

# CONTRATAÇÃO POR INEXIGIBILIDADE: UMA EXCEÇÃO CUJO FIM CONVERGE COM A REGRA

Aílio Clauber Fontes Lins <sup>1</sup>

Ilzver de Matos Oliveira <sup>2</sup>

## RESUMO

O presente artigo tem como objetivo demonstrar que, apesar das possibilidades de contratação por inexigibilidade estarem previstas de forma exemplificativa na lei de licitações, a finalidade desta exceção, à regra de licitar, converge com a finalidade da contratação através de procedimento licitatório, ou seja, o alcance ao interesse público. O artigo traça um panorama histórico sobre a evolução das licitações; conceituando e demonstrando quem deve licitar, fundamento constitucional, modalidades e os princípios que norteiam este instituto. Por fim, são analisados os procedimentos legais previstos no Artigo 25 da Lei 8.666/93 para adotar corretamente a inexigibilidade em situações realmente necessárias.

## PALAVRAS-CHAVE

Licitação. Princípios. Exceção. Inexigibilidade. Interesse público.

## ABSTRACT

This article aims to demonstrate that, despite the possibilities of hiring for unenforceability

---

1. Graduada em Letras-Português e Pós-Graduada em Tecnologias Educacionais pela Universidade Tiradentes (UNIT). E-mail: gleisecosta37@gmail.com

2. Doutor em Direito pela PUC Rio, Mestre em Direito pela UFBA e professor do Programa de Pós-graduação em Direitos Humanos da Universidade Tiradentes – UNIT. Email: ilzver\_matos@unit.br

be provided by way of example of the law of bidding, the purpose of this exception to the rule of bidding, converges with the purpose of hiring through the bidding process, that is to say, achieving the public interest. The article provides a historical overview of the evolution of bidding; conceptualizing and demonstrating who should bid, constitutional basis, modalities and principles that guide this institute. Finally, the legal procedures provided in Article 25 of Law 8.666/93 to properly adopt the unenforceability in necessary situations are analyzed.

## KEYWORDS

Bidding. Principles. Exception. Unenforceability. Public Interest.

## 1 INTRODUÇÃO

As primeiras manifestações de licitações apareceram ainda no período Medieval. No entanto, é no século XIX, que o Estado Liberal avança e surge um novo conceito de gestão pública pautados em decisões centralizadas, hierarquia funcional, maior rigor formal e controle dos processos administrativos. Isso leva a um avanço, também, no processo licitatório.

No Brasil, a primeira regulamentação deste certame aconteceu durante o Império. Porém, foi no regime republicano que este processo alcançou avanços importantes no país, como a fixação de novos valores de referência para as concorrências públicas. Tal certame torna-se um processo, via de regra, obrigatório com a Constituição garantista de 1988.

A obrigatoriedade de licitar se constitui como um dos principais e mais eficazes instrumentos de aplicação do dinheiro público, à medida que promove à Administração um procedimento sistematizado para fins de contratação e execução de serviços públicos.

As autarquias, as fundações, empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas pela União, Estados, Dis-

trito Federal e Municípios, além da Administração Direta são obrigados a realizar processos licitatórios. Cada uma dessas esferas tem a possibilidade de se utilizar de uma das modalidades de licitação. Essa escolha não se dá de maneira aleatória, mas tem por base o valor da contratação ou do objeto a ser contratado.

Esse certame é regido por princípios próprios, de base constitucional: princípio da legalidade; da moralidade; da impessoalidade; da igualdade; da publicidade; do julgamento objetivo; da probidade administrativa; da vinculação ao instrumento convocatório; e da adjudicação compulsória.

A regra é a obrigatoriedade de licitação tanto para aquisição de bens, como para que haja prestação de serviços. A exceção desta regra – a contratação direta por meio de processos de dispensa e inexistência de licitação – é o tema deste trabalho. Mesmo sendo exceção, procuramos demonstrar que o referido instituto, apesar de ser descrito de forma exemplificativa, deve ser devidamente utilizado como um meio legal, formal, necessário ao interesse público.

## 2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PROCESSO LICITATÓRIO

Segundo Maria Elizandra Campêlo Maia Nobre (2006), foi no Estado Medieval que apareceram as primeiras manifestações de licitações. Nesta época, quando a Administração não possuía condições de realizar obras e aquisições, distribuía avisos com local e hora marcados em espaços públicos.

Por meio do precário sistema à época denominado 'vela e pregão', era realizada a disputa, que acontecia enquanto a chama de uma vela mantinha-se acesa. Neste intervalo de tempo, os concorrentes ofertavam lances, sendo o processo finalizado no instante em que a chama era apagada. Apesar de ser um sistema anacrônico, característico do Estado patrimonialista, já era possível vislumbrar a competitividade entre os participantes e a finalidade de obter o resultado mais vantajoso por parte da Administração.

Com o avanço do Estado Liberal, no século XIX, surge um novo conceito de gestão pública. Tal conceito era calcado na necessidade de se ter um maior controle e zelo pelo erário público. Conforme Geraldo Luiz Viera Ribeiro (2007) salienta, é neste período que surge a Administração Pública Burocrática, com valores antagônicos à Administração do Estado Patrimonialista.

O novo modelo trazia procedimentos pautados em decisões centralizadas, hierarquia funcional, maior rigor formal e controle dos processos administrativos como forma de substituição dos valores do modelo patriarcal. No entanto, 'com o tempo, verificou-se que administração burocrática engessava o processo administrativo, com vários procedimentos para que se evitassem o ato corruptível" (RIBEIRO, 2007, p. 1).

## 2.1 BREVE RELATO SOBRE A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LICITAÇÃO NO BRASIL

No Brasil, o tema licitações teve sua primeira regulamentação durante o Império, com o Decreto n° 2.926/1862, que tratava sobre as compras e contratações, regulamentando de forma centralizadora e restritiva as arrematações dos serviços a cargo do Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas. Mesmo ficando restrito a esta pasta, ressalta Peixoto (2007, apud SPRICIGO e FONSECA, 2008), os procedimentos apoiavam-se em três princípios do Direito Administrativo brasileiro contemporâneo: publicidade, sigilo das propostas e igualdade entre os participantes.

Depois de 60 anos, no início do regime republicano, foi instituído o Decreto n° 4.536/1922, organizado pelo Decreto-Lei n° 200/1962, que estabeleceu a reforma administrativa no âmbito federal, por meio do código de contabilidade da União, sendo estendida à administração estadual e municipal através da Lei n° 5.45/1968.

Neste diploma legal, a legislação pátria alcançou avanços importantes, a exemplo da fixação de novos valores de referência para as concorrências públicas, criação de mecanismos de controle ex-

terno, fixação de sanções para desvios funcionais e, principalmente, a inclusão da possibilidade de dispensa de licitação à época denominada de 'dispensa de concorrência'. Esta previsão é equivalente à inexigibilidade de licitação, aplicada, nos dias atuais.

Apesar da evolução como as mencionadas anteriormente, o Brasil ainda passava por um processo de amadurecimento legislativo, pois, existiam nas leis muitas lacunas e margem para diversas interpretações, resquícios próprios de um período marcado por gestões centralizadoras e burocráticas. Entretanto, suscita Peixoto (2007), com a norma editada no ano de 1967, em pleno o período militar, o Decreto-Lei n° 200 apresentou procedimentos parecidos aos aplicados atualmente, como sigilo de propostas e a exigência de maior número de documentos. Com a Lei 5.456/68,

Foi determinada a aplicação, aos Estados e municípios, das normas relativas às licitações, previstas no Decreto - Lei n° 200, de 25-02-67. E prosseguiu com a promulgação do decreto lei 2.300, de 21-11-86, que, dispondo sobre licitações e contratos da administração federal, determinou, no artigo 85, que se aplicariam aos Estados, municípios, Distrito Federal e territórios as normas gerais nele estabelecida. (DI PIETRO, 2006, p. 349).

Com o advento da redemocratização, foi instituída uma norma particular para o processo licitatório, o Decreto-Lei n° 2.300/86, sendo atualizado em 1987, com os Decretos lei n° 2.348 e 2.360. A grande relevância destes atos normativos foi o Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos, reunindo normas gerais e específicas relacionada à matéria licitação.

Uma coisa é, no Brasil, a história da licitação (e do contrato administrativo) antes da edição do Decreto-Lei n° 2.300, de 21 de novembro de 1986, autodenominado o Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos, e outra é, sem dúvida, sua história após aquela edição. (RIGOLIN; BOTTINO, 1999, p. 6).

Finalmente, com o advento da Carta de 5 de outubro de 1988, a Administração Pública neces-

sitava expressar as aspirações próprias de um Estado Democrático de Direito, regulado por princípios e garantias. Com isso, a licitação foi prevista constitucionalmente em seu artigo 37, estabelecendo a necessidade de ser um processo – via de regra – obrigatório.

Sendo uma matéria de competência privativa da União, esta edita normas gerais, podendo os Estados, Municípios e Distrito Federal legislarem de forma suplementar. Conforme preceitua o art. 22 e inciso XXVII da Carta Magna.

Celso Antônio Bandeira de Melo (2008) reitera que, apesar da competência para legislar sobre licitação, assistir às quatro ordens de pessoas jurídicas de capacidade política, isto é, União, Estados, Municípios e Distrito Federal, somente compete à União editar normas gerais sobre o assunto. ‘Com efeito, o tema é estritamente de Direito Administrativo, dizendo, pois, com um campo de competência próprio das várias pessoas referidas, pelo quê cada qual legislará para si própria em sua esfera específica’ (MELO, 2008, p. 520).

Em 21 de junho de 1993, foi promulgada a Lei de Licitações e Contratos Administrativos que disciplinou, dentre outras situações, os procedimentos, as modalidades, etapas, prazos, estabelecendo princípios próprios e as possibilidades de contratações diretas. Esta lei foi o resultado concreto de uma evolução histórica que culminou com uma lei que disciplinou com propriedade os procedimentos de contratações e contratos da Administração Pública.

Faz mister frisar que a Emenda Constitucional nº 19, de 1988, previu legalmente o princípio da eficiência. Além de preconizar a obediência legal nos atos administrativos, estabeleceu a relevância da prestação eficiente dos serviços públicos.

Contudo, as formalidades, etapas e a obediência aos prazos e aos recursos, fizeram ser necessários uma modalidade mais ágil e dinâmica, com a mesma obediência aos princípios e avanços alcançados. Ou seja, observando sempre a legalidade, a moralidade e a transparên-

cia. Esse aperfeiçoamento culminou com o prego, por meio da promulgação da Lei Federal nº 10.520/02, que estendeu a aplicação desta modalidade, também, aos Estados e Municípios.

## 3 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

Analisando os conceitos desses teóricos do Direito Administrativo, podemos concluir que a licitação é um procedimento administrativo obrigatório fundamentado por princípios que buscam a contratação mais benéfica diante das exigências legais.

Assim, é correto afirmar que a natureza jurídica da licitação é de procedimento administrativo. Conforme anota Dallari (1998, p. 54), ‘é praticamente consensual entre os administrativistas a aceitação da natureza procedimental da licitação’.

Com isso, a Administração em sentido amplo é obrigada a cumprir o procedimento licitatório. Caso contrário estes contratos serão nulos, não possuindo validade jurídica a não ser nos casos excepcionais de contratação sem licitação definidos em lei, como os casos de inexigibilidade – objeto deste trabalho.

### 3.1 QUEM DEVE LICITAR?

Nos termos do artigo 1º da lei 8.666/93, estão subordinados à regra de licitar os órgãos da administração direta, os fundos especiais que estão previstos na Lei nº 4320/64 – que dispõe sobre normas de Direito financeiro para os Entes Públicos –, as Autarquias, as Fundações e Empresas Públicas, as Sociedades de Economia Mista e demais entidades controladas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Segundo o entendimento de José Cretella Júnior (1995, p. 110),

Para celebrar contratos com o particular, objetivando obras, trabalhos, serviços, aquisições ou alienações, locações, a Administração é obrigada a recorrer ao procedimento prévio licitatório, sem que a Administração direta ou as autar-

quias celebrarão contratos nulos, a não ser que especificamente, por exceção, sejam, em determinados casos, isentas tais entidades do procedimento concorrencial. Tais contratos podem ser públicos (administrativos) ou privados, Não importa. A lei é sempre exigida.

Destarte, a Administração Direta, como também os entes controlados pelas pessoas jurídicas de Direito Público interno, são subordinados aos preceitos da Lei Nacional de Licitações. Assim, a própria Constituição Federal (no Art. 37, inciso XXI) impõe que, 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 garantias 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.

Essa previsão legal tem como fito controlar e submeter as entidades subordinadas à regra de licitar, ao dever de gerir as suas contratações com a devida observância a lei e aos princípios que norteiam a Administração Pública.

Conforme dispõe o artigo 173, parágrafo 1º, III da Constituição Federal do Brasil, as sociedades de Economia Mista, Empresas Públicas e subsidiárias que explorem e produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços poderão ter estabelecido em Lei seus estatutos próprios para reger seus certames licitatórios, contudo, esse estatuto ainda não foi editado, portanto, estes entes estão obrigados a licitar nos moldes da lei 8.666/93, quando realizarem atividade meio.

### 3.3 MODALIDADES DE LICITAÇÃO

Segundo o artigo 22 da Lei nº 8.666/93, são modalidades de licitação a concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. A este rol acrescentamos o pregão, instituído por meio da Lei nº 10.520 (publicada em 17 de julho de 2002).

Segundo Campos França (2010) também é de suma relevância o que dispõe o Art. 23 da Lei nº 8.666/93. Nele, encontramos os parâmetros que orientam os agentes públicos na escolha da modalidade, que levará em consideração: os valores estimados para futura contratação, o tipo de objeto a ser licitado, o tipo de licitação a ser utilizado (menor preço, melhor técnica, entre outros aspectos) e os prazos postos para cada forma de execução do procedimento.

A escolha da modalidade tem por base o valor da contratação ou do objeto a ser contratado. Via de regra, a concorrência envolve objetos de maior vulto, a tomada de preços refere-se a objetos de valor intermediário e o convite envolve contratações de menor expressividade. Já o leilão e o concurso dizem respeito a objetos específicos. Por fim, o pregão pode ser adotado para aquisição de bens e serviços comuns.

Entretanto, a Administração pode optar por adotar uma modalidade mais complexa para contratar um objeto cujo patamar do valor seja inferior ao correspondente a ela e a outras modalidades. No entanto, jamais poderá acontecer o inverso. É preciso respeitar o valor máximo estabelecido para cada modalidade. A seguir serão explicitadas as principais características de cada modalidade.

### 3.4 PRESSUPOSTOS PARA LICITAR

De acordo com Helly Lopes Meirelles (1995), para atender as finalidades precípua da licitação, que é a contratação mais vantajosa ao interesse público e, permitindo que qualquer interessado participe da disputa em questão, é preciso que o processo se apoie no tripé: pressuposto lógico; pressuposto jurídico; e pressuposto fático.

No primeiro pressuposto, o autor afirma que é imprescindível para a realização do certame a existência de uma pluralidade de objetos e de uma pluralidade de ofertantes. Sobre o pressuposto jurídico, reside em aplicar o processo licitatório como um meio legal mais viável ao alcance do interesse público. Já o último pressuposto traz como imprescindível a competitividade. Ou seja, a existência de interessados na disputa.

Entretanto, configurando a ausência destes pressupostos de natureza lógica e jurídica, teremos os casos de contratação direta. Porém, nestas situações a Administração estará vinculada à lei preconizando a lisura e legitimidade do processo, sem olvidar da impreterível observância de princípios do Direito Administrativo que são fundamentais para o procedimento das contratações nas modalidades analisadas neste capítulo.

### 3.5 PRINCÍPIOS QUE REGEM A LICITAÇÃO

A origem da palavra princípio deriva do termo latim (*pricipium, principii*) que dá a ideia de origem, início, ponto de partida, base. Sendo um guia de caráter imprescindível que sistematiza todo o procedimento licitatório e suas exceções.

Portanto, estes não devem ser vistos como um importante auxílio legítimo para todos os atos da administração: não existindo hierarquia entre os princípios; e não prevalecendo um sobre o outro. No entanto, a aplicação, caso a caso, acaba valorando um ou outro, prevalecendo a ponderação.

Apesar de a lei destacar os princípios mais específicos da licitação, os demais princípios da ordem constitucional expressos na carta magna são aplicáveis aos procedimentos licitatórios.

Em seu Art. 3º, a Lei nº 8.666/93 elenca os princípios norteadores dos procedimentos licitatórios.

Conforme dito, no Direito Administrativo Brasileiro, a regra é a obrigatoriedade de licitação tanto para aquisição de bens como para que haja prestação de serviços. Como toda regra tem sua exceção, até mesmo a obrigação constitucional de licitar permite como exceção a contratação direta por meio de processos de dispensa e inexigibilidade de licitação – este será o tema abordado no próximo capítulo.

Por isso, foi demonstrado o quanto é impreterível a observância dos princípios e das fon-

tes normativas constitucionais e legais, cujo descumprimento pelos administradores é tipificado como crime de natureza penal na Lei nº 8.666/93.

## 4 A INEXIGIBILIDADE COMO UM PROCEDIMENTO FORMAL EM PROL DO INTERESSE PÚBLICO

Apesar de a contratação direta ser exceção à regra de licitar, por meio de processos de dispensa ou de inexigibilidade, esta também deve seguir a regra de sempre buscar atender o interesse público, objetivando, assim, a preservação do patrimônio público.

Os casos de inexigibilidade incorrem no artigo 25 da Lei 8.666/93 que dispõe sobre as situações em que não é obrigatória a realização da licitação para adquirir um bem ou realizar uma obra. Marçal Justen Filho (2009, p. 271) assevera que ‘a inexigibilidade de licitação deriva da inviabilidade de competição. No entanto, essa fórmula não foi explicitada nem esclarecida pela lei, que se restringiu a fornecer um elenco de exemplos daquilo que caracteriza inviabilidade de competição’.

Sobre a inviabilidade de competição esta é vista como um possível resultado oriundo de diversas situações que residem na carência de importantes pressupostos indispensáveis para a disputa. Pois, a licitação só é possível quando são oferecidas alternativas de escolha, para a consecução do interesse público.

Como é sabido estas modalidades de contratação direta constituem uma exceção a uma regra constitucional que serve como garantia de legalidade. Portanto, apesar de os casos de inexigibilidade serem exemplificativos, estes devem ser vistos e interpretados de forma restritiva. Isso porque é necessário manter a obediência aos fins colimados na Constituição Federal e na Lei específica 8.666/93.

## 4.1 PRESSUPOSTOS NECESSÁRIOS PARA A CONTRATAÇÃO DIRETA POR MEIO DA INEXIGIBILIDADE

É fato que qualquer ato administrativo precisa ser motivado. Com a inexigibilidade, não poderia ser diferente. Esta exigência é determinação trazida pelo artigo 50, IV, da Lei 9.784/99.

Sobre a ausência de pressupostos necessários à licitação, é indispensável o raciocínio de Justen Filho (2009, p. 273) ao afirmar que 'é difícil sistematizar todos os eventos que podem conduzir a inviabilidade de competição. A dificuldade é causada pela complexidade do mundo real, cuja riqueza é impossível de ser delimitada através de regras legais". Caso não haja motivação, o ato será anulado ou invalidado.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2008), vários fatores ensejam as causas de inexigibilidade. A primeira delas seria a ausência de pluralidade de alternativas de contratação, fato que torna impraticável a competição. Com isso, não faz sentido realizar um processo de escolha sem ter opções para escolher.

Outra situação que frustra a viabilidade do certame é a ausência de mercado concorrencial peculiar de algumas atividades e serviços. Isto é, serviços que envolvem trabalho intelectual ou uma qualificação específica, a exemplo da contratação de um cirurgião para atendimento a um chefe de Estado em estado grave. Nesses casos, segundo o autor, apesar de existirem alternativas, a natureza personalíssima da atuação do particular impede julgamento objetivo.

A possibilidade de contratação direta por inexigibilidade decorre da ausência de opções com qualificação suficiente para ser contratado ou quando, apesar de se ter opções de contratação, a natureza da atividade ou a especificidade da mesma a ser realizada torna o processo irrealizável. Nestes casos, o procedimento legal licitatório se torna um meio inadequado à satisfação do interesse público.

Como decorrência, a conclusão acerca da inexigibilidade faz-se em momento logicamen-

te anterior ao do reconhecimento de dispensa. Num primeiro momento, avalia-se a competição é ou não viável. Se não for, caracteriza-se a inexigibilidade. Se houver a possibilidade de competição, torna-se possível a aplicação da contratação através de dispensa.

As hipóteses de inexigibilidade de licitação estão dispostas no art. 25 da Lei nº 8.666/93, não sendo as mesmas taxativas e sim exemplificativas, conforme, descrito no próprio caput do art. 25, por meio do termo 'em especial". Com isso outras situações podem conduzir a esta modalidade de contratação, desde que se configure a inviabilidade de competição.

## 4.2 DIFERENÇAS ENTRE DISPENSA E INEXIGIBILIDADE

A inexigibilidade distingue-se da dispensa por tratar de casos em que a disputa é inviável em razão da especificidade do interesse pelos objetivos visados pela Administração. Ou seja, a inexigibilidade é proveniente das peculiaridades da situação, enquanto a dispensa é produto da lei.

As possibilidades de inexigibilidade descritas na lei são meramente ilustrativas, enquanto as possibilidades de dispensa são descritas de maneira exaustiva. Diferencia-se da dispensa de licitação, porque a inexigibilidade decorre de uma circunstância inevitável para o gestor, enquanto a dispensa se apresenta como uma faculdade para o administrador.

Marçal Justen Filho (2009, p. 274) assim descreve as diferenças entre as duas formas de contratação direta:

[...] Na dispensa, a competição é viável e, teoricamente, a licitação poderia ser promovida. Não o é porque, diante das circunstâncias, a Lei reputa que a licitação poderia conduzir à seleção de solução que não seria melhor, tendo em vista circunstâncias particulares. A inexigibilidade é uma imposição da realidade extranormativa, enquanto a dispensa é uma criação legislativa. Como decorrência o elenco de causas de inexigibilidade contido na lei tem

cunho meramente exemplificativo. Já os casos de dispensa são exaustivos, o que não significa afirmar que todos se encontram na lei nº 8.666/93. Outras leis existem, prevendo casos de dispensa de licitação.

## 5 ANÁLISE DOS CASOS DE INEXIGIBILIDADE PREVISTOS NO ARTIGO 25

### 5.1 ANÁLISE DO INCISO I DO ARTIGO 25

Vejam os casos das hipóteses de inexigibilidade de licitação previstas no art. 25 da Lei nº 8.666/93, in verbis:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes.

Este inciso indica que a falta de alternativas provoca a insuficiência de se ter uma competição. A ausência da possibilidade de licitação precisa ser provada, não podendo haver critérios discriminatórios. Podem ser contratados por inexigibilidade obras, serviços e aquisições que não tenham como ser feitas por meio da regra constitucional de licitar.

A inexigibilidade deve ser utilizada como uma forma de evitar que o interesse público deixe de ser alcançado por conta de um procedimento que comprometa a eficiência e a prestação do serviço público.

Sobre o atestado previsto no final do inciso em análise, Marçal Justen Filho (2009) critica o legis-

lador e entende como inadequada aplicar uma interpretação literal a obrigatoriedade de apresentar atestado de exclusividade. Segundo o mesmo, não é atribuição do Registro de Comércio controlar a existência de exclusividade de representantes, também, não apresentando a questão em exame conexão com os órgãos sindicais.

Com isso, na prática, vem sendo feita apenas uma ratificação por parte do órgão de registro de comércio a assertiva descrita na carta de exclusividade. Contudo, o mesmo inciso refere-se a 'entidades equivalentes' devendo, segundo o autor, ser interpretada como instituições de credibilidade junto ao mercado privado.

Partindo dessa interpretação, entendemos que a comprovação dessa impossibilidade de contratação direta pode ser realizada por qualquer meio probatório idôneo, expedido por órgãos de reconhecida credibilidade.

Assim, caso existam no mercado condições de concorrência para o certame, havendo uma variedade de produtos, não há justificativa para tornar o processo inexigível em face do princípio constitucional da livre concorrência. Não há necessidade de licitar quando o material pretendido só pode ser fornecido por um único fornecedor. Neste caso, a Administração terá a autorização para contratar de forma direta, nos termos do inciso analisado.

Como afirma Celso Antônio Bandeira de Mello (1985, 15), 'só se licitam bens homogêneos, intercambiáveis, equivalentes, não se licitam coisas desiguais'. No que concerne ao âmbito dessa exclusividade, utilizaremos a conceituação exposta pelo professor Diógenes Gasparini (1995, p. 318):

A exclusividade pode ser absoluta ou relativa. É absoluta quando no país só há um fornecedor ou um único agente (produtor, empresa ou representante comercial) para prover os interesses da Administração Pública. Esse é o fornecedor exclusivo. [...] É relativa quando no país há mais de um fornecedor, empresa ou representante comercial,

mas na praça considerada há apenas um. A exclusividade, nesses casos, está relacionada com a praça comercial considerada. [...] A exclusividade absoluta torna, de pronto, inexigível a licitação. O mesmo não ocorre com a relativa. Nesta a licitação será exigível ou inexigível conforme exista ou não, na praça considerada, fornecedor, empresa ou representante comercial exclusivo.

Por fim, a iniciativa deverá ser sempre do órgão, que primeiramente terá a atribuição primária de escolher, com a devida fundamentação, determinado produto, ou serviço que atenda as necessidades da Administração, para somente depois verificar a situação de seus potenciais contratados.

## 5.2 ANÁLISE DO INCISO II DO ARTIGO 25

Neste inciso, vislumbramos não só a ausência de pluralidade, mas também o conceito de serviços, como fatores determinantes da contratação direta. Diferente das obras e aquisições, nem sempre os serviços possuem um efeito concreto de ordem material. Ou seja, o resultado do mesmo pode ser genérico, abstrato, por isso é inviável a consecução do mesmo por meio de um procedimento formal.

Destarte, determinados serviços não são detentores de um mercado capaz de preencher as particularidades próprias de algumas prestações. A seguir, o texto do inciso II: 'para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação". Di Pietro (2006, p. 376-377) se refere à natureza singular do serviço, no inciso II desse dispositivo apontado,

A lei quis acrescentar um requisito, para deixar claro que não basta tratar-se de um dos serviços previstos no artigo 13; é necessário que a complexidade, a relevância, os interesses públicos em jogo tornem o serviço singular, de modo a exigir a contratação com profissional notoriamente especializado; não é qualquer projeto, qualquer perícia, qualquer parecer que

torna a inexigível a licitação. Note-se que o legislador quis tornar expresso que não ocorre inexigibilidade para os serviços de publicidade e divulgação; isto pode causar estranheza, porque tais serviços já não são incluídos entre os serviços técnicos especializados do artigo 13, o que por si exclui a inexigibilidade; ocorre que o legislador quis por fim a interpretação adotada por algumas autoridades e aprovada pelo Tribunal de Contas, quanto à inviabilidade de competição nesse tipo de serviço. O resultado dessa insistência foi ter o legislador partido para o extremo oposto, proibindo a inexigibilidade para a publicidade e a divulgação, sem qualquer exceção, quando, na realidade, podem ocorrer situações em que realmente a inviabilidade de competição esteja presente; a licitação será de qualquer modo obrigatória.

Entre os serviços trazidos pelo artigo 13 estão estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos; pareceres, perícias e avaliações em geral; assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços; patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas; treinamento e aperfeiçoamento de pessoal; e restauração de obras de arte e bens de valor histórico. Essas atividades descritas não são taxativas, podendo envolver diversas atividades de diversas áreas.

Quanto ao parágrafo 1º, que trata sobre a realização de concurso para serviços que envolvam habilidades técnicas, Marçal Justen Filho (2009) ressalta que a atuação do gestor na escolha deve levar em consideração que a Administração não pode contratar alguém se essa alternativa não seja de fato a mais adequada e satisfatória. Isto é, o fato de ser uma contratação direta não a exime de ser pautada no interesse público. Assim, deve-se ter sempre em vista a relação custo benefício e levar-se em consideração as circunstâncias do caso concreto.

Conforme, incorre no artigo supracitado o concurso poderá ser a modalidade utilizada para contratações diretas de serviços técnicos

especializados, se não for caso de inviabilidade de competição.

Com relação ao parágrafo 2º, este preconiza a aplicabilidade do artigo 111 nas contratações dos serviços. Isto quer dizer que, ao contratar o serviço, o contratado vai ceder os direitos patrimoniais do projeto ou serviço técnico especializado ao contratante.

Como regra geral, a natureza singular não deve ser interpretada como a ausência de pluralidade de sujeitos, mas sim como a característica do serviço. Sobre isto se torna enriquecedor a observação feita por Justen Filho (2009, p. 282) 'a natureza singular não é propriamente do serviço, mas do interesse público. A questão da singularidade varia conforme o tipo de serviço enfocado e a necessidade pública a ser atendida'. Ainda quanto à contratação de serviços técnicos profissionais é necessário o requisito 'notória especialização' requisito este que vem sendo considerado pelos tribunais de contas que vem admitindo a interpretação ampliativa do elenco quando se tratam de serviços técnicos profissionais especializados de natureza semelhante aos indicados no artigo 13 da lei 8.666/93.

### 5.3 ANÁLISE DO INCISO III DO ARTIGO 25

Este inciso dispõe da contratação ligada ao setor artístico: 'III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública'.

A possibilidade de inexigibilidade para a contratação de artistas oferece uma discricionariedade para o gestor. Trata-se de um critério bastante abrangente e subjetivo quando afirma ser necessário que os mesmos sejam consagrados pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Assim sendo, entendemos que a especialização que incorre no parágrafo 1º para ser provada traz como suficiente que o artista seja reconhecido pela

mídia e que a sua contratação seja justificada. No entanto, é preciso se atentar que essas contratações, além de serem comprometidas com a finalidade de promover a satisfação do bem comum, não podem comprometer o erário público. A respeito desse tipo de contratação Justen Filho (2009, p. 287) afirma que:

como regra, não compete ao Estado contratar profissionais do setor artístico. O desenvolvimento de atividades artísticas compete à iniciativa privada, ainda que ao Estado incumba fomentar as diversas manifestações nesse campo. Portanto, somente quando se fizer necessária a contratação de profissionais para desenvolvimento de atividades de satisfação do interesse público é que se poderá aplicar o dispositivo.

Com relação ao disposto no parágrafo 1º do dispositivo mencionado, encontra-se de modo elucidativo o significado de notória especialização como sendo o profissional ou empresa cujo conceito no campo da sua especialização decorre de desempenho anterior. Além disso, leva-se em consideração experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades que permitam inferir que seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

A contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública (inciso III); a hipótese é semelhante à do inciso anterior: o que objetiva é a prestação de serviço artístico, que pode tornar-se insusceptível de competição, quando contratado com profissional já consagrado, que imprima singularidade ao objeto do contrato. (DI PIETRO, 2006, p. 372).

O parágrafo 2º trata das sanções decorrentes de 'superfaturamento'. Isso quer dizer que a Administração Pública não pode praticar preços mais elevados do que os do mercado. Di Pietro (2006, p. 372) pontua que este artigo - 'que deveria ser preceito à parte, já que abrange a dispensa e a inexi-

gibilidade” – traz a responsabilidade do ato tanto para o fornecedor ou prestador de serviços quanto para o agente público responsável.

Para o agente público, há ainda a responsabilidade administrativa; e, para ambos, agente público e contratado, a responsabilidade criminal prevista em lei, especialmente a norma do artigo 90 da Lei n.º. 8.666/93, que define como crime o ato de ‘dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade’, incidindo na mesma pena (detenção de 3 a 5 anos, e multa). (DI PIETRO, 2006, p. 372).

## 5.4 DA RESPONSABILIDADE

Assim como qualquer procedimento administrativo, a inexigibilidade precisa passar por etapas formais. Neste caso, é necessário obedecer aos princípios licitatórios. Se estes princípios não forem obedecidos, serão aplicadas penas previstas na Lei de Licitações. O artigo 89, já comentado, estabelece que ‘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”.

Parece efetivamente que o art. 89 da Lei 8.666/93 situa-se na linha evolutiva do aperfeiçoamento da Administração Pública, pois, não raro, as justificativas da contratação direta eram elaboradas posteriormente à celebração do contrato, à sua execução e, às vezes, só após a ação dos órgãos de controle, onde passavam a desafiar a criatividade dos órgãos jurídicos das entidades públicas. O fato é que, com o advento desse diploma legal, passou a haver maior preocupação com os procedimentos que devem ser adotados para que a contratação direta seja considerada regular. (ALEXANDRINO e PAULO, 2006, p. 403).

Por isso, antes de dispensar uma licitação, o administrador precisa ter cautela. É o agente público que receberá a punição tanto pela con-

tratação direta de contratar o serviço de forma contrária às orientações dos artigos 24 e 25 da Lei n.º 8.666/93, como também quando de modo omissivo deixar de verificar as formalidades exigíveis para os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação (art. 26). Para que fique caracterizada a responsabilidade do agente, é preciso a comprovação da culpa e a violação dos deveres decorrentes de sua função.

## 6 CONCLUSÃO

O presente artigo teve como objetivo demonstrar que, apesar do instituto da inexigibilidade estar previsto de forma exemplificativa na lei de licitações, ele deve ser utilizado de forma restrita. A inexigibilidade deve sempre ser guiada pelos mesmos princípios que norteiam as contratações diretas.

A exceção de licitar não pode ser interpretada como uma licença para descumprir as formalidades atinentes ao processo licitatório, mas sim como uma necessidade ocasionada por situações em que não é possível se ter elementos essenciais a um certame.

Com isso, a inexigibilidade é, em determinados casos, o meio legal mais apropriado para atingir o interesse público. Portanto, embora a Administração tenha uma margem discricionária no momento de suas contratações, essa liberdade deve fundamentar-se nos referidos princípios.

Assim, é preciso ter sensibilidade para aplicar a inexigibilidade em situações apropriadas sempre colocando à frente os princípios e as formalidades necessárias para não comprometer o erário público.

No entanto, observa-se que em alguns casos, os administradores públicos juntamente com os interessados em contratar com a administração se utilizam de forma equivocada e muitas vezes de má fé e aproveitam essa possibilidade legal para usufruir de maneira ilegal dos recursos públicos por meio de contratos fraudulentos e com vícios na sua contratação.

Diante deste cenário, os administradores acabam infringindo os princípios constitucionais da moralidade, legalidade e outros mandamentos aos quais estão submetidos a partir do momento em que se inicia um procedimento licitatório ou de contratação direta por meio de inexigibilidade, podendo os mesmo responderem administrativamente e penalmente, bem como os fornecedores inidôneos.

O fato de o administrador público ter a liberdade de não necessitar da obrigação de licitar para realizar contratos com particulares não permite que os

mesmos os façam sem que seja respeitado o dinheiro público. É preciso que a execução da proposta seja feita de modo adequado pelos próprios servidores ou por pessoas selecionadas por meio de licitação.

Desta forma é necessária uma maior fiscalização por parte dos órgãos de controle e uma conscientização dos gestores públicos e acima de tudo uma maior transparência nos processos licitatórios e, sobretudo, a aplicação eficiente dos princípios constitucionais norteadores da administração pública para que se alcance sempre a moralidade.

## REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 26.ed. São Paulo: Melheiros, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Lei n. 8.666**, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da

BRASIL. **Licitação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

BARROS, Felipe Luiz Machado. **Princípios administrativos aplicados à licitação pública**. <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3175&p=2>>. Acesso em: 3 out. 2010.

CAMPOS FRANÇA, Maria Adelaide de. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 22.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, 113 p.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Das Licitações Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 13.ed. São Paulo: Dialética, 2009.

MAIA NOBRE, Maria Elizandra Campêlo. **Contratação direta - dispensa e inexigibilidade de licitação:** regra ou exceção na secretaria de educação básica do estado do Ceará. Disponível em: <<http://www.sefaz.ce.gov.br/content/aplicacao/internet/monografias/gerados/maria%20elizandra.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 21.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.  
MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional Administrativo**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MUKAI, Toshio. **Direito Administrativo Sistematizado**. São Paulo: Saraiva, 1999.

MUKAI, Toshio. **O novo estatuto jurídico das licitações e contratos públicos**. 3.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

RIBEIRO, Geraldo Luiz Viera. **Evolução da licitação**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/21103-21104-1-PB.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2010.

---

Recebido em: 25 de fevereiro de 2014  
Avaliado em: 27 de fevereiro de 2014  
Aceito em: 27 de fevereiro de 2014

---