

Inexigibilidade de licitação por fornecedor exclusivo: como instruir o processo

Jandeson da Costa Barbosa

Pioneiro na utilização de IA em Licitações e Contratos. Mestre em Direito e Políticas Públicas. Especialista em Direito Público. Membro da Consultoria Jurídica do Tribunal de Contas da União (TCU). Professor de Licitações e Contratos. Advogado.

RESUMO

O presente artigo examina a inexigibilidade de licitação por fornecedor exclusivo, prevista no art. 74, I, da Lei 14.133/2021, destacando sua configuração como resultado de um encadeamento probatório. Estrutura-se uma metodologia em quatro etapas: (i) delimitação precisa da necessidade administrativa; (ii) demonstração de que apenas uma solução atende integralmente aos requisitos indispensáveis; (iii) comprovação da exclusividade comercial sob critérios material, objetivo, subjetivo e geográfico; e (iv) aferição da compatibilidade do preço com práticas de mercado. Analisa-se, ainda, a subjetividade técnica limitada do gestor, admissível apenas quando pautada em critérios objetivos e devidamente motivada. Conclui-se que a inexigibilidade somente se legitima quando amparada em provas suficientes, atuais e verificáveis, assegurando transparência, juridicidade e aderência ao interesse público.

ABSTRACT

This article analyzes the legal framework of noncompetitive procurement due to exclusive supplier, as provided by Article 74, I, of Brazilian Law 14.133/2021. It establishes a methodological sequence for the justification of such direct contracting: (i) precise definition of the administrative need; (ii) demonstration that only one solution meets the indispensable requirements; (iii) proof of commercial exclusivity under material, objective, subjective and geographical criteria; and (iv) verification of price compatibility with market practices. The study also examines the limits of the manager's technical discretion, highlighting that

subjectivity is admissible only within reasonable and motivated parameters. The conclusion emphasizes that exclusivity must be proven by sufficient, current and verifiable evidence, ensuring legality, transparency and alignment with the public interest.

RESUMEN

El artículo examina el régimen jurídico de la contratación directa por proveedor exclusivo, previsto en el artículo 74, I, de la Ley brasileña 14.133/2021. Se propone una secuencia metodológica para fundamentar esta hipótesis: (i) definición precisa de la necesidad administrativa; (ii) demostración de que solo una solución satisface los requisitos indispensables; (iii) prueba de la exclusividad comercial bajo criterios material, objetivo, subjetivo y geográfico; y (iv) compatibilidad del precio con el mercado. Asimismo, se analizan los límites de la discrecionalidad técnica del gestor, cuya subjetividad solo se admite de manera restringida y motivada. Se concluye que la inexigibilidad se legitima únicamente cuando la prueba es suficiente, actual y verificable, garantizando legalidad, control y alineación con el interés público.

1 – Introdução

A inexigibilidade de licitação fundada em fornecedor exclusivo tem natureza eminentemente técnica e pressupõe a demonstração objetiva de inviabilidade de competição. À luz do art. 74, I, da Lei 14.133/2021, essa hipótese somente se configura quando o objeto, tal como definido pela Administração a partir de sua necessidade específica, pode ser entregue por um único agente com aderência integral aos requisitos indispensáveis.

O § 1º do referido dispositivo reforça a centralidade do raciocínio probatório ao afastar a preferência por marca como fundamento autônomo e exigir documento idôneo que comprove a exclusividade de produção, comercialização ou representação. Em paralelo, o art. 23, §§ 1º a 4º, disciplina o parâmetro econômico da contratação direta, impondo compatibilidade com a prática de mercado. Esses comandos normativos compõem um vetor metodológico claro: o resultado jurídico (inexigibilidade) decorre do exame técnico da necessidade, do mercado e do preço, e não de juízos de mera preferência. Há, contudo, certa

margem de subjetividade na análise das especificidades do caso concreto, embora esta seja limitada e sempre subordinada ao interesse público.

O ponto de partida é a delimitação precisa da necessidade administrativa (art. 18, § 1º). Cabe explicitar o problema a solucionar, os resultados esperados e os requisitos mínimos de desempenho, interoperabilidade, segurança, integridade e continuidade, afastando qualificações supérfluas e requisitos que produzam escassez artificial. Essa etapa não é retórica: ela define o padrão de comparação das alternativas e permite separar, com base em resultados e riscos, o que é funcionalmente indispensável do que é apenas preferível. A clareza técnica nesse momento inicial reduz o espaço de subjetividade - que, todavia, não pode ser suprimido - e orienta a motivação do ato.

Em seguida, procede-se à demonstração de aderência funcional única. A Administração deve identificar o mercado relevante, levantar soluções substitutas plausíveis e compará-las por meio de matriz técnica, requisito a requisito, documentando por que não alcançam equivalência material (limites de arquitetura, incompatibilidades de integração, ausência de certificações mandatórias, incapacidade de cumprir níveis críticos de serviço, riscos operacionais). Por se tratar de realidade dinâmica, a análise precisa ser datada e atual: a inexistência de alternativas é situacional e deve refletir o estado do mercado no momento da decisão.

A terceira etapa é a comprovação da exclusividade comercial. Nesse ponto, o presente artigo organiza e classifica de modo categorizado os conceitos e requisitos previstos de forma esparsa na doutrina e jurisprudência do tema, enriquecendo-os com apontamentos pertinentes e, por vezes, contraintuitivos, oriundo da experiência do autor na área. Tais apontamentos são devidamente submetidos à metodologia científica e concatenação lógica necessárias.

Assim, o trabalho propõe que a comprovação da exclusividade comercial deve ser organizada em quatro planos complementares: material (de direito ou de fato), objetivo (ramo de atividade ou objeto específico), subjetivo (titular ou representante exclusivo) e geográfico (absoluta ou relativa). A questão de controle é estrita: se a licitação fosse publicada hoje, existiria mais de um agente autorizado e apto a ofertar o mesmo objeto, com atendimento integral aos requisitos? Se a resposta for afirmativa, não há espaço para inexigibilidade; se for negativa, está configurada a inviabilidade de competição. Adota-se, aqui, a regra da liberdade

de prova, vedada a exigência de “prova negativa absoluta”. Busca-se um conjunto proporcional de evidências atuais, verificáveis e coerentes.

A etapa final trata da razoabilidade econômica. Mesmo em contratações diretas, o preço deve ser compatível com práticas de mercado (art. 23, § 4º), admitidas notas fiscais, contratos equivalentes recentes e outros meios idôneos, desde que a comparação considere variáveis que afetam custo: escopo, prazos, garantias, logística e escala. Assim estruturado, o processo substitui alegações genéricas por prova organizada e atualizada, satisfazendo o ônus argumentativo exigido pelo regime jurídico da contratação direta.

2 – Requisitos mínimos para configuração da inexigibilidade por fornecedor exclusivo

Fala-se em exclusividade, para fins de inexigibilidade, quando o mercado apresenta um único sujeito apto a fornecer o objeto tal como definido pela Administração, tornando inviável a competição. É precisamente esse o desenho normativo do art. 74, I, da Lei 14.133/2021: a existência de apenas um ofertante idôneo capaz de atender, com aderência integral, às características indispensáveis da necessidade pública. Nesse quadro, a licitação deixa de ser meio útil porque não há pluralidade competitiva a ser mobilizada.

São três os requisitos mínimos a serem verificados no caso concreto para a configuração da hipótese de inexigibilidade de licitação por fornecedor ou prestador exclusivo, fundada no art. 74, inciso I, da Lei 14.133/2021: necessidade específica da Administração Pública; demonstração de que apenas aquele bem ou serviço atende a essas especificidades; e exclusividade comercial do futuro contratado. A seguir, detalharemos cada um dos requisitos.

2.1 – Necessidade específica da Administração

Toda contratação pública deve ter como objetivo atender a uma necessidade ou resolver um problema, seja este da sociedade ou da própria Administração Pública. Não à toa, no Estudo Técnico Preliminar (ETP), “primeiro se deve verificar qual problema a Administração pretende resolver ou mitigar, e a partir dele analisar as possíveis soluções e sua viabilidade”¹.

¹ BARBOSA, Janderson da Costa. **Fase de Planejamento da Contratação com Apoio da Inteligência Artificial**. 2. ed. Natal: Editora Virtú. 2024, p. 86.

A partir da análise do problema concreto, a Administração consegue desenhar a sua necessidade, apontando cada nuance que deva ser atendida para a melhor consecução do interesse público. É a partir desse desenho que o agente público deve demonstrar quais especificidades da necessidade devem ser atendidas e, em consequência disso, quais requisitos da solução a ser contratada serão necessários para satisfazer tais especificidades.

Aqui convém registrar breve parêntese para apontar que esses requisitos do objeto, comuns em contratações de soluções de tecnologia da informação, inclusive com previsão de longa data em instruções normativas federais, não devem ser confundidos com os “requisitos da contratação” do ETP, previstos no art. 18, § 1º, inciso III, da Lei 14.133/2021.

A confusão entre os dois conceitos ocorre porque a IN SGD 94/2022 – e as anteriores a ela – define os “requisitos da contratação de TIC” como o “conjunto de características e especificações necessárias para definir a solução de TIC a ser contratada”.² Contudo, é relevante observar que esses requisitos estabelecidos de forma prévia à escolha da solução apontam justamente as *especificidades* da necessidade da Administração. É, portanto, desdobramento da “descrição da necessidade da contratação”, elemento do ETP previsto no art. 18, § 1º, inciso I, da Lei 14.133/2021.

Ao contrário, os requisitos da contratação do ETP referido no citado inciso III são elaborados de forma posterior à escolha da solução, que por sua vez se dá de forma posterior ao levantamento de mercado. O TCU há muito aponta essa natureza de tais requisitos.³ Não há, na sequência dos incisos do art. 18, § 1º, da Lei 14.133/2021, qualquer obrigação de ordem cronológica de elaboração dos elementos do ETP.

A escolha das “especificidades” que deve ter a solução que será escolhida comporta certo grau de subjetividade do administrador público. É comum aos operadores do direito administrativo certa aversão imediata à noção de subjetividade. Pensa-se, logo, que qualquer subjetividade fere o princípio da imparcialidade. Mas não é bem assim.

Estamos acostumados à seguinte dicotomia de matiz excessivamente cartesiana: ou a decisão é puramente objetiva, e, portanto, lícita, ou é subjetiva, e, por isso, eivada da mácula

² BRASIL. Secretaria de Governo Digital do Ministério da Economia. **Instrução Normativa SGD/ME nº 94/2022**. Art. 2, Inciso IX.

³ Ver: BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Licitações & Contratos: Orientações e Jurisprudência do TCU**. 5ª Edição, Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência, 2024, p. 234-243.

da ilicitude. Possivelmente, séculos de patrimonialismo arraigado no nosso país tenham cansado os ânimos dos nossos operadores do direito administrativo, cristalizando em nós esse raciocínio. Mas é necessário avançar. Esse grau relativo de subjetividade decorre do fato de que “o administrador público está vestido do seu poder-dever (ou dever-poder) de analisar o contexto fático e tomar decisões acerca da conveniência e oportunidade – sempre pautadas pelo interesse público”⁴.

Assim, imagine-se exemplo em que a Administração pretenda adquirir um manual de licitações e contratos. Certamente deverá haver critérios objetivos a basear a escolha do livro, como a temática, consagração do autor, pertinência entre o sumário da obra e as atividades desempenhadas pelos servidores, dentre outros. Imaginemos que, após o filtro de tais critérios objetivos, restou ao administrador público escolher entre duas obras dos maiores autores do país sobre o tema: Jacoby Fernandes e Justen Filho.

Não há dúvida de que não será apenas o valor da obra, a quantidade de páginas ou número de títulos do autor que irá definir qual o livro a ser adquirido. Haverá um grau de subjetividade – ainda que reduzido e necessariamente provido de razoabilidade – na escolha a ser realizada. Inclusive, não houvesse subjetividade nas escolhas do administrador público, não seriam necessárias eleições ou indicações políticas, e não haveria o que governar, bastaria legar as decisões da Administração Pública a um algoritmo qualquer.

Isso não implica em afirmar que as decisões do administrador possam ser *puramente* subjetivas. Primeiro porque a finalidade da decisão deve sempre ser o atendimento ao interesse público⁵. Depois porque o critério subjetivo de escolha somente deve ser utilizado após a submissão das opções a todos os filtros objetivos possíveis. Vejamos trechos de outros trabalhos nossos:

“A escolha do *motivo imediato* a fundamentar essa *decisão* da Administração [...] é prerrogativa do administrador público. Assim, os órgãos que exercem o controle externo da Administração Pública não podem adentrar no mérito administrativo, sob pena de inconstitucional usurpação de competência. Ao controle é cabível investigar se o ato tem como *motivo mediato* o interesse público e, excepcionalmente, a razoabilidade do *motivo imediato*, a fim de combater situações esdrúxulas. É claro

⁴ BARBOSA, Jandeson da Costa. **Por que o credenciamento é uma hipótese de inexigibilidade de licitação**. Disponível em: <<https://virtugestaopublica.com.br/credenciamento-inexigibilidade>>. Acesso em: 14 set 2025.

⁵ Sugerimos a leitura de outra obra de nossa autoria em que desenhemos um caminho seguro e mais objetivo para o uso do conceito jurídico indeterminado “interesse público” na tomada de decisão administrativa e o seu controle: BARBOSA, Jandeson da Costa. **O interesse público constitucional: numa formulação à luz de pressupostos teóricos, contextos e fatos no âmbito dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022.

que haverá, também, o controle em relação aos elementos competência, finalidade e forma, que permanecem vinculados mesmo nos atos discricionários”.⁶

“Aos órgãos de controle – nesses incluída a atuação do Judiciário – resta perquirir se há vício de finalidade ou de forma. Na análise do elemento finalidade, pode-se questionar se há o atingimento do interesse público (constitucional), o que, no exemplo, é verificado em ambas as hipóteses. Já quanto à forma, pode-se avaliar se a motivação (exteriorização do motivo, que está contida no elemento ‘forma’) é adequada e suficiente, ou seja, se o administrador público exerceu de modo suficiente o seu ônus argumentativo. Em sendo ambas as possibilidades sendo albergadas pela moldura constitucional-legal, não podem os órgãos de controle questionar o ‘motivo’ do ato, sob pena de inconstitucional violação à separação dos poderes.”⁷

Nessa senda, a análise de mercado da melhor solução deve ser “contida” por critérios objetivos: definir a solução pretendida com base em resultados e desempenho, evitar qualificações supérfluas que fabriquem escassez artificial e, somente depois, verificar se o mercado, tal como ele existe, é monopolizado por um único ofertante. Esse é o “caminho feliz”: a Administração estuda o mercado, entende as soluções possíveis e, a partir daí, desenha a solução pretendida e seus requisitos mínimos. Mas o caminho contrário também é possível: é lícito à Administração realizar chamamento para conhecer as diversas funcionalidades e verificar qual delas melhor atende à sua necessidade.

E não nos referimos necessariamente, neste particular, ao Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI), disposto no art. 81 da Lei 14.133/2021. O PMI se destina a “propositura e a realização de estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras que contribuam com questões de relevância pública”. Há situações em que o mercado detém soluções já prontas, cujas especificidades são desconhecidas da Administração.

A necessidade específica da Administração é, portanto, o primeiro filtro lógico e jurídico para aferir a inexigibilidade por fornecedor exclusivo. Não basta uma formulação genérica de demanda: é indispensável que o responsável descreva o problema a ser solucionado, detalhe os resultados esperados e explicita os requisitos que a solução deve necessariamente contemplar. Esse delineamento, embora comporte um espaço de discricionariedade técnica, deve ser ancorado em parâmetros verificáveis e na finalidade pública, de modo a permitir o controle de sua razoabilidade. Só a partir dessa caracterização

⁶ BARBOSA, Jandeson da Costa. **Por que o credenciamento é uma hipótese de inexigibilidade de licitação**. Disponível em: <<https://virtugestaopublica.com.br/credenciamento-inexigibilidade>>. Acesso em: 14 set 2025.

⁷ BARBOSA, Jandeson da Costa. **Contrata+Brasil: uma análise do 14-bis das compras públicas**. Disponível em: <<https://virtugestaopublica.com.br/contratabrasil-uma-analise-do-14-bis-das-compras-publicas>>. Acesso em: 15 set 2025.

precisa é possível avançar para a etapa seguinte: verificar se apenas um fornecedor é capaz de atender, com exclusividade, a necessidade assim qualificada.

2.2 – Demonstração de que apenas aquele bem ou serviço atende às especificidades da necessidade

O segundo passo lógico, após qualificar a necessidade específica, é demonstrar que somente uma solução é materialmente apta a satisfazê-la, com aderência integral às especificidades da necessidade da Administração Pública. Trata-se de uma prova de exclusividade por aderência funcional, não de preferência administrativa: exige-se evidenciar que nenhuma alternativa equivalente – sob a ótica de desempenho, resultado e riscos – consegue atender, com suficiência, os requisitos indispensáveis da demanda pública. A narrativa probatória deve, por isso, converter a descrição da necessidade (ETP) em critérios verificáveis e, na sequência, confrontá-los com o mercado relevante (ofertantes, padrões tecnológicos, regimes de direitos e condições de fornecimento).

A doutrina contemporânea é uníssona. Ronny Charles assim resume o padrão de prova:

“Para a caracterização da exclusividade autorizadora da hipótese de inexigibilidade licitatória, além da exclusividade comercial do produto, faz-se necessária sua necessidade específica, ou seja, que aquele bem ou serviço fornecido com exclusividade seja o único apto ao atendimento do interesse público. Caso existam outros fornecedores, postos no mercado à disposição da disputa e capazes de atender ao interesse da Administração, passa a ser exigível a realização do certame, em busca da melhor contratação.”⁸

Na mesma senda, Justen Filho ressalta que a inviabilidade pode decorrer tanto de tutelas jurídicas de exclusividade (patentes, direitos autorais, propriedade industrial) quanto de monopólio fático: Vejamos:

“Alternativa bastante peculiar é da ausência absoluta de pluralidade. Nesses casos o conhecimento tecnológico gerou uma única via de atendimento a certa necessidade. Essa alternativa tanto pode compreender casos em que haja tutela pelo Direito como casos em que a situação é meramente fática. Haverá hipóteses em que a única alternativa disponível está tutelada por privilégio de exclusividade, segundo as regras de propriedade imaterial (direitos autorais, direitos de propriedade industrial). Suponha-se a necessidade de adquirir um certo equipamento que está tutelado por patente de invenção. É óbvio que o Estado não

⁸ TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de Licitações Públicas Comentadas**. 16.ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2025, p. 452-453.

poderá adquirir produto equivalente, fornecido irregularmente por quem não é titular de direitos de comercialização. Mas a ausência de direito de exclusividade não elimina a inviabilidade de competição quando se caracteriza a mera circunstância fática de ausência de outro sujeito em condições de produzir objeto equivalente.”⁹

Em outras palavras, o festejado autor aponta que a exclusividade pode se dar por razões de direito ou de fato. Ocorrerá “exclusividade de direito” quando o fornecedor estiver amparado por norma legal que o conceda o privilégio de explorar exclusivamente o objeto. Imaginemos o exemplo de um produto protegido por patente ou modelo de utilidade. Noutro giro, haverá “exclusividade de fato” quando restar demonstrado que, apesar de não haver nenhuma restrição legal, apenas um fornecedor produz o produto ou presta o serviço com aquelas especificidades.

Esse é exatamente o ponto de fricção com um vício recorrente: confundir exclusividade de marca com inviabilidade de competição. A jurisprudência do TCU tem repellido de modo reiterado a “exclusividade de rótulo” como fundamento autossuficiente: a marca, por si, não prova que apenas aquela solução atende às especificidades; é indispensável demonstrar a indispensabilidade técnica das funcionalidades, integrações, níveis de desempenho e resultados que só aquela solução entrega: “A demonstração de exclusividade de marca não comprova, por si só, o requisito de inviabilidade de competição necessário para fundamentar inexigibilidade de licitação”.¹⁰

De todo modo, aponta o manual de licitações do TCU que “as características do objeto devem ser imprescindíveis ao atendimento da necessidade da Administração. Portanto, requisitos excessivos e desnecessários, como a preferência por uma marca específica, são proibidos”¹¹.

Metodologicamente, a Administração deve (i) traduzir a necessidade em requisitos essenciais de resultado e desempenho, com métricas ou padrões de aceitação; (ii) delimitar o mercado relevante (incluindo soluções substitutas plausíveis) e levantar potenciais fornecedores; (iii) comparar alternativas por meio de matriz técnica que confronte, requisito a requisito, a capacidade de cada solução de alcançar o resultado, com destaque para

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. 2.ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2023, p. 1004.

¹⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 6875/2021-TCU-Segunda Câmara**.

¹¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Licitações & Contratos: Orientações e Jurisprudência do TCU**. 5ª Edição, Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência, 2024, p. 676.

compatibilidade/interoperabilidade, segurança, integridade de dados, continuidade e risco operacional; (iv) documentar por que as soluções descartadas não entregam equivalência material (limites de arquitetura, ausência de certificações mandatórias, incapacidade de atender a acordos de nível de serviço (*Service Level Agreement* – SLA) críticos, impossibilidade de integração sem perda de requisitos, etc.); e (v) concluir pela inexistência de substitutos funcionais.

Conforme ensina Marçal Justen Filho, a “comprovação da inexistência de alternativas para a Administração faz-se segundo o princípio da liberdade de prova”¹². Assevera o autor que essa comprovação “dar-se por qualquer via, desde que idônea e satisfatória”¹³. Isso porque, como demonstramos acima, “a inviabilidade de competição é uma questão não apenas jurídica, mas também fática”¹⁴.

Assim, quando houver direitos de exclusividade (p. ex., patente indispensável à solução), deve ser agregada a comprovação jurídica. Quando houver exclusividade fática, a instrução processual deve demonstrar, de modo razoável, que há no mercado apenas aquela solução com as citadas características específicas necessárias à Administração.

Algumas cautelas elevam a confiabilidade da prova: (a) evitar especificações direcionadoras (requisitos “embandeirados” que apenas descrevem a solução de um ofertante) e preferir requisitos funcionais e de desempenho; (b) exigir provas de conceito ou testes de aderência quando diferenças técnicas sejam sutis, registrando resultados; (c) motivar explicitamente a necessidade de integrações, migrações e governança de dados (o “como” essas dimensões são atendidas é, muitas vezes, o ponto de exclusividade técnica real); e (d) datar a análise: mercados são dinâmicos, de modo que a inexistência de alternativas é situacional e deve estar atualizada no momento da decisão.

Tanto na exclusividade absoluta quanto na relativa, porém, o denominador é a inviabilidade concreta de competição, e não uma preferência administrativa abstrata. Importa sublinhar que exclusividade não se confunde com especificação direcionadora. Nesse sentido,

¹² JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. 2.ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2023, p. 1009.

¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. 2.ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2023, p. 1009.

¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. 2.ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2023, p. 1009.

o § 1º do art. 74 da Lei 14.133/2021 veda a preferência por marca específica como critério suficiente para afastar a licitação. O que legitima a inexigibilidade, aqui, é a constatação de que apenas um fornecedor, e não apenas uma marca, consegue entregar o objeto necessário.

Contudo, essa vedação de marca deve ser interpretada adequadamente. A leitura atenta do referido § 1º - “vedada a preferência por marca específica” – aponta que o que é vedado é a “mera preferência” por marca específica. Obviamente, quando o modelo de determinado produto – que, naturalmente, será de uma marca específica – for o único capaz de atender à necessidade da Administração Pública, estaremos diante de situação clássica a autorizar a contratação por fornecedor exclusivo. Não se tratará de mera preferência por marca, visto que somente o produto daquela marca, e de nenhuma outra, tem determinada funcionalidade ou característica que atende a razoável necessidade da Administração.

E a adequada compreensão do instituto exige outro raciocínio ainda mais sofisticado. Em termos operacionais, há uma zona de discricionariedade técnica inevitável: a exclusividade surge a partir da configuração da necessidade – isto é, do conjunto de requisitos realmente imprescindíveis para que a política pública produza resultados –, e não antes dela.

É útil citar, também, que o “inc. I do art. 74 da Lei 14.133/2021 alude a compras (de materiais, equipamentos ou de gêneros) e à contratação de serviços”¹⁵, dispondo de modo mais amplo “do que constava no inciso I do artigo 25, na Lei nº 8.666/93, que fazia referência apenas à aquisição”¹⁶. Nesse ponto, laborou bem o legislador, pois a “inviabilidade de competição não se relaciona com a natureza jurídica do objeto contratual”¹⁷, como leciona Justen Filho:

A hipótese de inexigibilidade tem como pressuposto a inviabilidade de estabelecimento do procedimento de competição, o que pode acontecer tanto nas hipóteses de aquisição, como em situações de contratação de um serviço, prestado por uma única empresa. Inexistindo outros eventuais prestadores, restaria configurada uma hipótese de inexigibilidade.”¹⁸

¹⁵ TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de Licitações Públicas Comentadas**. 16.ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2025, p. 452.

¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. 2.ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2023, p. 1004.

¹⁷ TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de Licitações Públicas Comentadas**. 16.ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2025, p. 452.

¹⁸ TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de Licitações Públicas Comentadas**. 16.ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2025, p. 452.

A bem da verdade, a ausência de previsão expressa da contratação de serviços realizados por prestador exclusivo era contornada, sob a égide da Lei 8.666/1993, pois “a contratação de serviços era fundamentada no *caput*, porque o dispositivo somente tratava de compras”¹⁹. Sob a Lei 14.133/2021, contudo, servidores e fornecedores devem atentar-se para fundamentar a contratação de serviço por prestador exclusivo no inciso I do art. 74.

Em síntese, a comprovação de que apenas determinado bem ou serviço atende à necessidade pública exige prova clara de inviabilidade de competição funcional: traduzem-se os requisitos indispensáveis em critérios verificáveis, confrontam-se as alternativas de mercado e evidencia-se, de forma atual e documentada, que nenhuma outra solução entrega resultado equivalente. Não se trata de preferência administrativa ou de marca, mas de constatação objetiva de que apenas aquela solução, em dado contexto, satisfaz integralmente o interesse público.

2.3 – Comprovação da exclusividade comercial

É recorrente notar na praxe administrativa que algumas instruções processuais se preocupam mais com uma “verificação cartorial”, em que se dá mais importância a ter no processo um “atestado de exclusividade” – seja ele qual for – do que a demonstração lógica da exclusividade. Há tempos atrás, este escriba fora surpreendido com o relato de um aluno de que a assessoria jurídica do órgão em que este trabalha teria “reprovado” uma contratação em que havia previsão legal de que apenas determinada instituição poderia realizar um torneio objeto da contratação, porque não havia nos autos nenhum “atestado de exclusividade”.

Ocorre que, mais importante do que a constatação de atestados ou declarações, é a demonstração lógica – claro que comprovada com documentos – de que apenas aquela empresa pode comercializar aquele objeto. Assim, a licitação é inexigível porque, se realizada, apenas aquela empresa poderia nela sagrar-se vencedora.

¹⁹ JACOBY FERNANDES, Ana Luiza. JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. JACOBY FERNANDES, Murilo. **Contratação Direta sem Licitação na Nova Lei de Licitações: Lei nº 14.133/2021**. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 111.

Nessa senda, deve restar claro que, o que importa à instrução processual da inexigibilidade de licitação por fornecedor exclusivo é a exclusividade comercial do futuro contratado. Pouco importa, para esse fim, quem detém exclusividade de fabricação, importação, distribuição, patente ou qualquer outro. Tais elementos são relevantes apenas para auxiliar na investigação acerca da exclusividade comercial. Em outras palavras: o que importa é saber se apenas um fornecedor poderá ser contratado pela Administração para a entrega do objeto.

Os documentos citados de modo exemplificativo no art. 74. § 1º, da Lei 14.133/2021, servem a esse propósito: investigar se existe apenas um sujeito apto a comercializar o objeto. Vejamos:

Art. 74 § 1º Para fins do disposto no inciso I do caput deste artigo, a Administração deverá demonstrar a inviabilidade de competição mediante atestado de exclusividade, contrato de exclusividade, declaração do fabricante ou outro documento idôneo capaz de comprovar que o objeto é fornecido ou prestado por produtor, empresa ou representante comerciais exclusivos, vedada a preferência por marca específica.

A temporalidade da prova de tal exclusividade é elemento importante. Declarações antigas e pesquisas superadas não sustentam decisão presente. Assim, é legítimo – e recomendado – que o gestor fixe prazo de validade para cartas de exclusividade e diligências, compatível com o dinamismo do setor, promovendo atualização imediatamente antes da contratação. Tal cautela reflete a compreensão de que a inexistência de alternativas é situacional e deve ser verificada no momento da decisão, não anos antes. Jacoby Fernandes aponta essa cautela:

“Por razões óbvias, aqui não é vedado à Administração Pública limitar no tempo a validade da declaração, pois não é mesmo razoável acolher declarações de exclusividade, emitidas, por exemplo, há mais de dois anos. O prazo de validade deverá ser estabelecido pelo agente público, ao seu prudente arbítrio, tendo em conta o dinamismo da expansão do mercado do comércio.”²⁰

Cumprir enfatizar a correlação lógica entre esta etapa e as anteriores: primeiro se definem os requisitos indispensáveis do objeto; depois, demonstra-se que apenas aquela solução atende com aderência integral; por fim, prova-se que somente um canal está autorizado a comercializá-la no recorte pertinente.

²⁰ JACOBY FERNANDES, Ana Luiza. JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. JACOBY FERNANDES, Murilo. **Contratação Direta sem Licitação na Nova Lei de Licitações: Lei nº 14.133/2021**. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 115-116.

Nesse sentido, a exclusividade de comercialização deve ser provada a partir de quatro eixos que se combinam entre si: critério material (se exclusividade jurídica ou de fato); critério objetivo (do ramo de atividade ou do objeto específico); critério subjetivo (se exclusividade do próprio titular ou de representante) e critério geográfico (se exclusividade absoluta ou relativa). Esses critérios organizam o padrão probatório, permitindo que a Administração demonstre, de forma lógica e verificável, a inviabilidade concreta de competição dentro do canal autorizado. Passemos à análise de cada um dos critérios.

2.3.1 – Critério material: exclusividade jurídica ou de fato

Segundo o critério material, a exclusividade pode ser jurídica ou de fato. A exclusividade jurídica (ou de direito) decorre de tutela normativa que investe um único agente no poder de explorar/comercializar o objeto (p. ex., patente, direitos de propriedade intelectual, contrato com privilégio exclusivo). Já a exclusividade de fato advém da configuração concreta do mercado, quando, ainda que sem privilégio legal, apenas um fornecedor se mostra capaz de entregar o objeto com as especificidades indispensáveis definidas pela Administração. Essa distinção é assentada na doutrina, conforme descrito no item 2.2 deste artigo, e reaparece, no plano probatório, como dois caminhos de demonstração da inviabilidade de competição: por amparo jurídico exclusivo ou por ausência fática de alternativas materialmente equivalentes.

Na exclusividade jurídica, a prova centra-se na vigência e na indispensabilidade do direito exclusivo: comprova-se a existência do título que garante ao titular sua exclusividade (patente, direito autoral, privilégio industrial ou cláusula contratual de exclusividade) e sua validade temporal, vinculando-o ao objeto específico pretendido. Nesses casos, a instrução deve evidenciar que o exercício lícito da prestação depende daquele direito e que não há licitude para que terceiros a ofertem. Em termos operativos, a instrução processual deve agregar a carta de patente ou outro documento que comprove a exclusividade jurídica - e mantê-la atualizada no momento da contratação, dada a dinamicidade dos mercados e a exigência de revalidação temporal das declarações.

Oportuno lembrar que a demonstração da exclusividade jurídica comprova apenas o critério material da exclusividade. A instrução processual deve demonstrar, ainda, que estão

atendidos os demais critérios: objetivo, subjetivo e geográfico, a fim de restar comprovada a exclusividade comercial. É essa a *ratio* do seguinte julgado do TCU:

É irregular a contratação de empresa detentora da patente de determinado medicamento por inexigibilidade de licitação caso haja outras empresas por ela autorizadas à comercialização do produto, pois evidente a viabilidade de competição.²¹

Por seu turno, a exclusividade de fato pode exigir prova mais laboriosa e fluida. O tipo de documento necessário vai depender do critério objetivo (se a empresa é a única daquele ramo de atividade ou se apenas o seu objeto ou serviço atende às especificidades da necessidade²²) e geográfico (se a exclusividade é nacional ou regional²³).

Se a exclusividade for de fato e em relação a um objeto específico, sugerimos alguns procedimentos prévios à contratação que podem auxiliar na comprovação da exclusividade e aprimorar o controle sobre o processo. A pertinência da adoção de cada um desses procedimentos vai depender das peculiaridades do caso concreto. A par disso, tentaremos encaminhar alguns apontamentos oriundos da experiência prática deste escriba.

Quando a Administração souber quais os requisitos mínimos do objeto que a atenderá, e houver um universo amplo de potenciais interessados, recomenda-se a publicação de edital de chamamento. É nesse sentido que o TCU já pontuou que a compra ou locação de imóveis deve ser obrigatoriamente precedida de edital de chamamento. Vejamos:

É irregular a aquisição de imóvel para uso institucional por meio de dispensa de licitação (art. 24, inciso X, da Lei 8.666/1993) sem prévio chamamento público, por violar o princípio da publicidade, previsto no art. 37, caput, da Constituição Federal e no art. 3º da Lei 8.666/1993.²⁴

É oportuno observar que o julgado acima se refere à contratação analisada sob a égide da Lei 8.666/1993, que previa esse tipo de contratação por dispensa de licitação. É relevante esse apontamento porque, como na dispensa “a licitação deixa de ocorrer por causa do *querer* do legislador”, sempre “sob o crivo do interesse público”, haveria maior margem para deixar-se de exigir o chamamento.

²¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2950/2020-TCU-Plenário**.

²² Ver item 2.2 deste artigo.

²³ Ver item 2.3.4 deste artigo.

²⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 702/2023-TCU-Plenário**.

Nesse sentido, lembramos que, sob a Lei 14.133/2021, a compra ou locação de imóveis, caso não ocorra por licitação, deve ocorrer por inexigibilidade, conforme preceitua o seu art. 74, inciso V. Assim, faz ainda mais sentido utilizar de forma analógica esse julgado do TCU para os casos em que é necessário verificar se há outros potenciais fornecedores. Isso porque, por vezes, a inexigibilidade pode ser fundada na impossibilidade de comparação objetiva e operacional na licitação.

O exemplo da locação de imóvel é interessante nesse sentido. Não adianta a Administração lançar um edital de licitação com as condições características ideais do imóvel que deseja locar em termos de estrutura, localização, tamanho, preço, dentre outros. Nesse tipo de objeto, é o mercado que aponta as opções disponíveis. Assim, o que a Administração Pública vai fazer é “chamar” os potenciais interessados para que mostrem as opções. A partir da análise das propostas, a Administração irá escolher a opção que melhor atenda à sua necessidade. É o reconhecimento de que a Administração, na condição de compradora, tem limitações na sua influência no mercado.

Naqueles objetos em que há poucos potenciais fornecedores com condição de atender aos requisitos mínimos do objeto, a Administração pode, ao invés de publicar edital de chamamento, solicitar diretamente propostas das empresas, caso haja um critério razoável que demonstre que foram convocados todos os *players* importantes. Esse tipo de contratação por inexigibilidade deve ocorrer apenas no cenário em que aquela Administração contratante tem pouca ingerência sobre os produtos ou serviços que já estão no mercado.

Desse modo, não ocorre licitação porque os poucos objetos disponíveis no mercado têm peculiaridades distintivas entre si, e a Administração necessita conhecer essas peculiaridades para verificar qual objeto a atenderá adequadamente. Em não havendo um número limitado de potenciais fornecedores que consigam “de verdade” fornecer solução adequada, e objetos com distinções de especificidades importantes e com pouca margem de influência da Administração, deve-se realizar licitação.

E, nesse ponto, cabe uma observação contraintuitiva: nem sempre a realização de licitação – ainda que sob o critério de julgamento por técnica e preço ou melhor técnica – ou a publicação de edital de chamamento significará, na prática, maior *compliance* e menor preço. Como estamos tratando, no nosso exemplo, de objetos com especificidades relevantes, é possível que o déficit de informação da Administração faça com que esta desenhe edital

direcionados – nem sempre de forma intencional – com características copiadas de um fornecedor específico. A solicitação de propostas sem especificação pormenorizada prévia pode, ainda, dar aos servidores a possibilidade de conhecer novas especificações que podem atender melhor à necessidade da Administração.

Em mercados cartelizados, a publicação de editais acaba tendo o efeito colateral de dar conhecimento a todos os *players* que combinaram preço e segmentação do mercado entre eles, a intenção da Administração. Com a solicitação de propostas individuais, é possível que esse risco seja mitigado. Claro que isso não é uma regra, mas é um elemento que certamente deve ser levado em consideração.

De qualquer forma, a instrução processual deve ser robusta e pormenorizada, a fim de facilitar ao controle a sua verificação. E aí está outra reflexão contraintuitiva: por vezes, é mais fácil verificar a adequação de uma contratação por inexigibilidade com a comparação objetiva entre dois objetos com especificidades distintas do que investigar todas as especificidades restritivas – pois toda especificação é restritiva – colocadas em uma licitação.

É possível, ainda, a comprovação da exclusividade de fato em relação a certa especificidade de um objeto a partir de documentos e publicações obtidos sem o contato com os fornecedores, investigando seus *sites*, revistas especializadas do objeto, estudos comparativos. Tudo vai depender do objeto.

A título de exemplo, é erro crasso acreditar não ser possível realizar uma contratação por inexigibilidade de licitação de uma das principais plataformas de inteligência artificial generativa, como o *ChatGPT*, *Gemini* ou *Manus*. Claro que os outros critérios devem ser comprovados para justificar a inexigibilidade, como é o caso do critério subjetivo²⁵. Mas é raso o argumento de que todos “fazem a mesma coisa”. Na contratação de objetos heterogêneos, é mais relevante saber “como fazem” e, sobretudo, “qual o resultado”, do que perquirir “o que fazem”. Nessa senda, tanto os servidores públicos investidos na função de “contratar” quanto aqueles que exercem o ofício de “controlar” essas contratações devem se despir de fundamentações superficiais e aprofundar incontornável investigação econômica do mercado de cada objeto.

²⁵ Ver item 2.3.3 deste artigo.

2.3.2 – Critério objetivo: exclusividade por ramo de atividade ou de objeto específico

Segundo o critério objetivo, a exclusividade de comercialização pode recair sobre um ramo de atividade ou sobre um objeto específico. Na primeira hipótese, reconhece-se que, no recorte territorial e setorial pertinente, apenas uma empresa comercializa determinada categoria de bens ou serviços. Na segunda, a exclusividade incide sobre um produto/serviço singularizado (modelo, versão, configuração técnica, pacote funcional, licença), tal como descrito no ETP. Em ambos os casos, o que se busca demonstrar é a inexistência de pluralidade para atender, com aderência integral, à necessidade administrativa.

Quando a exclusividade for por ramo de atividade, a instrução processual pode se assentar em atestado ou declaração de exclusividade emitidos pela junta comercial da localidade²⁶ ou por outro ente público responsável pelo registro e controle das empresas daquele ramo, desde que o documento identifique com precisão a atividade de comercialização envolvida e a base de consulta utilizada. O servidor responsável pela instrução deve verificar se o órgão emissor da declaração ou atestado possui jurisdição sobre todo o território analisado, conforme critério geográfico. Assim, por exemplo, não basta um atestado emitido pela Junta Comercial do Estado da Bahia quando a exclusividade que se pretende demonstrar seja nacional. Transcrevemos, a seguir, outras relevantes orientações apontadas por Jacoby Fernandes:

“Preliminarmente, impende salientar que o atestado não pode conter qualquer expressão que restrinja seu âmbito de validade como "consultando nossos arquivos, verificamos que a empresa tal é a que fornece com exclusividade I...", ou que empresa é a única no Município ou 'única filiada ao sindicato, que fornece [...]'. Tais declarações, autolimitativas, não têm qualquer valor para fins de declaração de inexigibilidade de licitação.

Importando-se com o conteúdo do atestado de exclusividade, o TCU, em jurisprudência que ainda pode servir à interpretação, definiu que nele deve constar a justificativa detalhada dos critérios técnicos e objetivos para a escolha do fornecedor. Deve o administrador abster-se de aceitar atestado de exclusividade que não abranja todo o objeto contratado, inclusive, verificando a veracidade do conteúdo das declarações prestadas nas respectivas entidades competentes e no mercado, fazendo constar no processo a documentação comprobatória.”²⁷

Já na exclusividade por objeto específico, o vínculo probatório deve ser milimétrico: a declaração de exclusividade precisa espelhar o objeto tal como pretendido, com

²⁶ A exclusividade no ramo de atividade pode ser nacional ou regional. Ver item 2.3.4 deste artigo.

²⁷ JACOBY FERNANDES, Ana Luiza. JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. JACOBY FERNANDES, Murilo. **Contratação Direta sem Licitação na Nova Lei de Licitações: Lei nº 14.133/2021**. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 116-117.

identificação de modelo/versão/licenciamento, escopo funcional, condições de garantia e suporte, segmento de clientela e território de validade, além de explicitar a inexistência de outros canais autorizados para aquele mesmíssimo objeto no recorte adotado. Cartas genéricas que mencionam “linha de produtos” ou “portfólio” não bastam quando o ETP singularizou a demanda; a exclusividade deve incidir exatamente sobre aquilo que foi qualificado como indispensável.

Cumpre recordar que o critério objetivo dialoga com os demais. Um atestado de exclusividade por ramo não suprime a verificação subjetiva (se o exclusivo é o titular ou um representante) nem a geográfica (se a exclusividade é nacional ou relativa à praça), do mesmo modo que a declaração por objeto específico não dispensa averiguar se o titular mantém parceiros autorizados concorrentes. O teste decisivo permanece o mesmo: se houvesse licitação, mais de um agente autorizado poderia, legitimamente, apresentar proposta para a mesma categoria de bens/serviços (ramo) ou para o mesmo produto/serviço singularizado (objeto específico)? Se a resposta for positiva, há viabilidade de competição e a inexigibilidade perde o seu fundamento.

2.3.3 – Critério subjetivo: contratação com titular ou representante exclusivo

Segundo o critério subjetivo, a análise da exclusividade de comercialização deve verificar quem detém a posição exclusiva de ofertar o objeto: se o próprio titular (fabricante, detentor da patente, titular de direitos no país etc.) ou se um representante exclusivo por ele investido. Essa distinção é relevante porque, caso haja rede de revenda ou representação com mais de um autorizado a apresentar proposta para aquela Administração-contratante, a disputa entre esses terceiros se mostra viável, o que afasta a inexigibilidade.

É importante destacar que a revenda ocasional feita por empresas que adquirem bens como usuárias finais e os revendem não descaracteriza a exclusividade comercial. Essa prática, embora possível, geralmente resulta em preços superiores aos praticados pelo fornecedor exclusivo, não representando verdadeira concorrência. Diferente é a situação em que o fabricante atua em parceria com distribuidores e revendedores autorizados, em contratos formais de distribuição: nesses casos, é recorrente que os revendedores ofereçam valores

menores que o do próprio fabricante, pois recebem preços diferenciados para revenda, o que revela a existência de um canal concorrencial que impede a configuração de exclusividade.

Se o contratado for o próprio titular, ou seja, o fabricante, o detentor da patente, o titular de direitos no país, a depender do caso, basta a apresentação de autodeclaração da empresa, informando que comercializa o bem ou serviço em regime de exclusividade, sem representantes-terceiros nem cadeia de subdistribuição. Nesse caso, o ônus instrutório é mais simples, mas ainda exige prova atualizada e verificável.

Se a contratação se der com um representante exclusivo, a instrução processual deve incluir declaração do titular atestando, com clareza, o objeto específico e o território abrangidos pela exclusividade, além de afirmar a inexistência de subdistribuição. É recomendável, ainda, anexar cópias de contratos de distribuição/representação que contenham cláusulas de exclusividade e de vedação a sublicenciamento. Nesse caso, cabe à Administração verificar a validade temporal dos documentos e assegurar que, no momento da contratação, não surgiu nova rede de revendedores autorizados.

A depender do objeto, também pode ser útil promover diligências externas (consultas a entidades setoriais, diretórios oficiais de parceiros, eventuais revendedores), a fim de afastar a existência de outros canais autorizados.

Em síntese, pelo critério subjetivo, o que deve ser demonstrado é a unicidade do sujeito autorizado a comercializar o objeto no recorte pertinente: se o titular ou um representante exclusivo. Havendo mais de um agente autorizado, a disputa é possível e a inexigibilidade se desfaz; havendo apenas um, resta configurada a inviabilidade de competição que legitima a contratação direta, sob o critério subjetivo.

2.3.4 – Critério geográfico: exclusividade absoluta ou relativa

No critério geográfico, a exclusividade pode assumir a forma absoluta ou relativa. Há a exclusividade absoluta, quando o único fornecedor opera em âmbito nacional; e a exclusividade relativa, quando, consideradas as circunstâncias do caso, existe apenas um representante comercial na praça relevante, situação comum em fornecimentos de alcance

local, em que o “mercado pertinente” é delimitado por fatores logísticos e de economicidade. É nesse sentido que pontua o manual de licitações do TCU:

“A competição será inviável porque só há um fornecedor, empresa ou representante comercial para esse objeto no país (exclusividade absoluta) ou, a depender das circunstâncias do caso concreto, na praça de comércio de atuação do representante (exclusividade relativa ou geográfica).²⁸

Ronny Charles Torres nos fornece exemplo bastante comum acerca de realidade fática justificadora da exclusividade relativa:

“Existindo exclusividade, será manifestamente inviável a realização do procedimento de competição. A exclusividade pode ser absoluta, quando só existe um fornecedor no país, ou relativa, quando se dá apenas na praça onde vai ocorrer a contratação e isso restringe as alternativas de contratação, **como pode ocorrer no fornecimento de combustível por pequena prefeitura, que não possua outro posto de gasolina em sua circunscrição ou proximidades.**” (Grifo nosso)²⁹

Desse modo, para fundamentar a exclusividade relativa, a Administração Pública deve demonstrar a pertinência em restringir a análise a determinada região. É o que ocorre com a contratação de oficina mecânica, em que o veículo deve ser levado até suas instalações para que os serviços sejam realizados. De igual modo, a tomada de refeições no local, a locação do único espaço de eventos da cidade, dentre outros. A jurisprudência dos tribunais de contas é rica em exemplos nesse sentido. Mesmo o Superior Tribunal de Justiça já se deparou com ação sobre o tema, proferindo o seguinte julgado:

“não há o que censurar na compra dos combustíveis, quando há um único posto de abastecimento na cidade; não poderia a Administração concordar que os veículos do Município se deslocassem a longas distâncias para efetuar o abastecimento, com visíveis prejuízos ao Erário ...)”³⁰

Assevere-se que, ainda assim, a escolha do perímetro para aferição da exclusividade deve ser baseada em certa razoabilidade. Citamos, a título de exemplo, o caso esdrúxulo ocorrido, não em contratação direta, mas em licitação, na qual havia “regra do edital que fixou distância máxima de 4 (quatro) quilômetros entre o posto de abastecimento e a sede da Prefeitura”³¹.

²⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Licitações & Contratos: Orientações e Jurisprudência do TCU**. 5ª Edição, Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência, 2024, p. 676.

²⁹ TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de Licitações Públicas Comentadas**. 16.ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2025, p. 453.

³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 88.370/RS**, 5ª T., rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ de 28.10.2008.

³¹ SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. **TC-030208/026/13**. Recurso Ordinário. Pleno. Julgado em 02/08/2017.

Esse procedimento se articula com o critério material (quando a exclusividade decorre de monopólio jurídico ou de fato) e com o critério objetivo (quando recai sobre ramo de atividade ou sobre objeto específico). Isso porque, se a documentação que comprove o monopólio jurídico apontar – como geralmente é o caso – que a exclusividade se dá em âmbito nacional, é desnecessário perquirir o critério geográfico.

Em se tratando de exclusividade relativa (com limitação geográfica), a documentação comprobatória necessária vai depender também do critério objetivo. Assim, se há apenas uma empresa que atua naquele território em determinado ramo, possivelmente será necessária declaração ou atestado da junta comercial ou das juntas comerciais que abarquem toda a região apontando que apenas aquela empresa está cadastrada e em funcionamento naquele ramo de atividade.

Noutro giro, se a exclusividade se dá em relação a objeto específico – atendidos os requisitos apontados nos itens 2.2 e 2.3.2 deste ensaio – deve-se verificar o critério subjetivo, conforme item 2.3.3. Caso o titular tenha contrato de exclusividade comercial com empresa distintas por estado, é necessário perquirir se, caso realizada uma licitação, os representantes dos outros estados poderiam ofertar proposta ou se, ao contrário, há cláusula no contrato entre fornecedor e representante que aponte que apenas aquele representante pode comercializar o objeto para cliente estabelecido naquela base territorial. Isso porque há formulações de contrato em que o representante tem exclusividade para ter um ponto físico de venda do produto em determinado estado, mas, em caso de compra a distância, não existe tal exclusividade.

Assim, o padrão probatório rege-se pela liberdade de prova e por um ônus argumentativo robusto. Não se exige “prova negativa absoluta” da inexistência de revendedores, pois isso se consubstancia em “prova diabólica”, classificação apontada pela doutrina como prova de produção impossível ou extremamente penosa. Exige-se um conjunto proporcional de evidências atuais e verificáveis, suficiente para convencer que somente determinado canal está autorizado a comercializar o objeto no recorte adotado.

2.4 – Comprovação da compatibilidade do preço praticado com o preço de mercado

Após demonstrados os requisitos anteriores a comprovar a exclusividade do fornecedor, permanece o dever de demonstrar compatibilidade econômica. É aceita, na linha

do TCU, a comparação do valor ofertado com preços praticados pelo mesmo fornecedor em contratos análogos com entes públicos ou privados, para o mesmo objeto ou similaridade suficiente (v.g., Acórdãos 2993/2018-TCU-Plenário; 11460/2021-TCU-1ª Câmara). Esse entendimento da Corte de Contas federal foi, inclusive, positivado na Lei 14.133/2021, em seu art. 23, § 4º:

“Nas contratações diretas por inexigibilidade ou por dispensa, quando não for possível estimar o valor do objeto na forma estabelecida nos §§ 1º, 2º e 3º deste artigo, o contratado deverá comprovar previamente que os preços estão em conformidade com os praticados em contratações semelhantes de objetos de mesma natureza, por meio da apresentação de notas fiscais emitidas para outros contratantes no período de até 1 (um) ano anterior à data da contratação pela Administração, ou por outro meio idôneo.”

Esse exame de compatibilidade não equivale a uma simples “pesquisa de preços”, tal como ocorre na fase preparatória das licitações. Trata-se de procedimento probatório adaptado à realidade da inexigibilidade, que, embora dispense a disputa, não elimina o parâmetro de mercado como referencial de controle. A Administração deve ter a cautela de observar não apenas o valor nominal apresentado, mas também o contexto contratual que o justifica. Escopo, prazos de execução, condições de entrega, níveis de serviço (SLA), garantias, quantidades e local de fornecimento são variáveis que influenciam diretamente o preço. Uma comparação acrítica, que ignore essas especificidades, pode levar a conclusões distorcidas: tanto a rejeitar injustamente um valor legítimo quanto a aceitar preços manifestamente excessivos.

A prova deve ser idônea, atual e verificável. Isso significa que documentos antigos, de contexto distinto ou que não guardem pertinência com o objeto pretendido não são suficientes para legitimar a contratação. A Administração deve buscar evidências recentes, que reflitam a prática efetiva do fornecedor em contratações equivalentes. Ao mesmo tempo, deve explicitar eventuais diferenças de condições – por exemplo, se o preço de referência extraído de contrato anterior não incluía determinadas obrigações acessórias ou se contemplava escala distinta de fornecimento. O registro dessas justificativas na instrução processual é indispensável para a transparência e para a robustez do controle.

A lei, ao admitir o uso de “outro meio idôneo”, ampliou a liberdade probatória, permitindo que sejam aceitos relatórios setoriais, estudos técnicos, índices oficiais, comparações com contratos publicados no PNCP, levantamentos de associações de mercado e até mesmo auditorias independentes. O gestor, contudo, deve justificar a escolha da fonte e demonstrar a confiabilidade metodológica do material utilizado. Essa flexibilidade serve para

adequar o exame às diversas realidades de mercado – algumas altamente padronizadas, outras marcadas por singularidades de difícil cotejo.

Oportuno destacar que não há exigência de que os preços praticados anteriormente pelo futuro contratado sejam maiores ou iguais ao ofertado naquela contratação. Até porque esse raciocínio “amaldiçoaria” o contratado a manter eternamente os preços congelados ou a reduzi-los sempre. O que a legislação exige é que reste demonstrada a *compatibilidade* do preço ofertado com aqueles praticados anteriormente. Assim, é possível a contratação por preço ligeiramente superior àqueles praticados anteriormente.

Deve-se entender, ainda, que o que se investiga aqui é o valor *comercial* do bem ou serviço. Desse modo, pouco importam considerações subjetivas (preferências do servidor) acerca do contratado. O que se busca comprovar é que o mercado costuma pagar o preço cobrado pelo fornecedor para aquele objeto.

É relevante que a Administração não fique condicionada aos documentos apresentados pelo futuro contratado, mas busque outras evidências acerca da compatibilidade do preço. Primeiro porque o próprio 23, § 4º, da Lei 14.133/2021 condiciona a sua aplicação a “quando não for possível estimar o valor do objeto na forma estabelecida nos §§ 1º, 2º e 3º deste artigo”.

Desse modo, deve ser utilizada primeiramente, se compatível com o tipo da contratação, a metodologia estabelecida pelo §§ 1º, 2º e 3º do art. 23 da Lei 14.133/2021. Observe-se que sempre será compatível com a contratação por inexigibilidade a metodologia disposta no art. 23, § 1º, inciso II, da Lei 14.133/2021: “contratações similares feitas pela Administração Pública, em execução ou concluídas no período de 1 (um) ano anterior à data da pesquisa de preços...”.

Um excelente meio de pesquisa de contratações anteriores da Administração é por meio do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), já que a Lei 14.133/2021, no seu art. 94, obriga a divulgação do inteiro teor dos contratos celebrados. Portanto, basta o servidor buscar contratações anteriores daquele objeto e contratante e verificar quais valores foram praticados nos últimos 12 (doze) meses.

É oportuno, ainda, destacar que existe certa dinamicidade própria do mercado que deve ser levada em consideração. É possível que, nesses doze meses, tenha ocorrido algum

evento comercialmente relevante que impacte significativamente no preço, já que o preço de mercado se comporta conforme a oferta-demanda.

Nesse sentido, damos como exemplo o produto que ganhou nesse período um prêmio internacional, um prestador de serviço que ganhou dezenas de milhares de seguidores nas redes sociais, ou que participou de um programa de televisão famoso. Tudo que impacta na demanda do objeto impacta o seu preço. Nesses casos excepcionais, a Administração deve desconsiderar os preços praticados anteriormente ao evento que impactou o preço, devendo tudo ser devidamente motivado e comprovado no processo.

3 – Conclusão

A inexigibilidade de licitação por fornecedor exclusivo é juridicamente adequada apenas quando o processo comprova, de modo encadeado e suficiente, que a competição é inviável no caso concreto. Esse encadeamento compreende: (i) necessidade específica definida com precisão e convertida em requisitos indispensáveis; (ii) análise comparativa do mercado que evidencie a inexistência de equivalentes funcionais; (iii) exclusividade comercial demonstrada nos planos material, objetivo, subjetivo e geográfico; e (iv) compatibilidade de preços sustentada por evidências atuais e rastreáveis. A ausência de qualquer desses elementos restabelece a regra da licitação, enquanto a presença de todos legitima a contratação direta.

Esse padrão evita os vícios mais recorrentes. Afastam-se, de um lado, especificações direcionadoras e preferências de marca destituídas de indispensabilidade funcional; de outro, a confiança acrítica em atestados genéricos ou desatualizados. O processo válido é aquele cuja motivação é densa, a prova é suficiente e a temporalidade é observada, permitindo que órgãos de controle reconstituam a decisão sem lacunas. O critério decisório permanece objetivo: se existirem múltiplos agentes autorizados e aptos a entregar, com aderência integral, o objeto tal como definido, impõe-se a licitação.

Em termos de governança, o ganho é claro: decisões reprodutíveis, documentação auditável e alinhamento consistente ao interesse público. Esse é o patamar de qualidade institucional exigido pela Lei 14.133/2021: contrata-se por inexigibilidade quando e porque a realidade do mercado e a necessidade administrativa, devidamente provadas, não admitem disputa. Essa racionalidade técnica protege a Administração, confere previsibilidade ao

mercado e reforça a integridade do sistema de compras públicas, preservando a necessária medida de subjetividade que cabe ao administrador público na análise da melhor solução em cada caso concreto, mas limitando-a e submetendo-a ao interesse público.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Jandeson da Costa. **Fase de Planejamento da Contratação com Apoio da Inteligência Artificial**. 2. ed. Natal: Editora Virtú. 2024.

BARBOSA, Jandeson da Costa. **O interesse público constitucional: numa formulação à luz de pressupostos teóricos, contextos e fatos no âmbito dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022.

BARBOSA, Jandeson da Costa. **Contrata+Brasil: uma análise do 14-bis das compras públicas**. Disponível em: <<https://virtugestaopublica.com.br/contratabrasil-uma-analise-do-14-bis-das-compras-publicas>>. Acesso em: 08 ago 2025.

BARBOSA, Jandeson da Costa. **Por que o credenciamento é uma hipótese de inexigibilidade de licitação**. Disponível em: <<https://virtugestaopublica.com.br/credenciamento-inexigibilidade>>. Acesso em: 14 set 2025.

BRASIL. Secretaria de Governo Digital do Ministério da Economia. **Instrução Normativa SGD/ME nº 94/2022**.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Licitações & Contratos: Orientações e Jurisprudência do TCU**. 5ª Edição, Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência, 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 6875/2021-TCU-Segunda Câmara**.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2950/2020-TCU-Plenário**.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 702/2023-TCU-Plenário**.

JACOBY FERNANDES, Ana Luiza. JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. JACOBY FERNANDES, Murilo. **Contratação Direta sem Licitação na Nova Lei de Licitações: Lei nº 14.133/2021**. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. 2.ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. **TC-030208/026/13**. Recurso Ordinário. Pleno. Julgado em 02/08/2017.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de Licitações Públicas Comentadas**. 14.ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2025.