

INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

Unenforceability of bidding

Elisângela da Libração¹

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Considerações gerais sobre a exigência de licitação. 3. Principais diferenças entre a dispensa e a inexigibilidade de licitação. 4. Hipóteses de inexigibilidade de licitação. 4.1. Considerações gerais e a inviabilidade de competição. 4.2. A exclusividade do fornecedor. 4.3. Serviços técnicos especializados. 4.3.1. Serviços advocatícios. 4.4. A contratação de profissional do setor artístico. 5. A instrução do processo de inexigibilidade de licitação. 6. Inexigibilidade de licitação indevida. 7. Considerações finais. 8. Referências bibliográficas.

RESUMO

Este artigo tem como objetivo o estudo das hipóteses de inexigibilidade de licitação, com enfoque em questões que surgem sobre o tema. Serão estudadas as diferenças principais entre a dispensa e a inexigibilidade de licitação. Os elementos necessários à correta instrução do processo de inexigibilidade de licitação também são destacados neste trabalho, além das consequências decorrentes da declaração de inexigibilidade efetuada indevidamente, com o estudo sobre os efeitos dessa declaração indevida, além da penalização dos responsáveis e reparação dos prejuízos causados ao erário.

ABSTRACT

This article aims to study the hypotheses of unenforceability of bidding, with a focus on issues that arise on the subject. The main differences between the waiver and the unenforceability of bidding will be studied. The elements necessary for the correct statement of unenforceability of bidding process are also highlighted in this work, in addition to the consequences of the declaration of unenforceability done improperly, with the study on the effects of this improper statement, besides penalizing those responsible and repairing the damage caused to the treasury.

Palavras-chave: Licitação. Inexigibilidade. Hipóteses. Instrução. Responsabilidades.

Keywords: Bidding. Unenforceability. Hypotheses. Instruction. Responsibilities.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por finalidade discorrer sobre a inexigibilidade de licitação, como uma das formas de contratação direta da Administração Pública, à luz dos princípios constitucionais e da legislação em vigor. Inobstante nosso ordenamento jurídico consagrar a licitação como regra geral para as contratações, a dispensa ou inexigibilidade ocorrem em hipóteses elencadas pela Lei Federal nº 8.666/93.

Nesse sentido, tratar-se-á da inexigibilidade de licitação com enfoque nas suas hipóteses, abordando-se as principais diferenças existentes entre a dispensa e a

¹ Procuradora do Estado de São Paulo. Graduada em Direito em 2000 pela FMU-Faculdades Metropolitanas Unidas. Pós-graduada em Direito Processual Civil em 2008 pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Pós-graduanda em Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

inexigibilidade de licitação, já que as duas são espécies de contratação direta; como ocorrem a instrução do procedimento e as consequências para o caso de declaração de inexigibilidade indevida.

Note-se que a correta caracterização de uma hipótese de inexigibilidade de licitação é importante para que reste configurada a adequada aplicação dos princípios que regem a Administração, bem como para evitar danos ao erário. É por essa razão que a declaração de inexigibilidade de licitação deve seguir um procedimento com determinados requisitos que serão estudados neste trabalho.

Assim, se faz necessária também, a análise das consequências e implicações sobretudo no tocante à penalização dos responsáveis no caso de a declaração de inexigibilidade de licitação se dar de forma indevida.

Trata-se de estudo relevante, pois a exigência da licitação constitui a regra a ser observada nas contratações efetuadas pelo Poder Público, sendo a inexigibilidade de contratação a exceção, de forma que é primordial a clara definição da ocorrência desta, seus requisitos essenciais e as consequências de contratações diretas equivocadas.

O objetivo do artigo é facilitar o enquadramento das hipóteses de inexigibilidade de licitação para a sua adequada caracterização evitando, assim, a violação da norma que exige a licitação e a ocorrência de prejuízo ao erário.

2. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A EXIGÊNCIA DE LICITAÇÃO

Na Administração Pública são geridos interesses da coletividade, desta forma, o administrador não tem disponibilidade sobre esses interesses.

Segundo Hely Lopes Meirelles:

O princípio do interesse público está intimamente ligado ao da finalidade. A primazia do interesse público sobre o privado é inerente à atuação estatal e domina-a, na medida em que a existência do Estado justifica-se pela busca do interesse geral, ou seja, da coletividade; não do Estado ou do aparelhamento do Estado.²

Devido a essa indisponibilidade do interesse público, bem como, em razão dos princípios da igualdade, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência que regem a Administração Pública, foi determinada como regra a exigência de licitação.

Com efeito, o artigo 37 e inciso XXI da Constituição Federal determinam que:

² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. p. 110.

Artigo 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

XXI- ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

O artigo 2º da Lei nº 8.666/93, que regulamenta o disposto no artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal, prevê a exigência de licitação para as obras, serviços, compras, alienações, concessões, permissões e locações efetuadas pela Administração Pública com terceiros, ressalvando, no entanto, as hipóteses previstas na referida lei.

Por sua vez, o artigo 3º da Lei nº 8.666/93 estabelece:

A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

O dever de licitar decorre da necessidade de permitir uma ampla competição a todos que preencham determinados requisitos sem que haja qualquer privilégio ou discriminação, de forma que a Administração selecione a proposta mais vantajosa, obtendo, assim, a melhor contratação, assegurando, dentre outros, o cumprimento dos princípios da legalidade, isonomia, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência.

Saliente-se, ademais, que, como visto, o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal prevê a possibilidade de lei ordinária fixar hipóteses em que a licitação deixa de ser obrigatória.

Sendo assim, a Lei nº 8.666/93 prevê nos artigos 17, incisos I e II, e 24 as hipóteses de dispensa e, no artigo 25, as hipóteses de inexigibilidade de licitação, que são as duas modalidades de contratação direta.

As hipóteses de inexigibilidade de licitação serão tratadas neste artigo com a especificação de algumas questões que surgem sobre o tema, tais como diferenças entre a dispensa e a inexigibilidade de licitação, a instrução do processo de inexigibi-

lidade de licitação e o caso das consequências da inexigibilidade de licitação efetuada de forma indevida.

3. PRINCIPAIS DIFERENÇAS ENTRE A DISPENSA E A INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

A diferença substancial existente entre a dispensa e a inexigibilidade de licitação é que nos casos de inexigibilidade não há possibilidade de competição, porque só existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração, sendo que, nos casos de dispensa, a possibilidade de competição existe, no entanto, a lei faculta a dispensa do processo licitatório deixando a decisão à Administração, no exercício de sua competência discricionária, após a análise de fatores que envolvem uma relação entre custos e benefícios a fim de se verificar se os custos inerentes à licitação superam os benefícios dela decorrentes.

Verifica-se, assim, que a licitação é a regra, no entanto, quando inviável a competição, ela será inexigível. Havendo possibilidade de competição deverá haver licitação, ressalvados os casos previstos em lei como de dispensa de licitação.

As hipóteses de dispensa de licitação estão previstas nos artigos 17 e 24 da Lei nº 8.666/93, já as hipóteses de inexigibilidade de licitação estão previstas no artigo 25 do mesmo diploma legal.

Importante ressaltar que as hipóteses de dispensa de licitação são *numerus clausus*, ou seja, devem estar expressamente previstas em lei.

Na dispensa, a realização da licitação se mostra objetivamente contrária ao interesse público. Conforme Marçal Justen Filho, “a lei dispensa a licitação para evitar o sacrifício dos interesses coletivos e supraindividuais”³.

Por outro lado, na inexigibilidade de licitação não estão presentes os pressupostos para uma escolha objetiva da proposta mais vantajosa para a Administração.

Tais pressupostos se resumem basicamente à inviabilidade de competição, seja no tocante ao sujeito a ser contratado, seja à natureza do objeto a ser contratado.

A inviabilidade de competição, de acordo com o artigo 25 da Lei nº 8.666/93, pode ocorrer, exemplificativamente, quando existem uma única solução e um único particular em condições de executar a prestação; quando não há mercado concorrencial o que ocorre nos casos de serviços de natureza personalíssima; quando na seleção do objeto não há critério objetivo para escolher o melhor; ou quando não há possibilidade de competição pela ausência de definição prévia das prestações exatas e precisas a serem executadas ao longo do contrato.⁴

Conforme inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal e artigo 3º da Lei nº 8.666/93, o procedimento da licitação precede todas as contratações da Adminis-

³ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. p. 334.

⁴ Ibidem, p. 406-407.

tração Pública e decorre da necessidade de preservação do interesse público, tendo como pressuposto a competição. Note-se que a sua realização no caso de inexigibilidade acabaria por prejudicar esse próprio interesse, na medida em que ou não seria selecionada qualquer proposta, ou a proposta selecionada não atenderia ao interesse público.

Dessa forma, conclui-se que a ausência dos pressupostos lógicos, fáticos e jurídicos necessários para a realização da licitação, com lastro na inviabilidade de competição, configura o que a Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública (Lei nº 8.666/93) denominou de inexigibilidade de licitação, conforme dispõe o seu artigo 25, sendo que, uma vez caracterizada tal situação, a decisão de não realizar o certame é vinculada, não restando alternativa à Administração senão a contratação direta.

Ressalte-se, no entanto, que a inexigibilidade de licitação será efetuada através de um procedimento com a observância dos princípios que regem a Administração, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, buscando a seleção do contrato mais adequado e vantajoso à Administração.

4. HIPÓTESES DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

4.1. Considerações gerais e a inviabilidade de competição

O artigo 25 da Lei nº 8.666/93 traz as hipóteses de inexigibilidade de licitação. Com efeito, dispõe o referido artigo, *in verbis*:

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

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

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;

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.

Verifica-se com a análise de tal dispositivo legal que o requisito essencial para a caracterização da inexigibilidade de licitação é a inviabilidade de competição. As hipóteses previstas nos incisos supra são meramente exemplificativas, assim na existência de um caso concreto de inviabilidade de competição, que não se enquadre em nenhuma das hipóteses ali referidas, aplica-se o *caput* do artigo.

É importante ressaltar que o artigo 23, § 1º, da Lei nº 9.427/96, que disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica, estabelece que nas licitações “[...] destinadas a contratar concessões e permissões de serviço público e uso de bem público é vedada a declaração de inexigibilidade prevista no art. 25 da Lei nº 8.666/1993, de 21 de junho de 1993”.

Note-se que tal restrição se dá em razão do disposto no artigo 175 da Constituição Federal, que determina que a concessão ou permissão da prestação de serviços públicos se dará sempre através de licitação.

Após as considerações gerais sobre as hipóteses de inexigibilidade de licitação com a análise do *caput* do artigo 25 da Lei nº 8.666/93 passar-se-á para a análise das hipóteses previstas nos incisos do dispositivo legal supramencionado iniciando pela hipótese prevista no inciso I, que trata do fornecedor exclusivo.

4.2. A exclusividade do fornecedor

A hipótese prevista no inciso I trata do caso de fornecedor exclusivo, ou seja, há um único sujeito em condições de fornecer.

Dispõe o inciso I do artigo 25 da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

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;

Por ocasião da definição do objeto da contratação deverão ser observados critérios técnicos e econômicos a fim de definir o objeto que melhor atenda ao interesse sob tutela estatal.⁵

Essa hipótese diz respeito apenas a aquisições, não abrangendo serviços ou obras. A definição do objeto deve ser de acordo com critérios objetivos de forma que é vedada, em princípio, a preferência por marcas.

Note-se que, conforme ensina Marçal Justen Filho:

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativo*. p. 410.

Havendo motivação técnico-científica adequada, a escolha da Administração não apresentará defeitos. Essa escolha deverá indicar o objeto escolhido. Para sua perfeita identificação, nada impede a utilização da marca e dos demais característicos externos do objeto escolhido. Enfim, a marca não pode ser a causa motivadora da escolha, mas se admite a indicação da marca como mero elemento acessório, consequência de uma decisão que se fundou em características específicas do objeto escolhido.⁶

Importante salientar que, na hipótese tratada no inciso suprarreferido, há produtor, empresa ou representante comercial exclusivo.

No caso de representante exclusivo há apenas um fornecedor autorizado a intermediar os negócios em determinada região. A expressão, em análise, abrange qualquer espécie de agente econômico titular de cláusula de exclusividade.⁷

No tocante à dimensão territorial da questão cumpre ressaltar que, nos termos do artigo 20 da Lei nº 8.666/93, “as licitações são efetuadas no local onde se situar a repartição interessada, salvo por motivo de interesse público, devidamente justificado”, sendo assim, conforme também dispõe o inciso I do artigo 25 do mesmo diploma legal, a exclusividade do fornecedor, a fim de se caracterizar a inexigibilidade da licitação, deverá ser verificada no local em que for efetuada a licitação.

No entanto, tendo em vista que nos termos do parágrafo único do artigo 20 da Lei de Licitações não há impedimento para a habilitação de licitantes sediados ou residentes em outros locais, é possível que algum interessado sediado em outra localidade, tendo conhecimento da existência de procedimento de declaração de inexigibilidade de licitação, manifeste seu interesse em participar da licitação, ocasião em que surgirão a possibilidade de competição e o dever de licitar.

Com relação à dimensão territorial para a análise da exclusividade do fornecedor, importante trazer a lição de Hely Lopes Meirelles:

Quando se trata de produtor, não há dúvida possível: se só ele produz um determinado material, equipamento ou gênero, só dele a Administração pode adquirir tais coisas. Quando se trata de vendedor ou representante comercial já ocorre a possibilidade de existirem vários no País, e, neste caso, considera-se a exclusividade na praça de comércio que abranja a localidade da licitação. O conceito de exclusividade está, pois, relacionado com a área privativa do vendedor ou do representante do produtor. [...] Considera-se, portanto, vendedor ou representante comercial exclusivo, para efeito de convite, o que é único na localidade;

⁶ *Ibidem*, p. 410.

⁷ *Ibidem*, p. 413.

para tomada de preços, o que é único no registro cadastral; para concorrência, o que é único no País.⁸

Segundo Jorge Ulisses Jacoby Fernandes⁹, para verificação da viabilidade ou inviabilidade da competição, a Administração deve se ater ao universo dos possíveis licitantes, da seguinte forma:

a.1. se tiver em vista a realização de uma compra com valor estimado até o limite máximo para convite, poderá analisar a exclusividade em âmbito local;

a.2. se a compra tiver o valor estimado, for enquadrável em outra modalidade de licitação – como tomada de preços ou concorrência –, a Administração deverá levar em conta o universo que será atingido com a publicidade:

-se a compra tiver a publicidade de âmbito nacional, na forma do art. 21, inciso I, da Lei nº 8.666/1993, a exclusividade deverá ser avaliada na mesma dimensão;

-se a publicidade da possível licitação tiver âmbito estadual, na forma preconizada pelos incisos II e III do art. 21, precitado, será suficiente a exclusividade estadual.

b. a comprovação da exclusividade deve abranger o universo acima recomendado, conforme as circunstâncias.

De acordo com o dispositivo em questão deverá ser comprovada tal exclusividade mediante atestado, que deve abranger todo o objeto da contratação, a ser fornecido por órgão de registro do comércio local, sindicatos, federações, confederações ou entidades equivalentes.

Conforme Marçal Justen Filho,¹⁰ por “entidades equivalentes” deve-se entender “instituições dotadas de credibilidade e autonomia em relação ao mercado privado”, sendo que “A inviabilidade de competição pode ser evidenciada através de documentação emitida por instituição confiável e idônea, ainda que não integrante no Registro Público de Empresas Mercantis e sem natureza sindical”.

A Súmula nº 5 do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo estabelece que: “A prova de exclusividade na aquisição de material, como justificativa de dispensa de

⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. p.310.

⁹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação Direta sem Licitação*. p. 592-593.

¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativo*. p. 416-417.

licitação, não deve se limitar a declaração da própria firma, mas demonstrada através de patentes ou atestados dos órgãos de classe.”¹¹

Por sua vez, a Súmula 255 do Tribunal de Contas da União dispõe:

“Nas contratações em que o objeto só possa ser fornecido por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, é dever do agente público, responsável pela contratação, a adoção das providências necessárias para confirmar a veracidade da documentação comprobatória da condição de exclusividade”¹².

No tocante às modalidades contratuais abrangidas no inciso I do artigo 25 em comento, o Tribunal de Contas da União vem entendendo, conforme decisão nº 63/1998, proferida pelo Plenário no Processo TC nº 300.061/95, que o referido dispositivo legal somente se aplica às compras, de forma que, “na contratação de serviços, o fundamento legal deverá ser o *caput*, posto que o inciso I trata apenas de compras. É mister, ainda, a comprovação de exclusividade na prestação do serviço.”¹³

Abordada a questão da exclusividade do fornecedor será analisada a hipótese de inexigibilidade de licitação no caso de serviços técnicos especializados de que trata o inciso II do artigo 25 da Lei nº 8.666/93.

4.3. Serviços técnicos especializados

A hipótese do inciso II do artigo 25 trata do caso de inviabilidade de competição para contratação de serviços técnicos elencados no artigo 13 da Lei nº 8.666/93, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização.

Dispõe o inciso II do artigo 25 da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

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;

O conceito de serviço técnico consta do artigo 13 da Lei nº 8.666/93, que dispõe, *in verbis*:

¹¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Jurisprudência. Súmula nº 5. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/jurisprudencia/sumulas>>.

¹² BRASIL. Tribunal de Contas da União. Jurisprudência. Súmula nº 255. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/jurisprudencia/sumulas>>.

¹³ BRASIL, Tribunal de Contas da União. Processo nº TC 300.061/95. Decisão 63/98. Plenário. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/TCU>>. Marçal Justen Filho, no entanto, assevera que o inciso I do artigo 25 também pode ser aplicado em contratos que envolvam serviços ou obras. (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativo. p. 415-416.)

Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;

II - pareceres, perícias e avaliações em geral;

III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;

IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;

V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;

VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

Conforme a lição de Hely Lopes Meirelles, serviços técnicos profissionais especializados são:

[...] os prestados por quem, além da habilitação técnica e profissional – exigida para os serviços técnicos profissionais em geral – aprofundou-se nos estudos, no exercício da profissão, na pesquisa científica, ou através de cursos de pós-graduação ou de estágios de aperfeiçoamento.¹⁴

Além disso, para a caracterização da inexigibilidade de licitação prevista neste inciso, a lei exige a singularidade do objeto da contratação e a notória especialização. Nesse sentido, a Súmula 252 do Tribunal de Contas da União:

A inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos, a que alude o inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93, decorre da presença simultânea de três requisitos: serviço técnico especializado, entre os mencionados no art. 13 da referida lei, natureza singular do serviço e notória especialização do contratado.¹⁵

Importante ressaltar que a natureza singular do objeto não significa a ausência de pluralidade de sujeitos em condições de executar o objeto. A singularidade não está no número de pessoas capacitadas a executá-lo, mas na singularidade da natureza do serviço.

¹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. p. 311.

¹⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Jurisprudência. Súmula nº 252. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/jurisprudencia/sumulas>>.

Assim, inicialmente, a Administração deve definir o objeto que pretende contratar e depois deverá buscar o profissional capaz de executá-lo, pois “quando se parte da definição do profissional, certamente se agregam ao objeto características que individualizam o executor do serviço”.¹⁶

De se salientar que a notória especialização é um requisito para identificação das condições subjetivas do profissional a ser contratado.

Atente-se que, na presente hipótese (artigo 25, II), o fato da impossibilidade de fixar critérios objetivos de julgamento aliada à ausência de disponibilidade dos profissionais capacitados em participar de certames seletivos não autoriza a Administração a efetuar escolhas arbitrárias ou inadequadas à satisfação do interesse público. A escolha deverá observar os critérios de notoriedade e especialização relacionados com a singularidade do objeto.

Note-se que há uma relação de confiança e o critério tende a ser discricionário, mas nunca arbitrário. Ressalte-se: i) essa confiança deve decorrer de critérios objetivos e não, por exemplo, de relações de amizade; ii) os órgãos de controle exercem função importante, sobretudo na verificação da real inviabilidade de competição.

Com relação ao tema, importante trazer a Súmula nº 039/2011 do Tribunal de Contas da União, segundo a qual:

A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos com pessoas físicas ou jurídicas de notória especialização somente é cabível quando se tratar de serviço de natureza singular, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação, nos termos do art. 25, inciso II, da Lei nº 8.666/1993.¹⁷

O § 1º do artigo 25 da Lei nº 8.666/93 disciplina que:

Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

Importante ressaltar que a enumeração do dispositivo suprarreferido é exemplificativa e deverá ser analisada de acordo com cada situação concreta.

¹⁶ Jorge Ulisses Jacoby, *Contratação Direta sem Licitação*. p. 610.

¹⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Jurisprudência. Súmula nº 039/2011. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/jurisprudencia/sumulas>>.

O inciso em questão veda a inexigibilidade de licitação para serviços de publicidade e divulgação, e tal vedação existe em razão da impossibilidade de julgamento objetivo nesta área.

Verifica-se, assim, que para que ocorra a inexigibilidade de licitação prevista no inciso II do artigo 25 da Lei nº 8.666/93 devem estar presentes os seguintes requisitos: i) o serviço não pode ser de publicidade ou divulgação; ii) deve ser técnico e singular, além de estar elencado no artigo 13 da Lei de Licitações; iii) deve haver um único agente capaz de realizar o serviço; iv) o profissional escolhido deve ter a habilitação e especialização pertinente à execução do serviço; v) a especialização deve ser notória.

De se salientar que ao contrário da hipótese prevista no inciso I do artigo 25 da Lei de Licitações, a hipótese ora estudada se refere apenas a serviços.

Conforme ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

A contratação de serviços técnicos enumerados no artigo 13, de natureza singular, com profissionais ou empresas de **notória especialização**, vedada a **inexigibilidade** para serviços de publicidade e divulgação (inciso II); não é para qualquer tipo de contrato que se aplica essa modalidade: é apenas para os contratos de **prestação de serviços**, desde que observados os três requisitos, ou seja, o de tratar-se de um daqueles enumerados no artigo 13, o de ser de **natureza singular**, e o de ser contratado com profissional notoriamente especializado. (grifo do autor)¹⁸

Questão importante no tocante à contratação de serviços especializados é a contratação de serviços advocatícios, o que será estudado a seguir.

4.3.1. Serviços advocatícios

Inicialmente importante ressaltar que a Administração Pública deve manter quadro próprio de advogados para atuação permanente, já que o advogado deve conhecer as praxes administrativas, os fatos passados e futuros que envolvem a questão possibilitando uma melhor atuação e melhor defesa do interesse público.

Com efeito, a Constituição Federal elenca entre as funções essenciais à justiça a advocacia pública, dispondo em seus artigos 131 e 132 que a representação judicial e extrajudicial e as atividades de consultoria e assessoramento do Poder Executivo competem à Advocacia Geral da União em âmbito federal e aos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal nas respectivas unidades federadas.

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. p. 405.

Verifica-se, assim, que todas as unidades da federação devem ser representadas judicialmente e assessoradas por advogados de quadro próprio devidamente aprovados em concurso público.

No entanto, no caso de a lei não exigir que o desempenho da função advocatícia seja privativa de titular de cargo público e caso o órgão interessado não mantenha um quadro de advogados contratados de forma permanente, a contratação de serviços advocatícios será admitida.¹⁹

Nesse caso, deverá se verificar se a contratação será feita através do procedimento licitatório adequado ou se será declarada a inexigibilidade da licitação.

De se salientar que o inciso III do artigo 13 da Lei de Licitações considera como serviço técnico profissional especializado o trabalho relativo à assessoria ou consultoria técnica, o que engloba o serviço advocatício.

Não basta o enquadramento dentre as hipóteses previstas no artigo 13 supra-mencionado, mas também é necessária a presença dos demais requisitos para a configuração da inexigibilidade, conforme já se destacou no subtítulo 4.3 deste artigo.

Note-se que a contratação de serviços advocatícios apenas se enquadrará na hipótese prevista no inciso II do artigo 25 da Lei de Licitações se o serviço objeto da contratação tiver natureza singular e o contratado, notória especialização.

Segundo Marçal Justen Filho²⁰, a natureza singular de determinado serviço advocatício depende de uma série de fatores, podendo se caracterizar em razão da complexidade da questão, da especialidade da matéria, de sua relevância econômica, da existência de inúmeras ações sobre a mesma questão. A definição de singularidade do serviço decorre de uma decisão subjetiva, razão pela qual tal definição deve estar bem motivada e justificada.

Sobre o tema é importante destacar que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) editou a Súmula nº 04/2012/COP dispondo sobre a inexigibilidade de procedimento licitatório para a contratação de serviços advocatícios por parte da Administração Pública, em razão da singularidade da atividade, da notória especialização e da inviabilidade objetiva de competição dos serviços.

Dispõe a referida Súmula:

O CONSELHO PLENO DO CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, no uso das atribuições que lhe são conferidas nos arts. 75, parágrafo único, e 86 do Regulamento

¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativo*, p.427. Importante ressaltar também que o Tribunal de Contas da União julgou irregular a contratação de advogados pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos que contratava advogados, sem licitação, apesar de possuir em sua estrutura órgãos jurídicos. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo TC-008.429/93-6. 2ª Câmara. Relator Ministro-Substituto Lincoln Magalhães da Rocha. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/TCU>>.

²⁰ *Ibidem*, p. 428.

Geral da Lei nº 8.906/94, considerando o julgamento da Proposição nº 49.0000.2012.003933-6/COP, decidiu, na Sessão Ordinária realizada no dia 17 de setembro de 2012, editar a Súmula nº 04/2012/COP, com o seguinte enunciado: “ADVOGADO. CONTRATAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. Atendidos os requisitos do inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93, é inexigível procedimento licitatório para contratação de serviços advocatícios pela Administração Pública, dada a singularidade da atividade, a notória especialização e a inviabilização objetiva de competição, sendo inaplicável à espécie o disposto no art. 89 (*in totum*) do referido diploma legal.”²¹

O Poder Judiciário, por sua vez, entende que só é possível a contratação de serviços advocatícios com inexigibilidade de licitação se o serviço for de natureza singular e o contratado apresentar notória especialização.

Nesse sentido, a seguinte decisão:

AÇÃO PENAL PÚBLICA. CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL DE ADVOGADOS FACE AO CAOS ADMINISTRATIVO HERDADO DA ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL SUCEDIDA. LICITAÇÃO. ART. 37, XXI DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DISPENSA DE LICITAÇÃO NÃO CONFIGURADA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO CARACTERIZADA PELA NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO DOS PROFISSIONAIS CONTRATADOS, COMPROVADA NOS AUTOS, ALIADA À CONFIANÇA DA ADMINISTRAÇÃO POR ELES DESFRUTADA. PREVISÃO LEGAL. A hipótese dos autos não é de dispensa de licitação, eis que não caracterizado o requisito da emergência. Caracterização de situação na qual há inviabilidade de competição e, logo, inexigibilidade de licitação. 2. “Serviços técnicos profissionais especializados” são serviços que a Administração deve contratar sem licitação, escolhendo o contratado de acordo, em última instância, com o grau de confiança que ela própria, Administração, deposite na especialização desse contratado. Nesses casos, o requisito da confiança da Administração em quem deseje contratar é subjetivo. Daí que a realização de procedimento licitatório para a contratação de tais serviços – procedimento regido, entre outros, pelo princípio do julgamento objetivo – é incompatível com a atribuição de exercício de subjetividade que o direito positivo confere à Administração para a escolha do “trabalho essencial e indiscutivelmente

²¹ BRASIL, Ordem dos Advogados do Brasil. Brasília, 17 de setembro de 2012, OPHIR CAVALCANTE JUNIOR Presidente, JARDSON SARAIVA CRUZ Relator, p. Diário Oficial da União de 23/10/2012. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/Content/pdf/sumulas/sumula-04-2012-COP.pdf>>.

mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato” (cf. o § 1º do art. 25 da Lei nº 8.666/93). **O que a norma extraída do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança. Há, no caso concreto, requisitos suficientes para o seu enquadramento em situação na qual não incide o dever de licitar, ou seja, de inexigibilidade de licitação: os profissionais contratados possuem notória especialização, comprovada nos autos, além de desfrutarem da confiança da Administração.** Ação Penal que se julga improcedente. (grifo nosso)²²

No mesmo sentido, a seguinte decisão do Tribunal de Contas:

Com efeito, esta Corte, regra geral, condena a contratação de escritórios de advocacia sem a prévia realização de licitação, a não ser em casos especiais em que os requisitos exigidos no art. 25 da Lei nº 8.666/93, a saber, a notória especialização do contrato e a singularidade do objeto, estão manifesta e incontroversamente presentes na situação circunstante à contratação. Aqui, o último dos elementos autorizadores da contratação direta não se apresenta de modo inconteste.

Ora, a teoria e prática de licitações na área de arrendamento de instalações portuárias não podem ser consideradas atividade de alta complexidade e de conhecimento especializado para uma empresa constituída justamente para a administração de portos, que requer a gestão diária de contratos da espécie. Os autos também não noticiam a existência de qualquer dificuldade excepcional nesse setor específico, ou mesmo de qualquer demanda judicial que representasse risco à boa gestão do porto, que requeresse o concurso de advogado especializado e de notória reputação na área. Nesse caso, o objeto do contrato deveria prever a atuação direta nos processos e não apenas assessoria ao setor jurídico da entidade. Normalmente, se o objetivo é apenas assegurar maior eficiência na execução dessa atividade, de modo a evitar maiores contenciosos nessa área, a medida mais apropriada é o treinamento do pessoal próprio, antes que se lance mão do recurso extremo da contratação direta de profissional especializado.²³

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP nº 348-5/SC, Plenário, Relator Ministro Eros Grau, j. em 15/12/2006, DJ de 03/08/2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AP%24%2E%2ESCLA%2E+E+348%2ENUME%2E%29+OU+%28AP%2EACMS%2E+ADJ2+348%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/avszfkh>>.

²³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.774/2011, 2ª C., Relator Ministro Augusto Nardes. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/TCU>>.

Também sobre o tema, a Súmula nº 39/2011 do Tribunal de Contas da União já referida neste trabalho²⁴.

Verifica-se, dessa forma, que a contratação de serviços advocatícios somente poderá ser realizada com inexigibilidade de licitação caso o serviço a ser executado tenha natureza singular e o contratado, notória especialização²⁵, de modo que a sua contratação seja a mais adequada para a satisfação do objeto, inviabilizando, assim, a competição com outros profissionais.

4.4. A contratação de profissional do setor artístico

Por fim, a hipótese do inciso III trata do caso de contratação de profissional do setor artístico.

Dispõe o inciso III do artigo 25 da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

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.

Não é da competência do Estado a contratação de profissional do setor artístico, no entanto, quando o Estado diretamente promove eventos artísticos, a ele compete a contratação dos profissionais correspondentes.

Note-se que, ao se pretender a contratação de artista através da análise do melhor desempenho, deve-se utilizar a modalidade de licitação do concurso prevista no artigo 22, inciso IV da Lei nº 8.666/93.

Para o enquadramento da inexigibilidade de licitação nessa hipótese são necessários os seguintes requisitos: inviabilidade de competição, contratação de um serviço de um artista profissional, diretamente ou mediante empresário exclusivo, e que o profissional contratado seja consagrado em face da opinião pública ou da crítica especializada.

Conforme inciso I do artigo 2º da Lei nº 6.533/78, artista é o profissional que cria, interpreta ou executa obra de caráter cultural de qualquer natureza, para efeito de exibição ou divulgação pública, através de meios de comunicação de massa ou em locais onde se realizam espetáculos de diversão pública.

²⁴ “A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos com pessoas físicas ou jurídicas de notória especialização somente é cabível quando se tratar de serviço de natureza singular, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação, nos termos do art. 25, inciso II, da Lei nº 8.666/1993”. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Jurisprudência. Súmula nº 39/2011. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/jurisprudencia/sumulas>>.

²⁵ “O § 1º do art. 25 aponta os dados para caracterizar o profissional ou empresa como sendo de notória especialização: seu conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, equipe técnica e outros requisitos, permite inferir que seu trabalho é essencial e o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato”. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. p. 228.

A contratação deve ser de artista profissional, não se admitindo a contratação de artista amador; logo, para que a contratação por inexigibilidade de licitação se dê de forma regular, necessário que o artista contratado esteja inscrito na Delegacia Regional do Trabalho.

Saliente-se que a contratação deve ser efetuada de acordo com o evento que se pretende promover, não podendo haver contratações arbitrárias e desarrazoadas.

O Administrador deve apresentar justificativa explicitando os motivos da escolha que levaram à contratação direta. A consagração do artista pela crítica especializada ou opinião pública pode ser demonstrada sucintamente com a citação, por exemplo, das obras de arte realizadas, dos discos gravados. Note-se que só a fama e notoriedade do artista autorizam a contratação direta.

Sobre a amplitude geográfica da consagração do artista, deve-se levar em conta o universo dos possíveis licitantes, e, segundo a lição de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

[...] a consagração pode restringir-se ao âmbito local, da cidade ou município licitante; no caso de editais que são publicados apenas em jornal local ou Diário Oficial do Estado, a consagração pode ser Regional; mas, quando se tratar de serviços que exijam publicação mais ampla ou nacional, este será o âmbito em que se deverá avaliar a consagração pela crítica especializada ou opinião pública.²⁶

Por fim, também necessária a justificativa do preço, conforme artigo 26 da Lei de Licitações que será estudado no próximo capítulo.

5. A INSTRUÇÃO DO PROCESSO DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

Dispõe o artigo 26 da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

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

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

²⁶ Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação Direta sem Licitação*. p. 643-644.

- I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;
- II - razão da escolha do fornecedor ou executante;
- III - justificativa do preço;
- IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

Verifica-se, assim, pela análise do *caput* do artigo supramencionado que há necessidade de um procedimento especial para a declaração da inexigibilidade de licitação, ocasião em que devem ser observados os princípios que regem a administração pública, com a verificação, dentre outros, da necessidade e conveniência da contratação, disponibilidade de recursos e enquadramento nas hipóteses de inexigibilidade de licitação. Note-se que também quando há inexigibilidade de licitação se busca a melhor e mais adequada contratação.

Com efeito, a fase interna do procedimento de inexigibilidade de licitação é realizada da mesma forma do procedimento realizado para efetuar as licitações.

De se salientar que o artigo 38 da Lei nº 8.666/93 determina que a abertura do processo administrativo deve ser autuado, protocolado e numerado, contendo a respectiva autorização para a aquisição ou contratação de obra ou serviço, e elenca os elementos que devem instruir o processo, destacando-se o previsto no inciso VI, qual seja, pareceres técnicos ou jurídicos²⁷ emitidos sobre a dispensa ou inexigibilidade de licitação.

Reitere-se que, como estudado, o procedimento de inexigibilidade de licitação também visa à seleção do contrato mais adequado e vantajoso para a Administração observando-se as peculiaridades do caso, de forma que o procedimento também deverá ser instruído com a verificação da necessidade e conveniência da contratação com a devida justificativa, além da comprovação da existência de recursos para a contratação.

Também deverão ser preenchidos os requisitos de habilitação e contratação exigidos para a licitação, sendo vedada a sua contratação caso isso não ocorra, sob pena de violação ao disposto no § 3º do artigo 195 da Constituição Federal²⁸.

²⁷ “O parecer técnico volta-se à definição do objeto, análise do mercado ofertante e custo ou preço da futura contratação; o jurídico é, normalmente, verificador dos elementos dos autos para analisar a aderência dos fatos à norma. Eis porque são complementares” (FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação Direta sem Licitação*. p. 660-661).

²⁸ CF Art. 195 § 3º - A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Além disso, o processo de inexigibilidade de licitação deverá ser instruído com os elementos contidos nos incisos previstos no parágrafo único do artigo 26 supramencionado. Destaque-se que o inciso I se aplica apenas aos casos de dispensa de licitação.

No tocante à justificativa da escolha do fornecedor ou executante, na hipótese prevista no inciso I do artigo 25 da Lei nº 8.666/93, a escolha decorre da exclusividade do fornecedor, sendo que, nas hipóteses previstas nos incisos II e III, a justificativa deve ser bem minuciosa já que há uma certa subjetividade na escolha do contratado.

Note-se que a escolha do fornecedor deve sempre observar o princípio da moralidade administrativa, bem como, o disposto no artigo 9º da Lei nº 8.666/93, que traz quem não pode participar da licitação nos seguintes termos:

Art. 9º- Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

I - o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;

II - empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado;

III - servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

No entanto, no caso de fornecedor exclusivo, a aplicação do disposto no artigo 9º supramencionado pode ser mitigada em prol do próprio interesse público ante a necessidade da contratação, razão pela qual a justificativa da escolha do fornecedor ou executante é de suma importância e requer boa motivação com a exposição clara dos fatos que levaram à escolha conforme supraexposto.

Com relação à justificativa do preço, importante ressaltar que ela deve evidenciar a razoabilidade dos preços contratados, demonstrando ser esse valor razoável, ou seja, adequado, compatível e proporcional ao custo do bem que se pretende adquirir ou serviço que se pretende contratar. Tal comprovação se dará através de ampla pesquisa de preços praticados no mercado, de forma a demonstrar que o preço indicado é compatível com os preços apurados na pesquisa.

Saliente-se que, na hipótese de inexistência de produto ou serviço similar, tal comprovação poderá ser feita com a apuração por meio de notas fiscais anexadas e declaração da fornecedora de que pratica preços idênticos para fornecimento dos mesmos materiais, em quantidades semelhantes, a outros órgãos do Poder Público e a particulares.

Com efeito, conforme artigo 15 da Lei nº 8.666/93, as aquisições devem se submeter “às condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado” e “balizar-se pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública”.

O superfaturamento se caracteriza como uma elevação injustificada do valor para a execução de uma determinada prestação. Note-se que a razoabilidade do preço depende das condições contratuais; caso as condições do contrato a ser celebrado com a Administração sejam mais onerosas, haverá justificativa para uma elevação do preço. Além disso, não há que se falar em superfaturamento quando a elevação do preço decorre de fatores econômicos.

Com relação aos preços, a seguinte decisão do Tribunal de Contas da União:

No que concerne à aferição de superfaturamento e à consequente imputação de débito, a jurisprudência deste Tribunal é farta no sentido de que os preços praticados pela executora devem estar compatíveis com os parâmetros de mercado, sem prejuízo de se considerar a realidade fática enfrentada pelo gestor e as peculiaridades atinentes à execução de cada empreendimento (cito como exemplos os Acórdãos 2.008/2005, 798/2008, 1.287/2007, 1.375/2007, 438/2008, 678/2008 e 3.003/2009, todos do Plenário).²⁹

Importante ressaltar que o § 2º do artigo 25 da Lei nº 8.666/93 estabelece que, se comprovado o superfaturamento do preço contratado, responderão solidariamente pelos danos causados à Fazenda Pública o fornecedor ou prestador de serviço e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções cabíveis. Tal responsabilização será mais bem estudada no capítulo seguinte.

Conforme artigo supracitado, a situação de inexigibilidade de licitação deverá ser informada à autoridade superior no prazo de três dias, para ratificação e posterior publicação, no prazo de cinco dias.

Cumprе salientar que, no Estado de São Paulo, a Lei nº 6.544/89, que dispõe sobre licitações e contratos no âmbito da Administração estadual, no parágrafo único do artigo 26 introduzido pela Lei nº 9.127/95, determina a comunicação da inexigibilidade de licitação também ao Tribunal de Contas do Estado no prazo de 10 dias após a ratificação da autoridade superior competente.

Após as considerações sobre os requisitos necessários à instrução do processo para inexigibilidade de licitação, no próximo capítulo serão estudadas as implicações no caso de declaração de inexigibilidade efetuada de forma indevida.

²⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 8.657/2011. 2ª Câmara. Relator Ministro André Luis de Carvalho. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/TCU>>.

6. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO INDEVIDA

Na contratação direta por inexigibilidade de licitação, a Administração deve buscar a obtenção da proposta mais vantajosa; sendo exceção à regra da exigência da licitação, este procedimento deve observar regramento especial, sob pena de nulidade da contratação e sujeição do responsável pela contratação indevida às penalidades legais.

Note-se que, ao se declarar a inexigibilidade de licitação fora das hipóteses autorizadas pela lei, o administrador deixa de observar os comandos que norteiam a Administração Pública, causando prejuízo ao erário, devendo, portanto, ser responsabilizado.

Com efeito, dispõe o artigo 89 da Lei nº 8.666/93:

Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.

Verifica-se, dessa forma, que, na esfera criminal, o agente administrativo que não exigir licitação fora das hipóteses previstas na lei ou não observar as formalidades pertinentes, bem como aquele que concorrer para a ilegalidade e beneficiar-se da inexigibilidade ilegal celebrando contrato com a Administração, está sujeito à pena de multa e detenção de 3 (três) a 5 (cinco) anos.

Além disso, conforme disposto no § 2º do artigo 25 da Lei nº 8.666/93, uma vez comprovado o superfaturamento, responderão solidariamente pelos prejuízos causados ao erário o fornecedor ou o prestador de serviço e o agente público responsável.

Conforme a lição de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes³⁰, no caso da responsabilização prevista no parágrafo suprarreferido, “considera-se autoridade responsável pela contratação não só a que delibera sobre a contratação direta, como também a que a homologa”.

A responsabilização do agente administrativo dependerá da concorrência de dolo ou culpa em razão da aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva, e, havendo infringência a deveres funcionais, estará sujeito a processo administrativo disciplinar regulado no âmbito federal pela Lei nº 8.112/90³¹.

³⁰ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação Direta sem Licitação*. p. 683.

³¹ No Estado de São Paulo aplica-se no processo administrativo disciplinar a Lei 10.261/68.

Note-se que essa responsabilização acarreta o dever de reparação dos danos com a reposição aos cofres públicos do prejuízo causado.

Uma vez verificada a irregularidade, o próprio órgão deverá instaurar procedimento administrativo a fim de apurar as responsabilidades com vistas à obtenção da reparação dos danos, destacando-se que os responsáveis pelos danos que forem servidores públicos se sujeitam ainda à aplicação de sanções disciplinares.

Com efeito, o controle administrativo decorre do poder de autotutela permitindo que a Administração, de ofício ou mediante provocação, exerça controle sobre seus próprios atos, revendo-os quando ilegais, inoportunos ou inconvenientes.³²

Em razão de sua função institucional, o controle dos atos administrativos também é feito pelos Tribunais de Contas conforme dispõe os artigos 70, 71 e 75 da Constituição Federal.

Além disso, dispõe o artigo 113 e § 1º da Lei nº 8.666/93:

Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.

§ 1º Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo.

Como já dito, no Estado de São Paulo, o parágrafo único do artigo 26 da Lei nº 6.544/89 determina que, após a ratificação da autoridade competente da inexigibilidade de licitação, esta deve ser informada ao Tribunal de Contas do Estado, que verificará a regularidade do procedimento.

O resultado dessa análise pode ter as seguintes consequências:

- a) meramente administrativas – como a decisão pela regularidade, pela irregularidade e aplicação de multa, ou a ordem para instaurar Tomada de Contas Especial – TCE;
- b) administrativas e políticas – além das referidas anteriormente, pode o fato ser praticado com a participação direta do titular do poder, implicar a irregularidade das contas com parecer pela rejeição e até a inelegibilidade;

³² Súmula nº 346 STF: “A Administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos.”. Súmula nº 473 STF: “A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência. Súmulas. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>>.

c) criminais – na forma do art. 89 da Lei nº 8.666/199.³³

Sendo assim, o Tribunal de Contas também apurará a responsabilidade decorrente de condutas de agentes públicos que tenham causado prejuízo à Administração através do processo de tomada de contas especial.³⁴

Por fim, o controle poderá ser realizado pelo Poder Judiciário, que apurará a responsabilidade em ação judicial proposta pelos interessados ou órgão legitimado, por exemplo: mandado de segurança, ação ordinária, ação civil pública ou ação popular proposta pelos legitimados.

Conforme Odete Medauar:

“A Lei nº 8.429/92 fixa processo judicial para a ação ordinária, intentada pelo Ministério Público ou procuradoria do órgão, em caso de frustração de licitude de processo licitatório ou dispensa indevida, caracterizados como improbidade administrativa; se procedente, a ação pode resultar na determinação de pagamento ou reversão de bens bloqueados em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito (arts. 17 e 18)”.³⁵

A reparação do dano causado ao erário poderá se dar de forma administrativa ou através de processo judicial.

O ressarcimento ao erário na via administrativa poderá se dar por iniciativa do próprio interessado, diretamente no órgão em que foi apurada a irregularidade, ou no momento da citação em processo de tomada de contas especial, no âmbito dos Tribunais de Contas, ou, ainda, quando da condenação pelas Cortes de Contas.

Note-se que a decisão condenatória do Tribunal de Contas tem força de título executivo e poderá ser executada através de processo cível.

De se salientar, ainda, que a inexigibilidade da licitação, fora das hipóteses previstas legalmente, configura ato de improbidade administrativa tipificado no artigo 10, inciso VIII, da Lei nº 8.429/92, sujeitando o administrador público e o particular contratado às sanções previstas naquela norma legal.

Com efeito, dispõe o artigo 10, inciso VIII, da Lei nº 8.429/92:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos

³³ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação Direta sem Licitação*. p. 659.

³⁴ De acordo com o artigo 3º da Instrução Normativa TCU 56/2007, a Tomada de Contas Especial (TCE) é um processo devidamente formalizado, com rito próprio, que visa à apuração de responsabilidade por ocorrência de dano à administração pública federal e à obtenção do respectivo ressarcimento.

³⁵ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. p. 230.

bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

[...]

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente.

Conforme disposto no artigo 1º da Lei nº 8.429/92, tanto o agente público como o particular podem ser responsabilizados por atos de improbidade administrativa.

As sanções a que estão sujeitos estão disciplinadas no artigo 12, inciso II, do mesmo diploma legal e as penas podem ser aplicadas isoladas ou cumulativamente, sendo elas: ressarcimento integral do dano; perdimento dos bens ou valores auferidos ou acrescidos ilicitamente ao patrimônio; perda da função pública; suspensão dos direitos políticos, de cinco a oito anos; pagamento de multa civil, de até duas vezes o valor do dano; proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário pelo prazo de cinco anos.

Verifica-se, assim, através da análise dos dispositivos legais suprarreferidos, que sempre se buscará, além da responsabilização dos envolvidos, o ressarcimento ao erário dos danos causados.

Além disso, cumpre consignar que, nos termos do disposto nos artigos 49 e 59 da Lei nº 8.666/93, a contratação efetuada indevidamente com a declaração de inexigibilidade de licitação deve ser considerada nula, não gerando, assim, quaisquer efeitos, e tampouco direitos às partes, impondo-se a restituição ao *status quo ante*, ressalvada eventual reparação de dano conforme será tratado posteriormente.

Com efeito, dispõem os referidos dispositivos legais:

Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, **devendo anulá-la por ilegalidade**, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

§ 1º A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

§ 2º A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

§ 3º No caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa.

§ 4º O disposto neste artigo e seus parágrafos aplica-se aos atos do procedimento de dispensa e de inexigibilidade de licitação.

(...)

Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.

Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa. (grifo nosso)

De se salientar, ainda, que os atos viciados não poderão ser convalidados ante a nulidade existente.

Como se vê, é de extrema gravidade a declaração de inexigibilidade de licitação fora das hipóteses autorizadas pelo ordenamento jurídico, pois pode culminar em sua nulidade em razão da ilegalidade. Nesse sentido é de se observar que a declaração de nulidade da inexigibilidade de licitação realizada de forma indevida, e, portanto, ilegal, poderá ser feita pela autoridade competente, de ofício ou por provocação, ou através do Tribunal de Contas ou Poder Judiciário.

Ademais, a anulação da contratação não gera direito adquirido oponível à Administração Pública, bem como, conforme dispõe o § 1º do artigo 49 supramencionado, não acarreta o dever de indenizar.

Há, no entanto, o dever de indenizar na hipótese prevista no parágrafo único do artigo 59 do mesmo diploma legal, no tocante à parte do contrato executada até a data da declaração da nulidade e outros prejuízos comprovados desde que não imputados ao contratado.

Nesse sentido, a seguinte decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. OBRAS EMERGENCIAIS. CONTRATO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DECLARAÇÃO DE NULIDADE. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. DIREITO À INDENIZAÇÃO.

1. A eventual declaração de nulidade do contrato administrativo não tem o condão de exonerar a Administração Pública do dever de indenizar as obras já realizadas, desde que (1ª) tenha ela, Administração, auferido vantagens do fato e (2ª) que a irregularidade não seja imputável ao contratado.
2. Reconhecido nos autos que as obras foram não apenas orientadas, acompanhadas e incentivadas pelo município, como também resultaram no seu interesse exclusivo, não há como negar o direito à indenização pleiteada.

3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido.³⁶

De se ressaltar que Marçal Justen Filho³⁷ discute a constitucionalidade do disposto no referido § 1º do artigo 49 em razão do disposto no § 6º do artigo 37 da Constituição Federal, o qual determina que:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Conforme a lição de Marçal Justen Filho:

A Administração Pública tem o dever de obedecer à Lei e verificar a presença dos pressupostos de validade dos atos que pratica. Praticar ato viciado, no curso de uma licitação, caracteriza-se como uma ilicitude, para fins jurídicos. Anulado o ato administrativo (porque a Administração atuou mal), configuram-se os pressupostos da responsabilização civil do Estado. A ação (ou omissão) do Estado terá sido a causa de prejuízo ao patrimônio de particulares. Por isso, sempre que o Estado der margem ao desfazimento de atos jurídicos, deverá indenizar os lesados pelas perdas e danos correspondentes. Logo, a garantia constitucional não poderia ser suprimida, restringida ou condicionada por via ordinária. Anulada a licitação, total ou parcialmente, a Administração está obrigada a indenizar as perdas e danos sofridos pelos interessados – assim entendidos aqueles que participaram dos atos posteriormente invalidados.³⁸

Marçal Justen Filho³⁹ também considera inconstitucional a restrição efetuada pelo parágrafo único do artigo 59 da Lei nº 8.666/93. Para ele:

³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP nº 317.463/SP 2ª Turma. Relator Ministro João Otávio de Noronha. j. em 16/03/2004. DJ de 03/05/2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1192963&num_registro=200100424759&xdata=20040503&tipo=5&formato=PDF>.

³⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativo*. p. 786.

³⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativo*. p. 786.

³⁹ *Ibidem*, p. 859.

A Administração tem o dever de indenizar o contratado não apenas “pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada”. O particular tem o direito de ser indenizado amplamente pelas perdas e danos sofridos. Indenizar apenas o que ele tiver executado significaria restringir o ressarcimento apenas de uma parte dos danos emergentes, o que conflita com o art. 37, § 6º, da CF/88.

Segundo o autor referido, o Estado deveria indenizar todo e qualquer dano decorrente da declaração de nulidade da contratação, em função da teoria da responsabilidade civil, ressalvadas as hipóteses de ocorrência de excludentes da responsabilidade civil⁴⁰.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do presente trabalho conclui-se que a regra imposta constitucionalmente para as contratações efetuadas pela Administração é a de realização de licitação, restando como excepcionais as hipóteses de inexigibilidade de licitação previstas no artigo 25 da Lei nº 8.666/93.

Não se pode confundir tais hipóteses com as de dispensa, embora ambas integrem o gênero dispensa de licitação. Diferencia-se a dispensa por ter suas hipóteses taxativamente elencadas na lei e por ser conveniente ao interesse público. Assim, não se admite o estabelecimento de outras hipóteses por atos administrativos ou decretos, restando evidente o caráter taxativo dos artigos 17 e 24 da Lei de Licitações. Entretanto, as hipóteses do artigo 25 da Lei nº 8.666/93 se enquadram em casos de inexigibilidade de licitação.

Feitas essas considerações, conclui-se, também, que as hipóteses de inexigibilidade de licitação se fundamentam na inviabilidade de competição, e esta não decorre apenas da inexistência de diversos sujeitos ou objetos, mas também da natureza do objeto a ser contratado. Nessa esteira, a doutrina é unânime em afirmar que o rol do artigo 25 da lei em comento não é taxativo, mas exemplificativo, de forma que, se a circunstância não estiver disposta em lei, a licitação será sempre inexigível, desde que existam elementos a indicar a impossibilidade de competição entre os interessados.

Considerada a hipótese de inexigibilidade, deverão ser observados todos os requisitos de habilitação e contratação, justificativa da contratação e do preço e disponibilidade de recursos.

⁴⁰ Força maior, culpa da vítima e conduta dolosa de terceiro. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. p. 713.

A justificativa do preço é necessária e essencial no procedimento de inexigibilidade de licitação a fim de evitar o superfaturamento do preço, já que não poderá haver elevação dos preços simplesmente em razão da necessidade da Administração e da ausência de competidores. A composição do preço deverá ser demonstrada e compatível com o mercado. A disponibilidade de recursos tem imediata relação com a probidade administrativa e o planejamento orçamentário e financeiro da Administração Pública.

Saliente-se que a Administração deverá tomar todas as cautelas necessárias a fim de verificar se o caso em questão realmente se enquadra nas hipóteses de inexigibilidade, verificando, por exemplo, a real exclusividade do fornecedor ou a singularidade do objeto a ser executado por profissional de notória especialização, sob pena de nulidade da contratação ocasionando prejuízos ao erário e aplicação de sanções aos responsáveis.

Sempre que se verificar que houve declaração de inexigibilidade de forma indevida, ou seja, que a hipótese não se enquadrava nas previstas em lei ou porque não foi observado o procedimento correto, se buscará a responsabilização dos responsáveis, bem como a reparação do prejuízo causado ao erário.

Conclui-se, pois, que nos casos de inexigibilidade de licitação devem ser observados todos os preceitos legais e constitucionais a fim de que seja efetuada a melhor contratação de forma a atender ao interesse público, considerando-se irregular a ausência de quaisquer dos pressupostos.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. *Improbidade Administrativa*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. Bahia: Editora Jus Podivm, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação Direta sem Licitação*. 9. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

FILHO, Marino Pazzaglini. *Lei de Improbidade Administrativa Comentada*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 17. ed. São Paulo: RT, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira Mendes; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

