exemplo de singularidade circunstancial absoluta cita a compra de um selo que foi emitido um só exemplar, e de singularidade circunstancial em razão de um evento externo, a aquisição de uma espada utilizada em momento histórico relevante (MELLO, 1996).

Por sua vez, a exclusividade do fornecedor entende-se quando “só há um ofertante, embora existam vários objetos em perfeita equivalência, todos, entretanto, disponíveis por um único sujeito” (MELLO, 2009, p.137).

Analisando as causas de singularidade do objeto do fornecedor exclusivo, é possível definir que sendo o objeto singular por serem únicos em sentido absoluto ou em razão de evento externo fatalmente também será caso de fornecedor exclusivo, porquanto apenas o seu titular exclusivo poderá fornecê-lo, admitida, é claro, a representação comercial para determinada localidade. Por outro norte haverá casos em que o objeto em si não é singular, mas o fornecedor é exclusivo. Pode-se cogitar a existência de dois equipamentos que

embora não iguais, ambos são suficientes para a satisfação dos interesses da administração, porém sua produção e fornecimento é exclusiva de uma determinada empresa.

Considerando as conceituações apresentadas, entendemos que quando a singularidade do objeto implicar exclusividade do fornecedor ou quando o fornecedor for exclusivo independentemente de ser o objeto singular a inexigibilidade deve ser reconhecida com fundamento no inciso I do artigo 25 da Lei de Licitações, é diferentemente, se houver apenas singularidade do objeto, sendo inviável a licitação por esta circunstância o fundamento deverá ser o *caput* do artigo 25.

Diante das distinções apresentadas, nem todos os casos de singularidade do objeto implicam a exclusividade do fornecedor e vice-versa.

2.5 – Vedação à preferência por marca e singularização do objeto em razão de fatores externos

O inciso I, do artigo 25, do Estatuto das Licitações veda a “preferência de marca”. Tal vedação não é, pois, absoluta, haverá situações em que a adoção de uma marca justifica a inexigibilidade de licitação.

Meirelles (1973) explica o artigo 23, do Decreto nº 2.300/1986, de redação similar a vigente, que identificava três situações que excepcionam a vedação, quais sejam: “para continuidade de utilização de marca já existente no serviço público; para adoção de nova marca mais conveniente que as existentes; para padronização de marca ou tipo no serviço público”

O fundamento trazido pelo autor para continuidade da marca encontra-se no conhecimento dos servidores que já utilizam e no aproveitamento do estoque, além de a padronização trazer uniformização na utilização manutenção e consumo. No entanto, aduz que a vantagem da adoção de marca mais nova se encontra na eficiência ou rendimento do novo produto (MEIRELLES, 1973, p. 98)

Assinala Meirelles em conclusão que:

O essencial é que a Administração demonstre a efetiva vantagem de determinada marca ou tipo, para a *continuidade, adoção* ou *padronização*, em seus órgãos.[...] A escolha de marca, quando comprovada a vantagem para a Administração, em processo regular de aquisição, não constitui discriminação ilegal, mas justa e legítima opção do administrador entre o que mais convém ao serviço público (MEIRELLES, 1973, p. 98).

O Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais reconheceu que a inexigibilidade com preferência de marca na aquisição direta de veículos do fabricante fundada na padronização:

[...] Na espécie, a aquisição direta de veículos do fabricante, quando objetiva a padronização de frota, é legítima e pode ser efetivada por meio do processo formal de inexigibilidade de licitação[...].A padronização de veículos mostra-se vantajosa para a Administração, pois implica o barateamento do custo de manutenção, na compra de peças de reposição com economia, facilitando, também, a substituição.⁴

Correlacionado com a questão em debate a vedação de preferência de marca está o que a doutrina denomina de “processo de singularização do objeto” pela própria Administração sem a adoção “formal” de marca específica.

Assim, a singularização do objeto não pode servir como justificativa, para contratação direta, por inexigibilidade, de determinada marca preferida pelo Administrador, em violação os princípios da administração e específicos do procedimento licitatório, elencados por lei.

Portanto esse entendimento não passou despercebido, pois é vedado à Administração Pública, com base em sua especificidade escolher de forma arbitrária determinada marca, sem a observância da justificativa da preferência, maculando através de licitações cujos editais ou convites descrevem capciosamente o objeto, com tais características que conduzem a uma única marca – sem dizer-lhe o nome – excluindo os demais participantes por esse subterfúgio discriminatório e ilícito (MEIRELLES, 1973)

⁴ TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS – Consulta n. 455.236 – PLENÁRIO – Relator Conselheiro SIMÃO PEDRO TOLEDO – Julgamento em 03 de dezembro de 1997.

3 – DA COMPROVAÇÃO DA EXCLUSIVIDADE

3.1 – Procedimento de licitação na contratação direta por inexigibilidade

Não é possível dispensar a realização de um procedimento licitatório na contratação direta. Verifica-se que sendo caso de inexigibilidade haverá um procedimento especial e simplificado para seleção do contrato mais vantajoso para a Administração (JUSTEN FILHO, 2010, p. 387).

Consoante já decidiu a Corte Federal de Contas:

A decisão pela contratação direta, por inexigibilidade ou dispensa, é posterior a toda uma etapa preparatória que deve ser a mesma para qualquer caso. A impossibilidade ou a identificação da possibilidade da contratação direta, como a melhor opção para a administração, só surge após a etapa inicial de estudos.⁵

E dentro desses limites no procedimento especial de contratação direta por inexigibilidade, entre outros dispositivos, aplica-se o artigo 26 do Estatuto das Licitações:

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

Este comando normativo, inicialmente, tem como base a necessidade de justificação da inexigibilidade. Noutras palavras em se tratando de dispensa a justificação afigura-se obrigatória naquelas hipóteses referidas no *caput* do artigo 26, diferentemente, não há especificação em se tratando de inexigibilidade, assim as justificativas são requisitos em todos os casos, inclusive a inexigibilidade do fornecedor exclusivo. A propósito: “a inviabilidade de competição que embasa a inexigibilidade de licitação, deve ser suficientemente bem fundamentada, demonstrando-se a real e efetiva inviabilidade de competição”(MUKAI, 2004, p.69).

Nessa toada, entende-se que o reconhecimento da inexigibilidade versa sob um ato administrativo e a justificação da inexigibilidade integra, é claro, a motivação do ato,

⁵ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TC-018.337/2004 – PLENÁRIO – Relator Min. UBIRATAN AGUIAR – Julgamento em 21 de junho de 2006.

precisamente a inexigibilidade é o motivo – de fato e direito – que fundamenta o ato de contratação direta sem licitação. Daí que aplicável nas licitações federais o disposto no artigo 50, inciso IV da Lei nº 9.784/1999:

Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

[...]

IV – dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório.

A motivação do ato administrativo, na espécie, da inexigibilidade, será formalmente adequada, pois é importante observar que a obrigatoriedade da motivação-justificação da inexigibilidade o princípio constitucional da publicidade – *caput* do artigo 37 – princípio este específico do procedimento licitatório – Lei nº 8.666/1993, artigo 3º. De forma clara e objetiva a justificação da inexigibilidade será obrigatória para as administrações em todas as esferas.

Em suma, do *caput* do artigo 26 se depreende a obrigatoriedade de comunicação, dentro de três dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo cinco dias, isso como condição para a eficácia do ato. A ratificação somente é exigida quando a contratação não for realizada pela própria autoridade superior, dizendo de outra forma, quando realizada pela mais alta autoridade (JUSTEN FILHO, 2010, p. 393).

Nessa circunstância a falta de publicação na imprensa oficial impede a contratação, pois o ato declarando de inexigibilidade e o ato de ratificação não adquiriram eficácia (GASPARINI, 2011, p. 606).

Por fim determina o parágrafo único do artigo 26:

O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos: I – caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso; II – razão da escolha do fornecedor ou executante; III - justificativa do preço; IV — documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

Nessa circunstância a exigibilidade da justificação de preço aparentemente configura-se inviável no caso de inexigibilidade do fornecedor exclusivo, pois como é cediça a impossibilidade de comparação deste fornecedor com o preço de mercado, com bem similar.

Desse modo a justificação de preços, mesmo sendo o fornecedor exclusivo, é factível sob duas formas.

A justificação de preço é possível haja vista a comprovação de que valor contrato é o mesmo cobrado pelo fornecedor a outros clientes públicos ou privados (KNOBLOCK, 2014, p. 838).

Consoante preconiza a Orientação Normativa nº 17/2009 da Advocacia Geral da União:

É obrigatória a justificativa de preço na inexigibilidade de licitação, que deverá ser realizada mediante a comparação da proposta apresentada com preços praticados pela futura contratada junto a outros órgãos públicos ou pessoas privadas⁶

Ademais, podemos confrontar a justificação de preço quando tratar-se de exclusividade relativa, sendo possível neste caso o confronto com preços de fornecedores de outras praças. É nesse pensar o voto do Ministro do TCU, André Luís de Carvalho:

A despeito de não vislumbrar a existência de irregularidade quanto à aquisição de livros didáticos por inexigibilidade de licitação, nos termos do art. 25, inciso I, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993[*omissis*] entendo que tal condição não é suficiente para dispensar o gestor da justificativa para os preços contratados, a teor do que determina o art. 26, inciso III, do mesmo diploma legal. Como bem anotou a unidade técnica em seu parecer, apesar de os fornecedores de material didático terem sido contratados em função de exclusividade relativa, nada impedia a Seduc/TO de efetuar pesquisa de preços em outras praças, ou até mesmo em outros órgãos públicos, já que os livros adquiridos no âmbito do mencionado programa educacional têm distribuição em todo o território nacional. E, nesse sentido, cai por terra a argumentação apresentada pelos defendentes de que a mera exclusividade do fornecedor constituiria obstáculo à realização de tal pesquisa, mesmo porque o próprio art. 26, parágrafo único, inciso III, da Lei nº 8.666/1993[...].⁷

⁶ Portaria AGU Nº 572, de 13 de dezembro de 2011 DOU I 14.12.2011 - Edita as Orientações Normativas nº 33, 34, 35, 36, 37, 38 e 39, e altera as Orientações Normativas nºs 10, 17, 21, 23, 24, 25 e 26. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/189178>. Acesso em: 07/01/2017.

⁷ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TC-020.500/2006-4 – SEGUNDA CÂMARA – Relator Min. ANDRÉ LUÍS DE CARVALHO – Julgamento em 16 de novembro de 2010.

Portanto, verifica-se que as formalidades previstas no artigo 26 e parágrafo único não podem ser dispensadas sob pena de cometimento de crime, conforme previsto no artigo 89 da Lei de Licitações: “Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade: Pena – detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa”(MUKAI, 2004, p. 71).

3.2 – Comprovação da exclusividade

Considerando as conceituações apresentadas a inexigibilidade, configura exceção ao princípio constitucional do dever licitar. No caso de inexigibilidade do fornecedor exclusivo é necessário a comprovação da exclusividade.

A Constituição Federal de 1988, conforme o seu art. 37, XXI, estabelece 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.

3.2.1 – Do atestado

Conforme entendimento inciso *sub examine* faz referência a figura do atestado, estes como “atos pelos quais a Administração comprova um fato ou situação de tenha conhecimento por seus órgão competentes”(MEIRELLES, 2003, p.188).

3.2.2 – Entidade emitente do “atestado” de exclusividade

Na seara da validação a exclusividade é importante cita o “emitente” do “atestado”. Consubstanciado no inciso I do artigo 25 do Estatuto das Licitações Públicas faz referência ao “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”.

No entendimento doutrinário sentido da expressão ‘do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço’:

[...]o dispositivo parece reforçar o entendimento de Hely Lopes Meirelles pelo fato de que, com a redação atual, faz referência ao órgão de comércio local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, o que dá a ideia de que a exclusividade comercial diz respeito realmente a praça de comércio que abranja a licitação (DI PIETRO, 2000, p. 377).

No que tange para efeito da validade de “atestado” emitido em outra região, mas de amplitude nacional, como prova da inexigibilidade de licitação, já fora, inclusive reconhecida pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça conforme ementa abaixo citada:

[...] É que o inciso I do art. 25 da Lei de Licitações, ao exigir que certificado seja expedido 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 [*omissis*], não veda que carta de exclusividade seja fornecida por órgão de registro de comércio com abrangência a nível nacional, ao revés, induz que esses órgãos é que são competentes para tanto. Ademais, aduzir que a certidão, que deveria ter sido passada por atestado fornecido por órgão de registro do comércio local em que se realizaria a licitação (arte 25, I, Lei 8.666/93) – portanto, São Paulo – foi emitida por associação sediada no Rio de Janeiro, (fls.2.396), não se perfaz suficiente à tipificação do delito.⁸

Assim sendo em seu voto, sobre o tema que ora se examina, justifica com precisão

o Ministro Luiz Fux:

[...] o inciso I do art. 25 da Lei de Licitações, ao exigir que o certificado seja expedido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes (grifamos), não veda que carta de exclusividade seja fornecida por órgão de Registro de Comércio com abrangência a nível nacional, mas, ao revés, induz à conclusão de que esses órgãos é que são competentes para tanto.[...].⁹

Conforme descrição do inciso I, do artigo 25, da lei de licitações 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 contratante, a licitação seria obrigatória por falta de amparo legal.

⁸ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – CORTE ESPECIAL – APn nº 214/SP – Relator: Ministro LUIZ FUX – Revisor: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA – Julgamento em 07 de maio de 2008.

⁹ Idem.

É que se o objeto do contrato pretendido for um serviço, o enquadramento se dará no caput do artigo, e não no seu inciso I, conforme entendimento jurisprudencial.

É oportuno esclarecer que o inciso I do artigo 25 da lei de licitação, nele consta “atestado fornecido órgão de registro do comércio”. Por órgão de registro do comércio, entende-se a Junta Comercial local – Registro Público de Empresas Mercantis. Nesse sentido as autarquias não possuem atribuição para expedição de atestados de exclusividade.

Depreende-se disto a crítica:

Ora, o legislador incorreu em extrema infelicidade, ao adotar a solução ora examinada. Aplicar o dispositivo segundo uma interpretação literal apenas agrava o problema. É que não incumbe ao Registro Público de Empresas Mercantis controlar a existência de exclusividade de representantes. Não há nem obrigatoriedade de arquivamento dos instrumentos contratuais em face Registro Público de Empresas Mercantis (FILHO, 2010, p. 365).

Nesse sentido reforçando a incompetência das juntas comerciais para atestar a comprovação de exclusividade o Departamento Nacional de Registro do Comércio – DNRC, em maio de 2002 editou a Instrução Normativa nº 93, cujo artigo 11 dispõe:

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.

Na aplicabilidade prática do instituto o que se verifica é

[...] apresentação pelos interessados de ‘cartas de exclusividade’ ao órgão do Registro Público de Empresas Mercantis, ficando condicionado a emissão de um ‘atestado’ – que nada mais acrescenta, senão a afirmação de que foi apresentada dita carta. Trata-se de uma espécie de ‘atestado de existência’ de uma carta de exclusividade”(JUSTEN FILHO, 2010, p. 365).

Nesta seara, a exigência afigura-se como uma “formalidade destituída de qualquer seriedade, inútil para a Administração Pública”, são suas incisivas palavras: “isso é totalmente inútil, não assegurando a certeza a cerca do conteúdo da carta. Ou seja, não atribui à Administração nenhuma informação acerca do conteúdo do documento, mas apenas de sua existência material”(JUSTEN FILHO, 2010, p. 365-366).

Em termos a Corte Federal de Contas em 2000, em seu entendimento na ocasião, acolheu pela lisura e suficiência de atestado de exclusividade apresentado Junta Comercial do Ceará:

No caso presente, a Junta Comercial do Ceará foi a responsável pela emissão do certificado de que a Empresa Estrela do Oriente Indústria, Comércio, Importação e Exportação Ltda., detinha a exclusividade na linha de produção de ‘mingau de castanha de caju’ e ‘mingau de castanha de caju com chocolate’.¹⁰

Posteriormente, sob o entendimento do julgamento do Tribunal de Contas da União nº 023.223/2006-6¹¹, de forma indireta enfrentou novamente a questão da inexigibilidade de licitação comprovada com atestado expedido pela Junta Comercial do Estado de Pernambuco – JUCEPE. Dada a sua importância no caso em resposta à diligência do Tribunal de Contas da União à JUCEPE declarou não ter como verificar a veracidade da exclusividade alegada pela empresa, limitando-se a arquivar a carta da exclusividade alegada. Na justificativa a CORTE acabou por afastar a responsabilidade dos agentes administrativos acolhendo a posição de que

[...] a existência de certidão emitida pela JUCEPE, pela presunção de legitimidade que carrega, pode realmente tê-las induzido a erros, o que torna escusável a conduta das responsáveis em permitir a contratação direta da aludida empresa sem que estivesse presente, no caso concreto, a situação indicada no art. 25, inciso I, da Lei 8.666/1993”¹²

Em outro julgado no ano de 2011, a Corte Federal de Contas aplicou seu entendimento de “de que não basta registrar um certificado de exclusividade na Junta Comercial para restar caracterizada situação que permita esse enquadramento no art. 25 da Lei nº 8.666/1993”.¹³

¹⁰ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – DC-0726-35/00-P – Decisão 726/2000 – PLENÁRIO – Relator Min. HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO – Julgamento em 6 de setembro de 2000.

¹¹ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TC-023.223/2006-6 – SEGUNDA CÂMARA – Relator Min. UBIRATAN AGUIAR – Julgamento em 05 de agosto de 2008.

¹² Idem.

¹³ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TC-010.607/2002-4 – PRIMEIRA CÂMARA. Relator Min. MARCOS BEMQUERER COSTA – Julgamento em 15 de março 2011.

É inegável a figura no inciso I do artigo 25 da Lei de Licitações como emitentes: “Sindicato, Federação ou Confederação Patronal”.

Objetivando a aplicabilidade do disposto no inciso I do artigo 25 da Lei de Licitações inúmeras entidades sindicais instituíram sistemas próprios para emissão de atestados de exclusividade. A título de exemplo, cite-se a CNI – Confederação Nacional da Indústria (CNI) – e, no caso paulista a Fecomércio SP – (Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado de São Paulo).

Na CNI o procedimento de expedição de atestado de exclusividade está detalhadamente regulamentado em Resolução Diretiva nº 1/2012. Tal procedimento prevê a solicitação às Federações das Indústrias filiadas para que realizem o processo de pesquisa junto aos seus sindicatos com a finalidade de identificar a existência de outro fabricante do bem industrial pesquisado, ou de fabricante de bem industrial que possua as mesmas especificidades e funcionalidades (artigo 8º da RD nº 1/2012). De forma mais incisiva é possível prevê a possibilidade impugnação do pedido (artigos 5º a 7º da RD nº 1/2012). Será expedido o atestado, com validade de 180 (cento e oitenta) dias, se não houver manifestação contrária de Federação das Indústrias ou impugnação (artigo 9º da RD nº 1/2012). No site desta confederação consta a relação de documentos, prazos, taxas e diretivas para renovação, impugnação e cancelamento. O site informa a concessão de sessenta atestados e seis cancelamentos e/ou impugnações¹⁴.

A Fecomércio/SP estabelece em seu site eletrônico o atestado de exclusividade como o “documento jurídico apto a atestar a exclusividade de representação de produtos e

¹⁴ Disponível em: <http://www.portaldaindustria.com.br/cni/iniciativas/programas/atestado-de-fornecedor-exclusivo/2012/08/1,5360/atestados-cancelados.html> - Acesso em 15/12/16

serviços de empresas estrangeiras e de indústrias nacionais”.¹⁵ No mesmo, constam os documentos que devem ser apresentados pelo solicitante para emissão do atestado:

Se a exclusividade for fundada em representação dos produtos de empresa estrangeira, é necessário o envio de cópia autenticada da carta de exclusividade fornecida pela empresa estrangeira em favor da solicitante;

Se a carta mencionada no item anterior estiver redigida em língua estrangeira, faz-se necessária também a apresentação da cópia autenticada da tradução juramentada do documento, para que possa surtir efeitos jurídicos;

Se a exclusividade da comercialização for fundada em contrato de exclusividade com indústria nacional, é necessário o envio da cópia autenticada de tal contrato;

Se a exclusividade for fundada em direitos sobre produtos/serviços registrados ao INPI, à Biblioteca Nacional ou a outros órgãos oficiais de registro, será necessário o envio de cópias simples dos registros àqueles órgãos.¹⁶

Conforme entendimento do Ministro do TCU, BENJAMIN ZYMLER, em preciso voto aduz que os “atestados” de exclusividade emitida por entidades sindicais não podem ser restringidos à reprodução de informações apresentadas pelos associados:

Ora, é evidente que a intenção do inciso I do art. 25 da Lei nº 8.666/93 não é a de que as entidades ali referidas – Sindicato, Federação e Confederação Patronal – limitem-se a, passivamente, reproduzir informações prestadas por representantes comerciais ou fabricantes. Fosse assim, a lei teria, no citado inciso I, estabelecido que a comprovação de exclusividade seria realizada por meio de atestado fornecido pelos fabricantes e representantes.¹⁷

Por vezes, a compra de produto importado também suscita interrogações tocantes a emissão do atestado pelas entidades referidas no inciso I do artigo 25. Nesse caso é importante resguardar o interesse da Administração pública, e sendo imprescindível a garantia da execução do contrato. Podendo ocorrer do fornecedor exclusivo estrangeiro – e de fato comumente ocorre – restar impossibilitado de prova da exclusividade com atestado emitido no Estado brasileiro pelas entidades referidas pela Lei de Licitações. Com efeito, conforme entendimento de D’AVILA (2000) a possibilidade de comprovação pelo exportador através de órgão similar de seu país de origem, argumentando:

¹⁵ Disponível em: <http://www.fecomercio.com.br/BeneficiosInterna/Get/7200> - Acesso em: 15/12/16

¹⁶ Disponível em: <http://www.fecomercio.com.br/BeneficiosInterna/Get/7200> - Acesso em 10/12/16.

¹⁷ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TC-750.056/1998-3 – SEGUNDA CÂMARA – Relator Min. BENJAMIN ZYMLER – Julgamento em 20 de fevereiro de 2003.

[...] parece-nos ser esta a interpretação mais viável [*omissis*] mormente pelo fato de ser improvável, ou pelo menos, por nós desconhecida, a existência de um organismo mundial que ateste a exclusividade de produtores e fornecedores estrangeiros, bem como de qualquer organismo nacional que possa fazê-lo. Portanto, à vista dessa impossibilidade, ao interprete compete compatibilizar o dispositivo legal à realidade fática, permitindo sua plena aplicação mesmo para as hipóteses de importação de bens ou serviços que só possam ser fornecidos externamente ao território nacional (D'AVILA, 2000, p.123).

Segundo Souto (1998), é importante observar nos contratos internacionais firmados com fornecedor exclusivo deverá por vezes ser apresentadas as declarações de consulados e de Câmaras Internacionais de Comércio. Desse modo a afirmação tem pertinência lógica, porém também apresenta obstáculos práticos, vez que não é costume a emissão de tais documentos por consulados, da mesma forma nem todos os fornecedores estão registrados, vinculados a Câmaras Internacionais de Comércio. Ademais o problema, não se quedaria superado, cumpria discutir a lisura, a utilidade, veracidade das declarações destas Câmaras.

Neste diapasão, parece legítimo defender que na comprovação da exclusividade nas contratações internacionais de empresas estrangeiras deve-se aplicar por analogia a lei de licitações fundamentada no §4º do artigo 32 estabelece:

As empresas estrangeiras que não funcionem no País, tanto quanto possível, atenderão, nas licitações internacionais, às exigências dos parágrafos anteriores mediante documentos equivalentes, autenticados pelos respectivos consulados e traduzidos por tradutor juramentado, devendo ter representação legal no Brasil com poderes expressos para receber citação e responder administrativa ou judicialmente.

Ademais, o disposto no artigo 123 da Lei de Licitações: “Em suas licitações e contratações administrativas, as repartições sediadas no exterior observarão as peculiaridades locais e os princípios básicos desta Lei, na forma de regulamentação específica”. Com base neste dispositivo a Segunda Câmara do TCU no julgamento da TC-007.507/2005-1 após reconhecer que, “quando da contratação em solo estrangeiro, não se pode impor à Administração os mesmos rigores de quando se está contratando em solo pátrio” determinou a autarquia representada – Instituto Brasileiro de Turismo (EMBRATUR) a inclusão em suas

contrações internacionais com ‘inexigibilidade de licitação’ de declaração de exclusividade ou, na impossibilidade, documento que comprove ser o contratado o único fornecedor das respectivas áreas e/ou serviços”.¹⁸

Esclarecendo, ainda sobre esta premissa que havendo vários produtores ou fornecedores em diversos países não basta que seja atestada a exclusividade de um determinado produtor ou fornecedor de um dado país, pois “ocorrendo a similaridade do produto em várias partes do mundo, impõe-se o procedimento licitatório” (D’ AVILA, 2000, p. 123).

Diversos serão os casos em quem a determinação dos emitentes, consoante o inciso I do artigo 25 da Lei de Licitações, revelar-se-á factualmente impossível ou inútil, reforçando a importância da expressão também contida no dispositivo, *in fine*: “*entidades equivalente*”.

Na impossibilidade de comprovação pelas entidades referidas expressamente no inciso, a comprovação deve-se fazer por entidade equivalente, ou seja, por “instituições dotadas de credibilidade e autonomia em relação ao mercado privado” (JUSTEN FILHO, 2010, p. 366) Conforme precisamente dispõe a Orientação Normativa- CJU/MG nº 56/2010 da AGU:

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.¹⁹

Concluindo que “a inviabilidade de competição pode ser evidenciada por meio de documentação emitida por instituição confiável e idônea, ainda que não integrante no Registro do Comércio e sem natureza sindical” (FILHO, 2010, p. 366).

¹⁸TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TC-007.507/2005-1 – SEGUNDA CÂMARA – Relator Min. GUILHERME PALMEIRA – Julgamento em 22 de junho de 2005.

¹⁹ Orientação Normativa NAJ-MG nº 56, de 22/01/2010 – Dispõe sobre inexigibilidade – aquisição de bens – art. 25, i, da lei 8666/93 – comprovação da exclusividade – justificativa do preço. Disponível em: www.agu.gov.br/Page/content/detail/id_conteudo/210490. Acesso em 22/12/16.

3.2.3 – Indispensabilidade e suficiência do “atestado”

Os subitens antecedentes demonstram a dificuldade de comprovação da exclusividade na exata forma descrita no inciso I, do artigo 25, da Lei de Licitações, portanto seja na perspectiva do emitente – pela impossibilidade da entidade referida em lei atestar a exclusividade – seja no aspecto formal, expedição de um ‘atestado’ propriamente dito, seja na dimensão qualitativa: utilidade probatória para Administração.

A aplicabilidade do instituto na prática evidencia que a comprovação da exclusividade faz-se, conforme o entendimento do caso específico, por documento expedidos por distintas entidades e sob diversas formas. Dessa constatação:

Percebe-se desde logo o subjetivismo que a aplicação do dispositivo ensejará, mas, sobretudo, fica a clara impressão de que, a critério da autoridade que exija a demonstração da exclusividade, *qualquer documento, de qualquer entidade*, ainda que vagamente relacionada com o objeto pretendido, servirá, e por mais temerário que seja aceitar semelhante ‘comprovação’. Do bom-senso daquela autoridade de, portanto, e apenas dele, resultará uma sensata e razoável interpretação do dispositivo, expressada a cada caso pela diferente exigência documental (RIGOLIN; BOTTINO, 1999, p 312).

Na improbabilidade de produção de atestados, a jurisprudência tem-se admitido, em alguns casos, como documento comprobatório da exclusividade as “declarações” de exclusividade. É esse o magistério de Gasparini (2011, p. 609) que entende que na impossibilidade da expedição do documento específico, é possível nos termos da lei, por meio de declaração daquele que pretende contratar, na qual conste que seu signatário é produtor, empresa ou representante comercial exclusivo na localidade.

A comprovação do representante comercial sob a exclusividade relativa– revela-se ainda mais complexa que a comprovação da exclusividade absoluta tema controvertido na legislação brasileira. Na exclusividade relativa conforme já se vez constar – Capítulo II, item 2.3.2 – Da Exclusividade relativa – a unicidade do fornecedor configura-se em razão da praça e não diretamente na exclusividade do produtor ou fornecedor, embora esta também o seja necessária. Dizendo com outras palavras é necessário que o bem, produtor ou fornecedor seja

único e que o representante para a praça da licitação seja o exclusivo comerciante/representante daquele, até mesmo por conta de imprecisões na redação da lei de Representação Comercial.

A exclusividade do representante na praxe faz-se com a apresentação de contratos de exclusividade (distribuição, representação, licenciamento etc.), ou mesmo com declarações da empresa produtora/fornecedora (SOUTO, 1988, p. 165).

Nesse sentido a recente jurisprudência do TCU afeta a comprovação da inexigibilidade para contratação de artista por meio de intermediários ou representantes, prevista no inciso III, do art. 25, da Lei nº 8.666/1993²⁰, posto que acolhe a distinção entre contrato de exclusividade e autorização, entendendo que esta: “assegura exclusividade apenas para os dias correspondentes à apresentação e que é restrita à localidade do evento.” Exigindo para comprovação desta inexigibilidade “cópia do contrato de exclusividade dos artistas com o empresário contratado, registrado em cartório”.²¹

As diferenças entre contrato de exclusividade e autorização também foi matéria enfrentada pelo TCU, acerca da inexigibilidade do fornecedor exclusivo, isso no Acórdão 95/2007. *In casu* a exclusividade foi comprovada pela concessão por determinado laboratório não de contrato de representação exclusiva, mas apenas de uma autorização para determinado período, local e objeto, entendendo o Plenário:

[...] 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.²²

²⁰ Artigo 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:[...] III – para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

²¹ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – AC-0351-03/15-2– SEGUNDA CÂMARA – Relator Min. MARCOS BEMQUERER COSTA – Julgamento em 10 de fevereiro de 2015.

²² TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – AC-0095-05/07-P – PLENO – Relator Min. BENJAMIN ZYMLER – Julgamento em 07 de fevereiro de 2007.

Em outro julgado o TCU decidiu pela insuficiência da comprovação da exclusividade pela simples apresentação de declaração. Como atesta o trecho do voto a seguir citado:

[...] Destaco que a unidade instrutiva rejeitou as justificativas apresentadas quanto à irregularidade discriminada na alínea “b” do item 2 supra, por considerar que a inexigibilidade de licitação, fundamentada no art. 25, inciso I, da Lei nº 8.666/1993, ocorreu sem a efetiva demonstração de que a contratada era fornecedora exclusiva. 13. De fato, foi apresentada apenas uma carta de exclusividade emitida pela Federação das Associações Comerciais e Industriais do Distrito Federal, elaborada a partir de uma declaração da própria Fundação contratada. 14. Com relação ao tema, além da doutrina referenciada na instrução da Secex/TO, rememoro que a jurisprudência deste Tribunal tem se posicionado no sentido de que o órgão licitante, quando do recebimento de atestados de exclusividade de fornecimento de materiais ou serviços, deve adotar medidas cautelares visando assegurar a veracidade das declarações prestadas pelos órgãos emitentes (v.g. Decisão nº 047/1995-TCU-Plenário). Como não há relatos de tais medidas, a declaração não se presta para atestar a exclusividade da empresa [...]”²³.

O que se entende é que o TCU tem enfrentado a matéria à luz do caso examinado, não sendo possível deduzir de sua jurisprudência, qual, ou quais documentos são idôneos para comprovação da exclusividade do representante.

É importante destacar que a declaração ou contrato de exclusividade por si sós não são suficientes para atestar a exclusividade:

A declaração expedida por uma empresa, segundo a qual em determinada área ou região certo comerciante é seu fornecedor exclusivo, só deve ser aceita se corroborada por outras informações que levem à conclusão de que essa área ou região não é outra coisa senão a praça comercial para fins de licitação. Sozinha não deve ser aceita, dada a não coincidência, que quase sempre se verifica, entre a noção de exclusividade (reserva de mercado) que tais declarações encerram e a noção de praça comercial para fins de licitação (GASPARINI, 2011, p. 609):.

A corrente clássica do Tribunal de Contas da União tem demonstrado preocupação com reforço probatório e insuficiência dos atestados apresentada pelo Ministro JOSÉ JORGE no projeto que culminou na edição da súmula referente a temática:

²³TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TC-007.254/2003 – PLENO – Relator Min. AUGUSTO NARDES – Julgamento em 02 de fevereiro de 2011.

No entanto, como ilustram os precedentes referenciados pelo Ministro Revisor em seu Parecer (Decisão nº 578/2002- Plenário, Acórdão 223/2005- Plenário, Acórdão nº 1102/2007-2ª Câmara e Acórdão 482/2008/1ª Câmara), 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. 6. Digo lamentavelmente porque não era essa a conduta esperada daqueles que querem contratar ou contratam com a Administração Pública, que assim agindo fazem soçobrar os princípios mais elementares que norteiam a licitação pública, mormente o da isonomia e da competitividade na contratação. 7. 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 emittentes.²⁴

²⁴TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – AC-0633-10/10-P – PLENO – Relator Min. JOSÉ JORGE – Julgamento em 31 de março de 2010.

4 –ACCOUNTABILITY FORMA DE APLICAÇÃO E CONTROLE DOS ATOS SOCIAIS

Accountability compreende-se como uma das formas utilizadas para o controle social, efetivada por sujeição do poder público que se baseia por estruturas formais e institucionais. A ideia é tornar obrigatória a prestação de contas, demonstrando o bom uso do recurso público.

A democracia acompanha a história da humanidade, não apenas exercida pelo sufrágio mas pela prestação de contas (*accountability*) daqueles que exercem o poder para com seus ‘súditos’.

O’Donnell trouxe uma visão inovadora, a qual foi concebida como a “distinção e conceituação das diferentes formas de *accountability*. Nesse contexto, O’ Donnel ((1998, 1999 e 2003)) apud Ceneviva, 2006, p. 5) passou a classificar *accountability* em duas versões entre vertical e horizontal.

Compreende-se como *accountability* vertical os meios de fiscalização utilizados pelos cidadãos e sociedade civil que visa instituir formas de controle ascendentes sobre governantes e burocratas, razão pela qual a observância da norma evita “transgressões e delitos dos agentes públicos”. (O’ Donnel (1998, 1999 e 2003) apud CENEVIVA, 2006, p.5).

Tratando-se de *accountability* horizontal, consoante O’Donnell, um controle de fiscalização mútua nas relações institucionalizadas visando evitar a usurpação de funções, ‘na forma de freios e contrapesos, entre os Poderes (ou “Checks and Balances”, como, a partir de Madison, ficaram conhecidos tais mecanismos na literatura de tradição anglo-saxônica)’ (O’ Donnel (1998, 1999 e 2003) apud CENEVIVA, 2006, p.5)

No entanto, é possível o monitoramento e fiscalização através de um controle recíproco através de outras agências governamentais, cujo a principal atribuição é evitar

irregularidades cometidas, bem como manter a perpetuidade do Estado Democrático, utilizando-se de “outros órgãos estatais, tais como os tribunais de contas no Brasil” (CENEVIVA, 2006, p. 5).

A partir dos anos de 1988, houve grande renovação na Constituição Federal, na qual institucionalizou a participação da sociedade nas políticas públicas, tornando-se pilares para a construção de um novo modelo de fiscalização.

Os Tribunais de Contas são *accountability* horizontais que exercem um tipo de fiscalização, fator determinante que visa controlar os agentes públicos, a fim de evitar o mau uso dos recursos público nas escolhas das contratações, bem como fiscalizar as suas exceções estabelecidas por lei, como por exemplo, a inexigibilidade de licitação e, sobretudo, a corrupção.

Contudo, o Tribunal de Contas no Brasil tem autonomia e independência no processo democrático, com sólidos fundamentos para fiscalizar a atuação do agente na utilização dos recursos públicos.

Por sua vez as medidas de controle do Tribunal de Contas ofertam maior controle, com a finalidade de garantir que o administrador público e os entes políticos prestem contas sobre as decisões, com a finalidade de evitar quaisquer arbitrariedades camufladas sob o manto da discricionariedade.

CONCLUSÃO

Ao longo do presente trabalho relaciono os elementos dentro da legislação as hipóteses de inexigibilidade de licitação para contratação, provas de exclusividade e *accountability* como forma de fiscalização na prestação de contas, restou demonstrado em sua amplitude na Constituição Federal de 1988, devendo prevalecer em conformidade com o perfil da Administração Pública, que são estabelecidos por meio dos princípios basilares perante o Estado Democrático de Direito, na Carta Magna, o princípio da isonomia se manifesta como procedimento prévio às contratações, por meio das formas de licitações, se apresentam como uma “ponte” entre o direito público e o direito privado, afigurando-se como meio de freios aos subjetivismos, em benefícios aos interesses da coletividade, buscando principalmente aos princípios que regem a Administração Pública, a aplicação do instituto em conformidade com o perfil traçado pelo legislador em atender o interesse coletivo da sociedade.

Sopesada sua relevância, o procedimento licitatório galgou *status* de norma constitucional. A Constituição da República de 1988 expressamente – inciso XXI do art. 37 – elege a licitação como regra. Resta, então, constitucionalizado o princípio do dever de licitar.

A norma infraconstitucional, a Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, que trata das licitações e contratos, prevê várias orientações e entendimentos doutrinários, elaborada no sentido de sua classificação, qual instituto se adequaria no sentido de buscar o melhor serviço perante administração pública, com base nos requisitos exigidos sobre a orientação da Constituição Federal de 1988.

Assim sendo, são previstas na Lei Geral das Licitações e Contratos Administrativos, a lei nº. 8.666/1993, nos artigos 24 e 25 e incisos as situações em que o agente público poderá deixar de promover a licitação, utilizando a contratação por indicação

direta da pessoa do contratado, estabelecendo as condições e requisitos a cada caso concreto. No primeiro dispositivo, temos os casos de dispensa e, no segundo, os de inexigibilidade de licitação.

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

A doutrina atual classifica a exclusividade do fornecedor em exclusividade absoluta e exclusividade relativa. A primeira, em síntese, caracteriza-se quando na localidade só há um fornecedor ou um único agente. A segunda, quando há mais de um fornecedor, empresa ou representante comercial, mas na praça considerada há apenas um.

A parte final do inciso I do artigo 25 determina que a comprovação da exclusividade deve 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”. O comando dá azo a infundáveis discussões que resultam em óbices procedimentais tanto para os licitantes como para a Administração e, em análise vertical, torna-se caminho para o “descaminho” dos princípios e objetivos da licitação, razão pela qual, doutrinadores de nomeada, chegam a considerar o dispositivo inútil.

As vozearias principais tocam a natureza dos “atestados”, a possibilidade de emissão pelas entidades referidas na lei, e ainda a imprescindibilidade e suficiência dos atestados. O objetivo principal desta pesquisa consistiu no enfrentamento destas questões, nesse fito, colheram-se conclusões parciais que contribuem para as conclusões substanciais.

O Administrador se utiliza de conceitos indeterminados para aplicação da legislação, abrindo caminhos para o Poder Público analisar o caso concreto em consonância com os parâmetros normativos da Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACUNHA, F. J. G. *O papel do intérprete nas hipóteses de contratação direta sem licitação da Lei nº 8.666/1993*. *Revista do Tribunal de Contas da União*, ano 41, n. 114, jan./abr., 2009.
- ANDRADE, J. C. V. de. *O dever de fundamentação expressa de actos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1992.
- ARAÚJO, E. N. de. *Os princípios gerais da licitação*. *Revista Licitar. Licitações, contratos e gestão de suprimentos*, ano 1, n. 11, maio, 1998.
- ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2.ed., 3ª tir., Atualizado por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BASTOS, C. R. *Inexigibilidade de licitar*. Fornecedor exclusivo da marca padronizada. *Revista Licitar*, vol. 3, set., 1998.
- CAMPOS, A. M. *Accountability: quando poderemos traduzi-la para o Português?*, *Revista de Administração Pública*, fev., 1990.
- CARVALHO, E. B. A inexigibilidade de licitação para contratação de serviços técnicos especializados. *Revista TCESP*, n. 69, abril, 1993
- CARVALHO FILHO, J. dos S. *Manual de Direito Administrativo*. 25ª ed., São Paulo: Atlas, 2012.
- CENEVIVA, R. *Accountability: novos fatos e novos argumentos - uma revisão da literatura recente*, 2006.
- CHAVES, L. C. de A. *A contratação por inexigibilidade de licitação com fornecedor ou prestador de serviço exclusivo*. Breve análise do art. 25, I da Lei 8.666/93. Coluna Jurídica JML. Obtido via Internet. Disponível em: http://www.jmleventos.com.br/arquivos/coluna_juridica/coluna_juridica_03.pdf.
- CITADINI, Roque. *Comentários e jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas*. 3ª ed., São Paulo: Max Limonad, 1999. Acesso em 19/04/2016
- CORRÊA, A. C. Di M.. *Inexigibilidade na contratação de serviços de publicidade*. *Revista dos Tribunais*, ano 1, n. 2, jan./mar., 1993.
- CRETELLA JÚNIOR, J. *Curso de direito administrativo*. 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- D'AVILA, V. L. M. *Inexigibilidade de licitação*. Compra de produto importado. *In*. DI PIETRO *et. al.* (orgs.). *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 5ª ed., rev., amp., 3ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2000.
- DI PIETRO *et. al.* (orgs.). *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 5ª ed., rev., amp., 3ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2000.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23ª ed., São Paulo: Atlas, 2010.

- FERREIRA, P. *Curso de direito constitucional*. 11^a ed., São Paulo: Saraiva, 2011.
- FIGUEIREDO, L. V. *Curso de Direito Administrativo*. 9^a ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 474.
- FURTADO, L. R. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 2^a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- GASPARINI, D. *Direito Administrativo*. 16^a ed., Atualizada por FABRÍCIO MOTTA, São Paulo: Saraiva, 2011.
- HOLANDA, S. B. de. *Raízes do Brasil*. 26^a ed., São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- JUSTEN FILHO, M. *Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos*. 14^a ed., São Paulo: Dialética, 2010.
- JUSTEN FILHO, M. *Ainda a Inviabilidade de Competição para Contratação de Serviços Técnicos Profissionais especializados*. Fórum de Contratação e Gestão Pública, Belo Horizonte, Editora Fórum, v.2, n.17, maio, 2003, p. 2057-2073. Obtido via internet. Disponível em: <http://justenfilho.com.br/wp-content/uploads/2008/12/mjf61.pdf>. Acesso 10/04/2016
- KNOPLOCK, G. M. *Manual de direito administrativo*. 8^a ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.
- LEAL, V. N. *Coronelismo, enxada e voto*. O município e regime representativo no Brasil. 7^a ed., 1^a reimp., São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- MALUF, Sahid. *Curso de direito constitucional*. Bauru: Taquigrafia e livrarias Brasil S.A, 1985.
- MARQUES NETO, F. P. de A. *Contratação direta de empresas de engenharia consultiva por inexigibilidade de licitação pública*. Revista dos Tribunais, vol. 71, ano 84, 1995.
- MEIRELLES, H. L. *Licitações e contrato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- MEIRELLES, H. L. *Direito administrativo brasileiro*. 28^a ed., Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, São Paulo: Malheiros, 2003.
- MELLO, C. A. B. de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3^a ed., 16^a tir., São Paulo: Malheiros, 2008.
- MELLO, C. A. B. de. *Curso de Direito Administrativo*. 28^a ed., São Paulo: Malheiros, 2011.
- MELLO, C. A. B. de. *Elementos de direito administrativo*. 1^a ed., 4^a tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- MELLO, C. A. B. de. Parecer: *Licitação Lei nº 8.666. Dispensa de licitação por razões de segurança nacional. Serviços técnicos especializados. Inexigibilidade*. Revista Trimestral de Direito Público, n. 13, 1996.

MELLO, C. A. B. de. Parecer: *Licitação. Ausência de pressupostos de útil aplicação do instituto. Inexigibilidade. Cabimento de aditamento contratual*. Revista Trimestral de Direito Público, n. 51/52, 2009.

MELLO, C. A. B. de. Parecer: *Licitação. Inexigibilidade. Serviços técnicos de análise, aconselhamento, orientação e preparo da emissão de títulos de empresa estatal e respectiva colocação no mercado com garantia firme*. Revista de Direito Administrativo, vol. 202, out./dez.

MELO, L. C. F. de. *Inexigibilidade de licitação*. Fórum de contratação e gestão pública – FCGP, ano 11, n. 123, março, 2012.

MOREIRA, E. B. *Processo administrativo*. Princípios constitucionais e a Lei nº 9.784/1999. 3ª ed., atual., rev. e aumentada. São Paulo: Malheiros, 2007.

MUKAI, T. *Licitações e contratos públicos*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

PEREIRA, Maria da Glória; SILVA, Wendel Alex Castro e ARAUJO, Elisson Alberto Tavares. *Análise da Produção Científica sobre Accountability na Área de Administração Pública*, 2014.

RIGOLIN, I. B; BOTTINO, M. T. *Manual prático das licitações*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

RUSSOMANO, R. *Lições de direito constitucional*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1968.

SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7ª ed., rev. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Direito constitucional positivo*. 34ª ed., São Paulo: Malheiros, 2011.

SOUTO, M. J. V. *Licitações. Contratos administrativos*. Lei nº 8.666/1993 comentada. 3ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Esplanada, 1998.