

**CARLA ARIANA SGORLON TIRONI**

**INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PÚBLICA**

**Monografia apresentada ao Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito.**

**Orientador: Prof. Romeu Felipe Bacellar Filho**

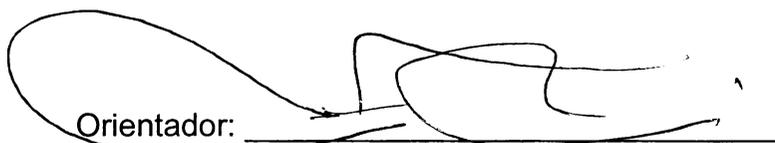
**CURITIBA  
2005**

## TERMO DE APROVAÇÃO

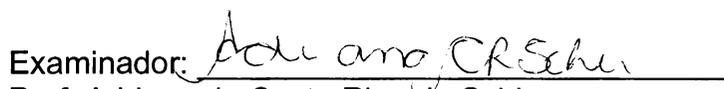
CARLA ARIANA SGORLON TIRONI

INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PÚBLICA

Monografia aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel no Curso de graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte Banca Examinadora:

  
Orientador: \_\_\_\_\_  
Prof. Romeu Felipe Bacellar Filho

  
Examinador: \_\_\_\_\_  
Prof. Angela Cassia Costaldello

  
Examinador: \_\_\_\_\_  
Prof. Adriana da Costa Ricardo Schier

Curitiba, 14 de outubro de 2005.

Dedico este trabalho ao professor Romeu Bacellar, pela orientação; ao meu querido amor, Felipe, pelo carinho e compreensão inigualáveis; à minha família, por tudo; e à Hillene, pelo incentivo constante.

## SUMÁRIO

<b>RESUMO</b> .....	v
<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	1
<b>2 LICITAÇÃO PÚBLICA</b> .....	3
2.1 REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO E LICITAÇÃO PÚBLICA.....	3
2.2 OBRIGATORIEDADE, CONCEITO E FINALIDADES DA LICITAÇÃO PÚBLICA .....	4
2.2.1 Quem está Obrigado a Licitar .....	7
2.3 COMPETÊNCIA LEGISLATIVA EM MATÉRIA DE LICITAÇÕES E CONTRATOS .....	11
2.4 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À LICITAÇÃO PÚBLICA .....	13
<b>3 CONTRATAÇÃO DIRETA</b> .....	16
3.1 MODALIDADES DE CONTRATAÇÃO DIRETA: LICITAÇÃO DISPENSADA, DISPENSÁVEL E INEXIGÍVEL .....	20
<b>4 INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO</b> .....	24
4.1 PROCEDIMENTO NA CONTRATAÇÃO DIRETA POR INEXIGIBILIDADE .....	26
4.2 CASOS DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO .....	27
4.2.1 Produtor ou Vendedor Exclusivo: Artigo 25, Inciso I .....	27
4.2.1.1 A questão da definição do objeto e a vedação à preferência de marca .....	28
4.2.1.2 A questão geográfica .....	32
4.2.1.3 Considerações sobre a forma de comprovação da exclusividade .....	33
4.2.2 Contratação de Serviços Técnicos Profissionais Especializados: Artigo 25, Inciso II .....	35
4.2.2.1 Requisitos .....	35
4.2.2.1.1 Serviços técnicos profissionais especializados .....	35
4.2.2.1.2 Serviços de natureza singular .....	37
4.2.2.1.3 Notória Especialização .....	40
4.2.2.2 A questão da inviabilidade de competição e a discricionariedade administrativa na hipótese de pluralidade de profissionais técnicos notoriamente especializados .....	43
4.2.2.3 Serviços de publicidade e divulgação e serviços advocatícios .....	48
4.2.3 Contratação de Profissionais do Setor Artístico: Artigo 25, Inciso III .....	50
4.2.4 O Credenciamento .....	52
4.3 SUPERFATURAMENTO: ARTIGO 25, § 2º .....	53
4.4 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	54
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	56
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	60
<b>BIBLIOGRAFIA CONSULTADA</b> .....	62

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo o estudo das hipóteses descritas no artigo 25 da Lei 8.666/93 como permissivas de contratação direta, por inexigibilidade de licitação, pela Administração Pública. Partindo-se da análise dessas situações, procurar-se-á abordar todos os aspectos e requisitos que o legislador considerou como necessários para a correta configuração das situações em que a licitação não é realizada, por não ser exigível que a Administração Pública o faça, diante de um caso concreto. Dar-se-á enfoque aos limites da atividade do administrador quando declara inexigível a licitação e escolhe um determinado fornecedor para a contratação, buscando-se apontar como se concretiza o princípio da motivação nessas hipóteses, bem como qual é a estrutura do procedimento a ser observado para a contratação direta por inexigibilidade de licitação.

## 1. INTRODUÇÃO

A Administração Pública, para cumprir suas funções, pode ter necessidade de interagir com particulares, seja para a compra de bens ou para a realização de serviços. A interação é consensual, feita por meio de um contrato administrativo.

Sendo assim, faz-se necessário, para afastar uma escolha arbitrária do agente administrativo, que atenda apenas a interesses pessoais, a prévia realização de um procedimento que vise a legitimar tal contrato, preservando o interesse público e assegurando um tratamento isonômico a todos aqueles que desejem contratar com a Administração.

Esse procedimento é chamado de licitação pública e é composto por uma série de atos formais cujo objetivo é revelar ao Poder Público qual particular poderá lhe proporcionar a contratação mais vantajosa e em quais condições ela será firmada.

A licitação pública é regulamentada no Brasil através da Lei 8.666/93. Tem como fundamento a idéia de competição, e destina-se a promovê-la de maneira igualitária entre todos os possíveis interessados em contratar com a Administração, desde que preencham os requisitos, anteriormente fixados e amplamente divulgados, estabelecidos pela Administração, visando ao bom desenvolvimento das obrigações que se dispõem a assumir. A exigência de licitação é regra geral, respaldada pelas disposições do artigo 37, XXI, da Constituição Federal.

O mesmo artigo excepciona algumas hipóteses, que poderão dar ensejo à uma contratação direta, revelando as hipóteses de licitação dispensada, dispensável e inexigível. Porém, mesmo nessas hipóteses, o agente não é livre para agir segundo seus interesses pessoais, de maneira arbitrária, distanciada da razoabilidade.

Também os contratos administrativos firmados sem licitação devem ser realizados em conformidade com os princípios norteadores da atividade administrativa, merecendo destaque os princípios da legalidade, moralidade, publicidade, eficiência e principalmente o da isonomia. Dessa maneira, todo ato de dispensa ou inexigibilidade deve ser motivado, apontando o agente as justificativas que o levaram a adotar, excepcionalmente, em detrimento da realização de licitação,

a contratação direta, sob pena de incorrer em desvio de poder, contrariando as disposições constitucionais.

A licitação será inexigível quando houver inviabilidade de competição, o que, por derradeiro, torna inviável a realização de licitação. Seu estudo é de incontestável relevância, pois a Constituição, como já foi dito, estabelece como regra geral a obrigatoriedade de licitação. Logo, para que o comando da norma constitucional seja sempre respeitado, faz-se necessário conhecer as hipóteses em que a licitação não é exigida, uma vez que essa situação deve estar sempre bem caracterizada, sob pena de se fazer da contratação direta a regra, subvertendo-se a previsão constitucional.

Por isso, torna-se muito importante a definição dos conceitos relacionados às hipóteses de inexigibilidade de licitação, objeto da presente monografia, sendo imprescindível ao administrador o conhecimento de tais situações, para que se evite o desvio de poder.

## 2. LICITAÇÃO PÚBLICA

### 2.1. REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO E LICITAÇÃO PÚBLICA

A expressão regime jurídico-administrativo representa "...o conjunto de princípios, de matriz constitucional, que determinam e orientam a compreensão de todo o direito administrativo."<sup>1</sup> Pode-se dizer que esse regime, pelo fato de a Administração Pública gerir recursos públicos, de modo que sua atividade deve primar pela busca constante de atendimento ao interesse público, é um complexo de prerrogativas e sujeições.

Assim, a Administração Pública, quando exerce suas funções, encontra-se em posição de supremacia perante o particular, devido à existência de prerrogativas inerentes ao regime ao qual a mesma está submetida. Ao mesmo tempo, sujeita-se a Administração a restrições que limitam a sua atividade a determinados fins e princípios cuja inobservância implica desvio de poder e conseqüente nulidade dos atos da Administração.<sup>2</sup>

O regime em questão, próprio da Administração Pública, é delineado em função da consagração de dois princípios: supremacia do interesse público sobre o privado e indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos.<sup>3</sup>

De acordo com JOEL DE MENEZES NIEBUHR, a Administração Pública tem um caráter instrumental que tem por finalidade a consecução do interesse público, não se permitindo que os agentes administrativos, os quais gerenciam o interesse público, atuem por liberalidade, buscando objetivos pessoais.<sup>4</sup>

Portanto, ao contratar com particulares, o Poder Público deve observar um conjunto de formalidades, existente em função dos princípios acima mencionados, e orientado também por outros princípios que serão vistos adiante, chamado de licitação pública.

---

<sup>1</sup> BACELLAR FILHO, R. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 36.

<sup>2</sup> DI PIETRO, M. S. Z. **Direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 66.

<sup>3</sup> MELLO, C. A. B. de. **Curso de direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 47.

<sup>4</sup> NIEBUHR, J. de M. **Dispensa e inexigibilidade de licitação pública**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 11.

Conforme assevera ADÍLSON ABREU DALLARI, “Exatamente pelo fato de estar submetida ao regime acima descrito, é que a Administração Pública, ao relacionar-se com particulares, para a aquisição ou alienação de bens e para a obtenção de serviços, deve, em certos casos valer-se do instituto da licitação.”.<sup>5</sup>

## 2.2. OBRIGATORIEDADE, CONCEITO E FINALIDADES DA LICITAÇÃO PÚBLICA

Em decorrência de princípios como isonomia, moralidade administrativa e impessoalidade, é que se faz necessária a estruturação de um procedimento formal, estabelecido em lei, para que, por meio dele, a Administração possa escolher a proposta que se afigura como a mais vantajosa para a consecução do interesse público, possibilitando a todos quanto preenchem os requisitos previamente estabelecidos a oportunidade de participarem, em igualdade de condições, da disputa pelo objeto de interesse da Administração.

Dessa maneira, “...a licitação pública é obrigatória em tributo aos princípios regentes da Administração Pública, que visam a proteger o interesse público de atos imorais, marcados pela pessoalidade e, com destaque, que imputem aos membros da coletividade tratamento discriminatório apartado da razoabilidade.”.<sup>6</sup>

CARLOS ARI SUNDFELD afirma que, se vários sujeitos encontram-se em condições de obter um benefício e são obrigados a disputar o direito a ele, a falta de um procedimento administrativo que possibilite a competição, como o licitatório, produz automaticamente o agravo à isonomia, pois, quando, para tomar uma decisão, a autoridade deva comparar as qualidades dos sujeitos, a fim de escolher a melhor opção, se não houver um procedimento específico para isso, fica impossível à lei conceber técnicas para a decisão que não levem a um tratamento desigualado.<sup>7</sup>

De modo semelhante, para JULIO R. COMADIRA, a atuação da Administração deve ser antecedida de um procedimento capaz de assegurar conjuntamente o interesse do Poder Público e o interesse dos particulares em condições de serem contratados, sendo que a falta do citado procedimento implica

---

<sup>5</sup> DALLARI, A. A. **Aspectos jurídicos da licitação**. 4. ed. atual. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 02.

<sup>6</sup> NIEBUHR, op. cit., p. 133.

<sup>7</sup> SUNDFELD, C. A. **Licitação e contrato administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995. p. 41.

falta de iguais oportunidades e direitos, de modo que a escolha da Administração será puramente discricionária.<sup>8</sup>

A Constituição Federal, em seu artigo 37, *caput* e inciso XXI, consagra o chamado princípio da licitação pública, impondo, pela sua dicção, a adoção obrigatória de procedimento licitatório antecedendo as contratações da Administração Pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, ressalvados os casos especificados em Lei. (os quais serão, no presente estudo, abordados posteriormente).

São inúmeros os conceitos encontrados na doutrina acerca de licitação pública. HELY LOPES MEIRELLES a define como

“...procedimento administrativo mediante o qual a administração pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos”.<sup>9</sup>

COMADIRA, a seu turno, explica que a licitação pública é um procedimento administrativo, tendo cada uma das suas etapas um conteúdo próprio, estando as mesmas entrelaçadas em uma relação de antecedentes e conseqüentes, que se articulam harmoniosamente e originam um procedimento que tomará forma nos Editais e culminará, no decorrer de suas diversas etapas, com a celebração de um contrato administrativo, início da relação entre o particular e a Administração.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> COMADIRA, J.R. **Derecho administrativo**: acto administrativo, procedimiento administrativo, otros estudios. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2003. p. 304-305.

Para uma melhor elucidação das idéias do autor, transcreve-se aqui o texto original: “Un fundamento de razón y de justicia indica que la Administración no debe actuar sin asegurar previamente el procedimiento que ampare, al mismo tiempo, el interés público del ente oficial y el privado del particular que está en condiciones objetivas de acceder a la contratación pública. (...). Y no cabe duda de que no tiene las mismas oportunidades ni goza de iguales derechos quien carece de la posibilidad de contratar con la Administración, porque está no invita, como regla, públicamente, a presentar ofertas a todos los que se encuentran en condiciones de hacerlo, para escoger, de entre ellas, la más conveniente, sino que determina en forma discrecional, el particular con el que habrá de relacionarse.”

<sup>9</sup> MEIRELLES, H. L. **Direito administrativo brasileiro**. 29. ed. Atual. por AZEVEDO, E. de A.; ALEIXO, D. B.; BURLE FILHO, J. E. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 266.

<sup>10</sup> COMADIRA, op. cit., p. 330.

Nas palavras do autor, para uma melhor compreensão: “Cada uno de sus estadios tiene un contenido propio, indispensable para la configuración de la licitación, pero, por si solo, no es suficiente para darle vida. Está integrada por una trama de antecedentes y consecuentes, que se

SUNDFELD lembra, ao elaborar um conceito de licitação pública, que o procedimento destina-se a assegurar o direito dos interessados à disputa bem como a seleção do beneficiário que se mostre mais adequado ao interesse público. Demonstra o autor que a existência desse procedimento é decorrência dos princípios da igualdade e da boa administração, asseverando que o dever de licitar decorre do princípio constitucional da igualdade, que proíbe que a Administração beneficie arbitrariamente particulares, bem como do dever de buscar o melhor negócio, o qual deriva da idéia de boa administração.<sup>11</sup>

Do mesmo modo, ABREU DALLARI entende que a obrigatoriedade de licitação pública também é decorrência do princípio constitucional da isonomia (artigo 5º, *caput* da Constituição Federal), o qual, segundo o autor, ao estabelecer essa obrigatoriedade, acaba por elevar a própria licitação em princípio, pois mesmo que não existissem normas disciplinando o procedimento licitatório, o princípio da isonomia, por si só, imporá à Administração a adoção do procedimento da licitação quando da necessidade de efetivar contratações com terceiros.<sup>12</sup>

LÚCIA VALLE FIGUEIREDO E SÉRGIO FERRAZ ressaltam que, à luz de critérios previamente estabelecidos e divulgados, a licitação permitirá à Administração Pública selecionar quem mais convenientemente se apresentar, com a finalidade de celebrar contrato atinente a bens, obras ou serviços.<sup>13</sup>

Modificando parcialmente o enfoque dos conceitos até aqui explanados, CARLOS PINTO COELHO MOTTA enfatiza que existe na Constituição Federal (artigo 70, parágrafo único) a determinação de que quem quer que gerencie ou administre dinheiro, bens e valores públicos, ou assuma obrigações de natureza pecuniária, tem o dever de prestar contas. Esse dever é originado, no caso de obras, serviços e compras, na licitação, que justifica e subsidia toda a execução contábil posterior.<sup>14</sup>

---

articulan armoniosamente y dan origen al procedimiento que se habrá de sustentar, esencialmente, en los pliegos de bases y condiciones, verdadera ley de la licitación, y que culminará, luego de recorrer las diversas etapas que lo conforman, en la celebración del contrato administrativo, que constituirá el punto de partida de la relación convencional anudada entre la Administración y quien haya resultado seleccionado.”

<sup>11</sup> SUNDFELD, op. cit., p. 15,40.

<sup>12</sup> DALLARI, op. cit., p. 33.

<sup>13</sup> FIGUEIREDO, L. V.; FERRAZ, S. **Dispensa e inexigibilidade de licitação**. 3. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com as leis 8.666/93 e 8.883/94. São Paulo: Malheiros Editores, 1994, p. 09.

<sup>14</sup> MOTTA, C. P. C. **Eficácia nas licitações e contratos**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 60.

Assim, com relação à finalidade da licitação pública, pode-se dizer que sua realização visa a concretizar dois objetivos: possibilitar às entidades governamentais que tenham condições de efetivar o negócio mais vantajoso para o interesse público a ser atendido pela contratação (objetivo propiciado pela instauração de competição entre os ofertantes) e assegurar aos administrados possibilidade de disputarem a participação nos negócios que o Poder Público pretenda realizar com terceiros.<sup>15</sup>

### 2.2.1. Quem está Obrigado a Licitar

A obrigatoriedade de licitação decorre, em última análise, da impossibilidade de o administrador escolher livremente com quem deseja contratar, e da necessidade de ser observado o princípio da isonomia para a seleção de um possível contratante com a Administração Pública, dando-se iguais oportunidades de participação a todos os interessados que preencham os requisitos prefixados e anteriormente divulgados. A adoção das formalidades prévias que compõem o procedimento licitatório representa, principalmente, a concreção dos princípios da isonomia, impessoalidade e moralidade administrativa.

Segundo BANDEIRA DE MELLO, o dever de licitar, decorrente do artigo 37, caput e inciso XXI da Constituição Federal, impõe-se tanto às pessoas de Direito Público de capacidade política quanto às entidades de suas Administrações Indiretas: autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações governamentais.<sup>16</sup>

Na lição de SUNDFELD o dever de promover licitação impõe-se a todos os entes estatais, sendo por ele abrangidas tanto as pessoas governamentais de direito público (União, Estados, Distrito Federal, Municípios, suas autarquias e fundações governamentais de direito público), como as pessoas governamentais privadas

---

<sup>15</sup> MELLO, op. cit., p.481.

Para o autor, a licitação não é um fim em si mesmo, mas um meio através do qual a Administração busca, no intuito de atender interesses e necessidades públicas, a obtenção da contratação mais conveniente, bem como busca assegurar o pleno respeito ao princípio da isonomia, ou seja, assegurar que todos os que pretendem e reúnem condições para tanto, possam disputar, em igualdade de condições, o travamento das relações jurídicas que a Administração Pública esteja promovendo. (MELLO, C. A. B. de. Pressupostos da licitação. In: VERRI JR, A.; TAVOLARO, L. A.; WAMBIER, T.A.V. (Coord.). **Licitações e contratos administrativos**: temas atuais e controvertidos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 123.).

<sup>16</sup> MELLO, **Curso de direito...**, p.490.

(empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações governamentais privadas).<sup>17</sup>

Com relação à regulação infraconstitucional do tema, foi editada a Lei 8.666/93, que, regulamentando o inciso XXI do artigo 37 da Constituição, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública.

O artigo 2º da Lei de Licitações e Contratos Administrativos consagra expressamente a obrigatoriedade de licitação para obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, com ressalva das hipóteses previstas na referida Lei. O artigo 6º, inciso XI, traz a definição de Administração Pública, considerando-a como a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas.

O artigo 1º, parágrafo único, da Lei 8.666/93, dispõe que estão subordinados ao regime da Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Ainda, o artigo 119 da Lei 8.666/93 estabelece que sociedades de economia mista, empresas e fundações públicas e demais entidades controladas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, editarão regulamentos próprios, sujeitando-se às disposições da Lei, os quais deverão ser publicados, após aprovados pela autoridade de nível superior a que estejam vinculados, na imprensa oficial.

Com a veiculação da Reforma Administrativa por meio da Emenda Constitucional 19/98, dúvidas surgiram acerca da aplicabilidade da Lei 8.666/93 às entidades da Administração Indireta, pois a Emenda alterou o artigo 22, XXVII e o artigo 173, §1º, inciso III, ambos da Constituição Federal, determinando ser de competência da União, nos termos do artigo 37, XXI, a legislação sobre normas gerais para Administração direta, autárquica e fundacional, e, conforme as

---

<sup>17</sup> SUNDFELD, op. cit., p. 36.

disposições do artigo 173, §1º, III, a legislação para empresas públicas e sociedades de economia mista.

O artigo 173, §1º, III, da Magna Carta, com a nova redação dada pela referida Emenda, prescreve que a Lei estabelecerá o estatuto jurídico da sociedade de economia mista, da empresa pública e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica, devendo dispor sobre as regras sobre licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observando os princípios da Administração Pública.

BANDEIRA DE MELLO, fazendo uma distinção entre sociedades de economia mista e empresas públicas prestadoras de serviço público e exploradoras de atividade econômica, entende que as primeiras continuam a ser regidas pela 8.666/93, passando as segundas a ser regidas futuramente pela lei a que alude o artigo 22, XXVII, a ser editada conforme o que dispõe o artigo 173, §1º, III, que tem por objeto a atuação direta do Estado no domínio econômico.<sup>18</sup>

Conforme MARÇAL JUSTEN FILHO, entidades prestadoras de serviço público submetem-se ao regime jurídico da Administração direta, ressaltando-se apenas algumas situações ligadas estritamente à sua personalidade de direito privado. Já com relação às empresas públicas e sociedades de economia mista abrangidas pelo artigo 173, não será possível aplicar o regime de direito público quando isso produzir encargos que inviabilizem a competição de empresa pública ou sociedade de economia mista com os agentes privados.<sup>19</sup>

Seguindo esse entendimento, “não seria imaginável impor obrigatoriedade de licitação como requisito para exercício pela entidade de contratos que constituam o núcleo do seu objeto.(...). Mas será diferente a situação quando a contratação não estiver abrangida no âmbito do objeto desenvolvido no mercado, em competição com outros agentes, em igualdade de condições.”<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> MELLO, *Curso de direito...*, p.491.

<sup>19</sup> JUSTEN FILHO, M. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2004. p. 19.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 20.

O autor faz uma diferenciação entre atividade-fim e atividade-meio que é importante transcrever: “A diferença entre atividade-fim e atividade-meio está na vinculação do contrato com o objeto cujo desenvolvimento constitui a razão de ser da entidade. A atividade-fim é aquela para a qual se vocaciona a sociedade de economia mista ou empresa pública. Considera-se todo o restante como atividade-meio.” (JUSTEN FILHO, *op. cit.*, p. 20).

No entender de DIÓGENES GASPARINI, a modificação introduzida por meio da Emenda 19/98 não retirou de ninguém a obrigatoriedade de licitar, apenas facultou a adoção de procedimentos diferenciados, ressaltando-se, porém, os atos tipicamente comerciais que tenham conexão com o desenvolvimento de atividades-fim das entidades abrangidas pela facultatividade referida anteriormente, os quais não são alcançados pela obrigatoriedade aludida.<sup>21</sup>

ABREU DALLARI também sustenta que sociedades de economia mista e empresas públicas são abrangidas pelo dever de licitar, uma vez que tais entidades são afetadas por algumas das prerrogativas e sujeições que, como já foi visto, afetam a Administração centralizada e compõem o regime jurídico administrativo. Embora afirmando que a controvérsia sobre o dever de licitação ser ou não imposto às entidades privadas da Administração Pública Indireta está superada, uma vez que o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, expressamente assim impõe, o autor faz uma ressalva apenas quanto aos atos típicos realizados pelas empresas interventoras no domínio econômico, inerentes às finalidades para as quais foram criadas, afirmando que esses atos não comportam licitação.<sup>22</sup>

Assim, seguindo-se a linha de pensamento dos autores acima citados, submetem-se as entidades da Administração Indireta dotadas de personalidade jurídica de direito privado, ao dever geral de licitar, observando-se, porém, as peculiaridades relativas às entidades exploradoras de atividade econômica, regidas pelo artigo 173, §1º, inciso III, da Magna Carta, bem como as disposições constantes do já citado artigo 119 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, que determina a edição de regulamentos próprios.

Por fim, não se pode deixar de acrescentar que as entidades privadas da Administração indireta, conquanto possam utilizar-se de regulamentos próprios, estes devem estar de acordo com os princípios da licitação para que sejam válidos.<sup>23</sup>

Sobre o tema, manifestou-se o Tribunal de Contas da União, através do acórdão 1.390/2004-Plenário, no seguinte sentido:

---

<sup>21</sup> GASPARINI, D. **Direito administrativo**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 421.

<sup>22</sup> DALLARI, op. cit., p. 61, 64.

<sup>23</sup> Ibid., p. 68.

“...enquanto não for editado o estatuto a que se refere o art. 173, §1º, da Constituição Federal, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços devem observar os ditames da Lei nº 8.666/1993 e de seus regulamentos próprios, podendo prescindir da licitação para a contratação de bens e serviços que constituam sua atividade-fim, nas hipóteses em que o referido Diploma Legal constitua óbice intransponível à sua atividade negocial, sem olvidarem, contudo, da observância dos princípios aplicáveis à Administração Pública, bem como daqueles insertos no referido Estatuto Licitatório”.<sup>24</sup>

### 2.3. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA EM MATÉRIA DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

A Constituição Federal, em seu artigo 22, inciso XXVII, estatui que compete privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades<sup>25</sup>, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III.

A Lei 8.666/93 foi editada no exercício dessa competência e a redação do seu artigo 1º, *caput*, dispondo que as normas gerais por ela estabelecidas aplicam-se a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos poderes da União, **Estados, Distrito Federal e Municípios** [grifo nosso], gerou comentários entre os doutrinadores.

GASPARINI afirma que, de acordo com a redação do artigo 1º da Lei 8.666/93, desconheceu-se a atribuição dos demais entes federados para adotar, legislativamente, suas competentes normas particulares, tendo a lei a pretensão de submeter todas as unidades da federação ao mesmo regime licitatório<sup>26</sup>. Para o autor, esse comportamento é inconstitucional, sendo evidente que:

<sup>24</sup> **Diário Oficial da União**, Brasília, 23 set. 2004. Nº 184, Seção I, p. 137-138.

<sup>25</sup> De acordo com o artigo 22 da Lei 8.666/93, são modalidades de licitação: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. A Lei 10.520/02 acrescentou a modalidade pregão e o decreto 5.450/05 regulamenta, atualmente, essa modalidade na forma eletrônica.

<sup>26</sup> GASPARINI, op. cit., p. 418-419.

Compartilha também este posicionamento Maria Sylvania Zanella Di Pietro, para quem “A inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei 8.666/93 é manifesta, porque nada deixa para que Estados e Municípios legislem em matéria de licitação e contrato administrativo.”. (DI PIETRO, op. cit., p. 294).

...Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios não perderam a competência legislativa que a Lei Maior lhes assegura, podendo editar suas leis de licitações e contratos observadas as normas gerais ou valer-se das leis já produzidas, aplicando-as às suas licitações e contratos em tudo que não violar as normas gerais da Lei federal de Licitações e Contratos da Administração Pública.<sup>27</sup>

ABREU DALLARI disciplina que a competência para legislar sobre licitações e contratos não deveria estar estabelecida no artigo 22 da Constituição Federal, que trata da competência privativa da União, mas sim no artigo 24, que dispõe sobre a competência da União para expedir normas gerais, considerando que a referência a normas gerais, feita no artigo 22, já afasta logicamente a privatividade da União.<sup>28</sup>

Também BANDEIRA DE MELLO leciona que a competência para legislar sobre licitação é das quatro pessoas jurídicas de capacidade política (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), ressaltando a competência da União para editar normas gerais sobre o assunto, de acordo com o artigo 22, XXVII, da Constituição, de modo que cada uma das entidades citadas legislará para si própria em sua esfera específica, mas todas devem acatamento às normas gerais, as quais são produzidas com alcance nacional.<sup>29</sup>

Igual idéia apresenta JUSTEN FILHO, para quem a vontade constitucional é de ressaltar a competência dos demais entes federais para disciplinar matéria acerca de licitações e contratos, devendo-se interpretar a regra do artigo 22, inciso XXVII, em função do princípio federativo<sup>30</sup>. Segundo o autor, “A interpretação da fórmula ‘normas gerais’ tem de considerar, em primeiro lugar, a tutela constitucional à competência local. É inquestionável que a Constituição reservou competência legislativa específica para cada esfera política disciplinar licitação e contratação administrativa.”<sup>31</sup>

Desse modo, cada entidade política tem competência para legislar sobre licitação, devendo Estados, Distrito Federal e Municípios obediência apenas às

<sup>27</sup> GASPARINI, op. cit., p. 419.

<sup>28</sup> DALLARI, op. cit., p. 23.

<sup>29</sup> MELLO, **Curso de direito**..., p.482.

Na mesma linha de pensamento, Bacellar Filho ensina que a Lei 8.666/93 deve ser considerada nacional somente quanto à emanção dos seus preceptivos gerais. (BACELLAR FILHO, op. cit., p. 94).

<sup>30</sup> JUSTEN FILHO, op. cit., p. 13-14.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 13.

normas gerais editadas pela União, detendo os mesmos competência legislativa suplementar em matéria de licitações e contratos.

Porém, existe dificuldade em reconhecer quais normas, entre as constantes do Estatuto Federal das Licitações, são gerais, isto é, quais as regras que devem ser aplicadas uniformemente em todo o País, pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Convém descrevermos o entendimento de JUSTEN FILHO, ao ponderar que "...negar a uma disposição da Lei 8.666/93, a condição de 'norma geral' não equivale a negar a sua constitucionalidade. O dispositivo valerá como disposição específica no âmbito da União, liberando-se os demais entes federativos para disciplinar com autonomia a mesma matéria.".<sup>32</sup>

#### 2.4. PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À LICITAÇÃO PÚBLICA

Existem princípios consagrados constitucionalmente que norteiam a atividade da Administração Pública em todas as suas formas, impondo-lhe o dever de efetuar licitações. São os princípios elencados no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, aos quais os autores costumam acrescentar os princípios da razoabilidade, motivação e probidade administrativa.

Além dos princípios que obrigam a Administração a utilizar-se de um procedimento licitatório, outros informam a atividade da Administração especificamente em todas as etapas de realização de um certame ou ainda quando esta realize uma contratação direta, como será visto mais adiante, obrigando a Administração a praticar uma série de atos determinados.

Interessante destacar o pensamento de ZANELLA DI PIETRO, ao afirmar que:

Uma primeira observação é no sentido de que a própria licitação constitui um princípio a que se vincula a Administração Pública. Ela é uma decorrência do princípio da **indisponibilidade do interesse público** [grifo do autor] e que se constitui em uma

---

<sup>32</sup> Ibid., p. 14.

restrição à liberdade administrativa na escolha do contratante; a Administração terá que escolher aquele cuja proposta melhor atenda ao interesse público.<sup>33</sup>

Com relação aos princípios que informam o procedimento licitatório, LOPES MEIRELLES<sup>34</sup> trabalha com os princípios do procedimento formal - (artigo 4<sup>a</sup>, Lei 8.666/93), que vincula a Administração à obediência de todos os atos e fases, prescritos legalmente, para a realização de uma licitação<sup>35</sup>; da publicidade de seus atos - que impõe à Administração o dever de divulgação de todos os atos que compõem o procedimento licitatório (artigo 3<sup>o</sup>, §3<sup>a</sup>, da Lei 8.666/93)<sup>36</sup>; da igualdade entre os licitantes - que, constituindo uma das finalidades da licitação, significa que o procedimento de seleção não pode discriminar participantes, nem as cláusulas do instrumento convocatório podem ser elaboradas de modo que afastem eventuais proponentes qualificados ou os discriminem por ocasião do julgamento (art.3<sup>o</sup>, §1<sup>o</sup>); do sigilo na apresentação de propostas - deriva do princípio da igualdade e possibilita preservar o caráter competitivo do certame, bem como a objetividade no julgamento das propostas, de acordo com o artigo 3<sup>o</sup>, §3<sup>o</sup>, da Lei de Licitações e Contratos; da vinculação ao edital ou convite - princípio que vem descrito nos artigos 41 e 43, inciso V, impondo à Administração e aos licitantes vinculação aos termos do pedido ou permitido no Edital, no que concerne ao procedimento, à documentação, às propostas, ao julgamento e ao contrato; do julgamento objetivo - consagrado no artigo 45 da Lei 8.666/93, que obriga os julgadores a considerar, para o julgamento e classificação das propostas, somente os critérios fixados em Edital e nos termos específicos das propostas, não se permitindo um julgamento subjetivo, o que afasta a discricionariedade na escolha das propostas; e, por fim, adjudicação compulsória

---

<sup>33</sup> DI PIETRO, op. cit., p. 294.

<sup>34</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 11<sup>a</sup> ed. Atual. por AZEVEDO, Eurico de Andrade; PRENDES, Célia Marisa. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 26-34.

<sup>35</sup> Ressalta-se que esse princípio não tem o condão de exigir que a Administração seja formalista a tal ponto que anule o procedimento, inabilite licitantes ou desclassifique propostas tendo em consideração apenas simples omissões ou irregularidades na documentação ou proposta, "...desde que tais omissões ou irregularidades sejam irrelevantes e não causem prejuízo à Administração ou aos concorrentes.". (Ibid., **Licitação e contrato...**, p. 27).

Semelhante posição é sustentada por Sundfeld, ao afirmar, que "...a licitação não se conduz pelo culto vazio das formas, pelo rigorismo estéril e sem conteúdo. O formalismo, nela, é um instrumento de igualdade e moralidade...". (SUNDFELD, op. cit., p. 23).

<sup>36</sup> Zanella Di Pietro elenca uma série de dispositivos da Lei 8.666/93 que constituem aplicação do princípio da publicidade. (DI PIETRO, op. cit., p. 298-299).

ao vencedor - ato obrigatório a ser realizado a favor de quem foi classificado em primeiro lugar.

Já GASPARINI aponta os seguintes princípios<sup>37</sup>: legalidade, pelo qual se impede um comportamento contrário à ordem jurídica; impessoalidade e igualdade, que impedem discriminação entre os licitantes; moralidade, pelo qual "...exige-se do agente público uma conduta ética marcada por comportamentos legais e honestos no exercício da atividade administrativa e, por conseguinte, na condução de qualquer licitação." <sup>38</sup>; publicidade, que impõe a publicação dos principais atos do procedimento; probidade administrativa, por intermédio do qual não se pode praticar atos ou selecionar propostas que sejam atentatórias à probidade administrativa, ou seja, que não se revelem na alternativa que melhor satisfaz a necessidade da Administração Pública; vinculação ao instrumento convocatório, o qual é decorrência do princípio formal e impõe a vinculação dos proponentes e entidade licitante à obediência obrigatória aos termos do Edital; julgamento objetivo, que impõe que o julgamento seja feito segundo critérios objetivamente descritos do Edital; e, por último, fiscalização da licitação pelos interessados ou qualquer cidadão, princípio essencial aos Estados Democráticos de Direito. O autor ainda acrescenta o princípio da competitividade, disposto no artigo 3º, §1º, I, da Lei 8.666/93, segundo o qual não se pode praticar atos que visem a comprometer, restringir ou frustrar a disputa entre interessados em participar dos negócios da entidade, sob pena de a licitação ser considerada inexistente, e o princípio da padronização, disposto no artigo 15, inciso I, do Estatuto Federal Licitatório.

---

<sup>37</sup> GASPARINI, op. cit., p. 397-413.

<sup>38</sup> Ibid., p. 398.

### 3. CONTRATAÇÃO DIRETA

A regra constitucional que impõe a obrigatoriedade de licitação prévia para contratações da Administração Pública, nas modalidades previstas pelo ordenamento jurídico, é muito clara (artigo 37, *caput* e inciso XXI), proclamando a obrigatoriedade de licitação antecedendo as contratações da Administração Pública, “ressalvados os casos especificados na legislação”.

Logo, a realização de contratação direta foi pensada pelo legislador constitucional como exceção, e, como tal, suas hipóteses devem ser interpretadas restritivamente, tanto pelo legislador infraconstitucional como pelo administrador. Daí a importância de esclarecerem-se os contornos das hipóteses estabelecidas pelo legislador como ensejadoras de contratação direta, definindo claramente seus limites e requisitos, para que não sejam adotadas em desconformidade com o comando constitucional, ou seja, licitação como regra e contratação direta como exceção.

MENEZES NIEBUHR assinala que de acordo com a sistemática da Constituição Federal, “...a obrigatoriedade de licitação pública é a regra, e a contratação direta, a exceção [grifo do autor]. E essa relação apresenta-se ao legislador como espécie de norma programática, uma diretriz que ele deve seguir sob pena de inconstitucionalidade.”.<sup>39</sup>

Nesse ponto, interessante lembrarmos o pensamento de COMADIRA, para quem as exceções, se estruturadas em pautas objetivas e racionais, não fazem mais do que conformar a regra.<sup>40</sup>

Assim, embora o dever de licitar seja a regra geral, como o próprio texto constitucional aduz, hipóteses existem em que a licitação formal seria impossível ou frustraria a própria consecução dos interesses públicos, conduzindo ao seu sacrifício e não assegurando a contratação mais vantajosa. Nesses casos, a Administração é autorizada a realizar um outro procedimento, livre de algumas formalidades, mas nem por isso autorizando o Poder Público a agir de maneira discricionária, estando

---

<sup>39</sup> NIEBUHR, op. cit., p. 135.

<sup>40</sup> COMADIRA, op. cit., p. 306.

Nas palavras do autor: “ Las excepciones, cuando se fundan en pautas objectivas y razonables, no hacen más que confirmar la regla.”.

as hipóteses em que pode ser adotado o procedimento simplificado estabelecidas em lei.<sup>41</sup>

Para BANDEIRA DE MELLO, a regra geral impositiva de licitação inevitavelmente teria de comportar exceções, tendo em vista a própria finalidade do instituto, posto que sua função é servir ao interesse público e não prejudicá-lo, de modo que “Quando, nem mesmo em tese pode cumprir dita função *seria descabido* [grifo do autor] realizá-la. Mesmo que fosse logicamente possível efetuar-la, seria desarrazoado fazê-lo em face do *interesse jurídico que se tem que atender* [grifo do autor].”<sup>42</sup>. Ainda, o autor faz depender a realização de licitação da ocorrência de certos pressupostos, que podem ser de três ordens: pressuposto fático - devendo existir, ao menos em tese, eventuais interessados em disputar o objeto da licitação; pressuposto lógico - a existência de uma pluralidade de objetos e pluralidade de ofertantes; e pressuposto jurídico – a licitação deve corresponder ao meio apto, ao menos em tese, para a Administração atender ao interesse a que deva prover. Segundo o professor, sem a ocorrência desses pressupostos, não se deveria cogitar de licitação.<sup>43</sup>

Nas hipóteses em que falecem os pressupostos da licitação, embora o Poder Público esteja autorizado, em princípio, a realizar uma contratação direta, isso não significa que não devam ser aplicados os princípios básicos que informam a atuação da Administração Pública, nem se caracteriza livre atuação do administrador. Mesmo nesses casos, existe um procedimento administrativo<sup>44</sup> determinado, que tem por fim assegurar que sejam aplicados os princípios jurídicos fundamentais, permanecendo o dever imposto ao administrador de realizar a melhor contratação possível, assegurando que sejam tratados com igualdade todos os possíveis contratantes.<sup>45</sup>

---

<sup>41</sup> JUSTEN FILHO, op. cit., p. 229.

<sup>42</sup> MELLO, **Pressupostos da licitação...**, p. 128.

<sup>43</sup> Ibid., p. 125,128.

<sup>44</sup> Sobre a necessidade de ser observado um procedimento para as contratações diretas, já se manifestou o Tribunal de Contas da União, através da Decisão 955/2002-Plenário: “Será sempre observada a necessidade de formalização de procedimento, mesmo nos casos de dispensa ou inexigibilidade de licitação, conforme preceituam os arts. 2º e 26, parágrafo único, da Lei 8.666, de 1993.” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Secretaria de Controle Interno. **Licitações e contratos**: orientações básicas. Brasília, 2003. p. 179)

<sup>45</sup> JUSTEN FILHO, op. cit., p. 229.

O procedimento estabelecido nos casos em que possa ser realizada contratação direta, que serão vistos adiante, é o disposto no artigo 26 da Lei 8.666/93. Seguindo-se as orientações desse artigo, tem-se que “ as dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do artigo 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no artigo 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do artigo 8º, deverão ser comunicados dentro de três dias a autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de cinco dias, como condição de eficácia dos atos.”.

O artigo 26 ainda dispõe que os processos de contratações diretas serão instruídos, no que couber, com: “caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso; razão da escolha do fornecedor ou executante; justificativa do preço; e documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados”.

Assim sendo, na realização do procedimento de contratação direta, é imprescindível que a Administração pública exponha as razões pela quais escolheu um determinado contratado (artigo 26, inciso II e princípio da indisponibilidade do interesse público), bem como apresente justificativa para o preço pactuado, de forma a comprovar sua compatibilidade com os valores de mercado (artigo 25, §2º e inciso III).<sup>46</sup>

Interessante o posicionamento de VALLE FIGUEIREDO E FERRAZ, quando ensinam que, ainda que se esteja diante de um caso de contratação direta, existe um procedimento administrativo, subordinado a princípios gerais que informam as contratações administrativas, abrangendo: a caracterização da situação excepcional, a razão da escolha do contratado, tanto no plano quantitativo, quanto no plano qualitativo, a justificativa das condições acertadas, e não só do preço, e a escolha da melhor proposta possível e disponível, sendo que todas essas etapas estão submissas ao dever de plena e expressa motivação.<sup>47</sup>

Nesse procedimento, inicialmente, após verificar a existência de uma necessidade a ser atendida, a Administração definirá um objeto e procurará diagnosticar o meio mais adequado para obtê-lo, de forma que, no momento em que definir as fórmulas para a contratação, ao constatar inaplicabilidade das regras

---

<sup>46</sup> NIEBUHR, op. cit., p. 74.

<sup>47</sup> VALLE FIGUEIREDO E FERRAZ, op. cit., p. 82.

licitatórias, não elaborará ato convocatório, nem dará início à fase externa da licitação, desembocando a atividade administrativa interna na contratação direta. Não se admite, porém, que a Administração contrate alguém por sua livre escolha, sem observar outras formalidades, devendo esta pesquisar a melhor solução, respeitando, dentro das possibilidades, o mais amplo acesso dos interessados à disputa e nunca perdendo de vista os princípios da isonomia (o qual deve ser compatibilizado com as peculiaridades do interesse público a ser atendido na contratação, de modo que a decisão da Administração deverá ser razoável e fundar-se em critérios compatíveis com a isonomia) e indisponibilidade do interesse público.<sup>48</sup>

Conforme JUSTEN FILHO, o objetivo de se adotar um procedimento para as contratações diretas, é demonstrar que a Administração atuou, face às circunstâncias do caso concreto, do melhor modo possível.<sup>49</sup>

A Lei 8.666/93 prescreve como crime deixar de observar as formalidades pertinentes ao procedimento estabelecido para as hipóteses de contratação direta (artigo 89). Com essa premissa, "... a Lei colocou em igualdade de tutela o dever de licitar com o dever de a Administração Pública seguir, pontualmente, os procedimentos estabelecidos para promover a contratação direta."<sup>50</sup>

Faz-se mister lembrar que a justificativa para a adoção da contratação direta em detrimento da realização de licitação não se esgota na afirmação de que a situação se encaixa em um dos incisos dos artigos permissivos da contratação direta. É imperioso que a Administração sempre justifique suas escolhas, em especial, porém, nas hipóteses de contratação direta, pois, como já foi visto, essas constituem exceção ao dever geral de licitar e, como tal, devem ser interpretadas restritivamente. É dever do Administrador demonstrar os motivos determinantes da contratação direta, as razões da escolha de um determinado fornecedor e as justificativas do preço contratado, evidenciando que o mesmo encontra-se de acordo com os valores de mercado.

Segundo JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES, a justificativa da dispensa ou inexigibilidade constitui-se em efetivação normativa do princípio da

---

<sup>48</sup> JUSTEN FILHO, op. cit., p 229-231.

<sup>49</sup> Ibid., p. 291.

<sup>50</sup> FERNANDES, J. U. J. **Contratação direta sem licitação**. Brasília: Brasília Jurídica, 1995. p. 326.

motivação dos atos administrativos.<sup>51</sup> Assim, “A ‘transparência’ que a sociedade reclama do processo decisório administrativo é traduzida juridicamente como o dever de fundamentar as decisões, demonstrando o elo que une a prática do ato ao interesse público mediato ou imediato.”<sup>52</sup> Desse modo, “É, pois, imperioso que a justificativa evidencie todos os requisitos necessários à caracterização da situação que o legislador erigiu como condição *sine qua non* à contratação direta.”<sup>53</sup>

Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União, no acórdão nº. 100/2003 - Plenário, recomendou que a Administração “instrua os processos de contratação direta de acordo com o procedimento estabelecido pelo art. 26, parágrafo único da Lei 8.666/93, de modo a formalizar os elementos requeridos pelos incisos I a IV desse dispositivo por meio de expedientes específicos e devidamente destacados no processo, caracterizando a motivação do Administrador para a prática dos atos.”<sup>54</sup>

### 3.1. MODALIDADES DE CONTRAÇÃO DIRETA: LICITAÇÃO DISPENSADA, DISPENSÁVEL E INEXIGÍVEL

O legislador infraconstitucional tratou da contratação direta em três momentos: licitação dispensada, nos casos do artigo 17, licitação dispensável, nas hipóteses do artigo 24 e licitação inexigível, nas situações do artigo 25, todos da Lei 8.666/93.

O Artigo 17 da Lei de Licitações e Contratos regulamenta as alienações de bens da Administração Pública, assim entendidas as operações, onerosas ou gratuitas, que objetivem transferência de propriedade de bens, pertencentes à Administração, para terceiros<sup>55</sup>. Os incisos I e II desse artigo trazem as hipóteses em que a licitação estará dispensada para a aquisição de bens imóveis e móveis, respectivamente. O traço distintivo dessa modalidade de contratação direta em relação às outras, em especial à licitação dispensável, segundo a maioria dos autores, é o fato de que, nesses casos, a licitação já foi dispensada pelo próprio

---

<sup>51</sup> Ibid., p. 332.

<sup>52</sup> Id.

<sup>53</sup> Ibid., p. 333.

<sup>54</sup> FERNANDES, J. U. J. **Vade-Mécum de licitações e contratos**: legislação selecionada e organizada com jurisprudência, notas e índices. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 404.

<sup>55</sup> FERNANDES, **Contratação direta...**, p. 117.

legislador, não cabendo juízo de oportunidade ou conveniência por parte do agente público, bastando que se configure uma hipótese descrita nesse artigo para que a Administração esteja liberada da obrigação de licitar.

JUSTEN FILHO não considera procedente esta distinção e reconhece a possibilidade de realização de licitação nas situações do artigo 17, se presentes os requisitos para tanto, entendendo o autor que tanto nos casos de licitação dispensada como nos casos de licitação dispensável o administrador pode escolher entre realizar a licitação ou não, pois, se assim não o fosse, o artigo 17 representaria hipóteses de licitação vedada.<sup>56</sup>

Outra distinção entre o artigo 17 e os artigos 24 e 25, da Lei 8.666/93 constitui-se no fato de o primeiro disciplinar hipóteses de alienação de bens e direitos, enquanto que os outros dois dispõem sobre regras para a contratação de obras, serviços ou compras.

Já o artigo 24 da referida lei traz hipóteses em que o próprio administrador, no uso de uma competência discricionária – a qual, como já explanado, não significa livre decisão, segundo interesses pessoais – pode dispensar o procedimento licitatório. São casos em que, em tese, a licitação seria possível, podendo deixar de ser realizada visando-se à proteção de outros interesses públicos que merecem atendimento. Assim, embora possível a competição entre os particulares, a realização de licitação não se mostra como a alternativa mais conveniente ao interesse público.

Logo, conforme expõe MENEZES NIEBUHR, “A dispensa ocorre nas hipóteses em que a realização de licitação pública importaria sacrifícios ou gravames de monta ao interesse público, que não poderiam, com arrimo na razoabilidade, ser suportados pela coletividade.”<sup>57</sup> Como exemplos, têm-se as situações em que valores como emergência (artigo 24, IV) e segurança nacional (artigo 24, IX) precisam ser resguardados.

ABREU DALLARI acredita que as hipóteses de licitação dispensável são decorrentes do princípio da impossibilidade jurídica, “...aplicável quando o confronto dos interesses em jogo pudesse resultar em ofensa aos princípios fundamentais do

---

<sup>56</sup> JUSTEN FILHO, op. cit., p. 234.

<sup>57</sup> NIEBUHR, op. cit., p. 147.

regime jurídico administrativo: supremacia do interesse público sobre o privado e indisponibilidade dos interesses públicos.”.<sup>58</sup>

É preciso lembrar que, mesmo que o administrador se encontre diante de uma hipótese que possa ser enquadrada em um dos incisos do artigo 24, “Se o caso concreto não é daqueles onde se vislumbra a real inconveniência de licitar, a dispensa não se justifica, mesmo quando, à primeira vista, ele pareça enquadrar-se na disposição normativa tomada em abstrato.”.<sup>59</sup>

Não se pode deixar de mencionar que o rol de situações ensejadoras de contratação direta, com fundamento no artigo 24 da Lei 8.666/93, é taxativo, pois, “Não é permitido qualquer exercício de criatividade ao administrador, encontrando-se as hipóteses de licitação dispensável previstas expressamente na Lei, *numerus clausus...*”.<sup>60</sup>

Como observa JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR, o caráter da norma do artigo 24 da Lei 8.666/93 é, “Individuosamente geral, posto que excepciona o dever de licitar, em rol que somente lei federal de normas gerais pode fixar, no exercício da competência privativa da União (CF/88, art. 22, XXVII).”<sup>61</sup>. Isso significa que somente a União pode complementar ou alterar o rol de hipóteses já previstas para a dispensa de licitação.

Nesse ponto, é conveniente destacar que, segundo a maioria dos doutrinadores, as regras estabelecidas na Lei 8.666/93 para as contratações diretas são consideradas normas gerais, devendo ser observadas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, conforme já foi explanado quando se falou em competência para legislar sobre licitações e contratos, em momento anterior.

Por outro lado, a inexigibilidade de licitação caracteriza-se quando não houver possibilidade fática de disputa entre possíveis interessados, evidenciando-se situações de inviabilidade de competição. A inexigibilidade deriva da constatação fática de que, no caso concreto, há ausência de um pressuposto fundamental para que se possa realizar uma licitação: possibilidade de confronto entre os licitantes, de disputa. Já as situações de dispensa de licitação são fruto da vontade do legislador,

---

<sup>58</sup> DALLARI, op. cit., p. 58.

<sup>59</sup> SUNDFELD, op. cit., p. 58.

<sup>60</sup> FERNANDES, *Contratação direta...*, p. 156.

<sup>61</sup> PEREIRA JÚNIOR, J. T. *Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública*. 6. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 258.

podendo ser adotadas embora existam condições para a viabilização do procedimento licitatório, desde que preenchidos os requisitos legais para tanto.

Logo, as hipóteses listadas pela Lei 8.666/93 como ensejadoras de contratação direta por meio do instituto da inexigibilidade de licitação são meramente exemplificativas, pois, como dispõe o *caput* do artigo 25, pode-se considerar a licitação como inexigível sempre que se constate inviabilidade de competição, não podendo o legislador prever todas as situações concretas em que pode ser configurada inviabilidade de competição.

As situações que caracterizam a inexigibilidade serão amplamente abordadas e explanadas em tópico próprio, eis que constituem o objeto do presente estudo. Por ora, a fim de diferenciarmos as modalidades de contratação direta trazidas pela Lei de Licitações e Contratos, devemos apenas ter em mente que:

Há situações em que Administração recebe da lei o comando para a contratação direta; há outras em que a Administração recebe da lei autorização para deixar de licitar, se assim entender conveniente ao interesse do serviço; hipóteses há em que a Administração defronta-se com inviabilidade fática para licitar anuindo a lei em que é inexigível fazê-lo...<sup>62</sup>

Por fim, é importante mencionar que alguns autores entendem que as hipóteses de licitação dispensada, elencadas no artigo 17 da Lei 8.666/93, são, na verdade, hipóteses de inexigibilidade de licitação, pois, a própria lei, nesses casos, já determina, imperativamente, a ausência de licitação, definindo as situações e seus destinatários, o que vem a caracterizar inviabilidade de competição.

Ainda, a maioria da doutrina entende que algumas situações de licitação dispensável, como as descritas nos incisos X (a Administração necessita de um determinado imóvel e só ele satisfaz as peculiaridades do interesse público, tornando-se inviável a competição) e XV (o artigo 13, VII, da Lei de Licitações e Contratos, trata a matéria objeto desse inciso como serviço técnico profissional especializado, e, para a prestação desse serviço, torna-se necessária a qualificação profissional do prestador) do artigo 24, constituem, por sua dicção, verdadeiras situações de inexigibilidade de licitação.

---

<sup>62</sup> Ibid., p. 258.

Sobre as diferenças entre licitação dispensada, dispensável e inexigível, ver: DALLARI, op. cit., p. 45; GASPARINI, op. cit., p. 424; VALLE FIGUEIREDO E FERRAZ, op. cit., p. 36.

#### 4. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO: O ARTIGO 25 DA LEI 8.666/93

A exigência de licitação é regra geral, respaldada pelas disposições do artigo 37, XXI, da Constituição Federal, tendo como fundamento a idéia de competição, destinando-se a realizá-la com observância da isonomia entre todos os possíveis interessados em contratar com a Administração. Assim sendo, segue-se que a *licitação será inexigível quando houver inviabilidade de competição, disputa ou confronto entre os ofertantes. É o que dispõe o artigo 25 da Lei 8.666/93, caput, de modo que “É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial...”*.

Conforme o posicionamento de BANDEIRA DE MELLO, a existência de interessados em disputar a licitação constitui-se em seu pressuposto fático, que se não estiver presente, torna impossível a realização de licitação. Na opinião do jurista, há inviabilidade lógica do certame quando há falta de pressupostos lógicos da licitação (existência de uma pluralidade de objetos e pluralidade de ofertantes), em duas hipóteses: quando o objeto pretendido é singular, sem equivalente perfeito – e, nesse ponto, o autor distingue os bens singulares em sentido absoluto, que são os bens dos quais só existe uma unidade; os bens singulares em razão de um evento externo, por força de um fator externo que a ele se incorporou, aderindo o bem à uma qualidade que o singularizou; e os bens singulares em razão da natureza íntima do objeto, consubstanciando-se em realizações artísticas, técnicas ou científicas, marcadas pelo estilo ou cunho pessoal de seu autor – ou quando só há um ofertante, embora possam existir vários objetos equivalentes.<sup>63</sup>

De maneira geral, pode-se dizer que a inexigibilidade de licitação deriva da inviabilidade de competição. Porém, definir esse último conceito é tarefa bastante cuidadosa.

JUSTEN FILHO entende que diferentes causas podem produzir inviabilidade de competição, sendo essas as diversas hipóteses de ausência de pressupostos necessários à licitação, que, para o autor, são os seguintes: ausência de alternativas

---

<sup>63</sup> MELLO, **Curso de direito...**, p. 493-494.

O autor afirma que “São licitáveis unicamente objetos que possam ser fornecidos por mais de uma pessoa, uma vez que a licitação supõe disputa, concorrência, ao menos em potencial, entre ofertantes.”. (MELLO, **Curso de direito...**, p. 493).

– falta de alternativas para serem entre si cotejadas; ausência de mercado concorrencial – não há ofertas permanentes de contratação, embora possam existir diferentes alternativas para a consecução do interesse público; ausência de objetividade na seleção do objeto – impossibilidade de seleção segundo critérios objetivos e ausência de definição objetiva da prestação a ser executada – o conteúdo da obrigação somente se definirá ao longo da execução.<sup>64</sup>

SUNDFELD acredita que a inviabilidade de competição decorre ou da singularidade do objeto pretendido, ou da unicidade de fornecedor, ou da especificidade da operação.<sup>65</sup>

Quanto às situações descritas nos incisos I, II e III do artigo 25, é pacífico o entendimento de que a expressão “em especial”, no caput do referido artigo, já elucidada o fato de que essas situações são apenas exemplificativas, podendo ser constatada a inviabilidade de competição em diversas outras hipóteses concretas, diferentemente das situações de licitação dispensável, que só podem ser adotadas nas hipóteses taxativamente previstas pelo legislador.

Assim, outras situações podem surgir, não dispostas no artigo 25, porém caracterizadoras da referida inviabilidade e determinantes de contratação direta. Nessas hipóteses, pode-se fundamentar a contratação no *caput* do artigo 25, ficando o administrador com a obrigação de demonstrar, motivadamente, por qual razão, no caso concreto, a competição não é possível. Essa obrigação também existe quando a contratação for fundamentada em um dos incisos do referido artigo, porém, restará a mesma cumprida se for demonstrada a presença dos requisitos por eles enunciados, que se presentes, inviabilizam a competição no caso concreto. Alguns autores entendem que é necessária a demonstração da inviabilidade de competição, além do preenchimento dos requisitos, situação que será melhor elucidada quando dos comentários ao inciso II do artigo 25.

De qualquer maneira, a existência dos incisos é importante, pois, embora os incisos apenas enunciem situações de inviabilidade de competição, trazem também requisitos e pressupostos para a contratação direta, impondo limites à atividade do administrador, já que as regras dos incisos deverão também ser aplicadas, na

---

<sup>64</sup> JUSTEN FILHO, op. cit., p. 269-271.

<sup>65</sup> SUNDFELD, op. cit., p. 43.

medida do possível, às situações concretas em que estiver presente a inviabilidade de competição, porém em hipótese não enquadrável em nenhum dos três incisos.<sup>66</sup>

#### 4.1. PROCEDIMENTO NA CONTRATAÇÃO DIRETA POR INEXIGIBILIDADE

Quando a Administração deseja realizar uma contratação direta, deverá seguir um procedimento, mais simples que procedimento a ser seguido para a realização de licitação, mas informado também pelos princípios que regem a Administração Pública, pois o fato de não estar realizando a licitação não autoriza o Poder Público a agir de maneira discricionária, devendo ser obedecidas as disposições do artigo 26, da Lei 8.666/93, como condições de validade e eficácia da contratação direta a ser realizada.

O procedimento a ser seguido na contratação direta por inexigibilidade de licitação segue as seguintes etapas: requisição – pedido, definição clara e sucinta do objeto de interesse da Administração, bem como das razões de interesse público que ensejaram o pedido; instauração do processo – analisando a existência de recursos orçamentários, a autoridade superior, por critérios de conveniência e oportunidade, determinará a abertura do processo administrativo; ato de inexigibilidade – nesse ato deverá constar: justificativa para a inexigibilidade (por força do princípio da motivação, evidenciando-se o preenchimento de todos os requisitos legais), justificativa da escolha do contratado (impõe-se pelos princípios da motivação e da isonomia, demonstrando-se que o particular reúne as condições mínimas para contratar com o Poder Público, o que deve ser feito através de uma prévia habilitação<sup>67</sup>) e justificativa do preço (necessária em atendimento aos princípios da motivação, economicidade e razoabilidade); parecer jurídico – a assessoria jurídica deve manifestar-se sobre a legalidade da inexigibilidade e do procedimento; e, por fim, decisão pela contratação, ratificação da autoridade superior e publicação, devendo ocorrer comunicação do ato de inexigibilidade dentro

---

<sup>66</sup> JUSTEN FILHO, op. cit., p. 273.

<sup>67</sup> Sobre a necessidade de comprovação da situação fiscal da empresa contratante, em casos de dispensa ou inexigibilidade de licitação, manifestou-se o Tribunal de Contas da União, no acórdão 260/2002-Plenário. (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Secretaria de Controle Interno, op. cit., p. 176).

de 03 (três) dias, à referida autoridade, para ratificação e publicação na Imprensa Oficial em um prazo de 05 (cinco) dias. <sup>68</sup>

## 4.2. CASOS DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

### 4.2.1. Produtor ou Vendedor Exclusivo: Artigo 25, Inciso I <sup>69</sup>

A hipótese descrita no inciso I do artigo 25, da Lei 8.666/93, refere-se à aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo. São casos em que somente um ofertante dispõe do objeto que satisfaz ao interesse público. Nessas situações, a Administração Pública não dispõe de alternativas, e não há sentido em realizar licitação se não pode haver disputa entre os licitantes, visto que só um é detentor do objeto de interesse da Administração.

Para BANDEIRA DE MELLO, “Só se licitam bens homogêneos, intercambiáveis, equivalentes. Não se licitam coisas desiguais. Cumpre que sejam confrontáveis as características do que se pretende e que quaisquer dos objetos em certame possam atender ao que a Administração almeja.”. <sup>70</sup>

Nota-se que, para que esteja configurada a situação de inexigibilidade ora em tela, não basta a exclusividade da pessoa do fornecedor ou executante, sendo também necessário que somente o determinado objeto, com exclusão de qualquer outro, possa satisfazer a necessidade da Administração, que prima pelo atendimento ao interesse público, ao que se pode chamar de “dupla exclusividade” <sup>71</sup>. Assim, deve estar demonstrada a necessidade de aquisição do objeto que será contratado com o fornecedor único.

---

<sup>68</sup> Equipe de Redação. Inexigibilidade de licitação: requisitos e procedimento nos contratos firmados com base no artigo 25, incs. I e II, da Lei 8.666/93. **Informativo de Licitações e Contratos**, Curitiba/PR, Ano XII, nº 133, p. 228-232, março 2005.

<sup>69</sup> 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.

<sup>70</sup> MELLO, *Curso de direito...*, p. 494.

<sup>71</sup> PEREIRA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 305.

Entendimento análogo foi exarado pelo Tribunal de Contas da União, no acórdão 918/2003-Segunda Câmara (Relatório do Ministro Relator), afirmando-se que, para o enquadramento no dispositivo do artigo 25, inciso I, não basta a existência de uma determinada empresa, fornecedora ou representante exclusiva de um bem ou serviço, sendo imprescindível que o objeto seja o único capaz de atender com satisfação às necessidades da Administração, não havendo no mercado outros produtos similares, de modo que esteja demonstrada a singularidade do interesse público que justifique a contratação.<sup>72</sup>

Com relação à amplitude do inciso I do artigo 25, há autores que entendem que o mesmo restringe-se à aquisição de objetos, sem abranger serviços e obras, e outros que sustentam que a hipótese também abrange serviços e obras, se prestados de modo exclusivo, pois, desse modo, também revelam ausência de alternativas para Administração.

JUSTEN FILHO, explica que "...reputar que o inc. I não se aplica a serviços e a obras não elimina o cabimento da contratação direta, que poderá fundar-se diretamente no *caput* do art. 25. O único efeito da interpretação restritiva do inc. I consiste em afastar o cumprimento dos requisitos formais rigorosos ali estabelecidos."<sup>73</sup>

Sobre o tema, o Tribunal de Contas da União, no acórdão 1512/2004, já recomendou que se restringisse a aplicação do inciso I, do artigo 25, da Lei 8.666/93, somente para os casos de compras, não devendo ser abrangidos, portanto, serviços.<sup>74</sup>

#### 4.2.1.1. A questão da definição do objeto e a vedação à preferência de marca

Faz-se mister reconhecer que a Administração, durante a atividade de definição do objeto a ser contratado, deve verificar diversas soluções, dentre as disponíveis para a satisfação do interesse público, devendo realizar intensos

---

<sup>72</sup> Disponível em < [https://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ MostraDocumento? qn= 3&doc= 1&p=1&templ= def](https://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=3&doc=1&p=1&templ=def)> Acesso em 22. abr. 2005.

<sup>73</sup> JUSTEN FILHO, op. cit. p. 276.

<sup>74</sup> **Diário Oficial da União**, Brasília, 08 out. 2004. Nº 195, Seção I, p. 180.

estudos e ampla pesquisa de mercado<sup>75</sup>, estando vedada a conduta de definir o objeto com características tais que, desnecessárias ao atendimento da finalidade pública que se deseja alcançar com a contratação, levem à escolha de um objeto que só pode ser adquirido de um único fornecedor, direcionando de modo reprovável a contratação e provocando indevidamente situação de inexigibilidade.

Nesse diapasão, SUNDFELD assevera que a Administração, ao escolher as características do objeto que deseja, já define a viabilidade ou não do certame, sendo por essa razão que a determinação do objeto requer cuidados para que não haja infração aos princípios licitatórios, em especial ao princípio da igualdade, de modo que o Poder Público só pode exigir que o objeto tenha certas características se a ausência dessas torne o mesmo sem utilidade, tendo em vista o específico interesse público que ensejou a contratação.<sup>76</sup>

Ao desenvolver as atividades acima mencionadas, a Administração deve sempre procurar fazê-lo de maneira objetiva, uma vez que a própria Lei, ao tratar da situação de inexigibilidade descrita no inciso I do artigo 25, veda a preferência de marca.

Observa JUSTEN FILHO que essa vedação deve ser entendida como proibição apenas à utilização arbitrária de uma marca para a definição do objeto. Não se reprovava a escolha de uma marca como meio de identificação de um objeto, escolhido em razão de suas qualidades intrínsecas, vedando a Lei apenas escolhas imotivadas, posto que o critério de decisão não pode ser simplesmente a marca. Assim, quando houver justificativa técnico-científica para tanto, e a marca foi utilizada somente para a perfeita identificação de um objeto, sem que tenha sido essa a razão de sua escolha, o comportamento da Administração não é reprovável.<sup>77</sup>

---

<sup>75</sup> Nas situações em que não há competição no mercado, tais como a contratação de fornecedor exclusivo, a justificativa do preço torna-se mais complexa, mas pode a Administração, por exemplo, instruir o processo com a tabela de preços praticada pelo fornecedor, juntar aos autos orçamentos de produtos similares - mas cujas características não autorizam instaurar licitação, visto que só o objeto a ser contratado atende ao interesse público - ou, ainda, juntar publicações em Diário Oficial de outras contratações feitas por órgãos públicos com esse mesmo fornecedor. (Equipe de Redação, *op. cit.*, p. 230).

<sup>76</sup> SUNDFELD, *op. cit.*, p. 43.

<sup>77</sup> JUSTEN FILHO, *op. cit.*, p. 273-274.

Sobre as possibilidades em que é válida a escolha de uma determinada marca pela Administração Pública, ver GASPARINI, *op. cit.*, p. 402.

JACOBY FERNANDES discorre que não se pode inibir a ação do agente público quando um objeto de determinada marca seja a alternativa mais adequada para satisfazer eficazmente o interesse público, devendo a justificativa para tanto vir amparada em motivos de ordem técnica, mediante laudo pericial circunstanciado, que demonstre as razões de um objeto de certa marca ser essencial <sup>78</sup>. Segundo o supracitado autor:

...parece mais razoável que sejam indicadas as características que levaram à designação da marca, fazendo alusão a mesma, seja entre parênteses, seja anunciando as características e anunciando a marca seguida da expressão *ou similar* [grifo do autor] (...). Contudo se, mesmo existindo outro similar, a Administração só se satisfizer com a marca, essa deverá ser expressamente indicada, ao invés das características exclusivas, posto que não deve o Administrador praticar ato simulado.” <sup>79</sup>

Segundo o entendimento demonstrado pelo Tribunal de Contas da União, no acórdão nº 1.739/2003-Plenário, estudos técnicos idôneos, com os elementos previstos no artigo 12 da Lei 8.666/03 (segurança, funcionalidade e adequação ao interesse público; economia na execução, conservação e operação; possibilidade de emprego de mão-de-obra, materiais, tecnologia e matérias-primas existentes no local para a execução; conservação e operação; e facilidade na execução, conservação e operação) podem justificar a escolha de uma marca, o que não pode ser feito com base em dados ou características concebidas pelo próprio interessado na contratação. <sup>80</sup>

Não se pode deixar de analisar aqui a questão da padronização, visto que da sua adoção pode derivar a escolha de uma marca e ausência de alternativas para Administração. Ou seja, a padronização pode levar à inviabilidade de competição.

O artigo 15, I, da Lei de Licitações e Contratos dispõe que os processos de compras da Administração Pública deverão, sempre que possível, atender ao princípio da padronização. Isso significa dizer que a regra para compras do Poder Público é a padronização, isto é, deverá a Administração adotar um modelo, um

---

<sup>78</sup> FERNANDES, *Contratação direta...*, p. 293-294.

<sup>79</sup> *Ibid.*, p. 294.

<sup>80</sup> FERNANDES, *Vade-mécum de licitações...*, p. 377.

padrão para suas compras, que possa satisfazer vantajosamente ao interesse público.

A padronização é imposta com a finalidade de evitar aquisições de bens diferentes, no que respeita aos seus elementos componentes, à qualidade, à produtividade e à durabilidade, o que implicará direta e imediatamente no estoque, na manutenção, na assistência técnica, nos custos, no controle e na atividade administrativa.<sup>81</sup>

Como lembra JUSTEN FILHO, a padronização é um "...instrumento de racionalização da atividade administrativa, com redução de custos e otimização da aplicação de recursos."<sup>82</sup>. Entende o autor que, adotando-se o procedimento da padronização, pode ser selecionado um objeto que só pode ser prestado por um único fornecedor, tornando-se inviável a competição, assim como o procedimento poderá resultar em um produto identificável através de uma marca determinada, afirmando o professor que não há infringência à vedação a preferência de marca, porque, no caso, a marca seria escolhida apenas como instrumento de identificação, sendo que a preferência não é pela marca, mas pelo objeto.<sup>83</sup>

Nessa linha de raciocínio, o Tribunal de Contas da União, na Decisão 1196/2002-Plenário, admitiu a indicação de marca para fins de padronização, desde que a escolha seja fundamentada em razões de ordem técnica.<sup>84</sup>

Não se pode esquecer, como bem adverte JACOBY FERNANDES, que a indicação de uma marca por meio de processo de padronização pode não levar à inexigibilidade de licitação. Haverá inviabilidade de competição se, na localidade, só houver um fornecedor daquele produto, pois, se houver possibilidade de disputa entre os fornecedores da marca escolhida, deve haver licitação para a compra do produto.<sup>85</sup>

A esse respeito, na Decisão 686/1997-Plenário (Relatório do Ministro Relator), afirmou o Tribunal de Contas da União que, mesmo admitindo-se a escolha de uma marca para fins de padronização, se houver a possibilidade de os bens

---

<sup>81</sup> GASPARINI, op. cit., p. 399.

<sup>82</sup> JUSTEN FILHO, op. cit., p. 144.

<sup>83</sup> Ibid., p. 144-146.

<sup>84</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Secretaria de Controle Interno, op. cit., p. 53.

<sup>85</sup> FERNANDES, *Contratação direta...*, p. 294.

serem fornecidos por várias empresas, justifica-se e impõe-se como obrigatória a licitação.<sup>86</sup>

#### 4.2.1.2. A questão geográfica

Na contratação de fornecedor exclusivo por inexigibilidade de licitação deve ser verificada a extensão geográfica da avaliação, ou seja, qual localidade deve ser considerada para fins de verificação de ausência de alternativas para a Administração.

LOPES MEIRELLES faz uma distinção entre exclusividade industrial e exclusividade comercial, sendo a primeira do produtor privativo no país e a segunda dos vendedores e representantes na praça. No caso do produtor, só ele produz um determinado material, equipamento ou gênero, logo, necessitando a Administração de quaisquer dos seus produtos, só dele poderá adquiri-los. Já quando se trata de vendedor ou representante comercial, podem existir vários no País, e, neste caso, deve ser considerada a exclusividade na praça de comércio que abranja a localidade da licitação.<sup>87</sup>

Continua o jurista dizendo que o conceito de exclusividade comercial relaciona-se com a área privativa do vendedor ou do representante do produtor, considerando-se vendedor ou representante comercial exclusivo, "...para efeito de *convite* [grifo do autor], o que é único na localidade; para *tomada de preços* [grifo do autor], o que é único no registro cadastral; para *concorrência* [grifo do autor], o que é único no País."<sup>88</sup>

Assim, leva-se em consideração o valor da contratação e a modalidade de licitação que lhe seria respectiva para a determinação da abrangência das disposições do inciso I do artigo 25 da Lei 8.666/93.

MENEZES NIEBUHR faz uma ressalva afirmando que deve ser realizada licitação, ainda quando o valor da contratação enquadre-se na modalidade licitatória convite, e mesmo que haja um único fornecedor na praça, se houver outro

---

<sup>86</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Secretaria de Controle Interno, op. cit., p. 53.

<sup>87</sup> MEIRELLES, **Direito administrativo**..., p. 276-277.

<sup>88</sup> Ibid., p. 277. A maioria dos autores tem entendimento semelhante. Justen Filho pondera que "...a melhor solução é uma interpretação extensiva fundada na modalidade de licitação." (JUSTEN FILHO, op. cit., p. 275).

fornecedor cadastrado no órgão competente, pois isso representará a vontade desse fornecedor em atuar comercialmente na praça, mesmo que tenha sede em outra localidade.<sup>89</sup>

Para o caso de haver ausência de opções no Brasil e pluralidade de fornecedores no exterior, JUSTEN FILHO discorre que, sendo normalmente, a escolha entre licitação nacional e internacional um ato político, a decisão de contratar, nesses casos, mediante inexigibilidade de licitação, o fornecedor nacional exclusivo, pode ser considerada válida, conforme as circunstâncias e motivos, de maneira que se deve, segundo o princípio da razoabilidade e os outros princípios fundamentais que informam a atividade administrativa, considerar a dimensão econômica da contratação, conforme esta seja de pequeno valor ou um grande empreendimento.<sup>90</sup>

#### 4.2.1.3. Considerações sobre a forma de comprovação da exclusividade

Da leitura da parte final do inciso I do artigo 25 da Lei 8.666/93 depreende-se que a comprovação da exclusividade que fundamenta a inexigibilidade de licitação nessa hipótese, deve ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou ainda, pelas entidades equivalentes.

O professor JUSTEN FILHO critica uma interpretação formalista das afirmações acima, entendendo que ao Registro de Comércio não incumbe controlar se os representantes são ou não exclusivos, não sendo nem obrigatório o arquivamento dos contratos nesse órgão, sendo então essa formalidade inútil para a Administração Pública. O que vem ocorrendo na prática é a apresentação de “cartas de exclusividade” ao órgão do Registro de Comércio, que emite um atestado informando a existência da citada carta, o que acaba por provar não a exclusividade, mas a existência material de um documento. Assim, para o autor, pode-se verificar a inviabilidade de competição por meio de documentação emitida por entidade idônea

---

<sup>89</sup> NIEBUHR, op. cit., p. 179.

<sup>90</sup> JUSTEN FILHO, op. cit., p. 276.

e confiável, mesmo que não integre o Registro de Comércio e não tenha natureza sindical.<sup>91</sup>

NIEBUHR assinala que sindicato, federação ou confederação patronal são entidades que revelam, no máximo, a atividade dos seus filiados, repassando, então, informações restritas, não aptas à verificação de inviabilidade de competição, pois pode haver pluralidade de fornecedores não filiados, afirmando que os critérios de comprovação de exclusividade lançados pelo legislador não servem efetivamente para comprová-la, servindo apenas como indicativos ou elementos de prova, entre outros que possam realmente comprovar a realidade dos fatos.<sup>92</sup>

O Tribunal de Contas da União já decidiu que, quando do recebimento dos referidos atestados, devem ser adotadas medidas cautelares que visem a "...assegurar a veracidade das declarações prestadas pelos órgãos e entidades emitentes, como, por exemplo, consulta ao fabricante."<sup>93</sup>

Com relação às entidades equivalentes mencionadas no texto normativo do inciso I, do artigo 25, da Lei 8.666/93, tem-se que, em princípio, associações, como as comerciais e clubes de diretores lojistas, podem ser enquadradas como entidades equivalentes para fins de emissão do atestado de exclusividade, mas é preciso que a motivação para a criação da entidade seja a agregação dos empresários, pelo que clubes recreativos e clubes de serviço, por exemplo, não teriam essa legitimidade.<sup>94</sup>

---

<sup>91</sup> Ibid., p. 277.

<sup>92</sup> NIEBUHR, op.cit., p. 181-182.

<sup>93</sup> Decisão 578/2002-Plenário. (BRASIL. Tribunal de Contas. Secretaria de Controle Interno, op. cit., p. 173).

<sup>94</sup> FERNANDES, **Contratação direta...**, p. 300.

Menezes Niebuhr, ao comentar o que vem a ser uma entidade equivalente, traz o exemplo do Instituto de Propriedade Industrial, ressaltando apenas que se o produto for patenteado por uma empresa, mas distribuído e comercializado em várias, impõe-se licitação. (NIEBUHR, op.cit., p. 181).

#### 4.2.2. Contratação de Serviços Técnicos Profissionais Especializados: Artigo 25, Inciso II <sup>95</sup>

A segunda hipótese de contratação direta por inexigibilidade de licitação refere-se à contratação de serviços técnicos profissionais especializados, enumerados no artigo 13 da Lei de Licitações e Contratos, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização.

Ressalte-se que a hipótese de inexigibilidade ora em tela só estará perfeitamente caracterizada se houver, no caso concreto, a presença simultânea dos requisitos acima citados, sendo a relação entre eles muito bem descrita por SUNDFELD, que escreve que não basta um determinado serviço ser técnico profissional especializado para ensejar a contratação por inexigibilidade, de modo que, se o serviço, embora esteja arrolado no artigo 13 da Lei 8.666/93, não for singular, necessitará de licitação para sua contratação, apontando que um serviço técnico profissional só será singular se requerer, por parte de seu executor, uma especial qualificação, especialização. <sup>96</sup>

Portanto, para que possa realizar contratação direta, não basta que a Administração necessite da prestação de um serviço enquadrável no conceito de técnico profissional especializado, ou arrolado entre os serviços descritos no artigo 13 da Lei de Licitações e Contratos, é necessário que esse serviço seja caracterizado como singular, não corriqueiro, não comum, e, ainda, que a contratação recaia em profissional notoriamente especializado.

##### 4.2.2.1. Requisitos

###### 4.2.2.1.1. Serviços técnicos profissionais especializados

A Lei 8.666/93, em seu artigo 13, especificou um rol de serviços considerados técnicos especializados, dispondo, ainda, que, quando não forem

---

<sup>95</sup> Art. 25 - É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:  
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.

<sup>96</sup> SUNDFELD, op.cit., p. 45-46.

contratados por inexigibilidade de licitação (por falta dos outros requisitos, que serão vistos nos tópicos seguintes), devem preferencialmente ser contratados mediante concurso, com estipulação prévia de prêmio ou remuneração. ( artigo 13, §1º).

Logo, o artigo 13 não tem relação exclusiva com as hipóteses de inexigibilidade de licitação, trazendo situações de serviços, que, por suas particularidades, podem ser contratados sem licitação ou por concurso, sendo que serão contratados por inexigibilidade somente se impossível a competição a fim de selecionar a proposta mais vantajosa.<sup>97</sup>

Conforme a doutrina de LOPES MEIRELLES, serviços técnicos profissionais são aqueles que exigem habilitação legal para sua execução, dividindo-se em serviços técnicos profissionais generalizados, que não exigem, para sua execução, outros conhecimentos além do aprendizado em cursos normais de formação profissional, e especializados, que demandam, além da habilitação técnica e profissional, aprofundamento nos estudos, no exercício da profissão, na pesquisa científica, ou através de cursos de pós-graduação ou de estágios de aperfeiçoamento.<sup>98</sup>

A natureza do artigo 13, exemplificativa ou exaustiva, suscita controvérsia entre os doutrinadores; alguns afirmam que o rol é taxativo e a contratação direta, com base no inciso II do artigo 25 da Lei 8.666/93, só poderá ser feita se tiver por objeto um dos serviços dispostos no artigo 13 da mesma lei; outros entendem que o rol é apenas exemplificativo, podendo existir outras hipóteses de serviços profissionais especializados que ensejem contratação direta.

JUSTEN FILHO comenta que, além dos casos arrolados no artigo 13, podem existir inúmeras outras situações de serviços profissionais especializados, sendo as hipóteses relacionadas na Lei apenas exemplificativas. Se um certo serviço não estiver referido no citado artigo, isso não será obstáculo à contratação direta, que poderá ser fundamentada no *caput* do artigo 25<sup>99</sup>. Assim, segundo o

---

<sup>97</sup> JUSTEN FILHO, op. cit., p. 132.

<sup>98</sup> MEIRELLES, **Licitação e Contrato**..., p. 50.

<sup>99</sup> JUSTEN FILHO, op. cit., p. 134-135.

No mesmo sentido, Lopes Meirelles acredita que o rol de serviços enumerados no artigo 13 é apenas exemplificativo, podendo existir outros serviços técnicos especializados, afirmando que, para os serviços arrolados no artigo 13, a licitação é inexigível se o profissional contratado for de notória especialização, sendo indispensável, nos demais casos, que se comprove a inviabilidade de licitação. (MEIRELLES, op. cit., p. 51).

professor, "...a contratação direta não pode estar vinculada automaticamente à previsão ou à não previsão da hipótese no artigo 13." <sup>100</sup>

Por outro lado, GASPARINI e JACOBY FERNANDES ponderam que serviços técnicos profissionais especializados só poderão ser legitimamente contratados, com fundamento no inciso II do artigo 25, caso se trate de um dos serviços arrolados no artigo 13, visto que o rol ali apresentado é exaustivo, devendo as hipóteses serem interpretadas restritivamente. <sup>101</sup>

Por fim, necessário considerar, segundo a dicção do artigo 13, §3º, do Estatuto de Licitações e Contratos, que, no caso de contratação de empresa para a prestação de um serviço técnico profissional especializado, a mesma ficará obrigada a garantir que os integrantes de seu corpo técnico, relacionados em lista apresentada como elemento de justificação para a inexigibilidade, realizem pessoal e diretamente os serviços objeto da contratação.

#### 4.2.2.1.2. Serviços de natureza singular

O segundo requisito para a contratação de serviços técnicos profissionais especializados por inexigibilidade de licitação é que o serviço seja caracterizado como singular, tenha natureza singular.

Na opinião de JACOBY FERNANDES, "singular é a característica do objeto que o individualiza, distingue dos demais. É a presença de um atributo incomum na espécie, diferenciador." <sup>102</sup>. Segundo o autor, a singularidade diz respeito ao objeto a ser contratado, ao serviço pretendido pela Administração e não ao executor do serviço, posto que todo o profissional pode ser considerado singular, uma vez que isso é característica da espécie humana. <sup>103</sup>

---

<sup>100</sup> JUSTEN FILHO, op. cit., p. 135.

<sup>101</sup> FERNANDES, **Contratação direta...**, p. 311; GASPARINI, op. cit., p. 458.

<sup>102</sup> FERNANDES, **Contratação direta...**, p. 308.

<sup>103</sup> Id.

O Tribunal de Contas da União, no acórdão nº. 85/1997-Plenário, entendeu só podem ser contratados por inexigibilidade serviços de natureza singular, sendo que a singularidade é característica do objeto, diferenciando-o dos demais, de modo que singular é o serviço pretendido pela Administração e não o seu executor. Ainda, afirmou-se que a singularidade deve visar ao atendimento do interesse público. (BRASIL. Tribunal de Contas. Secretaria de Controle Interno, op. cit., p. 174).

VALLE FIGUEIREDO E FERRAZ definem por singular aquilo que é insuscetível de paradigma de confronto, que não pode ser cotejável com outros de sua espécie, apresentado-se, dentro de seu gênero, com características tão próprias que não permitem comparação com outros objetos do gênero.<sup>104</sup>

Por sua vez, JUSTEN FILHO acredita que a expressão “ objeto singular”, embora conste apenas do inciso II do artigo 25, pode ser generalizada para todos os casos de inexigibilidade de licitação, já que a singularidade do objeto é reflexo da singularidade do interesse público, que, para ensejar contratação direta por inexigibilidade deve apresentar peculiaridades e anomalias, escapando aos padrões da normalidade, sendo, portanto, singular<sup>105</sup>. Logo, para o autor, “A singularidade consiste na impossibilidade de encontrar o objeto que satisfaz ao interesse público dentro de um gênero padronizado, com uma categoria homogênea.”<sup>106</sup>

Destaca o mesmo autor que, entre os serviços arrolados no artigo 13 da Lei 8.666/93, cada uma das atividades pode envolver situações-padrão e casos anômalos, só estando autorizada a contratação direta desses serviços no segundo caso, ou seja, desde que presente a natureza singular do serviço, caracterizada por uma prestação anômala, incomum, que não pode ser resolvida satisfatoriamente por todo e qualquer profissional especializado. Dessa forma, a natureza singular resulta da conjugação de dois elementos: excepcionalidade da necessidade a ser satisfeita e ausência de viabilidade de seu atendimento por um profissional especializado padrão.<sup>107</sup>

Assim como JUSTEN FILHO, como se observa acima, BANDEIRA DE MELLO também associa o atributo singular do objeto ao contratado, conforme se vê na seguinte passagem:

Em suma: a singularidade é relevante e um serviço deve ser havido como singular quando nele tem de interferir, *como requisito de satisfatório atendimento da necessidade administrativa* [grifo do autor], um componente criativo de seu autor, envolvendo o estilo, o traço, a engenhosidade, a especial habilidade, a contribuição intelectual, artística, ou a

---

<sup>104</sup> VALLE FIGUEIREDO E FERRAZ, op. cit., p. 72.

<sup>105</sup> JUSTEN FILHO, op. cit., p. 272.

<sup>106</sup> Id.

<sup>107</sup> Ibid., p. 279-280.

argúcia de quem o executa, atributos, estes, que são precisamente o que a Administração reputa convenientes e necessita para a satisfação do interesse público em causa. <sup>108</sup>

MENEZES NIEBUHR menciona como pressuposto objetivo para a inexigibilidade de licitação relativa aos serviços técnicos profissionais especializados a natureza singular do serviço a ser contratado, não sendo um serviço rotineiro, mas sim um serviço que exija a intervenção de um especialista e, como pressuposto subjetivo, as qualidades do profissional a ser contratado, devendo este apresentar experiência suficiente, de maneira que se torne também singular. <sup>109</sup>

De todo modo, a expressão “natureza singular” pode ser decomposta em três aspectos: em relação ao próprio objeto – deve possuir uma característica particularizada, individual, que não o classifique dentro dos serviços comuns; em relação ao seu executor – está a singularidade do objeto intrinsecamente ligada ao sujeito executor e suas características pessoais, de modo que o objeto, para ser considerado singular, deve requerer os préstimos de um profissional também singular; e, por fim, em relação ao modo de executar – as características especiais e particulares do sujeito devem refletir-se na execução do serviço contratado, assegurando que seja alcançado o objetivo almejado e seja atendido o interesse público. <sup>110</sup>

Em outras palavras: o essencial é que o serviço não seja comum, não enquadrável como uma prestação padrão entre as necessidades da Administração. Alguns autores, associando a singularidade do objeto ao profissional a ser contratado, entendem que singular é o serviço que apresenta particularidades tais que demandem a atuação de um profissional altamente qualificado, especializado, para sua execução.

---

<sup>108</sup> MELLO, **Curso de direito...**, p. 503.

Seguindo raciocínio semelhante, Abreu Dallari discorre que o serviço é singular se o fator determinante de sua contratação for o seu executante, não sendo irrelevante a pessoa ou o grupo de pessoas que irá presta-lo. (DALLARI, op. cit., p. 50).

<sup>109</sup> NIEBUHR, op. cit., p. 190-192.

Na mesma linha de entendimento, Sundfeld afirma que na hipótese aludida de contratação direta, faz-se necessário que concorram dois elementos: singularidade objetiva, relativa ao serviço, que há de ser incomum, particular, inédito e singularidade subjetiva, relativa ao sujeito que se quer contratar, que deve ser especializado, diferente. (SUNDFELD, op. cit., p. 46).

<sup>110</sup> MUKAI, TOSHIO. O sentido e o alcance da expressão “natureza singular” para fins de contratação por notória especialização. **Boletim de Licitações e Contratos**. São Paulo/SP, Ano XVII, nº 6, p. 404-406, junho 2004.

#### 4.2.2.1.3. Notória especialização

A notória especialização do profissional a ser contratado pela Administração é o último requisito que deve estar presente em uma situação concreta para que se possa admitir a contratação direta por inexigibilidade de licitação, com fundamento no artigo 25, inciso II. Esse requisito, ligado ao profissional a ser contratado para a execução do serviço, limita a escolha da Administração, que não pode, pelo simples fato de estar diante de uma hipótese de inviabilidade de competição, escolher arbitrariamente o contratante, sem estar certa de que a escolha recairá sobre a opção mais adequada para satisfazer ao interesse público.

Desse modo, para a correta configuração dessa hipótese, não basta que o serviço a ser contratado seja um serviço técnico profissional especializado, arrolado no artigo 13 da Lei 8.666/93, mas é preciso que, além disso, o serviço tenha natureza singular e essa singularidade seja necessária para o bom atendimento do interesse administrativo em causa. Disso resulta que é preciso que o desempenho do profissional demande uma qualificação incomum.<sup>111</sup>

Desta maneira, a complexidade do objeto a ser executado exige a intervenção somente de pessoas de alta qualificação. Para evitar que a Administração contrate pessoas não qualificadas para a execução dos serviços de natureza singular, a lei exigiu o requisito da notória especialização.<sup>112</sup>

Especializado é o sujeito que possui maior habilitação, quando comparada com a habilitação normal existente entre os profissionais que exercem a atividade, o que pode ser observado pela existência de elementos como: "...a conclusão de cursos e a titulação no âmbito de pós-graduação, a participação em organismos voltados à atividade especializada, o desenvolvimento frutífero e exitoso de serviços semelhantes em outras oportunidades, a autoria de obras técnicas, o exercício de magistério superior, a premiação em concursos ou a obtenção de láureas, a organização de equipe técnica e assim por diante."<sup>113</sup>

Isso dependerá das peculiaridades de cada serviço e da profissão a ser exercitada, mas é importante que existam evidências objetivas da especialização e

---

<sup>111</sup> MELLO, *Curso de direito*..., p. 504.

<sup>112</sup> JUSTEN FILHO, *op. cit.*, p. 281.

<sup>113</sup> *Id.*

da qualificação do escolhido, isto é, devem existir elementos reais, para que a escolha não se reduza à simples vontade do agente administrativo responsável pela contratação.<sup>114</sup>

Porém, além de exigir que o profissional seja especialista no ramo de atividades no qual se enquadra o serviço pretendido pela Administração, a Lei exige ainda que a especialização seja notória, reconhecida.

Para VALLE FIGUEIREDO E FERRAZ, a singularidade subjetiva contém-se no conceito de notória especialização, podendo ser considerado de notória especialização o profissional ou empresa que possui capacidade mais aprofundada no ramo de atividade que é objeto da contratação, sendo, porém, necessário que a notória especialização, que justificou a contratação de um determinado executor por inexigibilidade de licitação, caracterize-se como essencial para a satisfação do interesse público.<sup>115</sup>

O §1º do artigo 25 da Lei de Licitações e Contratos dispõe que será considerado notório especialista o profissional ou empresa cuja especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita classificar o seu trabalho como essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato. Vê-se que a parte final desse dispositivo estabelece o que os autores costumam chamar de nexos entre as características do profissional notoriamente especializado e a plena satisfação do objeto do contrato.

Observa-se que, quando a Lei alude a "outros requisitos relacionados com suas atividades", evidencia o caráter exemplificativo dos requisitos acima aludidos, devendo a Administração sempre demonstrar por quais motivos a escolha recaiu em determinado profissional, ou seja, quais critérios foram utilizados para a aferição de sua notória especialização.

LOPES MEIRELLES acredita que se estiver presente um dos requisitos acima citados a notoriedade já restará comprovada, pois o elenco legal é exemplificativo, sendo apenas essencial que guarde relação de pertinência com o objeto do contrato e sua existência seja devidamente demonstrada no processo de

---

<sup>114</sup> Id.

<sup>115</sup> VALLE FIGUEIREDO E FERRAZ, op. cit., p. 78-80.

contratação. No entanto, a escolha deverá recair, necessariamente, sobre o profissional cuja atuação possa ser considerada a mais adequada à plena satisfação do objeto do contrato.<sup>116</sup>

JUSTEN FILHO interpreta essa assertiva ponderando que a escolha do profissional notoriamente especializado deve ser permeada pelo princípio da razoabilidade, no sentido de que não será inválida a escolha da Administração caso exista outra alternativa tão adequada quanto a adotada, devendo-se considerar apenas que não pode a Administração contratar alguém se essa opção não se revelar adequada e satisfatória.<sup>117</sup>

MENEZES NIEBUHR acrescenta que para a escolha do profissional notoriamente especializado vige a competência discricionária atribuída ao agente administrativo, tendo o mesmo certa margem de liberdade para avaliar a experiência dos profissionais, segundo o critério da confiança<sup>118</sup>. Nesses casos, a eleição do contratado, entre os diversos sujeitos reconhecidamente capazes, deve recair em profissional ou empresa cujo trabalho desperte na Administração a convicção de que, para o caso, é presumivelmente mais indicado que os outros, despertando-lhe a confiança de que sua intervenção é a mais adequada para o caso.<sup>119</sup>

Sobre o critério administrativo da confiança, é imperioso ressaltar que a mesma não deve advir de fatores puramente arbitrários, fruto de conveniência política, de modo que a decisão da Administração, mesmo quando fundamentada na confiança, tem de ser demonstrada objetivamente, segundo uma relação objetiva entre a conduta passada do sujeito e as perspectivas de sua atuação futura. Essa decisão é discricionária, mas não ofenderá ao princípio da isonomia, dessa forma.<sup>120</sup>

Em síntese, é essencial a demonstração, pela Administração, do nexó entre a prestação de interesse público e as características do profissional a ser contratado,

---

<sup>116</sup> MEIRELLES, **Licitação e contrato...**, p. 52.

<sup>117</sup> JUSTEN FILHO, op. cit., p. 281.

Sundfeld comenta que é materialmente impossível dada a subjetividade envolvida, comprovar, sem qualquer dúvida, que não existe outro profissional mais adequado, bastando, portanto, que se demonstre a plena adequação. (SUNDFELD, op. cit., p. 46).

Já Jacoby Fernandes disciplina que, em princípio, o fato de existirem dúvidas se outros profissionais seriam melhores, poderá evidenciar uma escolha inadequada, bem como a viabilidade de licitação. (FERNANDES, **Contratação direta...**, p. 319).

<sup>118</sup> NIEBUHR, op. cit., p. 194.

<sup>119</sup> MELLO, **Curso de direito...**, p. 503.

<sup>120</sup> JUSTEN FILHO, op. cit., p. 290.

pois deve haver sempre íntima correlação entre a especialização do executor e a singularidade do objeto <sup>121</sup>.

A livre contratação de serviços de alto grau técnico, com profissionais altamente qualificados, deve ser amplamente justificada, correspondendo a uma efetiva necessidade da Administração, objetivamente demonstrável. <sup>122</sup>

Por fim, mister destacar o âmbito dentro do qual deva ser aferida a notória especialização do profissional, não se podendo confundir, nesse ponto, notoriedade com popularidade. Não é necessário um reconhecimento da capacidade do profissional pelo povo, pela coletividade, bastando que o reconhecimento se opere dentro do âmbito das pessoas que atuam na área correspondente ao objeto do contrato. <sup>123</sup>

#### 4.2.2.2. A questão da inviabilidade de competição e a discricionariedade administrativa na hipótese de pluralidade de profissionais técnicos notoriamente especializados

Conforme BANDEIRA DE MELLO, o normal, excetuando-se raras situações, é que exista mais de um profissional ou empresa com elevada qualificação em um setor de atividade, sendo que a Administração deverá optar por algum deles. <sup>124</sup>

Nessas situações, em que existe mais de um profissional técnico notoriamente especializado, em condições de executar o serviço técnico profissional especializado, de natureza singular, há divergências doutrinárias acerca da legalidade da contratação direta, pois alguns autores entendem que não se caracteriza inviabilidade de licitação, a par de estarem presentes todos os requisitos legais acima anunciados, exigidos para a configuração da hipótese.

---

<sup>121</sup> FERNANDES, **Contratação direta**..., p. 320.

Sobre essa relação, no enunciado nº 39, o Tribunal de Contas da União entendeu que “notória especialização só tem lugar quando se trata de serviço inédito ou incomum, capaz de exigir na seleção do executor de confiança, um grau de subjetividade, insusceptível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação.” (FERNANDES, **Contratação direta**..., p. 319).

<sup>122</sup> DALLARI, op. cit., p. 56.

<sup>123</sup> Ibid., p. 53.

Compartilha também este posicionamento Lopes Meirelles, para quem “Notoriedade é, em última análise, para fins de dispensa de licitação, a fama consagradora do profissional no campo de sua especialidade. (MEIRELLES, **Licitação e Contrato**..., p. 51).

<sup>124</sup> MELLO, **Curso de direito**..., p. 504.

De acordo com a lição de JUSTEN FILHO, a inviabilidade de competição não se configura apenas quando há ausência de alternativas para a Administração, podendo ser inviável a competição ainda quando existirem no mercado inúmeros particulares aptos a desempenhar a prestação desejada pela Administração para a satisfação do interesse público <sup>125</sup>. Segundo o professor, a hipótese consiste na inexistência de mercado de serviços concorrential, sendo que, nesses casos, a seleção do terceiro envolve critérios que tendem a ser subjetivos, pois o que será avaliado são fatores relacionados diretamente à personalidade do sujeito, já que a necessidade da Administração envolve prestações consistentes no esforço humano, produto da criatividade humana. Acredita o autor que a singularidade corresponde à natureza do serviço e isso não significa que não possa haver mais de um profissional apto a executá-lo, podendo a contratação direta ser feita, manifestando-se a inviabilidade de competição em razão da ausência de critérios objetivos de seleção, bem como em razão da ausência de um mercado de serviços concorrential, pois profissionais com grande êxito e qualificação não colocam seus serviços no mercado, não se dispondo a competir em um certame aberto. <sup>126</sup>

De mesmo entendimento é a doutrina de NIEBUHR, o qual afirma que a inexigibilidade, nessas situações, é imposta pela inviabilidade de comparar, objetivamente, o toque pessoal, a subjetividade, as particulares experiências dos profissionais especialistas, em razão de que falece a competição, ocorrendo inexigibilidade mesmo que exista pluralidade de especialistas aptos a prestarem o serviço, pois todos realizam o trabalho com traços eminentemente subjetivos, refletindo suas experiências de cunho particular, caracterizando-se a inexigibilidade de licitação pela falta de critérios objetivos de julgamento. <sup>127</sup>

Na mesma linha de pensamento, VALLE FIGUEIREDO E FERRAZ ponderam que “Identificado o notório especializado, pouco importa que ele seja uno (e, portanto, singular), ou integre uma pluralidade de notórios especializados. Identificando-se a situação de notória especialização, o administrador está titulado a fazer a contratação direta...”. <sup>128</sup>

---

<sup>125</sup> JUSTEN FILHO, op. cit., p. 284.

<sup>126</sup> Ibid., p. 277-280.

<sup>127</sup> NIEBUHR, op. cit., p. 185.

<sup>128</sup> VALLE FIGUEIREDO E FERRAZ, op. cit., p. 77.

ANTONIO CARLOS CINTRA DO AMARAL ressalta que a lei, ao se referir ao profissional “mais adequado”, já traz como pressuposto a existência de pelo menos dois, possuindo a Administração discricionariedade para escolher qual deles é o mais adequado.<sup>129</sup>

Portanto, no entendimento dos autores acima citados, na situação demonstrada, há inviabilidade de competição, estando presente o requisito exigido pelo *caput* do artigo 25. Porém, essa inviabilidade não é proveniente da inexistência de mais de um profissional apto a desenvolver o objeto pretendido pela Administração, mas da ausência de critérios objetivos de seleção entre os vários profissionais existentes, bem como da recusa desses em participar de licitações, concorrendo entre si.

Ainda, LOPES MEIRELLES leciona que os serviços técnicos profissionais especializados constantes do rol do artigo 13 da Lei 8.666/93 podem ser contratados diretamente com profissionais ou empresas de notória especialização, sem maiores indagações sobre a viabilidade ou não de competição, contanto que reste comprovada a natureza singular desses serviços.<sup>130</sup>

Divergindo do entendimento dos supracitados autores, que consideram ser inviável a competição, embora possam existir diferentes alternativas para a consecução do interesse público, JACOBY FERNANDES e PEREIRA JÚNIOR, entendem que só se caracteriza a inviabilidade de licitação, mesmo diante de uma situação descrita em um dos incisos do artigo 25, se, no caso concreto, não puder ser viabilizada a disputa, pois, para esses autores, sendo viável a competição, deve o Poder Público realizar a licitação e propiciar a disputa.<sup>131</sup>

Ensinam os supracitados autores que, no caso do inciso II do artigo 25, havendo pluralidade de notórios especializados, todos em condições de executar o objeto pretendido pela Administração, deve ser propiciada competição entre eles. Nas palavras de JACOBY FERNANDES:

Todo o estudo da inexigibilidade de licitação repousa numa premissa fundamental: a de que é inviável a competição, seja porque só um agente é capaz de realizá-la nos termos

---

<sup>129</sup> AMARAL, A. C. C. do. **Ato administrativo, licitações e contratos administrativos**. São Paulo, Malheiros Editores, 1995. p. 111.

<sup>130</sup> MEIRELLES, **Direito administrativo**..., p. 278.

<sup>131</sup> FERNANDES, **Contratação direta**..., p. 281; PEREIRA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 301.

pretendidos, seja porque só existe um objeto que satisfaça o interesse da Administração. Daí porque não se compreende que alguns autores e julgados coloquem lado a lado dois conjuntos de idéias antagônicas, quando firmam o entendimento de que há singularidade, que o agente é notório especialista, mas que mesmo existindo mais de um capaz agente [sic] de realizá-lo a licitação é inexigível a licitação [sic], abandonando exatamente o requisito fundamental do instituto, constante do *caput* do artigo 25, da Lei 8.666/93.<sup>132</sup>

O Tribunal de Contas da União admitiu, em manifestação proferida na Decisão 427/1999-Plenário, o caráter controverso da questão, em sede doutrinária e jurisprudencial, entendendo que na situação prevista no inciso II do artigo 25 da Lei 8.666/93, deve ser fundamentadamente demonstrado que a singularidade do objeto, face à peculiaridade da necessidade administrativa, além do caráter técnico profissional especializado dos serviços e da notória especialização do prestador, inviabiliza a competição no caso concreto, não sendo possível a contratação direta por inexigibilidade de licitação sem a observância do *caput* do artigo 25 da Lei 8.666/93.<sup>133</sup>

Assim, para o Tribunal de Contas da União, a singularidade do objeto, além do caráter técnico profissional especializado dos serviços e da notória especialização do prestador, efetivamente demonstrados, é que fazem valer o requisito exaltado pelo *caput* do artigo 25, isto é, a presença de inviabilidade de competição. Essa afirmação não contraria a opinião dos autores que entendem ser possível a contratação direta nas hipóteses de pluralidade de profissionais notoriamente especializados, visto que, para eles, caracterizada está a inviabilidade de competição, pelas razões acima mencionadas.

Porém, existindo a referida pluralidade de alternativas, torna-se importante a determinação de como deverá ser feita a escolha da Administração e, se essa escolha insere-se dentro da competência discricionária do administrador, quais são os limites para o seu exercício.

Nesses casos, a Administração possui uma margem de discricionariedade para realizar as contratações, devendo esta margem de autonomia ser exercitada

---

<sup>132</sup> FERNANDES, *Contratação direta...*, p. 306.

<sup>133</sup> Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=1&doc=1&p=1&templ=def>> Acesso em 22. abr. 2005.

Interessante a leitura da íntegra da Decisão, uma vez que a mesma aborda detalhadamente a existência de controvérsia na definição da questão.

sob a égide da Lei, sendo dever do administrador avaliar todas as alternativas disponíveis, considerando a finalidade de interesse público a ser atendida. Não está autorizada a conduta de escolha por liberalidade, para satisfazer interesses pessoais, pelo que a Administração deverá demonstrar que a escolha recaiu na melhor alternativa possível para a consecução do interesse público, comprovando economicidade da contratação e ausência de desperdício de recursos. O ato de escolha do particular deve ser motivado, sujeitando-se esse ato aos instrumentos jurídicos de controle de atuação administrativa <sup>134</sup>.

Logo, segue-se que “O limite de liberdade da Administração é determinado pelas peculiaridades do interesse público que se busca satisfazer.” <sup>135</sup>

CINTRA DO AMARAL, citando a lição de Renato Alessi, acredita que está “...contida no exercício da discricionariedade a apreciação e valoração do conceito de ‘profissionais ou empresas de notória especialização’, conceito este que pode ser livremente precisado pela Administração, respeitado o limite a que se refere Alessi, de perseguir um mínimo de interesse público. O mesmo vale para precisar o conceito de ‘o mais adequado’.” <sup>136</sup>

Sobre a relação entre essa competência discricionária e o interesse público envolvido na contratação, VALLE FIGUEIREDO E FERRAZ ponderam que:

“...a discricionariedade administrativa é totalmente coartada pela compatibilização necessária que deve existir entre a escolha do administrador e a necessidade pública a ser implementada. É dizer: o *discrimen* estabelecido (tornando o objeto insuscetível de ser confrontado com os outros) deverá guardar relação de pertinência lógica com os desideratos administrativos.” <sup>137</sup>

Sendo assim, a Administração, ao exercitar sua competência discricionária para a escolha, entre vários profissionais notoriamente especializados, daquele que será o executor do serviço pretendido, deverá evidenciar os motivos de sua escolha, quais requisitos foram ponderados para a consideração do profissional contratado como notório especialista, deixando claras as razões pelas quais o trabalho do

---

<sup>134</sup> JUSTEN FILHO, op. cit., p. 285-286.

<sup>135</sup> Ibid., p. 284.

<sup>136</sup> AMARAL, op. cit., p. 107.

<sup>137</sup> VALLE FIGUEIREDO E FERRAZ, op. cit., p. 69.

profissional escolhido é o que melhor satisfará ao interesse público envolvido na contratação, evidenciando também que o preço contratado está de acordo com os valores de mercado.

Mister lembrarmos que os princípios regentes da atuação do Poder Público também podem ser considerados como limites à sua atividade, devendo sempre ser respeitados pelo administrador, ainda, e principalmente, quando este exerce sua competência discricionária.

Por fim, pertinentes neste ponto, também, as considerações anteriormente feitas em relação ao critério administrativo da confiança, apontado pelos doutrinadores como o critério a ser utilizado pelo Poder Público, quando este esteja exercendo uma competência discricionária, para a escolha do profissional a ser contratado.

#### 4.2.2.3. Serviços de publicidade e divulgação e serviços advocatícios

O artigo 25, inciso II, ao tratar da inexigibilidade de licitação para contratação de serviços técnicos profissionais especializados, expressamente proibiu o uso dessa modalidade de contratação direta para a contratação de serviços de publicidade e divulgação.

A proibição encontra razão de ser no fato de que os contratos publicitários eram atribuídos sem critérios impessoais, de forma que, na prática, o governante acabava por contratar as agências de publicidade com as quais havia trabalhado no período eleitoral. Os abusos induziram à imposição, pelo legislador, de licitação para contratação desses serviços, na modalidade técnica e preço, adotando-se o critério da criatividade, resultando-se na continuidade da vitória das agências contratadas durante o período eleitoral.<sup>138</sup>

Sobre o tema, firmaram-se entre os doutrinadores três correntes de pensamento: a primeira entende que tais serviços envolvem um ato de criação, pessoal e característico, que inviabiliza a licitação; para a segunda, não há razão para se considerar a hipótese como inviabilidade de licitação, visto que em diversos

---

<sup>138</sup> JUSTEN FILHO, op. cit., p. 46-47. O autor acredita que a proibição foi um equívoco, visto que os serviços de publicidade e divulgação refletem a criatividade humana, de modo que licitação é inexigível por não existirem critérios objetivos de julgamento. (JUSTEN FILHO, op. cit., p. 46).

outros ramos da ciência, até com maiores índices de criatividade, admite-se licitação; e a terceira afirma que a regra para a contratação de tais serviços é a licitação, admitindo-se a inexigibilidade de licitação em caráter excepcional.<sup>139</sup>

Outro tema, bastante polêmico, que desperta comentários entre os doutrinadores, é a contratação direta de serviços advocatícios, visto que a Constituição Federal de 1988, em seus artigos 131 e 132, dispõe sobre o corpo jurídico próprio dos entes da Federação, que tem como função a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

Discute-se se é possível à Administração contratar diretamente serviços advocatícios, tendo em vista que o artigo 13 da Lei 8.666/93 classifica como serviços técnicos profissionais especializados trabalhos relativos a pareceres (inciso II), assessorias ou consultorias técnicas (inciso III) e o patrocínio ou defesa de causas judiciais (inciso V).

A doutrina que entende ser possível a contratação direta nessas hipóteses afirma que a contratação estará ligada à causas específicas ou litígios especializados, considerando-se a dimensão das atividades normalmente desenvolvidas e a qualificação dos serviços jurídicos existentes<sup>140</sup>, salientando-se que a contratação deverá ser feita com profissionais ou empresas de notória especialização e o serviço a ser contratado deverá ser singular, assim considerado aquele que exija do seu executante conhecimentos extraordinários, ultrapassando os exigidos regularmente para o exercício da profissão, ou seja, não sejam tarefas usuais e corriqueiras de representação judicial.<sup>141</sup>

Em resumo, e sem entrar detalhadamente na polêmica que o tema gera, pode-se citar a afirmação de ABREU DALLARI, no sentido de que: "...não é possível formular uma afirmação genérica no tocante à exigibilidade de licitação para a contratação de serviços profissionais de advogado, seja em sentido positivo, seja em sentido negativo, pois cada caso é um caso."<sup>142</sup>

---

<sup>139</sup> FERNANDES, **Contratação direta**..., p. 313.

<sup>140</sup> JUSTEN FILHO, op. cit., p. 282.

<sup>141</sup> DALLARI, A. de A. Contratação de serviços de advocacia pela administração pública. In: VERRI JR, A.; TAVOLARO, L. A.; WAMBIER, T.A.V. (Coord.). **Licitações e contratos administrativos**: temas atuais e controvertidos. [São Paulo]: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p.16, 26.

<sup>142</sup> *Ibid.*, p.30.

#### 4.2.3. Contratação de Profissionais do Setor Artístico: Artigo 25, inciso III <sup>143</sup>

Sabe-se que, de acordo com o disposto pelos artigos 23, incisos III e IV, e 216, do texto constitucional de 1988, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, detêm obrigações relativas ao incentivo dos valores artísticos.

JACOBY FERNANDES assevera que a forma mais adequada para que os entes da federação cumpram a obrigação de incentivo ao desenvolvimento artístico não é através da contratação direta. Afirma o autor que, embora existam situações em que a Administração necessite promovê-la – não se olvidando que a individualidade da produção artística acarretará, como regra, a inviabilidade de competição, pois a criatividade humana não é suscetível de parâmetros – é através de concursos, com premiação para os melhores, que a sociedade aproveitará de maneira mais ampla, dada a diversidade dos talentos artísticos oferecidos, bem como pela revelação de novos valores.<sup>144</sup>

JUSTEN FILHO disciplina que o concurso, permitindo a competição entre artistas para a seleção do melhor desempenho, configura-se, realmente, como a alternativa mais adequada, porém somente quando o interesse da Administração for a premiação da melhor performance em determinada área de artes, por exemplo a escolha de uma composição musical para símbolo de instituições públicas, pois há situações em que o interesse público está relacionado à obtenção dos serviços de um artista, o que torna inviável a licitação por falta de critérios objetivos de julgamento para diferenciar as diferentes performances artísticas.<sup>145</sup>

A inviabilidade de licitação, nessa hipótese, segundo MENEZES NIEBUHR, caracteriza-se em tributo à singularidade da expressão artística, uma vez que a arte, sendo expressão da alma, do espírito, da sentimentalidade, da criatividade, não é

---

<sup>143</sup> Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: 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.

<sup>144</sup> FERNANDES, **Contratação Direta**...p. 320.

<sup>145</sup> JUSTEN FILHO, op. cit., p. 283-284.

No mesmo sentido, Menezes Niebuhr entende que "...se a intenção é escolher o trabalho pronto de melhor qualidade técnica, então o concurso é pertinente; mas, se a intenção é promover espetáculo artístico, isto é, contratar a prestação de serviço, que não seja necessariamente o de melhor qualidade, porém o que agrada ao público e o que se alinha às peculiaridades que envolvem a contratação, daí a solução aponta para a inexigibilidade." (NIEBUHR, op. cit., p. 208-209).

objetiva, possuindo uma subjetividade imanente, sendo o serviço prestado com percepção pessoal, subjetiva.<sup>146</sup>

O fato de o inciso III do artigo 25 da Lei 8.666/93 aludir à contratação de *profissionais* do setor artístico é comentado por JACOBY FERNANDES no sentido de que exclui-se a possibilidade de contratação direta de amadores, sendo que os artistas profissionais, bem como seus agentes devem estar inscritos na Delegacia Regional do Trabalho para poderem ser contratados<sup>147</sup>, o que é parcialmente refutado por MENEZES NIEBUHR, que explica que o inciso III do artigo 25 não proíbe a contratação de artistas amadores, apenas preceitua que a contratação não seja feita por inexigibilidade. Contudo, o autor leciona que, em ambos os casos, contratação de profissional ou amador, a escolha do artista dependerá de critérios subjetivos, inviabilizando a competição e autorizando a inexigibilidade.<sup>148</sup>

Segundo o texto legal, impõe-se que a contratação seja feita diretamente ou através de empresário exclusivo, bem como que o contratado seja consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Com relação à exigência legal de que o contrato deva ser realizado diretamente com o artista ou através de empresário exclusivo, o núcleo desse dispositivo é impedir que a contratação seja firmada com empresários não exclusivos, impedindo que terceiros auferam ganhos desproporcionais às custas do trabalho dos artistas.<sup>149</sup>

Ainda, para que o artista possa ser contratado, deve o mesmo ser consagrado pela opinião pública ou crítica especializada, que devem reconhecer as virtudes do sujeito no desenvolver de sua arte, constituindo esse requisito uma forma de limitação à essa hipótese de contratação, evitando-se contratações arbitrárias, impostas por preferências pessoais do administrador.<sup>150</sup>

GASPARINI tece considerações acerca do âmbito geográfico dentro do qual deve ser aferida a consagração do artista, entendendo que a mesma deve ser definida em razão do valor do contrato. Se o valor estiver dentro do limite da modalidade convite, a aferição será a local; se englobar o valor referente à tomada

---

<sup>146</sup> NIEBUHR, op. cit., p. 202-203.

<sup>147</sup> FERNANDES, **Contratação direta**..., p. 321.

<sup>148</sup> NIEBUHR, op. cit., p. 203.

<sup>149</sup> Ibid., p. 204.

<sup>150</sup> JUSTEN FILHO, op. cit., p. 284.

de preços, será a regional; e, se estiver dentro do limite referente à concorrência, será nacional.<sup>151</sup>

Por último, importante lembrar que a contratação do artista deve sempre estar relacionada com o interesse público existente na sua contratação, isto é, devem haver razões de interesse público que justifiquem a contratação.

#### 4.2.4. O Credenciamento

Alguns autores identificam o credenciamento com a situação de inexigibilidade de licitação, devido ao fato de que, ao realizar o credenciamento, a Administração contratará um número ilimitado de ofertantes, sem que haja disputa entre eles, pois todos os interessados que preencherem os requisitos necessários à contratação serão aproveitados.

Observa-se que não há competição ou disputa entre os particulares, pois todos os que estiverem aptos à contratação serão credenciados, cabendo a escolha do profissional não à Administração, mas ao usuário do serviço.

Portanto, não há cabimento em realizar-se licitação para tal fim, destacando-se apenas, conforme bem lembrou JUSTEN FILHO, que, se houver possibilidade de competição objetiva entre os particulares, sendo inviável à Administração credenciar todos os interessados, será necessária a licitação.<sup>152</sup>

MENEZES NIEBUHR afirma que só se impõe a licitação quando há relação de exclusão, em que a Administração escolhe uma pessoa para firmar contrato administrativo, de maneira que o fato de a Administração credenciar todos os interessados já significa que foi preservada a igualdade, não sendo necessário que, para isso, realize licitação pública, já que os credenciados não são desiguais por ato da Administração Pública, mas sim pela população.<sup>153</sup>

---

<sup>151</sup> GASPARINI, op. cit., p. 461.

<sup>152</sup> JUSTEN FILHO, op. cit., p. 40.

<sup>153</sup> NIEBUHR, op. cit., p. 211, 215.

#### 4.3. SUPERFATURAMENTO: ARTIGO 25, § 2º

A contratação direta não pode servir como escudo para que a Administração possa realizar contratações por valores despidos de razoabilidade. Assim é que o artigo 25, §2º, reprime o abuso na contratação direta, seja ela realizada por dispensa ou inexigibilidade, pois, como já foi visto, mesmo nesses casos, permanece para a Administração o dever de buscar a melhor contratação.

Portanto, a legislação impõe que, caso seja comprovado superfaturamento na contratação direta, serão responsabilizados solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável pela contratação.

A Administração, quando realiza uma contratação direta, tem o dever de justificar o preço contratado, não caracterizando essa justificativa, no entender de JACOBY FERNANDES, a mera declaração, pela Administração, em casos de inexigibilidade de licitação, de que contratou o único preço possível pois só havia um fornecedor ou um único possível contratado, devendo a Administração declarar se o valor contratado é compatível com o de mercado.<sup>154</sup>

Como a lei não conceitua o que seja superfaturamento, VALLE FIGUEIREDO E FERRAZ salientam que tal pode representar tanto o valor superior ao mercado em geral, quanto o preço mais elevado que o habitualmente cobrado quando se ajusta com a Fazenda Pública ou, ainda, mais elevado que o adotado em contratações similares pela própria Fazenda Pública.<sup>155</sup>

Para JUSTEN FILHO, o superfaturamento estará caracterizado em casos de contratação por valor superior ao de mercado, estabelecendo o particular, prevalecendo-se pelo fato de estar contratando com a Administração, condições mais onerosas que as existentes no mercado privado. Porém, a conduta só será reprovável se ocorrer uma elevação arbitrária dos preços, de modo que, existindo motivos econômicos para a elevação dos preços, não se enquadra a hipótese como superfaturamento.<sup>156</sup>

---

<sup>154</sup> FERNANDES, **Contratação direta...**, p. 338.

<sup>155</sup> VALLE FIGUEIREDO E FERRAZ, *op. cit.*, p. 81.

<sup>156</sup> JUSTEN FILHO, *op. cit.*, p. 288.

A responsabilização do agente dependerá da verificação de culpa e infringência a deveres funcionais<sup>157</sup>, e o contratado só será responsabilizado se demonstrada a má-fé, a fraude, o conluio, a fim de obter vantagem despropositada.<sup>158</sup>

#### 4.4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fechando o entendimento que se procurou demonstrar com a presente monografia, em conclusão de tudo quanto foi exposto, exaltamos, novamente, por ser tema de grande importância, que a inexigibilidade de licitação, quando possa ser adotada pelo gestor público, deve ser muito bem fundamentada, demonstrando o gestor público, objetivamente, as razões da escolha de um determinado fornecedor, trazendo aos autos toda uma documentação que possa comprovar essa escolha, de acordo com o dispositivo legal (artigo 25 e incisos) que embasará a contratação.

Ainda, deve haver demonstração objetiva de que o preço contratado está conforme aos valores de mercado, e essa comprovação pode ser feita por meio de pesquisas de mercado realizadas pela Administração, por meio da demonstração dos preços praticados pelo fornecedor junto ao mercado privado, ou, ainda, por meio da juntada aos autos dos preços contratados, para o objeto de desejo da Administração, no âmbito dos outros órgãos e entidades da Administração Pública. (artigo 15, incisos III e V, da Lei 8.666/93).

O agente público estando obrigado a observar, em toda a sua atuação, os princípios administrativos norteadores de suas atividades, concretiza o dever de observância ao princípio da motivação, no que respeita à contratação direta por inexigibilidade de licitação, quando fundamenta adequadamente o ato que a declara inexigível. Essa é uma obrigação assumida perante a sociedade e deve ser cumprida em respeito à transparência que deve cercar todas as atividades da Administração.

A licitação inexigível pode dar margem a que o Poder Público exercite uma competência discricionária. Como escolher, por exemplo, entre vários profissionais aptos à realização do objeto almejado, àquele com quem contratar?

---

<sup>157</sup> Id.

<sup>158</sup> SUNDFELD, op. cit., p. 64.

O essencial é que o administrador tenha em mente que todas as suas escolhas devem ser devidamente fundamentadas, não refletindo interesses pessoais, mas sim refletindo objetivamente o interesse público posto em causa.

Procurou-se, com este trabalho, fazer um contorno mais preciso dessas situações, evidenciando limitações à atividade do administrador quando realize uma contratação direta por inexigibilidade de licitação, bem como deixando claras as hipóteses que podem dar margem a tais contratações.

## 5. CONCLUSÃO

A licitação pública é um procedimento administrativo que deve, como regra, de acordo com o disposto pela Constituição Federal, em seu artigo 37, *caput* e inciso XXI, anteceder a realização dos contratos que a Administração necessite firmar com terceiros. Esse procedimento é fundamental para que a escolha do contratado, pela Administração Pública, não seja feita em desrespeito aos princípios administrativos que regem a sua atuação, e, principalmente em desrespeito aos princípios orientadores do regime jurídico que a rege: indisponibilidade do interesse público e supremacia do interesse público sobre o privado.

Dessa maneira, existe todo um procedimento estruturado para que possa ser assegurado aos particulares, que preencham os requisitos necessários para contratar com o Poder Público, igualdade de condições na disputa pelo objeto de interesse da Administração, assim como possa propiciar à mesma a escolha da proposta mais vantajosa para o interesse público.

A licitação foi desenhada pelas previsões constitucionais e também infraconstitucionais (Lei 8.666/93) para atingir esses dois objetivos e garantir uma gestão transparente e impessoal dos recursos públicos.

Contudo, certo é que, em determinadas situações, a realização da licitação, em vez de servir ao interesse público, acabaria por frustrá-lo. Nem sempre a licitação se afigura como o melhor caminho para a consecução do interesse público. Assim, a própria Constituição, a par da regra geral por seu texto enunciada, tratou de ressaltar algumas hipóteses, definidas pela Lei 8.666/93 em seus artigos 17, 24 e 25, como modalidades do que se costuma chamar de contratação direta: licitação dispensada, dispensável e inexigível, respectivamente.

É extremamente necessário o conhecimento das situações em que a Lei autoriza que seja feita a contratação direta, em detrimento da licitação, que é a regra geral, de acordo com o texto constitucional. Logo, as hipóteses ensejadoras de contratação direta devem ser interpretadas restritivamente, sob pena de subverter-se o comando constitucional.

No presente estudo foram abordadas as situações listadas no artigo 25 da referida lei, em que a licitação é considerada inexigível. A inexigibilidade de licitação caracteriza-se quando não houver possibilidade fática de disputa entre possíveis

interessados, evidenciando-se situações de inviabilidade de competição. São hipóteses derivadas da constatação fática de que, no caso concreto, há ausência de um pressuposto fundamental para que se possa realizar uma licitação: possibilidade de confronto entre os licitantes, de disputa.

O inciso I do citado artigo 25 refere-se à aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, constituindo-se em casos em que somente há um ofertante que dispõe do produto que satisfaz ao interesse público, de modo que a Administração Pública não dispõe de alternativas, não havendo sentido em realizar licitação se não pode haver disputa entre os licitantes, visto que só um é detentor do objeto de interesse da Administração. Já o inciso II relaciona-se com a contratação de serviços técnicos profissionais especializados, enumerados no artigo 13 da Lei de Licitações e Contratos, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, devendo, para a correta caracterização dessa hipótese, estarem presentes, simultaneamente, todos os requisitos citados. Por fim, o inciso III refere-se à contratação de serviços artísticos, impondo-se que a contratação seja feita diretamente ou através de empresário exclusivo, bem como que o contratado seja consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Não obstante a Lei ter previsto as hipóteses acima como situações ensejadoras de inexigibilidade de licitação, é certo que outras situações concretas podem surgir, não arroladas no artigo 25, porém caracterizadoras da referida inviabilidade. Em todas as situações em que a competição for inviável, a licitação será inexigível, sendo que as hipóteses descritas nos incisos I, II e III do artigo 25, são apenas exemplificativas, podendo ser constatada a inviabilidade de competição em diversas outras hipóteses concretas.

Nesses casos, pode-se fundamentar a contratação no *caput* do artigo 25, observando-se, no que couber, além da demonstração da inviabilidade de disputa, os requisitos descritos nos incisos do supra aludido artigo.

A oportunidade de o Poder Público realizar contratação direta por inexigibilidade de licitação, bem como por qualquer outra modalidade de contratação direta, não significa, contudo, que não haja um procedimento a ser seguido e nem que a Administração está dispensada da observância dos princípios administrativos, enunciados no *caput* do artigo 37 da Carta Constitucional, que a regem em todas as

suas atividades. Há sim um procedimento a ser seguido nesses casos, mais simples e menos formal, é verdade, mas que faz permanecer, para a Administração, o dever de, na medida do possível, respeitar o princípio da isonomia, justificando todas as suas escolhas, desde a escolha do contratante até a justificativa para o preço contratado, e lançar esforços na busca pela melhor contratação.

A contratação direta não serve de escudo para o administrador realizar contratações desarrazoadas, de acordo com interesses pessoais. Verifica-se que hipóteses de contratação direta existem, e, em especial, já que é objeto de nosso estudo, algumas situações de inexigibilidade de licitação, por exemplo nos casos em que há pluralidade de notórios especialistas em condições de executar o serviço técnico profissional especializado, de natureza singular, pretendido pela Administração, em que o Administrador exercita uma competência discricionária.

Essa competência, no entanto, tendo em vista que a função da Administração Pública é instrumental em relação ao interesse público, sendo toda a sua atividade voltada para a consecução das necessidades da sociedade, encontra seus limites precisamente no interesse público específico que envolve a contratação, pois o objetivo primordial da atuação administrativa é atender a uma finalidade pública. Assim, o procedimento de contratação direta deve estar centralizado ao atendimento da finalidade pública a que a norma que o autoriza alude.

Também os princípios regentes da atuação do Poder Público podem ser considerados como limites à sua atividade, devendo sempre ser respeitados pelo administrador, ainda, e principalmente, quando este exercite sua competência discricionária.

Por tudo quanto foi dito, é essencialmente importante que os agentes administrativos conheçam as particularidades de cada situação propiciadora de contratação direta descrita pela lei 8.666/93, pois são eles que deverão adotar as hipóteses nos casos concretos do dia-a-dia da Administração, restando-lhes o dever de conhecê-las e aplicá-las corretamente, já que o interesse que gerenciam e pelo qual atuam é o interesse público, de toda uma coletividade, e os recursos que administram também são pertencentes à sociedade.

Aos órgãos de Controle Interno, sobre os quais dispõe a Constituição Federal em seu artigo 74, cabe conhecer as hipóteses e fiscalizar a sua aplicação, diligenciando ao Tribunal de Contas respectivo, caso sejam adotadas em

desconformidade com a vontade constitucional e disposições infraconstitucionais sobre o tema.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Ato administrativo, licitações e contratos administrativos**. São Paulo, Malheiros Editores, 1995.

BACELLAR FILHO, Romeu. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Secretaria de Controle Interno. **Licitações e contratos**: orientações básicas. Brasília, 2003.

COMADIRA, Julio R. **Derecho administrativo**: acto administrativo, procedimiento administrativo, otros estudios. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2003.

DALLARI, Adílson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 4. ed. atual. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1997.

\_\_\_\_\_. Contratação de serviços de advocacia pela administração pública. In: VERRI JR, A.; TAVOLARO, L. A.; WAMBIER, T.A.V. (Coord.). **Licitações e contratos administrativos**: temas atuais e controvertidos. [São Paulo]: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p.15-30.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

Equipe de Redação. Inexigibilidade de licitação: requisitos e procedimento nos contratos firmados com base no artigo 25, incs. I e II, da Lei 8.666/93. **Informativo de Licitações e Contratos**, Curitiba/PR, Ano XII, nº 133, p. 225-232, março 2005.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem licitação**. Brasília: Brasília Jurídica, 1995.

\_\_\_\_\_. **Vade-Mécum de licitações e contratos**: legislação selecionada e organizada com jurisprudência, notas e índices. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle; FERRAZ, Sérgio. **Dispensa e inexigibilidade de licitação**. 3. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com as leis 8.666/93 e 8.883/94. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29. ed. Atual. por AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALEIXO, Délcio Balestero e BURLE FILHO, José Emmanuel. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

\_\_\_\_\_. **Licitação e contrato administrativo**. 11. ed. Atual. por AZEVEDO, Eurico de Andrade; PRENDES, Célia Marisa. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

\_\_\_\_\_. Pressupostos da licitação. In: VERRI JR, Armando; TAVOLARO, Luiz Antonio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Licitações e contratos administrativos: temas atuais e controvertidos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 123-132.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

MUKAI, TOSHIO. O sentido e o alcance da expressão “natureza singular” para fins de contratação por notória especialização. **Boletim de Licitações e Contratos**. São Paulo/SP, Ano XVII, nº 6, p. 401-416, junho 2004.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Dispensa e inexigibilidade de licitação pública**. São Paulo: Dialética, 2003.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e contrato administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

## BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

BITTENCOURT, Sidney. O afastamento do procedimento licitatório por inexigibilidade na contratação de serviços técnico-profissionais especializados. **Revista DCAP – Direito Administrativo, Contabilidade e Administração Pública**. São Paulo/SP, Ano VII, nº 10, p. 23-29, outubro 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discrecionalidade administrativa na constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. Alguns casos polêmicos de licitação dispensável e inexigível. O contrato de Gestão. **Boletim de Licitações e Contratos**. São Paulo/SP, Ano XIII, nº 7, p. 378-385, julho 2000.

ZANIN, Vanessa Carina. **Contratação direta sem licitação e caracterização da emergência ficta**. Curitiba, 2004. 68 f. Monografia (Obtenção do Grau de Bacharel de Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.