

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

DIOGO JOSÉ LEAL

**INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO E SEUS PARÂMETROS NORMATIVOS:
LIMITES PARA A DISCRICIONARIEDADE DO GESTOR PÚBLICO**

Florianópolis

2014

Diogo José Leal

**INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO E SEUS PARÂMETROS NORMATIVOS:
LIMITES PARA A DISCRICIONARIEDADE DO GESTOR PÚBLICO**

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Henrique U. Cademartori

Florianópolis

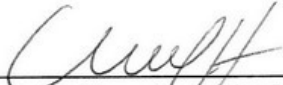
2014

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

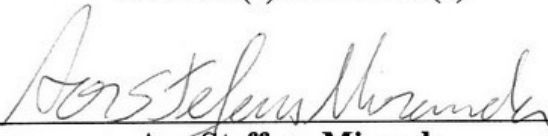
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**Inexigibilidade de licitação e seus parâmetros normativos: limites para a discricionariedade do gestor público**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Diogo José Leal**, defendido em **02/12/2014** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

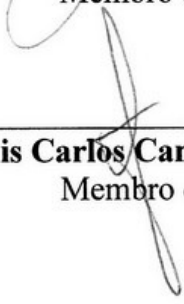
Florianópolis, 2 de Dezembro de 2014.



Luiz Henrique Urquhart Cademartori
Professor(a) Orientador(a)



Aor Steffens Miranda
Membro de Banca



Luis Carlos Cancellier de Olivo
Membro de Banca

Dedico este trabalho ao grupo de estudos *Colóquios de História*, pelo papel essencial em minha formação. Que venham os próximos finais de semana!

AGRADECIMENTOS

Certamente, não se poderia visualizar a materialização deste trabalho sem o apoio incondicional da minha família, aos meus pais José e Enivalda, bem como aos meus irmãos Leonardo, Cristiane e Alexandra.

À minha namorada, Larissa Badlhuk Nava, só nós dois sabemos o quanto você me ajudou em mais essa empreitada, você é a principal responsável por isso, é tarefa difícil essa de me aguentar.

Àquelas pessoas especiais que estão ou passaram pela 26ª Promotoria de Justiça da Capital (Ariane Zem Marchetti, Rodrigo Figueiredo Brelinger, Moacyr S. Coelho Neto, Lucas R. Engel e Valter Rosa), o convívio que tive com vocês tornou essa experiência profissional difícil de algum dia ser superada.

Aos meus colegas de faculdade, o acúmulo e aprendizado de todas as nossas conversas nesses anos certamente foi tão ou mais proveitoso que cursar a melhor das disciplinas.

Ao meu professor orientador, Luiz Henrique U. Cademartori, primeiro pela qualidade ímpar de suas aulas e depois pelo privilégio que tive de ser por ele orientado.

Um agradecimento especial ao Promotor de Justiça Aor Steffens Miranda, por sem dúvida ser a pessoa que tem cumprido o papel mais fundamental tanto em minha formação teórico-jurídica como na prática profissional, por meio das mais diversas lições que eu jamais encontraria em um manual.

A aprovação da presente monografia não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e da Universidade Federal de Santa Catarina à ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

RESUMO

O presente estudo constitui a monografia para a conclusão do curso de graduação em Direito, pela Universidade Federal de Santa Catarina. Seu objetivo é estudar a licitação pública com base em seus preceitos constitucionais, a fim de extrair seus princípios inerentes com o propósito de analisar especificadamente uma de suas exceções, isto é, a inexigibilidade de licitação pública, verificando as causas de sua ocorrência e o procedimento necessário a fim de que seja demonstrada essa impossibilidade de licitar. É analisada a possibilidade de verificação dos princípios da licitação também nos casos de inexigibilidade para, feito esse estudo, adentrar na definição do objeto que posteriormente pode servir de contratação por meio de inexigibilidade de licitação. O estudo do objeto do contrato ganha importância na medida em que nele há margens para o gestor público atuar de maneira discricionária, assim são verificados os limites dessa discricionariedade a fim de que não se subverta a exceção que se configura a inexigibilidade de licitar.

Palavras-chave: Administração Pública. Licitação. Inexigibilidade de licitação. Discricionariedade administrativa. Princípios da administração.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| INTRODUÇÃO..... | 9 |
| CAPÍTULO 1 - A OBRIGATORIEDADE DE EFETUAR LICITAÇÃO PÚBLICA..... | 11 |
| 1.1. CONCEITO DE LICITAÇÃO PÚBLICA | 12 |
| 1.2. DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS..... | 14 |
| 1.3. ENTIDADES OBRIGADAS A REALIZAR A LICITAÇÃO PÚBLICA..... | 16 |
| 1.4. PRINCÍPIOS INERENTES À LICITAÇÃO PÚBLICA..... | 19 |
| 1.4.1. Princípio da legalidade | 20 |
| 1.4.2. Princípio da impessoalidade | 22 |
| 1.4.3. Princípio da moralidade..... | 24 |
| 1.4.4. Princípio da publicidade | 27 |
| 1.4.5. Princípio da eficiência | 29 |
| 1.4.6. Princípio da isonomia | 31 |
| 1.4.7. Outros princípios | 33 |
| CAPÍTULO 2 - EXCEÇÕES À OBRIGAÇÃO DE LICITAR..... | 38 |
| 2.1. DISPENSA DE LICITAÇÃO | 40 |
| 2.2. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO | 45 |
| 2.2.1.Exclusividade do fornecedor | 47 |
| 2.2.2.Serviços técnicos de natureza singular com profissionais de notória especialização..... | 50 |
| 2.2.3. Contratação de serviços artísticos | 54 |
| 2.3. REQUISITOS FORMAIS DA DISPENSA E DA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO..... | 56 |
| CAPÍTULO 3 - ASPECTOS DISCRICIONÁRIOS QUE INFLUENCIAM NA DEFINIÇÃO DO OBJETO QUE RESULTA EM INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO..... | 60 |
| 3.1. DEFINIÇÃO DE DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA | 62 |
| 3.2. ASPECTOS DISCRICIONÁRIOS NO QUE TANGE À DEFINIÇÃO DO OBJETO INEXIGÍVEL DE LICITAÇÃO | 68 |
| 3.2.1. Esclarecimentos doutrinários | 68 |

| | |
|---|-----------|
| 3.2.2. Verificação dos elementos na jurisprudência | 73 |
| 3.3. CONSEQUÊNCIAS DA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO ILÍCITA | 76 |
| 3.3.1.Sanções cíveis | 76 |
| 3.3.2.Sanções penais | 81 |
| CONCLUSÃO | 84 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 87 |

INTRODUÇÃO

Muitas polêmicas, como se observa através dos variados posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, ainda estão presentes no que tange ao tema das licitações. Esses debates envolvem desde aspectos pertinentes à principal Lei que disciplina o instituto, conhecida como Lei Geral de Licitações (n.º 8.666/93) a outras normas que também dão relevância ao tema.

Para a atividade do gestor público, bem como para a fiscalização dos órgãos responsáveis e da sociedade, isso produz como resultado uma não linearidade ao verificar a prática pertinente a alguns aspectos previstos na Lei.

Isso ofusca a transparência e o controle, bem como afugenta a segurança jurídica ao mesmo tempo em que abre margens para que agentes ímprobos tirem proveito da situação, o que deslegitima a Administração Pública perante os próprios cidadãos.

Nesse contexto, temas em particulares de grande relevância, como o da inexigibilidade de licitação, sofrem uma disparidade que afeta a todos, na medida em que é muitas vezes utilizado de maneira imprecisa sem que com isso suas consequências se façam valer.

Nesse sentido, é importante mencionar que, apesar de novas leis irem se somando ao conjunto de normas existentes a respeito da licitação — muitas simplificando seu procedimento, a exemplo do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (Lei n.º 12.462/2011) — a natureza e a normatização da inexigibilidade de licitação estão expostas na Lei Geral de Licitações (n.º 8.666/93), motivo pelo qual esta Lei é o centro deste estudo.

Não é por falta de sanções que o problema pertinente à inexigibilidade de licitação não é corrigido, sua adequação ocorrerá na medida em que também ocorra a compreensão em torno dos aspectos práticos que decorrem da sua natureza.

Mas, para se chegar ao estudo das causas e natureza da inexigibilidade de licitação é preciso antes analisar e descrever o contexto em que ela se insere, dentro do universo licitatório que, por sua vez, é parte dos princípios e da natureza da Administração Pública.

Em termos metodológicos, para que seja desmistificado o caos que se apresenta à primeira vista ao observar o descompasso da utilização prática da inexigibilidade de licitação, deve-se retornar ao geral, analisando a atividade da Administração Pública e seus princípios, expostos na Constituição Federal, para que assim se verifique a

observância deles no contexto das licitações, que incrementam sentido ao instituto e, após, verificar o próprio tema das licitações já com esses pressupostos constitucionais, a fim de conceituá-lo e abordá-lo com suas especificidades. É nesse sentido que foi desenvolvido o primeiro capítulo.

Conhecida a finalidade, natureza e princípios inerentes à licitação pública, parte-se para a análise das exceções à obrigação de licitar a fim de verificar em que medida elas ocorrem, adentrando na inexigibilidade de licitação, objeto deste estudo.

Nesse contexto, não se perde o que anteriormente foi abordado; pelo contrário, observa-se sua presença também na inexigibilidade de licitação, uma vez que essa também é parte do instituto licitatório. Dessa maneira, os capítulos um e dois correlacionam-se dentro das particularidades que envolvem as exceções de licitar.

Por fim, já apresentados os pressupostos constitucionais, natureza, finalidade e princípios da licitação, suas exceções com suas particularidades inerentes, mormente o adequado procedimento de dispensa e inexigibilidade de licitação com seus requisitos, no que é possível avaliar a legalidade da dispensa e da inexigibilidade — medidas que buscam evitar o descompasso prático na utilização dessas exceções — é avaliada a problemática que dá origem ao presente trabalho acadêmico. Isto é, um problema anterior à própria inexigibilidade de licitação, mas que nela se desmancha. Trata-se aqui da definição do objeto a constar na contratação da Administração Pública.

Este terceiro capítulo avaliará as margem de discricionariedade de que goza o gestor público na descrição do objeto, tratando daqueles que resultarão em inexigibilidade de licitação, a fim de verificar seus limites para que um objeto, em essência licitável, não seja desvirtuado com exigências de características que o tornem inviável de competição.

Para isso, serão levadas em consideração todas as questões abordadas e verificadas as poucas considerações doutrinárias a respeito, acrescentando um teor prático na medida em que serão apresentados julgados que apresentam pertinência ao tema.

Assim, busca-se contribuir para a consolidação de um posicionamento que fixe a extensão e limites da atividade do gestor público ao definir o objeto que irá contratar, norteando-o sempre às necessidades da Administração Pública de modo a evitar ocorrências de inexigibilidade de licitação ilícitas.

1. A OBRIGATORIEDADE DE EFETUAR LICITAÇÃO PÚBLICA

Em nossa vida cotidiana, quando necessitamos adquirir um produto o fazemos na maior parte das vezes através da compra, configurando-se esta na relação jurídica em que, por meio da obrigação de pagar determinado valor, obtemos em troca o produto desejado.

Cada cidadão possui seus próprios critérios para a realização desse ato: alguns compram logo a primeira opção que veem, uns pesquisam visando obter maior vantagem econômica, outros prezam apenas pela qualidade do produto sem maiores considerações acerca do valor etc.

No entanto, em maneira abstrata, uma mesma característica sobressai seja qual for o critério adotado pelo indivíduo particular: a escolha sobre como ele procederá e o que irá obter lhe cabe livremente, consagrando o princípio da autonomia da vontade.

Em essência, esse aspecto também se faz presente na alienação, locação ou demais contratações realizadas pelos particulares. Nas palavras de Joel de Menezes Niebuhr (2012, p. 32):

Sucede que o particular dispõe livremente das coisas e dos interesses que lhe dizem respeito. Ele imprime à administração de seus interesses a sua própria vontade, agindo de acordo com ela. Por exemplo, se o particular resolve beneficiar alguém, por razões estritamente pessoais como as familiares e as afetivas, não há nada que o impeça de fazê-lo. Sem contrariar as proibições prescritas nas normas jurídicas, o particular atua com total liberdade.

No entanto, essa característica basilar aos negócios jurídicos realizados pelos particulares não se faz presente na Administração Pública, em seu âmbito não é admitida a realização de negociações dessa natureza com a mera finalidade de realização de interesses pessoais.

Isso ocorre porque a Administração Pública, por servir à coletividade, deve agir conforme o *interesse público*, sendo esta a finalidade que vincula a atividade do administrador público.

O interesse público, na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 62), é conceituado como “o interesse resultante do conjunto dos interesses que os

indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem”. Por decorrência, este interesse possui supremacia com relação aos interesses particulares¹.

O interesse público implica que essas mesmas relações travadas cotidianamente pelos particulares serão realizadas de maneira diversa no âmbito da Administração Pública, isto é, mediante o dever da utilização de um procedimento que possa garantir a viabilização desse interesse, vedando o mero benefício particular do administrador público.

1.1. Conceito de licitação pública

Diante desse contexto, utiliza-se do procedimento de licitação como meio necessário de garantir a satisfação do interesse coletivo por parte da Administração Pública, em benefício da sociedade.

Assim, pode-se afirmar que a licitação pública é:

[...] o meio para celebrar o contrato administrativo, que é o meio para contemplar o interesse público, a fim de propiciar à Administração Pública o recebimento de uma utilidade produzida por terceiros, que sirva a satisfazer a coletividade. Portanto, cabe afirmar que o objetivo imediato da licitação pública é escolher uma proposta de maneira legítima para que a Administração celebre contrato administrativo. E o objetivo mediato da licitação pública é a satisfação concreta do interesse público, mediante a prestação de objeto útil a ser recebido por meio de contrato administrativo que será celebrado com base nela. Para que a licitação pública cumpra em conjunto os seus objetivos imediato e mediato, é imprescindível que nela se selecione a proposta mais vantajosa para o interesse público, ou seja, que nela se escolha o melhor licitante (NIEBUHR, 2012, p. 34-35).

Nesse passo, Maria Sylvia Zanella di Pietro (2013, p. 370) diz que

[...] pode-se definir a licitação como o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato.

¹ Alguns autores discordam, a exemplo de Marçal Justen Filho (2012, p. 70-71) que afirma: “o único valor supremo é a dignidade humana, núcleo dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente. A expressão ‘interesse público’ não apresenta conteúdo próprio, específico e determinado. Costuma ser invocada para a satisfação dos interesses escolhidos pelo governante, o que é absolutamente incompatível com a ordem jurídico-constitucional vigente”.

Marçal Justen Filho (2009, p. 374) expõe o conceito de maneira semelhante, porém apontando outros elementos:

A licitação é um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos de seleção da proposta de contratação mais vantajosa, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica.

Contudo, em decorrência das alterações que vem sofrendo a legislação de licitações, Carlos Pinto Coelho Motta (2011, p. 104) afirma que esse tradicional conceito de licitação já não mais é suficiente:

Nesse sentido, o instituto da licitação passa por uma necessária mudança conceitual. Hoje, não mais diríamos que o processo licitatório visa unicamente selecionar a proposta mais vantajosa para suprimento do setor público. Esta seria uma definição pobre, mesmo considerando os princípios da eficiência e da economicidade balizadores do instituto. A consciência do momento em que vivemos pleiteia uma nova concepção de licitação, a ser doravante entendida como um procedimento que resguarde o mercado interno – integrante do patrimônio nacional – e que incentive o desenvolvimento cultural e socioeconômico do País, nos precisos termos do art. 219 da Constituição Federal. É um conceito que incorpora a variável do “fomento”, decisiva para o tempo econômico atual.

Assim, em consonância com conceitos apresentados, licitação é procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo — decorrente do exercício da função administrativa por um órgão dotado de competência específica — que abre a todos os interessados a possibilidade de lhe formularem propostas que, vinculado ao instrumento convocatório tanto como os particulares, selecionará aquela que da maneira mais objetiva possível seja a mais conveniente para celebrar o contrato, de acordo com os princípios e objetivos do país, expostos na legislação e obedecidos no instrumento convocatório.

Embora a terminologia mais adotada seja “licitação”, alguns autores enfatizam o termo “licitação pública”, pois segundo eles:

A licitação tanto pode ser privada quanto pública. Não há óbice algum ao fato de um particular vir a ofertar um negócio jurídico, abrindo oportunidade a terceiros com ele contratar, conforme suas conveniências, mediante propostas. Cientificamente esta situação jurídica enquadra-se no vocábulo licitar. A palavra é herança romana, conforme anota Plácido e Silva, “considerando a *licitatio* como o lançamento, para a venda da coisa e distribuição entre os proprietários dela do maior preço obtido” (NIEBUHR, 2000, p. 73).

Dessa maneira, as menções à palavra licitação que forem feitas no decorrer do presente estudo referem-se à licitação pública.

1.2. Dispositivos constitucionais e infraconstitucionais

Em âmbito constitucional, três normas fazem referência à licitação, dentre elas a obrigatoriedade da Administração Pública realizar o processo licitatório, decorrente do art. 37, XXI:

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 (BRASIL, 1988).

Diante desse dispositivo, não pode a Administração Pública contratar sem a realização prévia do certame licitatório, salvo nas situações que configuram as exceções previstas em lei.

O art. 22, XXVII, por sua vez, estabelece a competência privativa da União Federal para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, 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; (BRASIL, 1988. Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

Convém realçar a expressão “normas gerais”; o que significa que Estados, Municípios e o Distrito Federal também poderão legislar sobre normas específicas, a exemplo da Lei nº 9.433 do Estado da Bahia².

Por fim, o art. 173, § 1º, III, remete ao legislador a tarefa de elaborar o estatuto jurídico das empresas estatais econômicas, devendo dispor também sobre licitações e contratos:

² “Dispõe sobre as licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes do Estado da Bahia e dá outras providências” (BAHIA, 2005).

Art. 173...

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (BRASIL, 1988. Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

A respeito dos dispositivos infraconstitucionais, são diversos. O principal deles é a Lei Federal n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, que estabelece as normas gerais sobre licitações e contratos administrativos, regulamentando o citado art. 37, XXI, da Constituição Federal. Segundo José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 227), trata-se da “fonte legislativa primária disciplinadora das licitações”.

Também merece referência a Lei n.º 10.520, de 17 de julho de 2002, que instituiu a licitação na modalidade pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, aplicando-se de forma subsidiária a lei geral (n.º 8.666/93).

Posteriormente, inovando o instituto da licitação e acrescentando novos sentidos a ele, veio a Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, instituindo o Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, com normas específicas proporcionando tratamento diferenciado a tais categorias no âmbito das licitações.

Joel de Menezes Niebuhr (2012, p. 51) finaliza:

A legislação sobre licitação pública é composta por um cipoal de normas espalhadas por leis, decretos, portarias, etc. Aliás, isso tumultua as atividades dos intérpretes, que, com frequência, para tomarem decisões, precisam recorrer a diversos diplomas normativos, muitos deles contraditórios.

Contudo, esse “cipoal de normas” não retira a importância da mencionada Lei 8.666/93, que continua a ser a principal lei referente ao tema.

1.3. Entidades obrigadas a realizar a licitação pública

Em atenção ao artigo 37, *caput* e inciso XXI da Constituição Federal, pode-se afirmar que são obrigadas a realizar o processo de licitação “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

É importante frisar que as normas relacionadas à licitação, portanto, se aplicam não somente ao Poder Executivo que exerce tipicamente a função administrativa, mas também ao Legislativo e Judiciário quando a exercerem:

Por outro lado, convém lembrar que a expressão ‘administração’ mencionada tem caráter e sentido genérico, abrangendo tanto os órgãos do Poder Executivo como os dos Poderes Judiciário e Legislativo, de vez que estes, ao efetivarem acordos com terceiros, estão desempenhando atividades tipicamente administrativas (BITTENCOURT, 2010, p. 33).

Com relação ao Poder Executivo, que é quem tipicamente exerce a função administrativa, também é digna de nota a menção de que tanto a Administração direta quanto a indireta estão sujeitas à licitação. Com relação a esta última, pode-se dizer:

Inserem-se nos quadros da Administração indireta as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações governamentais. Conquanto tais pessoas tenham autonomia e constituam personalidades distintas da do Estado, fazem parte da Administração Pública e, sob essa égide, lhes é obrigatório realizar licitação pública. Importa assinalar, ainda, que as empresas subsidiárias e controladas por empresas públicas e sociedades de economia mista também se sujeitam ao regime da licitação pública, pois não passam de desdobramentos destas (NIEBUHR, 2012, p. 37).

Contudo, as empresas subsidiárias controladas por empresas públicas e sociedades de economia mista apresentam peculiaridades, na medida em que a participação estatal nelas pode variar. Marçal Justen Filho (2012, p. 37) destaca:

Para os fins de aplicação da Lei nº 8.666/93, o relevante será a existência de controle (direto ou indireto) do Estado. Tanto pode tratar-se de uma subsidiária integral como não. Somente não incidirá o regime da Lei nº 8.666/93 quando a participação estatal não for apta a atribuir ao Estado (ainda que indiretamente) o poder de controle. Ou seja, a incidência do regime licitatório se vincula à existência de controle, não à forma da entidade. É irrelevante discutir o conceito de ‘sociedade subsidiária’, eis que a solução jurídica se vincula à questão do controle. Se uma sociedade

privada estiver sob o controle do Estado, ainda que indireto, aplicar-se-á a disciplina licitatória prevista na Lei nº 8.666.

No sentido de todo o exposto, dispõe o parágrafo único do art. 1º da Lei 8.666/93:

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios (BRASIL, 1993).

Marçal Justen Filho (2012, p. 21) explica que embora todas essas entidades estejam sujeitas a realizar licitação pública, isso não significa que o procedimento “deva ser rigorosamente idêntico para todas essas entidades. Existem peculiaridades que devem ser reconhecidas”.

Por “fundos especiais”, Carlos Pinta Coelho Motta (2011, p. 81) afirma que dever ser entendido:

[...] como “somadas de recursos financeiros postas à disponibilidade de determinados objetivos”. São entretanto administrados por órgãos públicos e, nos termos do parágrafo em tela, devem submeter-se em igualdade de condições ao regime licitatório.

José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 230), no entanto, critica a menção feita na lei aos “fundos especiais”, pois, segundo ele, os fundos especiais “são despidos de personalidade jurídica”, razão pela qual não licitam, além de que “constituem reservas financeiras criadas por lei, cuja gestão fica sempre, de alguma forma, a cargo de órgãos públicos, e estes, como se viu, estão mesmo obrigados a licitar”.

Atenção mais especial requer as empresas públicas e sociedades de economia mista. Segundo Joel de Menezes Niebuhr (2012, p. 37), elas se subdividem em três categorias: “as que realizam atividade econômica em sentido estrito; as prestadoras de serviços públicos; e as auxiliares do Poder Público, que prestam a ele atividades inerentes”, as duas últimas se submetem ao regime licitatório, contudo a primeira categoria, por realizar atividade econômica, possui um regime jurídico

[...] híbrido, uma vez que foram criadas pelo Poder Público, para a

satisfação do interesse público, e, noutro lado, precisam atuar no mercado com desenvoltura, tanto que lhes foram atribuídos os mesmos direitos e obrigações incidentes sobre empresa privada.

A solução encontrada foi que:

Para harmonizar essas duas faces das empresas públicas e sociedade de economia mista, é necessário apartar as suas atividades fim das suas atividades meio. A atividade fim diz respeito à produção industrial e à comercialização de seus produtos, que se sujeita integralmente ao regime de Direito Privado, por consequência, no que concerne a ela não se configura a obrigatoriedade de licitação pública. (...) Todavia, no que tange aos meios para aportar a tais finalidades (atividades meio) incide o regime administrativo, protetor do interesse público, que impõe a obrigatoriedade de licitação pública (NIEBUHR, 2012, p. 37-38).

Com relação ao *terceiro setor*, “assim entendido aquele que é composto por entidades da sociedade civil de fins públicos e não lucrativos; esse terceiro setor coexiste com o primeiro setor, que é o Estado, e o segundo setor, que é o mercado” (DI PIETRO, 2013, p. 555) são obrigados a licitar as organizações da sociedade civil de interesse público³ e os serviços sociais autônomos⁴, enquanto as organizações sociais não estão obrigadas a realizar licitação⁵.

Por fim, as entidades profissionais, como os conselhos profissionais, também se submetem a legislação licitatória porque “a natureza de tais entidades é autárquica, pelo que são consideradas pessoas jurídicas de direito público” (NIEBUHR, 2012, p. 40). A exceção, em decorrência de sua natureza *sui generis*, é a Ordem dos Advogados do Brasil⁶.

³ “As organizações da sociedade civil de interesse público também fazem parte do *terceiro setor*, já que celebram com o Estado *termo de parceria*, de acordo com o qual se credenciam a obter recursos e bens públicos (Lei nº 9.790, de 23.3.1999). Além de exigências de cunho formal, as citadas organizações não podem ter fins lucrativos e devem desenvolver atividades socialmente úteis. Na mesma linha tocante às organizações sociais, por princípio, os recursos a serem recebidos pelo Poder Público devem ser administrados de modo consoante com o interesse público, sujeitando-se tais entidades às regras de licitação pública” (NIEBUHR, 2012, p. 39).

⁴ “O regime jurídico a que se sujeitam os *serviços sociais autônomos* é híbrido: regido em parte pelo Direito Privado, parte pelo Direito Público. Entre os ditames defluentes do Direito Público, ganha ênfase a obrigatoriedade de licitação pública, conquanto com rigores atenuados” (NIEBUHR, 2012, p. 40).

⁵ “À primeira vista e por princípio, dado que as ditas organizações sociais devem gerenciar os bens, recursos e servidores públicos de modo compatível com a moralidade administrativa, com a impessoalidade e com a isonomia, são-lhes impostas as restrições outorgadas à Administração Pública, mormente a necessidade de proceder à licitação pública. Entretanto, em sentido diametralmente oposto, a intenção dos ideólogos da Reforma do Estado foi a de isentar ditas organizações das restrições que afetam à Administração Pública, inclusive da própria obrigatoriedade de licitação pública” (NIEBUHR, 2012, p. 38-39).

⁶ “Por derradeiro, é conveniente destacar que a Ordem dos Advogados do Brasil tem o mesmo perfil institucional das demais entidades profissionais e, por corolário, deveria, também

1.4. Princípios inerentes à licitação pública

Da compreensão dos princípios intrínsecos da licitação pública é possível extrair a *essência* do instituto da licitação, de forma que as regras presentes na legislação pertinente ao tema decorrem dos princípios que lhes são inerentes, pois essas refletem a integração dos princípios que lhes serviram de base.

Na linguagem comum, princípio significa o começo, o início, a base, o ponto de partida. Esse sentido é aproveitado no Direito, já que os princípios jurídicos consubstanciam a base, o ponto de partida, a estrutura sobre a qual se constrói o ordenamento jurídico. Daí a importância deles, porque, para se compreender as leis, é fundamental que se compreenda o que deu origem e serviu de inspiração a elas (NIEBUHR, 2012, p. 41).

Dessa forma, o domínio dos princípios é fundamental para que eventuais contradições ou lacunas nas regras que tratam da licitação possam ser solucionadas de maneira que não se corrompa a essência desse importante instituto do direito público.

O princípio consagra uma diretriz valorativa, cuja aplicação envolve ponderação do aplicador. Por isso, o princípio não acarreta uma solução única, aplicável de modo uniforme a todos os diversos casos. Comporta a adequação necessária às circunstâncias e aos valores envolvidos na situação concreta (JUSTEN FILHO, 2012, p. 69).

Nesse diapasão, percebe-se que os princípios traçam limites, alcance e sentido à aplicação das regras licitatórias por estas serem decorrentes deles. Daí a fundamental importância de seu estudo.

Para isso, o *caput* do art. 37 da Constituição Federal estabelece os seguintes princípios que moldam a todo o Direito Administrativo:

Art. 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... (BRASIL, 1988).

sujeitar-se aos ditames do Direito Público e à obrigatoriedade de licitação pública. No entanto, os tribunais reconhecem à Ordem dos Advogados do Brasil natureza *sui generis*, espécie de serviço público independente, que não integra a Administração indireta e não se sujeita a qualquer influxo do Direito Público, desobrigando-a de realizar licitação pública ou qualquer procedimento correlato” (NIEBUHR, 2012, p. 41).

Embora não fosse necessário face à previsão constitucional, o *caput* do art. 3º da Lei Geral de Licitações repete a maior parte desses princípios, acrescentando outros:

Art. 3º 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. (BRASIL, 1993).

Com isso, parte-se à análise conceitual dos princípios para que, após isso, seja possível visualizá-los nas normas licitatórias.

1.4.1. Princípio da legalidade

Carlos Pinto Coelho Motta (2011, p. 107) afirma que “o *princípio da legalidade* é a pré-condição indispensável do Estado de Direito. Todos os artigos constitucionais, em última análise, velam por esse princípio”.

Embora seja assim, este princípio ganha contornos que variam conforme o sujeito. Os particulares, por exemplo, entendem o princípio da legalidade como decorrente do art. 5º, II, da Constituição Federal, que estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, dessa forma, aquilo que não é proibido está permitido.

Para a Administração Pública, contudo, este princípio possui conteúdo diverso na medida em que impõe ao agente público que ele só possa atuar nos termos estabelecidos pela lei, podendo fazer somente o que a lei antecipadamente autoriza. Dessa maneira, para a Administração Pública *só é permitido aquilo previsto em lei*. “Daí, relativamente, à Administração Pública, fica condicionada ao que a lei determina, ou a realizar somente as condutas legalmente previstas” (RIZZARDO, 2009. p. 441).

A justificativa para isso se dá porque

[...] os agentes administrativos não atuam com liberdade, para atingir fins que repute convenientes. Ao contrário, eles estão vinculados ao

cumprimento do interesse público, uma vez que atuam nos estritos termos da competência que lhes foi atribuída por lei. Em breves palavras, a Administração Pública cumpre a lei; os agentes administrativos exercem competência atribuída por lei, nos termos dela (NIEBUHR, 2012, p. 44).

Ora, como o agente administrativo deve agir conforme o *interesse público* decorre que não pode fazer tudo o que a lei não o proíbe; pelo contrário, como representa o interesse da sociedade, deve fazer somente aquilo que a lei lhe autoriza, na competência e termos estabelecidos nela.

Isto é, as licitações públicas devem ser processadas em estrita obediência ao princípio da legalidade, uma vez que os agentes administrativos veem-se compelidos a agir nos termos das normas que lhes são apresentadas, procedendo conforme a lei e exigindo apenas o que nela for admitido (NIEBUHR, 2012, p. 44).

Como apresentado, essa é a concepção amplamente majoritária a respeito do princípio da legalidade. No entanto, Lucas Rocha Furtado (2012, p. 84-85) entende que conceber o princípio da legalidade para a Administração Pública dessa maneira é um equívoco. Sua opinião merece ser destacada:

Se existe órgão ou entidade administrativa dotado de competência genérica para desenvolver atividades administrativas, não é necessário que seja aprovada lei que trate especificadamente de cada ato ou atividade a ser desenvolvida por essas unidades, salvo se esse ato ou essa atividade administrativa impuser ao particular a obrigação de fazer ou de deixar de fazer algo.

No campo das atividades prestacionais (saúde, educação, trabalho, lazer, proteção à maternidade ou à infância), o Estado não atua por meio de atos que importem em qualquer tipo de imposição unilateral de vontade. Exigir que cada programa de governo, que cada ato praticado ou atividade desenvolvida tenham sido detalhadamente disciplinados por meio de lei se trata de equívoco acerca da interpretação do princípio da legalidade.

(...)

Afinal, se houvesse necessidade de lei para disciplinar qualquer atividade da Administração, por que teria o texto constitucional tido o cuidado de indicar, apenas para algumas situações específicas, a necessidade de lei? Se qualquer atividade ou atuação administrativa necessitasse de legislação prévia, qual o sentido de ter sido elaborado tão longo elenco de situações para as quais a Constituição exige lei como requisito ao exercício de alguma atividade estatal? Não teria sido mais simples a Constituição Federal ter simplesmente afirmado que qualquer atividade administrativa do Estado depende de lei?

Apesar da respeitável opinião elencada acima, talvez a crítica seja decorrente de uma interpretação demasiadamente rigorosa a respeito do princípio em tela, pois Marçal Justen Filho (2012, p. 69) explica que é preciso fazer a ressalva de que agir somente conforme os termos e limites expressos em lei não necessariamente

significa que “a autoridade administrativa estaria constringida a uma interpretação puramente gramatical ou literal. **Nem se exige que toda e qualquer decisão se funde em uma disposição legal explícita**” (grifo nosso). Disso mais uma vez se denota a importância principiológica.

Embora todos os artigos de alguma maneira sucedam da legalidade, é possível visualizar na Lei Geral de Licitações os seguintes artigos que denotam de maneira mais clara a observância ao presente princípio⁷:

Art. 4º Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos (BRASIL, 1993).

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada (BRASIL, 1993).

Do princípio da legalidade não pode afastar-se o agente administrativo “sob pena de incorrer em ilegalidade e anulação de seus atos” (NASCIMENTO, 2012, p. 29).

1.4.2. Princípio da impessoalidade

Também decorrente do *interesse público*, na medida em que é “a dimensão pública dos interesses individuais” (MELLO, 2012, p. 60), o princípio da impessoalidade impõe ao administrador que aja de maneira igualitária com relação aos particulares, isto é, sem poder utilizar-se de critérios pessoais no tratamento para com esses particulares, “o princípio da impessoalidade é o próprio fundamento para a existência do procedimento licitatório” (FURTADO, 2012, p. 335).

Assim, este princípio faz com que o administrador público não se utilize de valores subjetivos a fim de gerar preferências para determinados particulares, pois é seu dever dar a possibilidade para que os indivíduos interessados atuem sob condições iguais perante a Administração Pública. “O administrado não pode e não

⁷ Conforme lição de Carlos Pinto Coelho Motta (2011, p. 108).

deve ser favorecido ou prejudicado, no exercício da atividade da Administração Pública, por suas exclusivas condições e características” (NOLASCO, 2010. p. 24).

Dessa forma, no âmbito da licitação pública, é vedado ao administrador utilizar-se de critérios discriminatórios com a intenção de beneficiar ou prejudicar determinado licitante, posto que a preferência pessoal do administrador não é considerada para o julgamento da licitação, mas somente os critérios objetivos previstos no edital de convocação que deve estar de acordo com a legislação.

A impessoalidade e a objetividade do julgamento são emanações da isonomia, da vinculação à lei e ao ato convocatório e da moralidade. Indicam vedação a distinções fundadas em caracteres pessoais dos interessados, que não reflitam diferenças efetivas e concretas (que sejam relevantes para os fins da licitação). Excluem o subjetivismo do agente administrativo. A decisão será impessoal quando derivar racionalmente de fatores alheios à vontade psicológica do julgador. A impessoalidade e a objetividade do julgamento conduzem a que a decisão independa da identidade do julgador (JUSTEN FILHO, 2012, p. 75).

O princípio da impessoalidade se aplica corretamente, portanto, quando o tratamento dado ao particular pelo administrador seja o mesmo independente da identidade do agente público. Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 542) afirma que este princípio nada mais é do que “uma forma de *designar o princípio da igualdade de todos perante a Administração*”.

A impessoalidade também impõe aos administradores que esses não possam utilizar-se da Administração Pública para fazer propaganda ou beneficiar determinado grupo político, vinculando imagens de pessoas ou partidos à Administração (vide art. 37, § 1º da Constituição Federal), bem como resulta na responsabilidade da pessoa jurídica pelos atos cometidos pelos agentes que por ela atuam⁸.

Contudo, face às mais recentes finalidades da licitação já expostas em seu novo conceito, cumpre observar que o princípio da impessoalidade “não é absoluto, frente ao atendimento de determinadas questões sociais que estabelecem preferências destinadas a resguardar determinados setores produtivos” (NASCIMENTO, 2012, p. 30), o que não fere o princípio da isonomia⁹.

⁸ “Se determinado agente público, no exercício da função pública, pratica ato, a responsabilidade é atribuída diretamente à pessoa jurídica à qual o órgão em que o agente esteja lotado está vinculado. A rigor, os atos praticados pelos agentes públicos foram praticados diretamente pelas respectivas pessoas jurídicas”. (FURTADO, 2012, p. 89).

⁹ Vide item 1.4.6.

Pode-se observar o princípio da impessoalidade estampado em regra através dos seguintes artigos da Lei 8.666/93:

Art. 7º (...) § 5º É vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório (BRASIL, 1993).

Art. 15 (...) § 7º Nas compras deverão ser observadas, ainda: I - a especificação completa do bem a ser adquirido sem indicação de marca; (BRASIL, 1993).

O que evidencia a importância do princípio exposto.

1.4.3. Princípio da moralidade

Trata-se a moralidade de um princípio de difícil definição, com muitas divergências a seu respeito em razão da profundidade de seu conceito¹⁰. Renato Nascimento (2012, p. 30), por exemplo, aborda a questão da seguinte maneira:

Nem tudo que é legal está em conformidade com o bom senso que deve imperar nos homens de bem. A administração, na elaboração dos procedimentos licitatórios, deverá agir com lealdade e boa-fé, em respeito aos princípios éticos que devem nortear as ações dos agentes públicos.

Nesse sentido, por meio de um certo viés filosófico, nem tudo aquilo que é legal é moral, embora o princípio da moralidade deva ser atendido ao cumprir a legalidade.

Maria Sylvia Zanella di Pietro (2013, p. 77-78) afirma que a moralidade

[...] implica saber distinguir não só o bem e o mal, o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, mas também entre o honesto e o desonesto; há uma moral institucional, contida na lei, imposta pelo Poder Legislativo, e há a moral administrativa, que é 'imposta de dentro e vigora no próprio ambiente institucional e condiciona a utilização de qualquer poder jurídico, mesmo o discricionário.

¹⁰ "Nem todos os autores aceitam a existência desse princípio; alguns entendem que o conceito de moral administrativa é vago e impreciso ou que acaba por ser absorvido pelo próprio conceito de legalidade". (DI PIETRO, 2013, p. 77).

A partir disso, o princípio da moralidade determina que os atos praticados pelos agentes da Administração Pública estejam de acordo com os padrões sociais que exigem uma gestão pública coerente:

Não é suficiente que o agente permaneça adstrito ao princípio da legalidade, sendo necessário que obedeça à ética administrativa, estabelecendo uma relação de adequação entre seu obrar e a consecução do interesse público (ALVES; GARCIA, 2010. p. 91).

Está, portanto, o princípio da moralidade próximo ao da legalidade, na medida em que o administrador deve buscar agir de maneira honesta no cumprimento da lei. A esse respeito, Joel de Menezes Niebuhr (2012, p. 45) esclarece:

A moralidade posta no meio administrativo quer agregar força ao princípio da legalidade, evitando que agentes administrativos deturpem as competências que lhes foram atribuídas por lei para a prática de atos incompatíveis com os valores que a sociedade considera acertados. Sobremaneira, para o Direito Administrativo, a moralidade significa harmonia com o interesse público, vetor máximo de todos os princípios e regras que o informam, revelando-se intimamente ligada à legitimidade.

Contudo, segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro (2013, p. 78), o princípio da legalidade não pode se confundir com o da moralidade administrativa, ao passo que a Constituição de 1998 “faz um avanço, ao mencionar, no artigo 37, caput, como princípios autônomos, o da **legalidade** e o da **moralidade**”.

A autonomia da moralidade se dá no seguinte sentido:

Embora não se identifique com a legalidade (porque a lei pode ser imoral e a moral pode ultrapassar o âmbito da lei), a imoralidade administrativa produz efeitos jurídicos, porque acarreta a invalidade do ato, que pode ser decretada pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário. (DI PIETRO, 2013, p. 79).

Segundo a autora (2013, p. 79), “mesmo os comportamentos ofensivos da **moral comum** implicam ofensa ao princípio da moralidade administrativa”; ao passo que Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 123) discorda, pois entende que

[...] não é qualquer ofensa à moral social que se considerará idônea para dizer-se ofensiva ao princípio jurídico da moralidade administrativa, entendemos que este será havido como transgredido quando houver violação a uma norma de moral social que traga consigo menosprezo a um bem juridicamente valorado. Significa, portanto, um reforço ao princípio da legalidade, dando-lhe um âmbito mais compreensivo do que normalmente teria.

Marçal Justen Filho (2012, p. 76) expõe que moralidade e probidade são expressões quase sinônimas, estando a probidade abarcada pelo conceito de moralidade, sendo esta mais abrangente que aquela¹¹.

No mesmo sentido, também é curioso notar que o citado *caput* do art. 3º da lei 8.666/93 expressamente aponta tanto o princípio da moralidade como o da probidade, sobre o tema assevera Maria Sylvia Zanella di Pietro (2013, p. 382):

A Lei nº 8.666/93 faz referência à moralidade e à probidade, provavelmente porque a primeira, embora prevista na Constituição, ainda constitui um conceito vago, indeterminado, que abrange uma esfera de comportamentos ainda não absorvidos pelo Direito, enquanto a probidade ou, melhor dizendo, a improbidade administrativa já tem contornos bem mais definidos no direito positivo, tendo em vista que a Constituição estabelece sanções para punir os servidores que nela incidem.

A autora (2013, p. 79) também adverte que este princípio deve ser seguido não somente pelos agentes da Administração Pública como também pelos particulares, mormente ao se tratar da licitação pública:

Além disso, o princípio deve ser observado não apenas pelo administrador, mas também pelo particular que se relaciona com a Administração Pública. São frequentes, em matéria de licitação, os conluios entre licitantes, a caracterizar ofensa a referido princípio.

Apesar da ampla polêmica que envolve o tema, seu estudo ganha importância na medida em que a Constituição Federal dispõe em seu art. 5º, LXXIII:

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência (BRASIL, 1988).

Daí a conclusão de que uma situação concreta que viole este princípio pode resultar na nulidade do ato violador, “quer pela via judicial, quer pela via administrativa” (FURTADO, 2012, p. 92).

¹¹ “Ainda quando as expressões não tenham significação precisa, a ‘moralidade’ abarcaria a ‘probidade’. A utilização cumulativa das expressões não representa conceitos qualitativamente diversos, mesmo que se possa reconhecer que a moralidade apresenta âmbito de abrangência mais amplo.”

1.4.4. Princípio da publicidade

Basilar em um Estado Democrático de Direito¹², o princípio da publicidade impõe à Administração Pública o dever de sempre agir com a maior transparência possível na prática de seus atos para que os cidadãos tenham conhecimento do que vem sendo realizado pelo Poder Público. "Inexistindo transparência, não seria passível de aferição a necessária adequação que deve existir entre os atos estatais e a consecução do interesse público, razão de ser do próprio Estado" (ALVES; GARCIA, 2010. p. 66).

Para que essa transparência possa ser alcançada no plano da licitação pública, Luciano Dalvi (2012, p. 28-29) informa que:

A Administração Pública deve propiciar meios eficazes de divulgação do edital de licitação, como também, de todas as fases pertinentes ao certame. Os interessados devem ter pleno acesso a todas informações pertinentes à licitação. O resultado final, bem como os critérios utilizados para aferi-lo devem estar disponibilizados a qualquer pessoa para que possa ser efetivado o princípio da publicidade.

Mais que isso, o caráter *público* da licitação decorre justamente do princípio da publicidade, pois como demonstra Joel de Menezes Niebuhr (2012, p. 45):

Para a licitação pública, o princípio da publicidade é de vital importância. Sem ele, já não se poderia falar em licitação pública, mas tão somente em licitação privada. Ora, se não há publicidade, se a licitação é destinada a grupo restrito de pessoas, não se pode chamar de pública. Aliás, se alguns têm condições de saber da licitação e outros não, não há igualdade, que é a causa da licitação. Desse modo, sem publicidade, não há utilidade em realizar licitação.

Maria Sylvia Zanella di Pietro (2013, p. 382), por sua vez, nota que o grau de publicidade varia conforme a modalidade de licitação praticada pela Administração Pública, sendo “a mais ampla possível na **concorrência**, em que o interesse maior da Administração é o de atrair maior número de licitantes, e se reduz ao mínimo no **convite**, em que o valor do contrato dispensa maior divulgação”.

¹² “A publicidade é consequência direta do princípio democrático. Somente em regimes ditatoriais pode ser admitida — até porque não há outra opção — a prática de atos secretos, sigilosos. É direito da população, e dever do administrador, divulgar os atos praticados pela Administração a fim de que possam os cidadãos tomar as providências necessárias ao controle da legalidade, da moralidade, da eficiência das atividades do Estado.

Se democracia é o governo do povo, pelo povo, é necessário que o povo saiba o que ocorre nas entranhas das repartições públicas”. (FURTADO, 2012, p. 92).

Lucas Rocha Furtado faz notar que o princípio da publicidade não se confunde tão somente com a publicação de atos, entendendo esta última como apenas uma das formas possíveis de gerar publicidade (realizada por meio de diário oficial), sendo a publicidade, portanto, mais abrangente em razão da possibilidade de ser realizada por diversos meios¹³.

É necessário observar, contudo, que há circunstâncias na licitação pública em que a publicidade num primeiro momento não se faz presente justamente para preservar a *eficácia* da licitação. É o caso, por exemplo, do *conteúdo das propostas*:

O sigilo das propostas é enunciado com o objetivo de evitar conluíus e de dar maior competitividade ao certame. Esse sigilo tem que ser mantido até o momento em que, de acordo com o processamento da licitação, deva ser realizada a sua abertura, o que ocorre em sessão pública (FURTADO, 2012, p. 346).

Ademais, há também casos excepcionais em que não incide o princípio da publicidade com o fim de resguardar outros interesses públicos¹⁴.

A aplicação do mencionado princípio pode ser observada em diversos dispositivos da Lei Geral de Licitações, por exemplo:

Art. 3o (...) § 3o A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura (BRASIL, 1993).

Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência...
§ 4o Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas (BRASIL, 1993).

Art. 43 (...) § 1o A abertura dos envelopes contendo a documentação para habilitação e as propostas será realizada sempre em ato público previamente designado, do qual se lavrará ata circunstanciada, assinada pelos licitantes presentes e pela Comissão (BRASIL, 1993).

¹³ “Ainda em relação à publicidade, deve ser mencionado que ela não se confunde com a publicação de atos. Esta, a publicação, que salvo disposição legal em sentido contrário deve ser entendida como publicação em órgão oficial (diário oficial), é uma das formas possíveis de dar publicidade aos atos administrativos. São várias as outras formas de publicidade existentes: notificação direta, afixação de avisos, internet etc.” (2012, p. 95).

¹⁴ “Existem contratações que envolvem questões sigilosas. Bem de ver que o sigilo não pode ser imposto de modo arbitrário, mas deve ser cumpridamente justificado. Em tais casos, o princípio da publicidade poderá ser afastado, mas nos estritos limites da necessidade”. (JUSTEN FILHO, 2012, p. 77).

No que se reflete a base principiológica da impessoalidade nas normas da Lei Geral de Licitações.

1.4.5. Princípio da eficiência

Embora seja o único dos princípios expressos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal que não foi repetido pelo art. 3º da Lei 8.666/93 — pelo motivo de ter sido inserido no dispositivo constitucional após a edição da mencionada lei — não há razões para crer que a licitação pública não deve observar o princípio da eficiência, haja vista que o mencionado dispositivo constitucional prevê os princípios que devem ser seguidos por toda a Administração ao realizar seus atos, inclusive ao efetuar o procedimento licitatório.

É que a licitação pública deve ser, além de garantidora da isonomia, instrumento para que a Administração selecione o melhor contratante, que lhe apresente proposta realmente vantajosa, quer quanto ao preço (economicidade), quer quanto à qualidade. Ademais, o processo de licitação pública deve ser concluído com agilidade, porque a demora também prejudica o interesse público, uma vez que as demandas dele são postergadas (NIEBUHR, 2012, p. 43).

Por isso, trata-se a eficiência de um conceito econômico, qualitativo e temporal, balizado na ideia de que a Administração Pública deve obter seus resultados almejados através do menor custo financeiro e de tempo possível, pois dessa forma é garantido um melhor proveito tanto de tempo como de recursos públicos, visando à satisfação social da forma mais qualitativa que seja alcançável.

A respeito, Maria Sylvia Zanella di Pietro (2013, p. 84) expõe:

O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.

Com isso, a Administração Pública melhora sua gestão do tempo e dinheiro.

Nesse sentido, Lucas Rocha Furtado (2012, p. 97) complementa:

O primeiro passo para o desenvolvimento de atividade de modo eficiente

corresponde à necessidade de planejamento dos gastos públicos; o segundo passo a ser dado está ligado à definição de metas; e o terceiro passo corresponde ao exame dos custos necessários à realização das metas.

Com ênfase na eficiência do procedimento de licitação, Joel de Menezes Niebuhr (2012, p. 43) declara:

A eficiência em licitação pública gira em torno de três aspectos fundamentais: preço, qualidade e celeridade. Daí que do princípio da eficiência, mais abrangente, decorrem outros princípios, entre os quais o do preço justo, o da seletividade e o da celeridade. O princípio do justo preço demanda que a Administração não assuma compromissos com preços fora de mercado, especialmente com preços elevados. O princípio da seletividade requer cuidados com a seleção do contratante e da proposta, relacionando-se diretamente com a qualidade do objeto contratado. O princípio da celeridade envolve o tempo necessário para realizar a licitação, que deve ser o mais breve possível. Logo, tais princípios, repita-se, do justo preço, da seletividade e da celeridade, remetem ao princípio mais abrangente da eficiência. Ora, a observância de todos eles, em conjunto, revela a tão almejada eficiência.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 125) faz ressalvas com relação ao mencionado princípio, entendendo que este princípio “não pode ser concebido (...) senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência”, preferindo denominá-lo de “princípio da boa administração”¹⁵.

Contudo, a importância do princípio da eficiência, ao ponto de estar expresso no já citado dispositivo constitucional, também gera a questão da possibilidade de sancionar atos em que não se respeite o princípio em tela. A esse respeito:

Do ponto de vista da ética, da moralidade, a fraude, o desvio de recursos públicos é mais reprovável que a falta de eficiência. Quanto a isto não resta dúvida. Do ponto de vista do resultado para a população, todavia, se a escola não ficou pronta, se a construção do hospital foi abandonada, se a estrada não leva a lugar algum porque não foi concluída, se o programa de vacinação de crianças não pode ser cumprido porque expirou o prazo de validade das vacinas, seja por motivo de fraude ou por falta de planejamento, de eficiência do administrador público, o resultado é um só: a população, que paga impostos e mantém o Estado, não se beneficiará de referidos serviços. (FURTADO, 2012, p. 99).

¹⁵ “O fato é que o princípio da eficiência não parece ser mais do que uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado, de há muito, no Direito italiano: o princípio da ‘boa administração’” (2012, p. 125).

A partir disso, o autor analisa os arts. 70 e 71, VIII, da Constituição Federal conjuntamente com o art. 57 e 58, III, da Lei n.º 8.443/92 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União) para afirmar que “a conclusão necessária é que tanto o texto constitucional quanto o texto legal disponibilizam mecanismos de sanção pela falta de eficiência” (FURTADO, 2012, p. 100).

Diversos dispositivos da Lei Geral de Licitações demonstram a preocupação para que se licite de maneira eficiente, cite-se como exemplo o art. 7º que prevê a necessidade de projeto básico para a licitação de obras e serviços, bem como previsão orçamentária, contemplação de metas etc.

1.4.6. Princípio da isonomia

Não é à toa que o art. 3º da Lei 8.666/93 inicia mencionando que “a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia”, pois se trata do principal princípio relacionado à licitação¹⁶, é “a própria causa da licitação pública” (NIEBUHR, 2012, p. 43). Outros princípios como publicidade e impessoalidade são, em essência, formas de garantir a almejada isonomia.

Nesses termos, aponta Renato Nascimento (2012, p. 31):

A igualdade ou isonomia trata do direito que todo licitante tem de competir em igualdade de condições com os demais, sem qualquer forma discriminatória ou favorecimento. Este princípio encontra-se intimamente ligado ao princípio da impessoalidade, por possuírem o mesmo objetivo legal, que é a isenção da Administração no tratamento aos participantes do procedimento licitatório.

Aborda Maria Sylvia Zanella di Pietro, com clareza, que a isonomia tanto é um princípio expressamente previsto na Lei Geral de Licitações como também um de seus objetivos¹⁷.

Nesse sentido, são os dizeres de Luciano Dalvi (2012, p. 18):

De acordo com este princípio todas as normas e procedimentos da licitação devem seguir critérios objetivos com vistas a não prejudicar nenhum concorrente e deixar todos em condições isonômicas na realização do

¹⁶ “O princípio mais importante para a licitação pública é o da isonomia ou da igualdade”. (NIEBUHR, 2012, p. 42)

¹⁷ “Na Lei nº 8.666/93, a igualdade entre os licitantes é mencionada duas vezes: como um dos objetivos da licitação e como um dos princípios expressamente previstos” (2013, p. 375).

certame. A igualdade visa preservar a possibilidade de todos concorrerem à licitação com similaridade.

Marçal Justen Filho (2012, p. 60) atenta que a isonomia visa tutelar tanto aos interesses privados como aos coletivos. Com relação ao primeiro grupo:

A isonomia significa, de modo geral, o livre acesso de todo e qualquer interessado à disputa pela contratação com a Administração. Como decorrência direta e imediata da isonomia, é vedado à Administração escolher um particular sem observância de um procedimento seletivo adequado e prévio, em que sejam estabelecidas exigências proporcionadas à natureza do objeto a ser executado.

Sob esse ângulo, a isonomia significa o direito de cada particular participar na disputa pela contratação administrativa, configurando-se a invalidade das restrições abusivas, desnecessárias ou injustificadas. Trata-se, então, da isonomia como tutela aos interesses individuais de cada sujeito particular potencialmente interessado em ser contratado pela Administração.

Já com relação à tutela dos interesses coletivos:

A ampliação da disputa significa a multiplicação de ofertas e a efetiva competição entre os agentes econômicos. Como decorrência da disputa, produz-se a redução dos preços e a elevação da qualidade das ofertas, o que se traduz em contratações mais vantajosas para a Administração.

Sob esse prisma, a isonomia reflete a proteção aos interesses coletivos. (JUSTEN FILHO, 2012, p. 60).

Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2013, p. 31) lembra que “a isonomia pressupõe, por vezes, tratamento desigual entre as pessoas que não se encontram na mesma situação fático-jurídica (tratamento desigual aos desiguais), desde que respeitado o princípio da proporcionalidade”.

É o caso, por exemplo, das microempresas e empresas de pequeno porte (art. 3º, § 14, da Lei 8.666/93). O que não caracteriza conflito ao princípio da isonomia¹⁸, pois “a isonomia significa o tratamento uniforme para situações uniformes, distinguindo-se-as na medida em que exista diferença” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 59).

Mas existem também exceções ao mencionado princípio, a exemplo da possibilidade de ser estabelecida margem de preferência “para produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas

¹⁸ “As exceções criadas em benefício das microempresas e empresas de pequeno porte não conflitam com o princípio da isonomia, tendo em vista que, no caso das microempresas e empresas de pequeno porte, o tratamento diferenciado resulta da própria situação desigual dessas empresas em relação a outras que não têm essa mesma natureza”. (DI PIETRO, 2013, p. 380-381).

brasileiras” (art. 3º, § 5º, da Lei 8.666/93), bem como “para os produtos manufaturados e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País” (art. 3º, § 7º, da Lei 8.666/93)¹⁹.

Pode-se afirmar que a Lei Geral de Licitações como um todo busca assegurar a isonomia, destacando-se o seguinte dispositivo:

Art. 3º

(...)

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991; (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)

II - estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991 (BRASIL, 1993).

Nota-se que o citado art. 3º, § 1º, I, menciona “preferências ou distinções (...) impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato” da onde se extrai que se a preferência ou distinção for relevante, podem-se abrir margens para exceções ao princípio²⁰.

1.4.7. Outros princípios

O *caput* do art. 3º da Lei 8.666/93 também expressamente menciona os princípios da *vinculação ao instrumento convocatório* e do *juízo objetivo*.

¹⁹ A esse respeito, Di Pietro (2013, p. 378) assevera que “não existe, na Constituição, dispositivo específico que permita essa discriminação em favor de produtos e serviços nacionais em detrimento dos estrangeiros. A justificativa tem que ser buscada em princípios mais genéricos, como os da soberania (art. 1º, I), o da garantia do desenvolvimento nacional (art. 3º, II), o da promoção e capacitação tecnológicas, com apoio e estímulo às empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País (art. 218 e §§), incentivo ao mercado interno, definido como patrimônio nacional (art. 219)”.

²⁰ É exatamente esse o dizer de Di Pietro (2013, p. 378) ao afirmar que “se a circunstância for pertinente ou relevante para o específico objeto do contrato, ela é razoável”.

Trata-se o primeiro princípio de uma derivação da impessoalidade e da isonomia com relação à licitação pública²¹, pois implica que tanto os particulares como a Administração estão vinculados aos termos do instrumento convocatório a fim de que sejam evitadas surpresas no decorrer do certame²². Dessa forma, após iniciada a licitação, fica impedida a criação de critérios diferenciados daqueles estabelecidos no ato convocatório²³.

No instrumento convocatório, a Administração Pública deverá consignar o que pretende contratar, ou seja, qual o objeto do contrato e, por dedução, da licitação pública, com todas as suas especificidades (art. 40 da Lei nº 8.666/93). Os licitantes, ao analisarem o instrumento convocatório, devem ter condições de precisar tudo o que serão obrigados a fazer, caso saiam vencedores do certame. E, por outro lado, a Administração Pública só pode exigir aquilo que efetivamente estiver nos instrumento convocatório, salvo, futuramente, se alterar o contrato, dentro das balizas legais, restabelecendo o equilíbrio econômico-financeiro. Demais disso, o instrumento convocatório deve indicar os documentos a serem apresentados pelos licitantes para que eles sejam habilitados no certame. E, ainda, em linha geral, deve enunciar os critérios objetivo a serem levados em conta para cotejar as propostas (NIEBUHR, 2012, p. 44).

O instrumento convocatório é, portanto, a lei interna da licitação²⁴ e, por isso, “existindo irregularidades no edital ou instrumento convocatório, poderá o licitante impugná-lo no intuito de ver corrigida a anomalia jurídica” (NASCIMENTO, 2012, p. 31). Não apenas o licitante, qualquer cidadão é parte legítima para efetuar a impugnação, desde que tempestiva (art. 41, § 1º, da Lei 8.666/93).

Merece consideração as ressalvas feitas por Lucas Rocha Furtado (2012, p. 347):

Esse princípio não deve ser entendido no sentido de que o edital ou o convite sejam imutáveis. Havendo a real e efetiva necessidade de ser feita retificação no edital que possa, inclusive, vir a afetar o conteúdo das propostas apresentadas, a Administração não somente poderá como deverá

²¹ “Quando a Administração estabelece, no edital ou na carta-convite, as condições para participar da licitação e as cláusulas essenciais do futuro contrato, os interessados apresentarão suas propostas com base nesses elementos; ora, se for aceita proposta ou celebrado contrato com desrespeito às condições previamente estabelecidas, burlados estarão os princípios da licitação, em especial o da igualdade entre os licitantes”. (DI PIETRO, 2013, p. 384).

²² O princípio dirige-se tanto à Administração (...) como aos licitantes, pois estes não podem deixar de atender aos requisitos do instrumento convocatório (edital ou carta-convite)”. (DI PIETRO, 2013, p. 384).

²³ “Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório, que impede a criação, depois de iniciado o procedimento licitatório, de critérios diferenciados daqueles estabelecidos no ato convocatório”. (BITTENCOURT, 2010, p. 43).

²⁴ “O instrumento convocatório (edital ou carta convite) é a lei interna da licitação que deve ser respeitada pelo Poder Público e pelos licitantes”. (OLIVEIRA, 2013, p. 31).

fazê-lo. A lei expressamente prevê apenas, na hipótese de a alteração vir a afetar o conteúdo das propostas, a obrigatoriedade de nova divulgação do instrumento convocatório (edital ou convite), nos mesmos termos em que se deu a divulgação anterior e a reabertura de novo prazo para a apresentação de novas propostas.

“Trata-se de princípio essencial cuja inobservância enseja nulidade do procedimento” (DI PIETRO, 2013, p. 383).

Na Lei Geral de Licitações, o artigo 41 é o mais exemplar para se visualizar a observância do presente princípio, é expresso no *caput*:

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada (BRASIL, 1993).

Por sua vez, o princípio do julgamento objetivo indica que “o julgamento das propostas apresentadas pelos licitantes deve ser pautado por critérios objetivos elencados na legislação” (OLIVEIRA. 2013, p. 32), para isso “deve-se abstrair ao máximo o subjetivismo no cotejo das propostas apresentadas” (NIEBUHR, 2012, p. 44).

Luciano Dalvi (2012, p. 41) explica que “este princípio visa estabelecer como condição de validade da licitação: a clareza e a objetividade nas regras do processo licitatório. Os critérios devem ser baseados em regras objetivas e de fácil assimilação”.

Os critérios para julgamento estão expostos no art. 45 da Lei 8.666/93, que são: I – menor preço; II – melhor técnica; III – técnica e preço; ou IV – maior lance ou oferta (nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso).

A respeito, Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 547) esclarece que:

Cumprir reconhecer, entretanto, que objetividade absoluta só se pode garantir previamente nos certames decididos unicamente pelo preço. Quando entram em causa qualidade, técnica, rendimento – muitas vezes indispensáveis para a aferição das propostas -, nem sempre será possível atingir-se o ideal da objetividade extrema, pois, quando os bens ou serviços são fortemente aparentados nestes atributos, a primazia de um ou de outro depende de apreciações irredutíveis a um plano excludente de opiniões pessoais.

Merece observação o fato de que esses critérios não são aplicados para o concurso (art. 45, § 1º, da Lei 8.666/93).

A objetividade é respeitada mesmo no caso de empate entre os licitantes, onde deverão ser observados os critérios de desempate expressamente previstos na legislação (art. 3º, § 2º e art. 45, § 2º, da Lei 8.666/93).

É exemplar a influência deste princípio no art. 45 da Lei Geral de Licitações, cujo *caput* dispõe:

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle (BRASIL, 1993).

A doutrina também menciona princípios que não estão expressos na Lei 8.666/9, mas que dela são correlatos²⁵. Muitos autores destacam, por exemplo, o princípio do *procedimento formal*, da *adjudicação compulsória*, da *competitividade* e o da *licitação sustentável*.

O princípio do procedimento formal é extraído do parágrafo único do art. 4º da Lei Geral de Licitações que estabelece que “o procedimento licitatório previsto nesta lei caracteriza ato administrativo formal, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração Pública”.

A esse respeito, Rafael Carvalho Rezende de Oliveira (2013, p. 32) escreve que “os procedimentos adotados na licitação devem observar fielmente as normas contidas na legislação”, destacando que “o princípio do procedimento formal não significa excesso de formalismo”.

Pelo princípio da adjudicação compulsória, esclarece Lucas Rocha Furtado (2012, p. 348):

O princípio da adjudicação compulsória deve ser entendido no sentido de que, se a licitação for concluída, o que pressupõe a sua homologação pela autoridade competente, somente poderá ser contratada a empresa vencedora da licitação. Se a Administração desejar celebrar o contrato, deverá convocar a licitante vencedora para assiná-lo, nos termos do edital. Porém, caso a Administração não queira mais celebrar o contrato, não terá o licitante vencedor direito subjetivo à contratação.

Nesse sentido, Luciano Dalvi (2012, p. 44) vê duas alternativas:

²⁵ “Tais princípios são múltiplos e poderiam ser ‘todos aqueles que têm relação com o objeto licitado, ou seja, lhe tenham correspondência’”. (MOTTA, 2011, p. 119).

1ª. Empresa vence a licitação e o Estado, por razões de interesse social, desiste da obra objeto da licitação. Nesse caso, a licitação terá um vencedor que não efetivará o objeto constante do certame. No entanto, caso o Estado resolva adiante prosseguir na obra deverá contratar o vencedor da licitação.
2ª. Empresa vence a licitação e o Estado promoverá o contrato para realização da obra. Neste caso, o Estado está obrigado a promover o ajuste contratual com a empresa vencedora da licitação.

Do art. 3º, § 1º, I da Lei 8.666/93 se extrai, além da isonomia, também o princípio da competitividade que se justifica pela busca da proposta mais vantajosa para a Administração, daí a razão para que seja vedado “admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo”.

Daí os dizeres de Joel de Menezes Niebuhr (2012, p. 46):

O princípio da competitividade significa a exigência de que a Administração Pública fomente e busque agregar à licitação pública o maior número de interessados, para que, com olhos na eficiência e na isonomia, aumentando o universo das propostas que lhes são encaminhadas, ela possa legitimamente escolher aquela que seja a mais vantajosa ao interesse público.

(...)

É que as formalidades não podem ser exacerbadas a ponto de impedir a participação daqueles que teriam, em tese, condições de contratar com a Administração Pública. Em análise acurada, percebe-se que as formalidades descabidas, que não guardam justificativa ou utilidade, agredem o princípio da competitividade.

Por fim, pelo princípio da licitação sustentável, Maria Sylvia Zanella di Pietro (2013, p. 386) entende que, “é possível, por meio do procedimento licitatório, incentivar a preservação do meio ambiente”. Complementa a autora (2013, p. 389): “na realidade, o princípio da licitação sustentável autoriza a previsão, nos instrumentos convocatórios, de exigências que podem ser vistas como discriminatórias, mas que se harmonizam com o princípio da isonomia”.

Pode-se visualizar a observância desse princípio no art. 12, VII, da Lei Geral de Licitações ao afirmar que “nos projetos básicos e projetos executivos de obras e serviços serão considerados principalmente os seguintes requisitos: impacto ambiental”.

2. EXCEÇÕES À OBRIGAÇÃO DE LICITAR.

Como visto, a licitação é um dever que se impõe à Administração Pública ao querer celebrar contrato com particular; contudo, este dever comporta exceções. Assim ocorre porque, como a licitação visa a preservar o interesse público, existem hipóteses em que o resguardo do interesse público não encontra guarida na licitação pública.

Explicamos: há casos em que por mais que a Administração Pública deseje realizar um certame licitatório, ela observa que o mesmo será inócuo porque o objeto que ela necessita é de natureza única no mercado, não havendo qualquer espécie de concorrente, de modo que nesse cenário um dos pressupostos da licitação (a competição) é inviável; diante disso, o administrador público — observando que somente aquele objeto exclusivo contempla a referida necessidade da Administração — pode justificadamente contratar diretamente o fornecedor deste objeto mediante um procedimento denominado *inexigibilidade de licitação* (arts. 25 e 26 da Lei 8.666/93).

Por isso, Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 551) diz que “são licitáveis unicamente objetos que possam ser fornecidos por mais de uma pessoa, uma vez que a licitação supõe disputa, concorrência, ao menos potencial, entre ofertantes”.

Existem também hipóteses excepcionais previstas em lei que preveem a *dispensa de licitação*, isto é, se determinado caso concreto em que o administrador público esteja diante for um daqueles previstos em lei como de dispensa de licitação, deve ele analisar se o que resguarda o interesse público é realizar o certame licitatório ou a contratação direta mediante a justificada dispensa de licitação frente à situação apresentada (arts. 17, 24 e 26 da Lei 8.666/93).

Daí os três pressupostos da licitação que menciona o referido autor (2012, p. 550-551):

É pressuposto lógico da licitação a existência de uma pluralidade de objetos e de uma pluralidade de ofertantes. Sem isto não há como conceber uma licitação.
(...)

É pressuposto jurídico o de que, em face do caso concreto, a licitação possa se constituir em meio apto, ao menos em tese, para a Administração acudir ao interesse que deve prover.

(...)

É pressuposto fático da licitação a existência de interessados em disputá-la. Nos casos em que tal interesse não concorra, não há como realizá-la.

Disso, extrai-se que na inexigibilidade de licitação existe um impedimento fático à realização do processo de licitação, pois a competição é inviável e em decorrência, não há por que licitar, pois através da licitação não se chegará ao que almeja o Poder Público porque uma imposição fática impede que a Administração realize licitação para obter o que necessita, seja, por exemplo, a compra de um objeto ou a prestação de um serviço singular por um profissional muito acima da média. Diferentemente, na dispensa de licitação, poder-se-ia preceder ao processo de licitação pública, porém as hipóteses excepcionais (já previstas em lei) que enfrenta o administrador faz com que ele, em observância aos princípios jurídicos, justificadamente proceda à contratação direta mediante dispensa de licitação.

Ou, nas palavras de Joel de Menezes Niebuhr (2011, p. 109-110):

Ao lado do tema da obrigatoriedade de licitação pública, vem a talho o seu inverso, isto é, a inexigibilidade e a dispensa dela. A inexigibilidade ocorre em face da inviabilidade de competição, o que esvazia o sentido da licitação pública, que pressupõe disputa. A dispensa relaciona-se às hipóteses em que a realização de licitação pública, conquanto a disputa fosse viável, causaria gravames ou prejuízos a outros valores pertinentes ao interesse público, que não deveriam, por obséquio à razoabilidade, ser suportados. Nesta ordem de ideias, os casos de inexigibilidade, por se referirem à inviabilidade de licitação pública, não são prescritos taxativamente pelo legislador, a rigor, nem precisam de norma jurídica que os autorize. Já os casos de dispensa, em sentido oposto, requerem específica previsão normativa, cabendo, portanto, ao legislador enunciá-los, mesmo em obediência ao princípio da legalidade.

Por isso, Sérgio Ferraz e Lúcia Valle Figueiredo (1994, p. 33) afirmam que “cabe, de início, ponderar que só há de se falar em dispensabilidade ou inexigibilidade se e quanto não se puserem em confronto os princípios determinantes da licitação”.

Por óbvio que seja assim, afinal, se a contratação direta (seja por inexigibilidade ou dispensa de licitação) violasse os princípios determinantes da licitação, estar-se-ia diante da regra geral da obrigatoriedade da licitação pública e não em uma de suas exceções, já que estas pressupõem exatamente aqueles casos em que a licitação não cumpriria os almejados princípios que a cercam. Também

decorre disso a razão de que as hipóteses de inexigibilidade de licitação não estão todas expressas em lei, pois tal tarefa seria impossível em face das inúmeras situações possíveis de ocorrer no cotidiano, bem como aquelas de dispensa são taxativas, pois como a competição seria viável, a situação de sua dispensa deve estar expressa a fim de que não se viole a regra da licitação e, em decorrência, seus princípios inerentes.

São as palavras de Marçal Justen Filho (2012, p. 329):

A contratação direta não significa que são inaplicáveis os princípios básicos que orientam a atuação administrativa. Nem se caracteriza uma livre atuação administrativa. O administrador está obrigado a seguir um procedimento administrativo determinado, destinado a assegurar (ainda nesses casos) a prevalência dos princípios jurídicos fundamentais.

(...)

Portanto, a contratação direta não significa eliminação de dois postulados consagrados a propósito da licitação. O primeiro é a existência de um procedimento administrativo. O segundo é a vinculação estatal à realização de suas funções.

Dessa forma, parte-se à análise individual das mencionadas exceções.

2.1. Dispensa de licitação

As hipóteses de dispensa de licitação na Lei n.º 8.666/93 estão previstas nos artigos 17 e 24.

Basicamente, o art. 17 dispõe a respeito da alienação de bens da Administração Pública e, com referência aos bens *imóveis* (art. 17, I) traz as seguintes hipóteses de dispensa de licitação:

Art 17. (...)

I - quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos:

- a) dação em pagamento;
- b) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo, ressalvado o disposto nas alíneas f, h e i; (Redação dada pela Lei nº 11.952, de 2009)
- c) permuta, por outro imóvel que atenda aos requisitos constantes do inciso X do art. 24 desta Lei;
- d) investidura;

- e) venda a outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo; (Incluída pela Lei nº 8.883, de 1994)
- f) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública; (Redação dada pela Lei nº 11.481, de 2007)
- g) procedimentos de legitimação de posse de que trata o art. 29 da Lei no 6.383, de 7 de dezembro de 1976, mediante iniciativa e deliberação dos órgãos da Administração Pública em cuja competência legal incluía-se tal atribuição; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)
- h) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis de uso comercial de âmbito local com área de até 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) e inseridos no âmbito de programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública; (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007)
- i) alienação e concessão de direito real de uso, gratuita ou onerosa, de terras públicas rurais da União na Amazônia Legal onde incidam ocupações até o limite de 15 (quinze) módulos fiscais ou 1.500ha (mil e quinhentos hectares), para fins de regularização fundiária, atendidos os requisitos legais; (Incluído pela Lei nº 11.952, de 2009) (BRASIL, 1993).

Com referência aos bens *móveis* (art. 17, II), é dispensada a licitação nos casos:

- II - quando móveis, dependerá de avaliação prévia e de licitação, dispensada esta nos seguintes casos:
- a) doação, permitida exclusivamente para fins e uso de interesse social, após avaliação de sua oportunidade e conveniência sócio-econômica, relativamente à escolha de outra forma de alienação;
 - b) permuta, permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública;
 - c) venda de ações, que poderão ser negociadas em bolsa, observada a legislação específica;
 - d) venda de títulos, na forma da legislação pertinente;
 - e) venda de bens produzidos ou comercializados por órgãos ou entidades da Administração Pública, em virtude de suas finalidades;
 - f) venda de materiais e equipamentos para outros órgãos ou entidades da Administração Pública, sem utilização previsível por quem deles dispõe. (BRASIL, 1993).

Primeiramente, cumpre observar que, embora o *caput* do dispositivo tenha mencionado o termo *alienação* (o que necessariamente envolve a transferência de domínio de um bem entre sujeitos mediante certo preço), suas alíneas também fazem referência a hipóteses de “concessão de direito real de uso”, “locação” e “permissão de uso”, o que extravasa o conceito de alienação, pois estes não transferem a propriedade.

Por isso, Joel de Menezes Niebuhr (2011, p. 207) diz que:

Logo, numa primeira passada de olhos percebe-se que o artigo 17 não dispõe apenas sobre alienação, mas, também, sobre concessão de direito real de uso, locação e permissão de uso, cujos efeitos não implicam transferência de domínio, somente da posse direta do bem.

A teoria corrente denomina essas hipóteses de dispensa de licitação do art. 17 de *licitação dispensada*. Assim seria porque o legislador já expressamente afirma que a licitação estará dispensada nos casos mencionados pelas alíneas que se seguem ao inciso. Dessa forma, não haveria uma opção do administrador entre realizar a contratação direta mediante dispensa de licitação ou realizar o certame licitatório, pois como este está dispensado, só pode ele unicamente proceder à contratação direta quando visto tratar-se de uma de suas hipóteses, são “casos de dispensa que escapam à discricionariedade administrativa por estarem já **determinados por lei**” (DI PIETRO, 2013, p. 392).

Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2013, p. 62) estabelece os requisitos da licitação dispensada:

Segundo a doutrina tradicional, a licitação dispensada apresenta três características básicas: a) rol taxativo; b) o objeto do contrato é restrito: alienação de bens; e c) ausência de discricionariedade do administrador, pois o próprio legislador dispensou previamente a licitação.

Para Marçal Justen Filho (2009, p. 333), não há que se fazer uma diferença entre os mencionados casos denominados de *licitação dispensada* e aqueles previstos no art. 24 classificados como de *licitação dispensável*, pois segundo o iminente jurista:

Não parece de maior utilidade a distinção entre licitação dispensada e dispensável. A diferença foi afirmada a propósito das hipóteses dos arts. 17 e 24, respectivamente. Segundo alguns, o art. 17 conteria situações em que a licitação foi dispensada pelo próprio legislador. Já o art. 24 traria autorização para dispensa de licitação por parte do administrador. Com todo o respeito, não se afigura procedente a distinção, a nosso ver. Em ambos os casos, o legislador autoriza contratação direta. Essa autorização legislativa não é vinculante para o administrador. Ou seja, cabe ao administrador escolher entre realizar ou não a licitação. Essa competência administrativa existe não apenas nos casos do art. 24. Aliás e se não fosse assim, o art. 17 conteria hipóteses de vedação de licitação. Significa reconhecer que é perfeitamente possível realizar licitação nas hipóteses do art. 17, desde que o administrador repute presentes os requisitos para tanto.

Parece-nos perfeita a sua colocação. Como a licitação é a regra e as hipóteses de dispensa configuram uma de suas raras exceções, deve o administrador frente ao caso concreto avaliar se o interesse público estará melhor protegido mediante um procedimento de licitação ou pela autorizada licitação dispensada que a situação configura²⁶.

Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2013, p. 63) conclui:

É oportuno salientar que a licitação dispensada apenas afasta a exigência de licitação, mas não as demais exigências legais para alienação de bens das entidades da Administração. Assim, a alienação de bens, nos casos de licitação dispensada, deve ser motivada ('interesse público justificado') e precedida de avaliação ('avaliação prévia'). Em relação aos bens públicos imóveis da Administração indireta e das entidades administrativas de direito público (autarquias e fundações estatais de direito público), exige-se, ainda, a autorização legislativa prévia para efetivação da alienação.

Quanto às dispensas de licitação do art. 24, denominadas por alguns de *licitação dispensável* a fim de diferenciá-las dos casos do art. 17, é unânime de que elas não vinculam o agente público a realizar a referida dispensa, devendo ele no caso concreto avaliar se o mais adequado é licitar ou dispensar a licitação²⁷.

O mencionado art. 24 traz trinta e três hipóteses de dispensa de licitação, cabendo à doutrina a difícil tarefa de tentar esquematizá-los a fim de que possam ser estudados. São diversas as classificações dadas às mencionadas hipóteses de dispensa prevista nos incisos do art. 24; Marçal Justen Filho (2012, p. 334-335), por exemplo, faz uma rápida síntese de todas essas hipóteses a fim de dividi-las em categorias. Vejamos:

a) custo econômico da licitação: quando o custo econômico da licitação for

²⁶ Entretanto, o tema é polêmico. Joel de Menezes Niebuhr (2011, p. 208) afirma:

“É solar a diferença de sentido entre algo que se declara *dispensado* e outro que se declara *dispensável*. *Dispensado* significa que a licitação pública já foi efetivamente afastada pelo legislador, em virtude que a competência do agente administrativo é vinculada, cabendo-lhe, diante de uma das figuras contratuais enunciadas, apenas reconhecer a dispensa. A discricionariedade do agente administrativo, nesses casos, resume-se na avaliação da oportunidade e conveniência de realizar uma das espécies de contrato qualificadas, efetivamente, como de licitação *dispensada*. Realizado esse juízo, tendo-se decidido a celebração de tais contratos, a dispensa se impõe.

Já o *dispensável* denota que a dispensa ainda não foi ultimada, depende da avaliação do agente administrativo, que, diante de uma das hipóteses prescritas nos incisos do art. 24, deve analisar se a licitação pública realmente produz ou não gravame ao interesse público, retratando competência discricionária”.

²⁷ Nesse sentido, Renato Nascimento (2012, p. 93) escreve que “existe a possibilidade de competição. Entretanto, a lei faculta ao administrador contratar de forma direta, dispensando a licitação, desde que ocorra fato ou situação que se enquadre nas disposições previstas no art. 24. Tal assertiva apenas prescreve que a licitação é dispensável, cabendo à Administração julgar, a cada caso, a conveniência e oportunidade da dispensa”.

superior ao benefício dela extraível (incs. I e II);
 b) custo temporal da licitação: quando a demora na realização da licitação puder acarretar a ineficácia da contratação (incs. III, IV, XII e XVIII);
 c) ausência de potencialidade de benefício: quando inexistir potencialidade de benefício em decorrência da licitação (incs. V, VII, VIII, XI, XIV, XVII, XXIII, XXVI, XXVIII e XXIX);
 d) função extraeconômica da contratação: quando a contratação não for norteadada pelo critério da vantagem econômica, porque o Estado busca realizar outros fins (incs. VI, IX, X, XIII, XV, XVI, XIX, XX, XXI, XXIV, XXV, XXVII, XXX e XXXI).
 A hipótese do inc. XXII não se subordina perfeitamente em nenhum dos casos.
 (...)
 Também, os casos dos incs. VIII, XVI, XXIII, XXVIII, XXIX são peculiares, em vista da pluralidade e da heterogeneidade dos fatores envolvidos.

Para piorar, deve ser reconhecido que “as hipóteses dos incs. X, XV, XIX, XXII, XXV, XXVI, XXVIII não caracterizam dispensa de licitação, mas inexigibilidade” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 335), por decorrência da inviabilidade de competição que esses casos apresentam, ou seja, embora previstos nos casos de licitação dispensável, apresentam natureza de inexigibilidade de licitação.

Como se percebe, o legislador não facilitou a tarefa do intérprete, o que requer um grande esforço doutrinário e jurisprudencial acerca da natureza dessas exceções à obrigação de licitar em que, embora classificadas conceitualmente de maneira diversa, há hipóteses de inexigibilidade que se encontram presentes nos incisos que caracterizam dispensa de licitação. No entanto, feita essas ressalvas, a natureza das devidas exceções resta intacta.

Por isso, Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2013, p. 65) expõe os requisitos da dispensa de licitação do art. 24:

A dispensa de licitação possui duas características principais a) rol taxativo, pois as hipóteses de dispensa são exceções à regra da licitação; e b) discricionariedade do administrador, uma vez que a dispensa depende de avaliação da conveniência e da oportunidade no caso concreto, sendo admitida a realização da licitação.

Maiores considerações devem ser feitas acerca da análise do administrador entre optar pela licitação ou sua dispensa no caso concreto, quando defrontado com um dos casos de dispensa. A discricionariedade a que se refere a doutrina nesses casos não se trata de uma mera opção livre do administrador sobre a maneira que irá proceder, na realidade, sua análise deve avaliar “se realmente deve optar pela dispensa, se realmente o interesse público será sacrificado ou prejudicado se houver licitação pública” (NIEBUHR, 2011, p. 136). Obviamente, aqui também se faz

presente o disposto constitucionalmente da regra em efetuar o processo licitatório e a exceção que constitui as hipóteses de contratação direta, por isso o dever da análise da dispensa ser realizada de maneira restritiva pelo administrador.

Daí a conclusão de que:

Se, num dado caso, há elementos que permitem concluir objetivamente que a licitação pública não traz gravame ao interesse público, desaparece por completo a discricionariedade existente no plano da norma, em virtude do que o ato passa a vinculado, sem recorrer à dispensa (NIEBUHR, 2011, p. 137).

É, portanto, essencial a análise minuciosa do caso concreto, que deve ser acompanhada da devida motivação a fim de se evitar a violação das regras licitatórias, “a contratação direta *exige* um procedimento administrativo prévio, em que a observância de etapas e formalidades é imprescindível” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 329).

2.2. Inexigibilidade de Licitação

A inexigibilidade de licitação está prevista no art. 25 da Lei n.º 8.666/93, cujo o *caput* expressa:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: (BRASIL, 1993).

A obrigatoriedade de licitação, como visto, é decorrente do princípio da isonomia, que por sua vez, é fundante dos ideais republicanos. Dessa forma, a exceção a essa obrigatoriedade por meio de uma inexigibilidade só pode ser compreendida como uma consequência da inviabilidade de competição que acaba por tornar o certame licitatório insuficiente.

A contratação direta por inexigibilidade de licitação, portanto, é uma *consequência* imposta pelo mundo dos fatos ao agente público que é derivada da inviabilidade de competição, “é uma imposição da realidade extranormativa” (JUSTEN FILHO, 2012. p. 406).

Há, então, uma impossibilidade fática impedindo que se realize o processo de licitação, “ainda que a administração queira ou esteja empenhada na busca da

melhor oferta ou melhor contrato, não existem condições de se estabelecer competição” (NASCIMENTO, 2012, p. 110), não restando caminhos a Administração senão a contratação mediante inexigibilidade de licitação.

Por isso, Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2013, p. 87) diz que “os casos de inexigibilidade de licitação não dependem de expressa previsão legal, pois decorrem da circunstância fática que demonstra a inviabilidade de competição”.

Em decorrência, ganha fundamental importância o *caput* do artigo exposto que expressa o fundamento da inexigibilidade de licitação, pois os incisos decorrentes tratam-se apenas de exemplos de hipóteses em que ocorre a inviabilidade de competição, não esgotando os casos.

Por isso, Marçal Justen Filho (2012, p. 409) aponta:

Deve-se ressaltar que o *caput* do art. 25 apresenta função normativa autônoma, de modo que uma contratação direta poderá nele se fundar direta e exclusivamente. Não se impõe que a hipótese seja enquadrada e um dos incisos do referido art. 25, os quais apresentam natureza exemplificativa.

Na inexigibilidade de licitação, portanto, o administrador não opta por esse procedimento, mas a ele é imposto por decorrência do mundo dos fatos. Estando a Administração necessitando de objeto ou serviço anômalo, isto é, sem que possa haver competição, não resta outro caminho senão a inexigibilidade.

Por todo o exposto, Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2013, p. 87) observa as duas principais características da inexigibilidade de licitação:

a) rol legal exemplificativo; e b) **vinculação do administrador**, pois, constada no caso concreto a impossibilidade de competição, a licitação deve ser afastada, justificadamente, sob pena de se estabelecer procedimento administrativo, que demanda tempo e dinheiro. (grifo nosso)

E Marçal Justen Filho (2012, p. 406) descreve as causas que constata a inviabilidade de competição:

As causas de inviabilidade de competição podem ser reunidas em dois grandes grupos, tendo por critério a sua natureza...
Na primeira categoria, encontram-se os casos de inviabilidade de competição por ausência de pluralidades de sujeitos em condição de contratação. São as hipóteses em que é irrelevante a natureza do objeto, eis que a inviabilidade de competição não decorre diretamente disso. Não é possível a competição porque existe um único sujeito a ser contratado.
Na segunda categoria, podem existir diversos sujeitos desempenhando a

atividade que satisfaz a necessidade estatal. O problema da inviabilidade de competição não é de natureza numérica, mas se relaciona com a natureza da atividade a ser desenvolvida ou de peculiaridade quanto à própria profissão desempenhada. Não é viável a competição porque características do objeto funcionam como causas impeditivas.

Ambas as causas que demonstram a inviabilidade de competição estão presentes nos incisos exemplificativos da inexigibilidade de licitação.

2.2.1. Exclusividade do fornecedor

Dessa forma, o inciso I do art. 25 apresenta a primeira possibilidade de inviabilidade de competição:

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; (BRASIL, 1993).

Neste caso, existe uma necessidade da Administração (devendo ser demonstrada através do procedimento que enseja a inexigibilidade de licitação) que só pode ser satisfeita através de um objeto que possui fornecedor exclusivo, isto é, sem competidores no mercado. Por decorrência, é inviável realizar a competição pelo fato dela não existir, o que somente pode ser solucionado pela contratação com esse fornecedor exclusivo por meio da inexigibilidade de licitação, dado que o processo licitatório seria inócuo para essa situação.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 552-553), três fatores podem acarretar nessa singularidade inerente ao objeto que necessita a Administração, o bem pode ser singular “(a) em sentido *absoluto*, (b) em *razão de evento externo a ele* ou (c) por *força de sua natureza íntima*”. O autor define esses fatores:

- a) Singular em sentido absoluto é o bem de que só existe uma unidade. Um selo do qual se emitiu apenas um exemplar ou, se emitidos vários, os demais foram destruídos é objeto singular único em sentido absoluto.
- b) Singular em razão de evento externo é o bem a que se agregou

significação particular excepcional. Uma espada utilizada em acontecimento histórico relevante é objeto que se tornou único por força de fator externo que se incorporou nele. Poderão existir inúmeras espadas do mesmo formato, fabricação, época e composição metálica; sem embargo, àquela aderiu irremovivelmente uma qualidade que a singularizou.

c) Singular em razão da natureza íntima do objeto é o bem em que se substancia realização artística, técnica ou científica caracterizada pelo estilo ou cunho pessoal de seu autor. Uma produção intelectual, como um livro de crônica, uma obra de arte, um quadro, são singulares pela natureza íntima do objeto.

Não obstante, um bem singular em razão da natureza íntima do objeto como um livro, por exemplo, embora possua essa natureza que o individualiza, não impede o fato de haver diversos fornecedores, o que possibilita a concorrência a fim de que a Administração Pública possa obter o melhor preço.

A vedação à preferência por marca é necessária na medida em que a exclusividade que justifica a contratação direta faz referência ao produto e não a uma marca específica, haja vista ser comum, na sociedade, objetos semelhantes produzidos por diversas empresas e, por consequência, possuindo diversas marcas, embora com funções muitas vezes idênticas.

É nesse sentido a lição de Lucas Rocha Furtado (2012, p. 375):

[...] a vedação à preferência de marca serve para que não fique caracterizada a exclusividade à marca, e sim ao tipo de produto. Se existirem diversas marcas de um mesmo tipo de produto, obviamente, pode-se proceder à competição.

No entanto, parte da doutrina entende que essa vedação a preferência por marca não é absoluta, comportando exceções, “uma vez que deve ser admitida a preferência por determinada marca, desde que a decisão administrativa seja motivada por razões técnico-científicas ou pela necessidade de padronização” (OLIVEIRA, 2013, p. 89).

Por isso, Sérgio Ferraz e Lúcia Valle Figueiredo (1994, p. 70) veem duas exceções a vedação de preferência por marca:

A escolha de marca só será admissível em duas hipóteses:

- a) a Administração só conseguirá atingir o comando legal, a utilidade pública pretendida, com aquela marca escolhida; a marca tem, pois, singularidades tais que a tornam irreduzível de confronto com as demais de sua espécie;
- b) a Administração já possui uma frota de veículos, um parque de máquinas, ou vários equipamentos da mesma marca, o que torna em tudo aconselhável a padronização.

Percebe-se que a primeira possibilidade, na realidade, não se trata de uma exceção à preferência por marca, mas sim que a singularidade de um produto de determinada marca o torna insuscetível de concorrer com os demais existentes. A exclusividade, portanto, é do produto e não da marca. É a singularidade do produto que justifica a marca e não o contrário. A referência à marca é somente utilizada para descrever o objeto singular almejado pela a Administração; a única exceção, por isso, é a da segunda possibilidade, a da padronização.

O artigo também afirma que a exclusividade do fornecedor deve ser comprovada, “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”, essa parte do dispositivo sofre diversas críticas doutrinárias²⁸²⁹, a mais efusiva talvez seja a de Marçal Justen Filho (2012, p. 416):

A interpretação formalista do inc. I tem conduzido a reputar indispensável um atestado fornecido pelo órgão de Registro Público de Empresas Mercantis ou por Sindicato, Federação ou Confederação Patronal. Ora, o legislador incorreu em extrema infelicidade, ao adotar a solução ora examinada. Aplicar o dispositivo segundo uma interpretação literal apenas agrava o problema.

É que não incumbe ao Registro Público de Empresas Mercantis controlar a existência de exclusividade de representantes. Não há nem obrigatoriedade de arquivamento dos instrumentos contratuais em face do Registro Público de Empresas Mercantis. Por outro lado, essa questão não apresenta qualquer pertinência aos órgãos sindicais. Logo, trata-se de formalidade destituída de qualquer seriedade, inútil para a Administração Pública.

O resultado prático tem sido a apresentação pelos interessados de ‘cartas de exclusividade’ ao órgão do Registro Público de Empresas Mercantis, o qual emite um ‘atestado’ – que nada mais acrescenta, senão a afirmação de que lhe foi apresentada dita carta. Trata-se de uma espécie de ‘atestado’ de existência’ de uma carta de exclusividade. **Isso é totalmente inútil, eis que não assegura certeza acerca do conteúdo da carta. Ou seja, não atribui à Administração nenhuma informação acerca do conteúdo do documento, mas apenas de sua existência material.** (grifo nosso)

²⁸ “Convém esclarecer que a mera apresentação de atestado em que consta a comprovação de exclusividade não é suficiente para se afirmar que a licitação é realmente inexigível. O administrador público, por ter obrigação de zelar pela boa e regular aplicação dos recursos por ele geridos, deve adotar as providências necessárias para confirmar a veracidade da documentação comprobatória da condição de exclusividade” (FURTADO, 2012, p. 376).

²⁹ “De resto, avulta que os critérios enlaçados pelo legislador não servem para efetivamente comprovar a exclusividade do fornecedor. Na melhor das hipóteses, devem ser admitidos como indicativos ou como um elemento de prova entre outros realmente comprometidos com a realidade dos fatos” (NIEBUHR, 2011, p. 158).

Existe também a problemática no que tange ao aspecto territorial da exclusividade do fornecedor. Quando a exclusividade for *absoluta*, isto é, somente existindo um fornecedor de determinado produto em todo o país procede-se a contratação direta deste fornecedor, mas e quando a exclusividade limitar-se a determinados territórios?

A isso, denomina-se exclusividade *relativa*. A posição majoritária da doutrina é no seguinte sentido:

Há 'exclusividade comercial relativa' nos seguintes casos:

a) convite: único fornecedor na localidade;

b) tomada de preços: único fornecedor no registro cadastral;

c) concorrência: único fornecedor no país (OLIVEIRA., 2013, p. 88).

Por tanto, referente à exclusividade relativa, ela se verifica quando configuradas as situações apresentadas, possibilitando ao administrador contratar diretamente³⁰. Mas, com relação à tomada de preços, Marçal Justen Filho (2012, p. 415) discorda da contratação direta por decorrência de ser o único fornecedor no registro cadastral, ao passo que “é impossível à Administração determinar se um sujeito não estabelecido no local virá ou não participar do certame”, o que só poderia ser descoberto depois de instaurada a licitação.

Observa-se que quando o administrador está legitimado a contratar mediante os casos apresentados, não há que se argumentar a violação de princípios, “não se pode falar em isonomia, por inexistirem outros contratantes em potencial. De igual modo, não há que falar em moralidade; esta alberga a ideia de competição”. (FERRAZ; FIGUEIREDO, 1994, p. 71).

2.2.2. Serviços técnicos de natureza singular com profissionais de notória especialização

Outra possibilidade de inviabilidade de competição está prevista no inciso II do art. 25:

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

³⁰ Assim também é o posicionamento de Renato Nascimento, Diogenes Gasparini e Jorge Ulisses Jacoby. (NASCIMENTO, 2012, p. 114).

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; (...)

§ 1º 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 (BRASIL, 1993).

O dispositivo, portanto, expõe os seguintes requisitos: a) deve ser um serviço técnico enumerado pelo art. 13 da Lei³¹; b) o serviço deve possuir natureza singular; c) o sujeito prestador do serviço deve ter notória especialização; lembrando que também não pode se tratar de serviços de publicidade e divulgação³².

Os serviços técnicos enumerados pelo art. 13 são os seguintes:

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; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

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 (BRASIL, 1993).

É nesse sentido a Súmula n.º 252 do Tribunal de Contas da União que expõe:

SÚMULA Nº 252

A inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos, a que alude o inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/1993, 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 (BRASIL, 2010).

³¹ Joel de Menezes Niebuhr (2011, p. 159-160) discorda desse posicionamento, ele afirma: "Ora, o inciso II do art. 25 dispõe que a inexigibilidade nele prevista se destina à contratação dos serviços enumerados no art. 13, dando a impressão de que somente os serviços nele consignados é que permite a inexigibilidade.

Entretanto, recorda-se que a inexigibilidade resulta da inviabilidade de competição, dependente não de disposição legislativa, mas de situação fática. Isto é, em todas as situações em que se estiver diante da inviabilidade de competição, tem lugar a inexigibilidade".

³² Também há autores que discordam disso, Marçal Justen Filho (2012, p. 425) afirma que a vedação se trata de um "equivoco" do legislador, porque "o problema está na impossibilidade de julgamento objetivo nessa área. A grande evidência reside em que, sendo obrigatória a licitação, o critério decisivo de seleção acaba sendo a 'criatividade', a qual envolve avaliação meramente subjetiva. No final das contas, o critério de seleção continua a ser a subjetividade e a preferência da Administração Pública".

Note que somente quando os três requisitos forem simultaneamente cumpridos é que a Administração fica possibilitada a contratar mediante inexigibilidade de licitação pelo art. 25, II.

Dessa forma, não pode a Administração contratar diretamente um profissional de notória especialização para realizar um serviço técnico especializado se este serviço não tiver natureza singular³³, pois aí não estará caracterizada a inviabilidade de competição, haja vista que muitos profissionais podem realizar um serviço técnico especializado, independente de possuir notória especialização, pois o serviço não possui traços singulares que o diferencia dos demais realizados em um determinado setor profissional.

Também não pode o serviço ser técnico especializado e singular, mas não se tratar de um profissional de notória especialização, haja vista que sem esse requisito não haverá nada que justifique a contratação direta de um profissional comum em detrimento dos demais profissionais daquele mesmo ramo no mercado; neste caso não haveria por que contratar mediante inexigibilidade de licitação quando a própria Administração já demonstra necessitar de um profissional especializado padrão.

Por *natureza singular do serviço*, Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 553) esclarece:

Serviços singulares são os que se revestem de análogas características. De modo geral são singulares todas as produções intelectuais, realizadas isolada ou conjuntamente – por equipe –, sempre que o trabalho a ser produzido se defina pela marca pessoal (ou coletiva) expressada em características científicas, técnica ou artísticas importantes para o preenchimento da necessidade administrativa a ser suprida.

Ocorre que essa definição deixa muito abrangente a margem para serviços singulares, pois há muitos serviços que uma pessoa pode realizar deixando traços individuais que o singularize dos demais por um ou outro pequeno detalhe.

Por isso, o autor (2012, p. 553) complementa:

Evidentemente, o que entra em causa, para o tema de licitação, é a singularidade relevante, ou seja: cumpre que os fatores singularizadores de um dado serviço apresentem realce para a satisfação da necessidade administrativa. Em suma: que as diferenças advindas da singularidade de

³³ “A notória especialização por si só não inviabiliza a competição, sendo necessário que o serviço a ser prestado seja de natureza singular. Se o serviço for corriqueiro, ainda que o profissional tenha notória especialização, não é motivo de inviabilidade de competição e, portanto, não cabe a contratação por inexigibilidade de licitação” (NASCIMENTO, 2012, p. 116).

cada qual repercutam de maneira a autorizar a presunção de que o serviço de um é mais indicado do que o serviço de outro.

Dessa maneira, a singularidade da natureza do serviço deve ser necessária à Administração, deve ela estar necessitando de um serviço técnico especializado de natureza singular, de prestação incomum mesmo em um setor especializado. Somente isso, somado aos outros requisitos, ensejaria a exceção que é a inexigibilidade de licitar.

Por isso, Marçal Justen Filho (2012, p. 420) conclui:

Ou seja, a 'natureza singular' resulta da conjugação de dois elementos, entre si relacionados. Um deles é a excepcionalidade da necessidade a ser satisfeita. O outro é a ausência de viabilidade de seu atendimento por parte de um profissional especializado padrão. Portanto, a viabilidade de competição não pode ser avaliada apenas em face da necessidade estatal, mas também depende da verificação do mercado. É perfeitamente imaginável que uma necessidade estatal excepcional e anômala possa ser atendida sem maior dificuldade por qualquer profissional especializado.

A *notória especialização* do profissional, por sua vez, faz-se importante por decorrência da complexidade que pode requerer um determinado serviço de natureza singular, chegando a tal ponto de não poder ser prestado por um profissional especializado padrão. Por isso, o citado § 1º do art. 25 tenta conceituar, de maneira minimamente objetiva, o modo de se aferir um profissional com essas características. Marçal Justen Filho (2012, p. 423) explica:

A notoriedade significa o reconhecimento da qualificação do sujeito por parte da comunidade profissional. Ou seja, trata-se de evitar que a qualificação seja avaliada exclusivamente no âmbito interno da Administração. Não basta a Administração reputar que o sujeito apresenta qualificação, pois é necessário que esse juízo seja exercitado pela comunidade profissional. Não se exige notoriedade no tocante ao público em geral, mas que o conjunto dos profissionais de um certo setor reconheça no contratado um sujeito dotado de requisitos de especialização.

Por óbvio, essa notória especialização deve estar relacionada à natureza singular do serviço técnico-especializado a ser prestando, ensejando a inviabilidade de competição³⁴.

³⁴ A notória especialização deverá guardar relação direta e imediata com a singularidade do objeto, sendo que o trabalho a se realizado pelo especialista deverá ser essencial e o mais adequado à plena satisfação do objeto contratado. (NASCIMENTO, 2012, p. 116).

2.2.3. Contratação de serviços artísticos

A última possibilidade de inviabilidade de competição prevista no art. 25 é a do inciso III, que dispõe:

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 (BRASIL, 1993).

Os serviços artísticos possuem particularidades que os distinguem dos demais serviços. A essencialidade deles reside no talento do artista que os realizará, de modo que uma mesma canção não é executada de maneira idêntica mesmo que por dois cantores de alto nível; enquanto que para o resultado dos demais serviços, em princípio, os critérios pessoais de execução não possuem a mesma *intensidade*. “A atividade artística consiste em uma emanção direta da personalidade e da criatividade humanas. Nessa medida, é impossível verificar-se identidade de atuações”. (JUSTEN FILHO, 2012, p. 435).

Três são os requisitos necessários para a contratação mediante inexigibilidade de licitação com base nesse dispositivo: a) deve-se tratar de *profissional* do setor artístico; b) a contratação deve ser feita diretamente com o profissional contratado, ou com seu empresário exclusivo; e c) o profissional necessariamente deve ser consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

O primeiro requisito veda a contratação de artistas amadores, ou seja, necessariamente deve o artista ser profissional. “Outrossim, advirta-se que o referido inciso III do artigo 25 não proíbe a contratação de artistas amadores. Ele apenas preceitua que a contratação deles não é feita por inexigibilidade” (NIEBUHR, 2011, p. 181). Para ser considerado profissional, “o contratado e seus agentes devem estar escritos na Delegacia Regional do Trabalho” (NIEBUHR, 2011, p. 180).

O segundo requisito impõe a contratação somente diretamente com o profissional ou com seu empresário exclusivo, ou seja, demais empresários não podem ter participação no contrato.

A notoriedade significa o reconhecimento da qualificação do sujeito por

parte da comunidade profissional. “A proibição de contratar com empresário não exclusivo é medida prestada a impedir que terceiros auferam ganhos desproporcionais à custa dos artistas. Ora, o empresário exclusivo tem com o artista contrato que lhe assegura a exclusividade, cujas cláusulas provavelmente estipulam qual o montante de sua remuneração ou o parâmetro para determiná-la, recaindo frequentemente sobre porcentagem dos valores recebidos. Já o empresário não exclusivo paga ao artista valor por ele estipulado e, com isso, vê-se livre para acertar com o Poder Público o preço que quiser cobrar, o que lhe faculta estabelecer a sua remuneração em valores bastante elevados, até bem acima do que ganha o artista. Assim sendo, por obséquio à economicidade e à moralidade administrativa, que se celebre o contrato diretamente com o artista (NIEBUHR, 2011, p. 181-182).

Para demonstrar o terceiro requisito — consagração do artista profissional pela opinião pública ou crítica especializada — “a Administração deve se valer de critérios objetivos e claros (...) juntar aos autos da contratação, documentação que seja capaz de demonstrar a notoriedade ou consagração do artista”. (NASCIMENTO, 2012, p. 117). Esta documentação pode ser recortes de matérias jornalísticas na crítica especializada a respeito do profissional a ser contratado, certificados de premiações etc. “A análise da ‘consagração’ do artista deve levar em consideração o local de execução do contrato” (OLIVEIRA, 2013, p. 90).

Note-se que não é necessária a consagração pela crítica e pelo público: um ou outro já é suficiente. Aliás, o gosto popular para as artes não é tão apurado quanto o da crítica especializada, pelo que é usual que artistas altamente reputados sejam desconhecidos do público. Na mesma linha, só que em sentido inverso, há artistas ovacionados pelo público e alvejados por impropérios por parte da crítica (NIEBUHR, 2011, p. 182).

Assim, evitam-se “contratações arbitrárias, em que uma autoridade pública pretenda impor preferências totalmente pessoais na contratação de pessoa destituída de qualquer virtude” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 435). O que denota a importância da observação dos princípios administrativos ao proceder à contratação direta mediante essa hipótese de inexigibilidade de licitação.

2.3. Requisitos formais da dispensa e da inexigibilidade de licitação

Por estar subordinado aos princípios que regem a Administração Pública, o administrador, mesmo que se veja diante de um caso de dispensa ou inexigibilidade de licitação, não pode contratar diretamente sem antes elaborar um detalhado procedimento administrativo que justifique e apresente determinado caso concreto à exceção da obrigatoriedade de licitar. É nesse sentido que Eduardo Martines Júnior e Valdemar Latance Neto (2009. p. 79-80) afirmam:

As formas são particularmente relevantes para o Direito, sobretudo ao se tratar de matéria atinente ao Direito Público. Mais importante, ainda, elas se afiguram nas hipóteses de dispensa ou inexigibilidade de licitação, exceções que são à regra geral de obrigatoriedade do certame.

Não se trata o procedimento de inexigibilidade ou dispensa de uma mera formalidade burocrática, ele é essencial na medida em que visa justificar a contratação direta que será efetuada posteriormente, enquadrando-o na hipótese legal e demonstrando os motivos que levam a Administração a proceder de determinada maneira, em consonância com princípio da *motivação dos atos administrativos*.

Inclusive, o art. 50, IV, da Lei n.º 9784/99, torna regra a observância da motivação, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, dos atos que “dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório”. Ainda mais detalhado é o art. 26 da Lei Geral de Licitações, ao dispor que:

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. (Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005)

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

I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998) (BRASIL, 1993).

Tais obrigações levam Sérgio Ferraz e Lúcia Valle Figueiredo (1994, p. 82) a concluir que, “na prática, o que se acaba por ter é uma verdadeira licitação, tão apenas sem instauração de pública e aberta competição”. Não é por menos a afirmação dos autores, daí a adequação que tanto a dispensa como a inexigibilidade de licitação devem ter com os princípios licitatórios.

Por isso, Marçal Justen Filho (2012, p. 329) afirma:

Não há margens de discricionariedade acerca da observância de formalidades prévias, as quais devem ser suficientes para comprovar a presença dos requisitos de contratação direta e para legitimar as escolhas da Administração quanto ao particular contratado e o preço adotado.

Primeiramente, as situações em que ocorrer a contratação direta por decorrência de uma situação emergencial ou calamitosa para a Administração Pública — como, por exemplo, o caso de dispensa de licitação previsto no art. 24, inciso IV — devem ser justificadas com a necessária caracterização da situação enfrentada pela a Administração e dos motivos que fazem com que a Administração, frente a determinado caso, deve proceder mediante contratação direta. “O viés da lei é evitar aquelas urgências ‘fabricadas’ pela Administração, o que demonstram a falta de planejamento do gasto público”. Por isso, tais situações devem ser comprovadas, o que pode ser feito “mediante recortes de jornais, revistas, filmagens e outros documentos mais que atestam o estado calamitoso” (NASCIMENTO, 2012, p. 119).

Em segundo lugar, deve a Administração apresentar a razão da escolha do fornecedor ou executante. Em outras palavras, por que a Administração opta por contratar diretamente determinado particular em detrimento de todos os demais que também poderiam manifestar interesse na prestação do objeto do contrato? Este inciso, para os casos que não se tratam de situações emergenciais ou de calamidade³⁵, possivelmente é o de maior relevância a fim de justificar a contratação mediante inexigibilidade ou dispensa de licitação, pois torna obrigatório que a Administração demonstre seus estudos que levam a concluir pela contratação direta de determinado particular. Dessa maneira já se manifestou o Tribunal de Contas da União:

³⁵ Obviamente, para tais situações, a descrição da emergência ou calamidade que levam à contratação direta é o principal fator da motivação, haja vista a natureza de tais situações impedir um estudo aprofundando da Administração a fim de optar por um determinado particular, o que iria requerer um lapso temporal não disponível.

Identifica-se a necessidade, motiva-se a contratação, para, então, partir-se para a verificação da melhor forma de sua prestação. Ou seja, a decisão pela contratação direta, por inexigibilidade ou dispensa, é posterior a toda uma etapa preparatória que deve ser a mesma para qualquer caso. A impossibilidade ou a identificação da possibilidade da contratação direta, como a melhor opção para a administração, só surge após a etapa inicial de estudos. Como a regra geral é a licitação, a sua dispensa ou inexigibilidade configuram exceções. Como tal, portanto, não podem ser adotadas antes das pesquisas e estudos que permitam chegar a essa conclusão. (BRASIL, 2006).

Por terceiro, a justificativa do preço visa impedir que determinado agente da Administração Pública em conluio com particular se aproveitasse de situação que enseja contratação direta para gerar contratos superfaturados, haja vista a não realização do certame licitatório³⁶.

A razoabilidade do preço deverá ser verificada em função da atividade anterior e futura do próprio particular. O contrato com a Administração Pública deverá ser praticado em condições econômicas similares com as adotadas pelo particular para o restante de sua atividade profissional. Não é admissível que o particular, prevalecendo-se da necessidade pública e da ausência de outros competidos, eleve os valores contratuais (JUSTEN FILHO, 2012, p. 447).

Por fim, o documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados também possui relação com a demonstração da necessidade da Administração Pública ao realizar determinada contratação direta, nesse caso fazendo referência à juntada de provas que comprove a necessidade de efetuar aquisição de objetos específicos.

Cumprir lembrar o dever de comunicar dentro de três dias, à autoridade superior (se houver³⁷), para ratificação e publicação na imprensa oficial, o que deverá ser feito no prazo de cinco dias como condição para a *eficácia* dos atos. “Quando a lei aponta para a necessidade de satisfação, está estabelecendo um ato de controle. Pode a autoridade, portanto, após avaliar o processo, não ratificar”. (BITTENCOURT, 2010, p. 222).

³⁶ “A justificativa do preço a ser pago ao contratado expurga da Administração a possibilidade de superfaturamento, que macula todo e qualquer ato praticado pelo agente público”. (NASCIMENTO, 2012, p. 120).

³⁷ “Não há cabimento de uma ‘ratificação’ quando a contratação é produzida pela própria autoridade de mais alta hierarquia. A finalidade da ratificação já se produziu quando a autoridade de hierarquia mais elevada praticou, ela própria, o ato de contratação direta” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 450-451).

De tudo, extrai-se que o procedimento prévio à contratação direta possui diversas formalidades que devem ser rigorosamente seguidas pelo agente a fim de que se cumpram as normas específicas que visam resguardar os princípios de Direito Administrativo de forma geral e das licitações em particular. Por isso, Emerson Garcia (2010, p. 445) conclui:

Ao contratar sem a prévia realização de licitação, deve a administração declinar os motivos que justificaram a contratação direta, demonstrar o seu enquadramento nas normas de exceção já referidas e, consoante o art. 26 da Lei 8.666/1993, justificar a escolha de determinado contratante e as razões do acolhimento da proposta por ele apresentada. **Não basta, assim, a mera invocação do disposto nos arts. 24 e 25 da Lei de Licitações: é imprescindível que seja devidamente documentado e motivado todo o *iter* percorrido pela administração até concluir pela possibilidade de contratação direta.** (grifo nosso)

No que evidencia que o procedimento para realizar a contratação direta é uma consequência decorrente de estudos que fazem com que a Administração conclua que o interesse público estará respaldado por ela ao invés do certame licitatório.

3. ASPECTOS DISCRICIONÁRIOS QUE INFLUENCIAM NA DEFINIÇÃO DO OBJETO QUE RESULTA EM INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

Como visto, é uma imposição fática que não deixa opções ao agente público senão contratar mediante inexigibilidade de licitação. A inexigibilidade de licitação, portanto, não é uma escolha do administrador, mas consequência que se vislumbra quando a necessidade da Administração só puder ser sanada dessa maneira.

Existe, primeiramente, uma necessidade que a Administração Pública enfrenta e em decorrência o administrador busca analisar a maneira pela qual essa necessidade poderá ser satisfeita — o que pode ser feito, por exemplo, por meio da prestação de um serviço ou de uma aquisição. A análise visará adequar a necessidade da Administração com as soluções possíveis de serem obtidas, o que necessariamente envolve um estudo por parte dos administradores para que se chegue a conclusão de qual *precisamente* seria a melhor maneira de se resolver o problema. Desse modo, é possível identificar qual o objeto em *específico* que a Administração necessita, o que inclui suas particularidades.

Assim, em um primeiro momento existe a constatação de que a Administração necessita de algo a ser contratado com terceiros, após isso, analisa-se qual o objeto em específico capaz de sanar a necessidade e, dentro desse gênero de objetos, parte-se para a constatação de quais as particularidades inerentes a eles são relevantes para melhor atender ao interesse público.

Após toda essa etapa de estudos, se o interesse público só puder ser sanado por meio de um objeto incomum, sem que se possa realizar a competição, estando devidamente documentado também esse impedimento, não existe caminho que não seja a inexigibilidade de licitação, da mesma maneira se procede quando o objeto a ser adquirido possuir fornecedor exclusivo.

Ora, é evidente então não haver margens para juízos discricionários no que tange à inexigibilidade de licitação. Definido o objeto, não cabe ao administrador optar por realizar o certame ou contratar por meio do procedimento de inexigibilidade, somente lhe é possível utilizar do processo licitatório para que não incorra na prática de atos ilícitos.

O problema parece simples quando se parte já da definição do objeto, no que não há margens para a discricionariedade do administrador, mas como vimos, a

inexigibilidade de licitação não é o começo, e sim o fim de toda uma série de atos percorridos pela a Administração.

Aqui a complexidade aumenta consideravelmente; nessa série de atos percorridos pela a Administração anterior à inexigibilidade, possui ela vinculação absoluta ou teria o administrador certa margem de liberdade para definir o objeto do eventual contrato administrativo a ser realizado?

O mesmo pode ser perguntado a se realizar uma licitação, quando a Administração necessita licitar, os objetos e suas características são definidos de modo vinculado ou há margens para possíveis juízos discricionários?

Marçal Justen Filho (2012, p. 73) analisou o tema, mais precisamente no momento anterior ao ato convocatório da licitação, que é precisamente o momento no qual a Administração vai descrever o objeto que necessita e estabelecer os critérios a serem seguidos no posterior processo licitatório. Ele afirma:

Reservou-se à Administração a liberdade de escolha do momento de realização da licitação, do seu objeto, da especificação de condições de execução, das condições de pagamento etc. Essa competência discricionária exercita-se no momento preparatório e inicial da licitação.

A margem de escolha da Administração cessa após o ato convocatório que, como exposto na parte principiológica, vincula a Administração e os licitantes. No entanto, é a própria Administração que elabora este ato ao qual se verá vinculada e o faz, então, utilizando “competência discricionária”. Nesse mesmo passo, no que tange à inexigibilidade de licitação, poderia a Administração, valendo-se dessa possível margem discricionária para a definição do objeto, estabelecer um objeto sabendo ser inexigível a fim de contratar diretamente? Explica-se: um objeto verdadeiramente inviável de competição, apresentando diversas peculiaridades e, portanto, só passível de inexigibilidade de licitação; contudo a necessidade da Administração estaria adstrita a somente um objeto como esse ou demais objetos, mesmo que não apresentando as mesmas características do descrito, poderia sanar a necessidade da Administração? Como não prejudicar o interesse público quando se utiliza da inexigibilidade de licitação ao invés de descrever um objeto que dê margens à competição?

Para se avançar quanto ao tema, é antes necessário estudar aquilo que dá margens de liberdade ao administrador na descrição do objeto, o que Marçal Justen Filho denominou *discricionariiedade*.

3.1. Definição de discricionariiedade administrativa

O princípio da legalidade, como visto, obriga a Administração Pública a agir de acordo com a lei, somente podendo fazer aquilo já expresso nela. O agente da Administração, ao atuar de acordo com a lei, necessariamente precisa interpretá-la para que ela possa ser aplicada na prática.

“A interpretação corresponde a uma tarefa de (re)construção de vontade normativa estranha e alheia ao aplicador” (JUSTEN FILHO, 2009, p. 144). Nesse sentido, ao interpretar a lei, está o administrador buscando extrair a vontade normativa a fim de atuar de acordo com ela, aplicando-a na execução de determinadas situações concretas, portanto, “o intérprete não atribui sua conclusão a um juízo de conveniência próprio, mas ao sistema jurídico” (JUSTEN FILHO, 2009, p. 144).

Ocorre que as mais variadas normas jurídicas não são idênticas quanto às suas características no que tange à atividade de executá-las pelo agente público, de modo que algumas limitam a atividade do administrador em todos os sentidos, isto é, delimitando todos os aspectos de uma determinada atividade, ou seja, implicando em um único comportamento possível em face de determinada situação. Um exemplo é o art. 186, II, da Lei 8.112/90, ao afirmar que o servidor será aposentado “compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de serviço”, neste caso, a norma determinou todos os aspectos a serem seguidos pelo administrador, portanto, ao completar setenta anos, o servidor público estará aposentado com os proventos também já definidos, independentemente da vontade do administrador intérprete desse dispositivo. A isso, chama-se de *atividade vinculada* do administrador público.

O mundo real, contudo, traz uma riqueza infinita de possibilidades, de modo que prever todas de maneira abstrata por meio de leis, delimitando em todos os

aspectos de todas as atividades dos administradores, é uma tarefa impossível³⁸. “Embora, por vezes, a lei determine precisamente qual o desiderato visado, em outras situações este aspecto teleológico estará fundado em conceitos imprecisos, cuja objetivação, ao confrontá-los ao caso concreto, nem sempre é possível” (CADEMARTORI, 2007, p. 167). Por isso, há normas que também dão certa margem de liberdade para o administrador, para que ele, enfrentando um caso concreto, possa optar sobre qual é a melhor maneira possível para que um problema seja resolvido. Chama-se isso de *atividade discricionária*.

A definição da atividade administrativa como discricionária ou vinculada pressupõe, desse modo, o esgotamento da fase interpretativa. Esgotada essa fase e construída a norma do caso, será possível falar em discricionariedade se for possível extrair que dessa norma do caso é conferida liberdade ao gestor para adotar mais de um comportamento ou para praticar ato administrativo conforme seu juízo de conveniência e oportunidade (FURTADO, 2012, p. 547).

É nesse mesmo sentido que Maria Sylvia Zanella di Pietro (2013, p. 220) expõe a diferenciação entre vinculação e discricionariedade:

Pode-se, pois, concluir que a atuação da Administração Pública no exercício da função administrativa é vinculada quando a lei estabelece a única solução possível diante de determinada situação de fato; ela fixa todos os requisitos, cuja existência a Administração deve limitar-se a constatar, sem qualquer margem de apreciação subjetiva. E a atuação discricionária quando a Administração, diante do caso concreto, tem a possibilidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito.

Essa “margem de liberdade” a ser utilizada pelo administrador, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (1993, p. 17), pode se dar nas seguintes circunstâncias:

- a) à determinação ou reconhecimento – dentro de certos limites mais além referidos – da situação fática ou
- b) no que concerne a não agir ou agir ou
- c) no que atina à escolha da ocasião asada para fazê-lo ou
- d) no que diz com a forma jurídica através da qual veiculará o ato ou
- e) no que respeita à eleição da medida considerada idônea perante aquela situação fática, para satisfazer a finalidade legal.

³⁸ “Sob o ponto de vista prático, a discricionariedade justifica-se, que para evitar o automatismo que ocorreria fatalmente se os agentes administrativos não tivessem senão que aplicar a rigorosamente as normas preestabelecidas, que para suprir a impossibilidade em que se encontra o legislador de prever todas as situações possíveis que o administrador terá que enfrentar”. (DI PIETRO, 2013, p. 221).

Ou seja, não existe uma liberdade total para o administrador agir como bem entender, o que necessariamente implica na inexistência de um ato absolutamente discricionário; tão somente existem normas que, *em alguns aspectos*, dão margens para que o administrador possa, frente ao caso concreto, optar pela melhor situação que atenderá ao interesse público³⁹.

Dessa forma, os casos em que pode ocorrer o exercício da atividade discricionária por parte do administrador não se tratam de uma exceção ao princípio da legalidade, “absurda a conclusão de que a discricionariedade decorre da ausência de lei. É esta que confere ao administrador a prerrogativa para, diante de determinadas circunstâncias, praticar certos atos e definir o conteúdo desses atos” (FURTADO, 2012, p. 545).

Esses aspectos mencionados nas leis, que geram margens para a escolha do administrador ao aplicá-las, podem ocorrer principalmente por meio dos seguintes fatores:

- a) quando a lei expressamente a confere à Administração, como ocorre no caso da norma que permite a remoção ex officio do funcionário, a critério da Administração, para atender à conveniência do serviço;
- b) quando a lei é omissa, porque não lhe é possível prever todas as situações supervenientes ao momento de sua promulgação, hipótese em que a autoridade deverá decidir de acordo com princípios extraídos do ordenamento jurídico;
- c) quando a lei prevê determinada competência, mas não estabelece a conduta a ser adotada; exemplos dessa hipótese encontram-se em matéria de poder de polícia, em que é impossível à lei traçar todas as condutas possíveis diante de lesão ou ameaça de lesão à vida, à segurança pública, à saúde (DI PIETRO, 2013, p. 221).

Diante desses casos, cabe ao administrador ao valer-se da discricionariedade, agir de acordo com os chamados juízos de oportunidade e conveniência, que integram o *mérito* da discricionariedade administrativa:

Em resumo, podemos concluir que a discricionariedade é a liberdade que a

³⁹ “Aliás, cabe aqui observar que embora seja comum falar-se em ‘ato discricionário’, a expressão deve ser recebida apenas como uma maneira elíptica de dizer ‘ato praticado no exercício de apreciação discricionária em relação a algum ou alguns dos aspectos que o condicionam ou que o compõem’. Com efeitos, o que é discricionária é a competência do agente quanto ao aspecto ou aspectos tais ou quais, conforme se viu. O ato será apenas o ‘produto’ do exercício dela. Então, a discricionária não está no ato, não é uma *qualidade* dele; logo, não é ele que é discricionário, embora seja nele (ou em sua omissão) que ela haverá de se revelar”. (MELLO, 1993, p. 18).

lei confere ao administrador; e que o mérito é o juízo de conveniência e de oportunidade de que se vale o administrador para definir a solução que melhor realiza os fins legais quando a lei houver conferido discricionariedade ao administrador (FURTADO, 2012, p. 548).

“A conveniência significa a possibilidade de determinar o conteúdo de certa providência. A oportunidade consiste na ponderação quanto ao momento em que determinada providência será adotada” (JUSTEN FILHO, 2009, p. 160) que, por sua vez, tomam forma nas mencionadas circunstâncias em que o administrador age com discricionariedade.

Este mérito resultante da utilização da discricionariedade por parte do administrador público, por ser resultante da própria margem de liberdade dada pela lei, não está sujeito ao controle por parte do poder do Poder Judiciário. Assim ocorre porque não cabe ao Judiciário interferir na atividade do Executivo no que tange à margem de mérito da discricionariedade dada a ele pelo Legislativo na execução das leis, o que mantém a harmonia entre os poderes.

Isso não quer dizer que os atos realizados pela Administração Pública não estarão sujeitos à análise do Judiciário, mas somente que este não pode adentrar na análise do mérito referente ao exercício da discricionariedade, o que não impede a verificação da legalidade do ato.

Isso ocorre precisamente pelo fato de ser a discricionariedade um poder delimitado previamente pelo legislador; este, ao definir determinado ato, intencionalmente deixa um espaço para livre decisão da Administração Pública, legitimando previamente a sua opção; qualquer delas será legal. Daí por que não pode o Poder Judiciário invadir esse espaço reservado, pela lei, ao administrador, pois, caso contrário, estaria substituindo, por seus próprios critérios de escolha, a opção legítima feita pela autoridade competente com base em razões de oportunidade e conveniência que ela, melhor do que ninguém, pode decidir diante de caso concreto. A rigor, pode-se dizer que, com relação ao ato discricionário, o Judiciário pode apreciar os aspectos da legalidade e verificar se a Administração não ultrapassou os limites da discricionariedade; neste caso, pode o Judiciário invalidar o ato, porque a autoridade ultrapassou o espaço livre deixado pela lei e invadiu o campo da legalidade (DI PIETRO, 2013, p. 225).

Ilustra-se como exemplo uma determinada norma que aplica suspensão de até 15 (quinze) dias ao servidor que cometa determinada irregularidade, o que efetivamente ocorre. Nesse caso, possui o administrador responsável pelo procedimento certa margem discricionária para optar pela suspensão de 1 (um) até o limite de 15 (quinze) dias; contudo, esse administrador suspende o servidor por 16 (dezesesseis) dias, o que evidencia a ilegalidade do ato cometido. Frente ao presente

caso, o Judiciário está impossibilitado de mudar a suspensão para 15 (quinze) dias ou menos porque se assim o fizesse estaria adentrando ao mérito da discricionariedade exercida pela Administração. Cabe ao Judiciário, nesse caso hipotético, somente anular o ato em decorrência da sua ilegalidade, fazendo com que a Administração realize novo procedimento. Por isso, “a anulação desse ato não permite que o juiz indique o conteúdo do novo ato a ser praticado” (FURTADO, 2012, p. 550).

A discricionariedade se justifica pela complexidade do mundo real que impossibilita o legislador a prever abstratamente a solução mais correta para todos os casos, nesse passo, deve-se entender a discricionariedade como a margem de liberdade dada ao administrador para que, diante de um problema concreto, tenha o *dever de buscar a melhor solução*.

Isso quer dizer que mesmo que a lei tenha dado variadas opções ao administrador para solucionar um problema em abstrato, se no caso concreto estiver evidente que uma das soluções possibilitadas pela lei não o resolverá, não pode o administrador optar por ela irresponsavelmente alegando que era livre para escolher a que melhor lhe aprouvesse — a discricionariedade administrativa se justifica como um *dever* da Administração legitimado por lei, não cabendo margens para o exercício de arbitrariedades. Isto não é entendido como “adentrar ao mérito da discricionariedade”, pois segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (1993, p. 38):

Mérito é o campo de liberdade suposto na lei e que, efetivamente, venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, se decida entre duas ou mais soluções admissíveis perante ele tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, dada a impossibilidade de ser objetivamente reconhecida qual delas seria a única adequada. (grifo nosso)

Portanto, é fundamental que o caso concreto dê margens ao exercício da discricionariedade ao administrador público para que possa exercê-la, se uma norma apresenta apenas duas opções e o problema concreto evidencia compatibilidade a apenas uma delas, é óbvio que o administrador se vê *vinculado* ao utilizar da solução compatível, haja vista que o campo de liberdade suposto em lei não remanesceu no caso concreto.

Lucas Rocha Furtado (2012, p. 549) apresenta as seguintes etapas para o que ele denomina de controle judicial da discricionariedade:

A primeira etapa do processo de controle judicial consiste no exame da própria legislação que tenha fundamentado a prática do ato, a fim de verificar se ela efetivamente confere liberdade ao administrador para a adoção de mais de uma solução possível.

A segunda etapa corresponde à avaliação da situação ou circunstância de fato ou de direito que, segundo o administrador, tenha justificado a prática do ato – exame dos motivos.

Em terceiro lugar, ou como terceira etapa do processo, deve-se proceder à avaliação de ponderação ou de razoabilidade da solução efetiva ou concretamente adotada em face da lei e dos motivos invocados para a prática do ato.

Em quarto lugar, ao se proceder ao controle da discricionariedade, cabe examinar se as regras procedimentais aplicáveis foram observadas, especialmente no que diz respeito aos princípios do contraditório, da ampla defesa, do direito de recurso, do acesso aos autos etc. Os atos praticado no exercício de atividade discricionárias decorrem de processos administrativos sujeitos a controle. Por meio do controle desses processos de formação da manifestação de vontade do administrador será possível aferir a legitimidade do próprio ato discricionário resultante do processo.

Com todo o exposto, pode-se conceituar a discricionariedade administrativa como:

[...] a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentro pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente (MELLO, 1993, p. 48).

Conclui-se, portanto, que embora a lei dê essas margens, é essencial uma análise do administrador para ver se no caso concreto elas ainda estão disponíveis, isto é, se elas “remanesceram”. Como seu dever é de buscar a melhor solução, a análise acerca da possibilidade de atuar de forma discricionária requer não somente um estudo da lei, mas também da situação fática a ser enfrentada.

3.2. Aspectos discricionários no que tange à definição do objeto inexigível de licitação

Feitas essas considerações a respeito da definição e controle da discricionariedade administrativa, bem como constatada a margem para o exercício de competência discricionária no que cabe à atividade do administrador público na definição do objeto a ser passível ou não de licitação. Cumpre agora analisar os *parâmetros* de ocorrência desse exercício discricionário, para isso, valer-se-ão dos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais a fim verificar a adequação entre teoria e prática.

3.2.1. Esclarecimentos doutrinários

Como já visto, a inexigibilidade de licitação configura exceção à obrigação de licitar, o que não quer dizer que é exceção aos princípios da Administração Pública, a inexigibilidade de licitação não conflita com esses princípios, inclusive com o da isonomia. É por isso que Joel de Menezes Niebuhr (2000, p. 123) aponta:

Estas exceções devem ser analisadas com profunda cautela, dado que, mesmo defluentes de lei, podem, se divorciadas do razoável (princípio da razoabilidade), afrontar os princípios maiores e superiores da licitação, dentre os quais se destaca o preceito isonômico.

O fator de que a contratação direta mediante inexigibilidade de licitação pública não configura exceção aos princípios da licitação resulta de que, na realidade, segue a observância desses mesmos princípios, daí a necessidade de sua observação também no procedimento de inexigibilidade de licitação, o que inclui também a descrição do objeto a ser declarado inexigível.

Essa é mais uma limitação do exercício da discricionariedade por parte do agente administrativo ao delinear o objeto a ser buscado pela a Administração, devendo compatibilizar-se à busca da melhor solução para o caso concreto. O que implica, em observância ao mandamento constitucional e à própria sistemática da legislação licitatória, “que o agente administrativo deve procurar definir o objeto do

contrato sempre de molde a propiciar a competição, jamais com o propósito de contemplar situação que implique inexigibilidade” (NIEBUHR, 2011, p. 148).

O mesmo raciocínio possuem Sérgio Ferraz e Lúcia Valle Figueiredo (1994, p. 73):

Poder-se-á perguntar: o estabelecimento de discrimenes, quer subjetivos, quer objetivos, é lícito à Administração, sem qualquer peia ou amarra?

A resposta, por certo, há de ser negativa.

(...)

Porém, situações haverá em que outros vetores do sistema, ao se contraporem, permitem a discriminação.

Cabe, então, analisar quando esses “vetores” legitimam uma contratação mediante inexigibilidade de licitação pública, ou seja, quando as peculiaridades do objeto da contratação são relevantes a ponto do agente administrativo realizar uma exceção à obrigação de licitar de modo que não fira os princípios inerentes à licitação pública.

Nesse sentido, é necessário retornar às perguntas realizadas ao começo deste capítulo: basta o administrador público descrever um objeto que é insuscetível de competição para estar legitimado a proceder à inexigibilidade de licitação? Mesmo que o objeto realmente o seja?

Por óbvio que não, como já dito, na descrição do objeto a ser contratado pela Administração é necessário sempre buscar a competição na medida em que um objeto inexigível de licitação somente se justifica quando suas particularidades forem necessárias para a Administração Pública, somente dessa maneira o agente administrativo não estará conflitando com os princípios da licitação. Isso significa que são justamente as particularidades que diferenciam o objeto a ser contratado dos demais objetos de semelhante gênero no mercado que justificam a inexigibilidade de licitação, ou seja, a Administração deve necessitar justamente das particularidades que tornam um objeto inviável de competição, sendo somente aquele objeto inexigível de licitação passível de sanar tais necessidades.

Particularidades ou especificidades quase todos os objetos têm, isso não faz com que o administrador público esteja legitimado a realçá-las para alcançar a inexigibilidade de licitação, essas particularidades precisam ser precisamente o que a Administração necessita, o que evita arbitrariedades em detrimento do interesse público.

É frequente que os produtos ou serviços de qualquer empresa, fabricante ou fornecedor tenham características especiais, que os distinguem dos demais produtos ou serviços ofertados por seus concorrentes. Sob esse contexto – enfocando a questão de modo bastante débil -, qualquer produto ou serviço poderia ser reputado como exclusivo, na medida em que possui características que os diferenciam de seus concorrentes e, por efeito disso, enseja a inexigibilidade de licitação pública. Esse argumento acabaria por inverter a norma programática enlaçada na parte inicial do inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, segundo a qual a licitação pública é a regra e a contratação direta, quer por inexigibilidade, quer por dispensa, a exceção, uma vez que qualquer produto ou serviço poderia ser considerado exclusivo e sua contratação realizada através de inexigibilidade.

Por isso, é evidente que não cabe aos agentes administrativos ressaltarem quaisquer características de produtos ou serviços, chegando mesmo a reputá-las exclusivas, justamente com o intento de declararem a inexigibilidade de licitação pública. Quer dizer que os agentes administrativos não devem ressaltar as características que bem ou mal entendam, mas devem ater-se só àquelas que são determinantes para a satisfatória consecução do interesse público (NIEBUHR, 2011, p. 145).

Ou seja, a discriminação na descrição do objeto que gera inexigibilidade de licitação somente pode ser válida quando decorrente de fatores relevantes que a justificam, de modo que estejam em consonância com os princípios licitatórios, na medida em que a inexigibilidade de licitação seria a única solução possível de sanar a necessidade da Administração Pública, como já visto, “a isonomia significa o tratamento uniforme para situações uniformes, distinguindo-se-as na medida em que existe diferença” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 59), ao passo que “será inválida a discriminação (...) se não se ajustar ao princípio da isonomia” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 60).

Por isso, Sérgio Ferraz e Lúcia Valle Figueiredo (1994, p. 74) impõem os seguintes requisitos a fim de conferir validade às discriminações:

A discriminação só terá cabida se tiver íntima correlação com os cometimentos administrativos, com outros valores também consagrados no sistema normativo como imperativos a que se deve respeito. Assim é que a supremacia do interesse público fará vergar o princípio da igualdade e admitirá os discrímenes quando estes forem absolutamente necessários ao cumprimento dos desideratos administrativos.

Dessume-se, de conseguinte, que as desigualações individuais ou as discriminações objetivas (referidas ao objeto) só poderão existir dentro de um campo coartado, onde se deverá mover o intérprete da norma.

A ‘moldura’ para criação desses discrímenes deverá ser, rigorosamente, respeitada.

De conseguinte, só poderão prevalecer aqueles que guardarem íntima correlação de compatibilidade lógica entre o fator erigido como discrímen e a situação discriminada.

Ou seja, a discricionariedade que trata da descrição de um objeto inexigível de licitação possui um campo rigorosamente limitado, em que o administrador deve, após apresentar as particularidades do objeto que torna inviável a competição, descrever por quais razões essas particularidades são as que a Administração efetivamente necessita, configurando exceção à regra geral de licitar através da impossibilidade de cumprir com o dever de buscar a competição.

Este raciocínio é também descrito por Joel de Menezes Niebuhr (2011, p. 148) que, apesar de descrevê-los visando caracterizar inexigibilidades para aquisições da Administração, sua essência também pode ser utilizada para configurar as demais hipóteses de inexigibilidade:

Em virtude disso, o bem só pode ser considerado exclusivo, autorizando a inexigibilidade, se as suas características peculiares, não encontradas em outros bens que lhe são concorrentes, forem decisivas ao interesse público. Se essas características não forem relevantes para este, salientá-las como requisito para a contratação a fim de justificar inexigibilidade foge das raias jurídicas, devendo-se reputá-la inválida.

No caso da descrição de um determinado produto, serviço ou obra de *natureza única*, em que seja visível não haver concorrência, não há grandes problemáticas na visualização da inexigibilidade. A questão ganha maior complexidade naqueles objetos de um mesmo gênero, embora com particularidades diferentes, pois deve ser necessário verificar se essas particularidades são ou não relevantes à Administração a ponto de somente um objeto em específico ser considerado o adequado.

Então, o problema reside em precisar quais as características periféricas são lícitas e quais são ilícitas. Já foi dito que não há parâmetro absoluto e abstrato, que sirva, de antemão, para responder a essa questão, em razão de versar discricionariedade, dependente da feição de cada caso. Entretanto, é possível erigir certas diretrizes, tomando em conta, por obséquio à parte inicial do inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, que a regra é a obrigatoriedade de licitação pública, isto é, a ampliação da competitividade, e a exceção é a inexigibilidade, que resulta da inviabilidade da competição, isto é, da restrição extremada da competitividade.

(...)

A relevância depende de justificativas de ordem técnica, que desnudem a necessidade de a Administração valer-se da funcionalidade secundária do objeto do contrato propiciada pelas suas características periféricas. O fundamental é esclarecer, com argumentos técnicos, que o interesse público demanda objeto que ofereça dada funcionalidade secundária, que é produzida apenas por certas características periféricas (NIEBUHR, 2011, p. 150-151).

Disso se extrai a complexidade do procedimento de inexigibilidade de licitação, haja vista ter que apresentar que a competência discricionária exercida pelo agente administrativo na descrição do objeto que resultou em inexigibilidade de licitação realmente possa, no caso concreto, demonstrar a melhor solução ainda que esta se configure em exceção ao dever de licitar sem que se violem seus princípios inerentes.

Por isso, Joel de Menezes Niebuhr (2011, p. 146) afirma:

Isso tem a ver com a descrição do objeto do futuro contrato, que deve ser realizada com toda a parcimônia, valendo-se a Administração Pública de estudos técnicos sólidos, para definir, de maneira precisa, o que realmente contempla o interesse público. Ora, é necessário que a Administração saiba o que quer e, para tanto, não há outro caminho afora procurar conhecer as possibilidades ofertadas no mercado, consultando especialistas a respeito do objeto que se pretenda contratar.

Nesse sentido, conclui Marçal Justen Filho (2012, p. 439), ao que se delinea por completo o âmbito de atuação da discricionariedade no que tange à inexigibilidade de licitação:

Portanto, a decisão acerca do particular a ser contratado refletirá uma avaliação das necessidades públicas, das características da prestação a ser realizada, da identidade e das condições propostas pelo particular. Essa avaliação deverá fazer-se segundo o critério da razoabilidade, ainda quando as peculiaridades do caso concreto impeçam a formulação de juízo dotado de certeza científica.

Por um lado, a Administração terá o dever concreto de evidenciar satisfatoriamente que a realização de licitação será prejudicial. Não bastará a mera invocação dessa justificativa. Será imperioso demonstrar cabalmente como a licitação prejudicará a adoção de alternativa satisfatória para os interesses coletivos.

Por outro, a Administração será constrangida a evidenciar que a solução adotada, através de uma contratação direta, representa a melhor alternativa possível para a realização dos fins buscados pelo Estado. Isso significa, inclusive, comprovar a economicidade da contratação e ausência de desperdício de recursos públicos.

(...)

A impossibilidade de identificação da melhor solução não significa a ausência de reprovação do ato quando evidenciado ser a pior alternativa. Mais do que isso, quando a decisão for inadequada à realização dos fins buscados pelo Estado, deverá ser invalidada. Ainda, somente será válida a decisão quando se enquadrar como 'possível' solução mais adequada. Assim colocada a questão, afasta-se inclusive a violação ao princípio da isonomia.

No que se evidencia a presença de elementos da adequada utilização e controle da discricionariedade também na elaboração do objeto a ser contratado pela Administração Pública.

3.2.2. Verificação dos elementos na jurisprudência

É exemplar a fundamentação exposta no seguinte julgado, por estar em consonância aos elementos abordados:

Necessária a realização de procedimento licitatório no agir do denunciado e sendo desatendido o comando legal, dispensa prova do prejuízo ao erário para fins de condenação. O dolo está comprovado, em virtude da vontade consciente do agente em desatender à lei licitatória quando a sua observância era imperativa. A má-gestão ou a falta de planejamento administrativo não são justificativas para a utilização irregular da situação emergencial prevista na Constituição Federal e no Estatuto Licitatório, uma vez que a compra de pneus e outros acessórios e componentes de veículos pode ser feita de forma planejada. Ademais, **o fundamento da inexigibilidade de licitação, calcado no inc. I, do art. 25, do Estatuto Licitatório, não pode ser alcançado através da exigência de características específicas que somente poderão ser encontradas em uma marca de produto, porque próprias deste e, muito menos, quando sequer se justifica a necessidade da administração na sua aquisição. A ausência de competitividade impede a obtenção, por critérios objetivos, dos melhores preços, causando sim prejuízo aos cofres públicos e contrariando as normas licitatórias.** Condenação do réu proclamada, no entanto, declarada a extinção da punibilidade em face da prescrição retroativa. (grifo nosso) (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 2014).

Como se observa, o foco abordado na síntese do julgamento foi justamente a análise dos limites ao exercício da discricionariedade do agente administrativo referente à definição do objeto que foi declarado inexigível de licitação.

No caso em concreto, no momento da definição do objeto foram realçadas características que não se faziam necessárias à Administração Pública, com a intenção de efetuar um contrato por meio de inexigibilidade de licitação, ou seja, o administrador criou a inviabilidade de competição ao invés dela ser decorrente de uma necessidade da Administração Pública, em clara violação ao interesse público e aos princípios da licitação. Note-se que o elemento a conduzir a ação do administrador — a busca pela competição — foi infringido de tal maneira que buscou-se o oposto.

Por consequência, não houve o necessário balanceamento entre a necessidade da Administração e a descrição do objeto a gerar o futuro contrato, isto é, não foram demonstradas as razões para que as particularidades que tornam o objetivo inexigível de licitação se configurassem precisamente como aquilo que a Administração necessita, o que evidencia a arbitrariedade do agente administrativo com a intenção de não realizar a competição ao definir um objeto que não encontra respaldo ao interesse público; muito longe se esteve de a inexigibilidade de licitação se configurar como a única solução possível para a Administração.

Também merece ser citado o seguinte julgado:

1. A licitação caracteriza-se como processo administrativo pelo qual um ente público, abre a todos os interessados, em condições de igualdade, a possibilidade de participarem da Administração, mediante oferta de bens e serviços, com o fim de atender as necessidades públicas de modo mais vantajoso, sendo que a dispensa e inexigibilidade de licitação devem ser sempre excepcionais. 2. No caso, não restou justificada a contratação sob a modalidade de inexigibilidade de licitação, prevista no artigo 25 da Lei nº 8.666/93 (grifo nosso) (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 2014).

Realçou-se no presente estudo a importância do procedimento de inexigibilidade de licitação, por ser nele possível verificar a correta utilização da competência discricionária por parte do gestor público através da observância dos princípios licitatórios. Nesse passo, contratar mediante inexigibilidade de licitação sem justificá-la denota clara violação a esses princípios, configurando-se em inversão da essência e fundamentos pertinentes à licitação.

Também o STJ já se manifestou:

1. Os serviços descritos no art. 13 da Lei n. 8.666/93, para que sejam contratados sem licitação, devem ter natureza singular e ser prestados por profissional notoriamente especializado, cuja escolha está adstrita à discricionariedade administrativa.
2. Estando comprovado que os serviços jurídicos de que necessita o ente público são importantes, mas não apresentam singularidade, porque afetos à ramo do direito bastante disseminado entre os profissionais da área, e não demonstrada a notoriedade dos advogados – em relação aos diversos outros, também notórios, e com a mesma especialidade – que compõem o escritório de advocacia contratado, decorre ilegal contratação que tenha prescindido da respectiva licitação”. (grifo nosso) (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2005).

Posicionamento que, como visto, encontra respaldo na doutrina. Não basta o serviço ser técnico especializado para contratar mediante inexigibilidade de licitação,

deve também o contratado possuir notória especialização para executar uma tarefa singular, isto é, que seja incomum mesmo para os demais especialistas disponíveis no mercado, somente dessa maneira é possível visualizar a inviabilidade de competição.

Diversos são os especialistas em nossa sociedade das mais diversas áreas do conhecimento. Este fator não é suficiente para ensejar inviabilidade de competição, haja vista ser a competição que a Administração deve sempre procurar viabilizar ao buscar por interessados para realizar suas contratações, o que denota a responsabilidade do gestor público que realiza inexigibilidade de licitação sem observar seus requisitos.

Por fim, também merece citação o seguinte julgado:

“Licitação. Objeto do contrato é genérico, não há singularidade. ‘O objeto do contrato (...) (prestação de serviços de consultoria, assessoria e advocacia aos órgãos e secretaria, envolvendo a área do Direito Administrativo, Constitucional e outros de atuação) foi descrito de forma genérica, não possuindo requisitos próprios que indicassem a singularidade dos serviços. O fato de o serviço prestado enquadrar-se no art. 13 da Lei 8.666/93 não justifica, automaticamente, a inexigibilidade de licitação. Além da inviabilidade da competição, premissa fundamental, impõe-se, ainda, a natureza singular dos serviços, a notória especialização da empresa ou profissional a ser contratado e que não se trate de serviços de publicidade e divulgação. Desta forma, se houver possibilidade de competição, ou seja, se existir mais de uma pessoa ou empresa que possa realizar os serviços, o processo licitatório deverá ser realizado” (MINAS GERAIS, Tribunal de Contas, 2004).

Mais uma vez, observa-se a inadequação na utilização da competência discricionária para a definição do objeto almejado pela licitação. No presente caso, definiu-se um objeto genérico e, após isso, foi realizada contratação mediante o procedimento de inexigibilidade de licitação, no que se visualiza que da definição do objeto não decorre a inexigibilidade de licitação, pelo contrário, o certame licitatório se fazia obrigatório.

Esse exemplo realça, na melhor das hipóteses, a falta de compreensão dos agentes responsáveis a respeito da natureza da inexigibilidade de licitação, resultando na inobservância dos princípios relativos às licitações e na violação do interesse público, quando não presentes maiores consequências.

3.3. Consequências da inexigibilidade de licitação ilícita

Talvez seja o estudo das consequências da declaração de ilicitude do procedimento de inexigibilidade de licitação o que melhor demonstra a importância da adequação rigorosa desse procedimento, devendo apresentar da melhor maneira possível que o administrador, ao utilizar da inexigibilidade, o faça realmente como a única solução para a Administração Pública.

Por isso, deve ter cautela o administrador na descrição do objeto da futura contratação que a Administração Pública almeja, pois se entender passível de inexigibilidade de licitação, neste procedimento deve ser feita toda a comprovação que isso implica, a qual já foi descrita.

Cabe agora, portanto, demonstrar as consequências que podem ser geradas ao administrador público quando não são observados esses requisitos, como ocorrido pelos exemplos demonstrados através da jurisprudência.

3.3.1. Sanções cíveis

No âmbito civil, o tema encontra-se presente na Lei 8.429/92, que dispõe sobre as sanções aplicáveis decorrentes de atos de improbidade administrativa. Esta lei aponta em seu art. 10, inciso VIII, a caracterização da dispensa indevida do processo licitatório como ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário:

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

(...)

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente; (BRASIL, 1992).

Infelizmente, Fábio Medina Osório (2011. p. 293) aponta que “a dispensa indevida de licitações, com a seleção de um competidor em detrimento da paridade dos candidatos, é um caso bastante comum de improbidade”.

O termo “dispensa indevida de licitação” deve ser entendido em seu sentido amplo, o que abrange também a inexigibilidade de licitação. Essa interpretação é pacífica na doutrina:

O inciso VIII, do art. 10, da Lei n. 8.429/92, refere-se a dispensar indevidamente o procedimento licitatório. Essa expressão deve ser interpretada extensivamente (...) Desta sorte, por indevida dispensa de licitação deve entender-se toda a situação em que a compra de bem ou serviço, ou a alienação de bem pela Administração Pública seja feita sem procedimento licitatório, sem que se esteja, todavia, em face quer de situação de dispensa, que de situação de inexigibilidade (DECOMAIN, 2007. p. 120).

No mesmo sentido, Emerson Garcia (2010. p. 441) diz que “a ideia fundamental do texto é coibir o indevido alargamento das hipóteses em que não é exigida a licitação, logo, sob este prisma, dispensa e inexigibilidade se equivalem”.

A indevida inexigibilidade de licitação pode decorrer de variados fatores, como através da ausência dos requisitos que a legislação elenca como obrigatórios ao procedimento: justificativa de preço, razão da escolha etc. bem como para todo e qualquer caso que da descrição do objeto da contratação não decorrer inviabilidade de competição.

Por isso que a ação ímproba pode decorrer tanto da dispensa indevida de procedimento licitatório ou não caracterização de inexistência de inexigibilidade do certame, como da ausência da devida justificação administrativa da incidência de uma ou de outra dessas hipóteses excepcionadas pela lei (FAVRETO et al, 2010. p. 144-145).

É por isso que “não havendo perfeito enquadramento da situação fática aos permissivos legais ou sendo provada a simulação, ter-se-á indevida dispensa da licitação e a conseqüente configuração da improbidade” (ALVES; GARCIA, 2010. p. 441).

A lesão ao erário se configura na medida em que se efetua a diminuição do patrimônio público sem a realização de qualquer competição, portanto sem que a Administração possa obter a melhor proposta, o que decorre do ato de improbidade de seu gestor.

Ocorre que muitas vezes só é declarada a ilegalidade da inexigibilidade de licitação quando a Administração também já efetuou o contrato que, por sua vez, já foi pago. Nesse sentido, como a declaração de nulidade afeta a contratação e gera

efeitos *ex tunc*, devem os agentes responsáveis ressarcirem o erário. Por isso, Emerson Garcia (2010. p. 321) afirma:

Analisando o art. 10 da Lei n.º 8.429/1992, Wallace Martins Paiva (Probidade Administrativa, p. 205) averba que 'a análise da lei mostra, sem sombra de dúvida, que o art. 10, caput, conceitua o prejuízo patrimonial, enquanto seus incisos indicam situações ilícitas em que a lesão é elementar e decorrente indissociavelmente'. Em verdade, sempre que o ato infringe as normas proibitivas contidas implicitamente nos incisos do art. 10 tem-se a sua inadequação aos princípios regentes da atividade estatal. Por este motivo, o ato será nulo. Sendo nulo o ato, não pode o mesmo produzir efeitos, o que demonstra a sua lesividade sempre que tenha acarretado a diminuição do patrimônio público. Constata a nulidade e a lesividade, deve ser o patrimônio público re-composto no status quo, o que torna aplicável a sanção de ressarcimento integral do dano.

É a mesma lição de Pedro Roberto Decomain (2007. p. 120):

O art. 10 da Lei 8.429/92 cuida de hipóteses de improbidade administrativa em que ocorre prejuízo patrimonial para o Erário. Nas situações do inciso VIII (...) esse prejuízo sempre ocorre, eis que a Administração (*lato sensu*) paga por algo que adquiriu em condições irregulares e com inobservância de princípios constitucionais. O prejuízo patrimonial é representado, no caso, pelo pagamento daquilo que foi adquirido sem licitação ou com procedimento licitatório viciado.

Com isso, o art. 12 da referida Lei prevê a seguinte sanção:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009).

(...)

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, 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 e 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; (BRASIL, 1992).

É importante observar, no sentido de todo o exposto, que a indevida inexigibilidade de licitação configura violação aos princípios da licitação e da Administração Pública, nesse sentido, basta a consciente violação aos princípios para estar caracterizado ato de improbidade administrativa, conforme se depreende do *caput* do art. 11 da Lei n.º 8.429/92:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: (BRASIL, 1992).

Como, de maneira diversa do artigo anterior, não está previsto neste artigo a conduta culposa, entende-se que somente se o gestor público agir com dolo que ele incorrerá em ato de improbidade administrativa. “A doutrina e a jurisprudência praticamente não divergem no sentido de que o tipo descrito no art. 11 é caracterizado pelo dolo do agente” (FIGUEIREDO, 2010. p. 91).

O inciso III do mencionado artigo 12 prevê as seguintes sanções ao agente que pratica ato de improbidade administrativa que viola os princípios da Administração:

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e 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 três anos (BRASIL, 1992).

Além da Lei de Improbidade Administrativa, a Lei n.º 4.717/62, que prevê a ação popular, possibilita a qualquer cidadão — “entende-se a pessoa física detentora de cidadania ativa” (FERRARESI, 2009. p. 179) — utilizar desse meio processual para anular ato lesivo ao patrimônio público, no que se inclui as inexigibilidades de licitação ilícitas. Dispõe o *caput* do art. 1º:

Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos (BRASIL, 1962).

Tem suma importância o dispositivo, haja vista a margem amplamente maior para propor a mencionada ação se em comparação a referente à improbidade administrativa⁴⁰.

A condenação prevista na Lei de Ação Popular para o ato que lesar o patrimônio público está prevista no art. 11 da referida Lei:

Art. 11. A sentença que, julgando procedente a ação popular, decretar a invalidade do ato impugnado, condenará ao pagamento de perdas e danos os responsáveis pela sua prática e os beneficiários dele, ressalvada a ação regressiva contra os funcionários causadores de dano, quando incorrerem em culpa (BRASIL, 1962).

A Constituição Federal de 1988 ampliou os bens tuteláveis por meio da ação popular, ao passo que a mencionada ação pode ser utilizada não somente para anular ato lesivo ao patrimônio público, como também à “moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural”, conforme exposto pelo art. 5º, LXXIII.

Também vale mencionar que, por força do art. 37, § 5º, da Constituição, o ressarcimento ao erário é imprescritível⁴¹. Motivo pelo qual é possível o ajuizamento de ação de improbidade administrativa visando apenas ressarcir ao erário, bem como da ação popular.

[...] é voz corrente que o art. 37, § 5º, da Constituição dispõe sobre o caráter imprescritível das pretensões a serem ajuizadas em face de qualquer agente, servidor ou não, visando ao ressarcimento dos prejuízos causados ao erário. Como consequência, tem-se que somente as demais sanções previstas nos feixes do art. 12 da Lei de Improbidade serão atingidas pela prescrição, não o ressarcimento do dano (material ou moral), o qual poderá ser a qualquer tempo perseguido. Por este motivo, nada impede seja utilizada a ação referida no art. 17 da Lei nº 8.429/1992, ou qualquer outra dotada de eficácia similar, com o fim, único e exclusivo, de demonstrar a prática do ato de improbidade e perseguir a reparação do dano (ALVES; GARCIA, 2010. p. 644).

Medida essa que beneficia a sociedade na fiscalização dos gestores públicos, elevando a importância dos procedimentos de inexigibilidade de licitação, ao passo

⁴⁰Dispõe o *caput* do art. 17 da Lei n.º 8.429/92: “Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar” (BRASIL, 1992).

⁴¹ “§ 5º - A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento” (BRASIL, 1988).

que o ressarcimento por eventual lesão ao erário que ocorra devido à ilicitudes pode ser proposto a qualquer tempo.

3.3.2. Sanções penais

Não somente na área cível está sujeito o responsável à sanções por ilegalidades na inexigibilidade de licitação, como será visto agora, o ato também pode trazer consequências no âmbito penal.

É a própria Lei Geral de Licitação (n.º 8.666/93), do art. 89 ao 98, que estabelece os crimes relativos ao processo de licitação. A relevância e o rigor que deve possuir o administrador público na definição do objeto que será declarado inexigível de licitação é nítido ao verificar que a maior das penas em abstrato previsto na lei se dá justamente para o caso da inexigibilidade de licitação ilegal. É o previsto no art. 89:

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 (BRASIL, 1993).

Pelo disposto no *caput*, denota-se que tanto o ato de inexigir licitação fora de sua hipótese legal, isto é, sem que ocorra inviabilidade de competição, como realizá-la sem observar suas formalidades (a exemplo daquelas indicadas no art. 26 da lei, tais como justificativa do preço, razões de escolha do fornecedor ou executante etc.) podem incorrer no tipo.

A primeira parte do dispositivo incriminador (dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses legais) consiste no ato de declarar dispensada ou inexigível licitação em situação que não corresponda a um dos casos dos arts. 24 e 25, mas não só pela alegação de hipótese não prevista, mas também pela inexistência de situação fática que legitimaria a dispensa ou inexigibilidade (GRECO FILHO, 1994. p. 09).

Note-se que pelo *caput* do dispositivo há a responsabilização dos servidores públicos responsáveis pela inexigibilidade de licitação ilícita, “assim será punível não

apenas a autoridade responsável pela contratação, inclusive o assessor jurídico que emitiu parecer favorável à contratação direta” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 1033), enquanto o parágrafo único importa na mesma pena o particular que concorre na consumação da ilegalidade, “sabedor de que não faz jus à contratação, não obstante, a ela adere, com a finalidade típica de fraudar a Lei” (FERRAZ; FIGUEIREDO, 1994, p. 83).

Parte da doutrina tem entendido que se trata de crime de perigo abstrato, haja vista não necessitar da efetiva lesão ao patrimônio público: “a incriminação está na dispensa ou inexigibilidade de licitação, independente de prejuízo” (GRECO FILHO, 1994. p. 09), bem como “pode não gerar nenhuma consequência prejudicial ao patrimônio do ente contratante” (FREITAS, 2010. p. 52); enquanto outra parte afirma que a lesão ao erário é essencial para configurar o crime, “não se aperfeiçoa o crime do art. 89 sem dano aos cofres públicos. Ou seja, o crime consiste não apenas na indevida contratação indireta, mas na produção de um resultado final danoso” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 1034).

A respeito do elemento subjetivo, entende-se que a configuração do crime se dá “com a simples presença do dolo, não havendo necessidade de demonstração de qualquer finalidade específica na conduta do agente” (FREITAS, 2010. p. 75). Também é admissível o dolo eventual “se o agente, tendo dúvida quanto à ilegalidade, assume o risco de fazer a dispensa ou declarar a inexigibilidade ainda que irregular” (GRECO FILHO, 1994. p. 13), mas isso também não é pacífico. Marçal Justen Filho, para o qual é necessário que haja lesão ao erário na configuração do crime, afirma também que há necessidade desse dolo específico, pois o agente deve possuir “a vontade livre e consciente de produzir o resultado danoso ao erário” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 1036).

Observa-se que também é possível consumir a infração na forma tentada, embora seja “muito difícil sua caracterização ou demonstração” (GRECO FILHO, 1994. p. 13).

A pena, como exposta no dispositivo, é de detenção de 3 (três) a 5 (cinco) anos e multa. Com relação à pena privativa de liberdade, o seu limite “impede a suspensão condicional da pena (...) e também a conversão em pena restritiva de direitos” (GRECO FILHO, 1994. p. 14).

Por fim, também é importante observar o art. 83 da Lei que estabelece:

Art. 83. Os crimes definidos nesta Lei, ainda que simplesmente tentados, sujeitam os seus autores, quando servidores públicos, além das sanções penais, à perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo (BRASIL, 1993).

Nesse sentido, André Guilherme Tavares de Freitas (2010. p. 38) destaca que:

Independentemente de menção expressa no decreto condenatório por crime de licitação, sendo o condenado servidor público, será automática a perda de seu cargo, emprego, função ou mandato eletivo, razão pela qual, transitando em julgado a condenação, a Administração Pública deverá, de forma imediata, adotar as providências necessárias para o desligamento daquele servidor público condenado de seus quadros.

É importante destacar, em razão da independência das esferas, que ainda existe a possibilidade de que mesmo “que o sujeito seja absolvido na instância penal” ele pode “ser punido no âmbito administrativo — desde que por fundamentos distintos, como é evidente” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 1004).

Ou seja, a violação aos princípios da Administração Pública na utilização inadequada da discricionariedade na definição do objeto que gera uma ilícita inexigibilidade de licitação pode acarretar sanções ao gestor público no âmbito civil, penal e administrativo.

CONCLUSÃO

Analisou-se, portanto, a relação entre o exercício da atividade discricionária por parte do gestor público e a inexigibilidade de licitação, decorrente de uma imposição fática que implica em inviabilidade de competição.

Em uma primeira observação, os dois conceitos (discricionariedade administrativa e inexigibilidade de licitação) parecem não ter relação, haja vista o segundo tratar-se de um ato visualizado no mundo dos fatos que vincula o administrador a proceder de uma só maneira.

No entanto, quando se adentra no estudo, percebe-se que essa aparente distância se encurta de tal maneira que é a definição do objeto do contrato que a Administração pretende realizar (ato que comporta determinados aspectos discricionários) que poderá resultar em inexigibilidade de licitação, não havendo outros caminhos para o agente administrativo senão a contratação direta mediante o procedimento de inexigibilidade. Ou seja, o ato de definir o objeto do contrato administrativo, realizado de maneira que envolve margens de discricionariedade do administrador pode resultar em inexigibilidade de licitação, que vincula a Administração.

Ora, por mais contraditório que isso possa parecer, analisou-se com base na legislação, doutrina e jurisprudência que é esse mesmo o desenrolar adequado da inexigibilidade de licitação.

No entanto, diversas ressalvas foram feitas. Inclusive, para isso, analisando conceitualmente a discricionariedade administrativa, preocupando-se em desmistificar sua definição, o que importou na distinção que dela existe para a arbitrariedade bem como para a realização de atos inconsequentes. Quer dizer, a discricionariedade como *dever* da Administração, o que resulta na apuração de responsabilidades caso o administrador, possuindo como pretexto a sua utilização, realize atos que fujam ao interesse público.

Nesse sentido, viu-se que deve o administrador público, no exercício da competência discricionária que lhe incumbe para a definição do objeto do contrato administrativo, respeitar sempre os princípios que são pertinentes à licitação, de modo a viabilizar a competição; configurando-se a inexigibilidade de licitação em

anômala exceção que se caracteriza quando a competição revela-se inviável. Justamente por isso, a inexigibilidade de licitação não se trata uma exceção a esses princípios, pelo contrário, é medida essencial para corroborar o interesse público, haja vista que a licitação, frente a um caso real de inexigibilidade, de nada serviria.

A importância das regras pertinentes ao exercício da discricionariedade administrativa — que deve percorrer o caminho que exerce, no caso concreto, a realização do dever da Administração Pública de buscar a solução que se adeque ao interesse público, consubstanciada em seus princípios inerentes — e ao procedimento de inexigibilidade de licitação — a demonstração de que o objeto foi definido adequadamente, que a necessidade da Administração somente é sanável por meio dele, de modo que não exista competição — são essenciais para o adequado funcionamento do Estado, de modo a realizar avanços para a sociedade.

A *contrario sensu*, sua inobservância gera prejuízos tanto para a Administração Pública como para seus administrados, de modo que pode gerar sanções cíveis, administrativas e criminais para os responsáveis pelo ato ilícito.

Nesse contexto, após verificar os elementos essenciais do procedimento de inexigibilidade de licitação — no que se concluiu pelo rigor a ser observado de modo que a ausência de qualquer deles gera sua nulidade, constituindo-se em importante mecanismo no controle da legalidade da inexigibilidade de licitação — buscou-se ir além para avaliar os mecanismos da definição do objeto a ser definido pelo administrador público.

Por isso, observou-se que mesmo que um objeto seja inexigível de licitação, pois de competição inviável, isto não é suficiente para caracterizar a legalidade da contratação da Administração Pública por meio da inexigibilidade de licitação. Deve ela também demonstrar tudo que foi percorrido para se chegar àquele determinado objeto que se constitui em exceção ao dever de licitar.

Ou seja, a necessidade da Administração Pública encontra relação direta com o objeto que é de competição inviável, isto é, o gestor público observa que os demais objetos — que poderiam ser licitados — não são possíveis de resolver o problema que a Administração enfrenta. Não pode o gestor público pormenorizar um objeto de modo a torná-lo inexigível enquanto outros objetos, viáveis de competição, também poderiam sanar essa necessidade.

Como exceção anômala, a inexigibilidade de licitação deve ser utilizada com extrema cautela, o exercício dela provém da comprovação de que era a única

solução cabível, o que daí decorre que o gestor público necessita fazer prova disso, o que necessariamente implica na explicação das razões dos demais objetos licitáveis não serem adequados, para que assim o procedimento seja legítimo.

Para isso, faz-se necessário a série de estudos que devem ser percorridos pela a Administração, somente por meio disso é possível concluir-se pela inviabilidade de competição, afinal, para isso é necessário saber exatamente do que se precisa e quais opções para isso estão disponíveis, assim como por quais razões o que se necessita é insuscetível de competição, demonstrando a vinculação da necessidade da Administração a esse objeto. Ou seja, a inexigibilidade de licitação como uma consequência incomum, jamais como ponto de partida.

Cabe ressaltar que o presente estudo se limitou a essas causas geradoras da inexigibilidade de licitação e sua relação com a discricionariedade do administrador na definição do objeto do futuro contrato, para isso apresentando a licitação dentro dos pressupostos constitucionais, bem como de seus princípios inerentes. Poder-se-ia, bem como seria extremamente válido, realizar um estudo mais aprofundado acerca da discricionariedade no tocante à definição do objeto inexigível de licitação, verificando quando o caso concreto apontou efetivamente isso, suas margens de dúvida etc. Contudo, para isso seria necessário um trabalho maior do que esse que no momento dispomos.

Com os diversos exemplos práticos que apresentamos — que infelizmente descumpriram o adequado procedimento de inexigibilidade de licitação —, devemos ressaltar que a Administração Pública não pode transformar a exceção em regra, caso se procedesse dessa maneira, subverter-se-iam os princípios republicanos no prejuízo da sociedade em benefício de particulares. Ora, é justamente para que isso seja evitado que existe o processo de licitação, o cumprimento do exercício das atividades dos gestores público da maneira devida é algo que deve ser cobrado pelo cidadão, somente assim os tão mencionados princípios da Administração Pública poderão ser notados por toda a sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. **Improbidade Administrativa**. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BAHIA (Estado). **Lei n. 9433, de 01 de março de 2005**. Dispõe sobre as licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes do Estado da Bahia e dá outras providências. Disponível em: <http://www.pm.ba.gov.br/Legis/lei_licitacoes_9433.pdf>. Acesso em 16 nov. 2014.

BITTENCOURT, Sidney. **Licitação Passo a Passo**. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

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

_____. **Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965**. Regula a ação popular. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm>. Acesso em 16 nov. 2014.

_____. **Lei n. 8.429 de 02 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em: 16 nov. 2014.

_____. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 16 nov. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 436869/SP - 2002/0054493-7 de 06 de dezembro de 2005**. Segunda Turma. Relator Ministro João Otávio de Noronha. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%28%22JO%C3O+OT%C1VIO+DE+NORONHA%22%29.min.&processo=436869&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>> Acesso em: 16 nov. 2014.

_____. Tribunal de Contas da União. **Súmula n. 252 de 31 de março de 2010**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/controle-interno/determinacoes-tcu/sumulas/18309-sumula-252-tcu>>. Acesso em: 16 nov. 2014.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 994 de 14 de junho de 2006**. Plenário. Relator Ministro Ubiratan Aguiar. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-58032&texto=2532382532382b2532384e554d41434f5244414f2533413939342b4f52>>

2b4e554d52454c4143414f2533413939342532392532392532392b414e442b2532382b2532384e554d414e4f41434f5244414f253341323030362b4f522b4e554d414e4f52454c4143414f25334132303036253239253239&sort=DTRELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=3>. Acesso em: 16 nov. 2014.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade Administrativa**. 2. Ed. Curitiba: Juruá, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DALVI, Luciano. **Manual das Licitações & Contratos Administrativos**. Campo Grande: Contemplar, 2012.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2007.

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

FAVRETO, Rogério et al. **Comentários à Lei de Improbidade Administrativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRARESI, Eurico. **Ação Popular, Ação Civil Pública e Mandado de Segurança Coletivo: instrumentos processuais coletivos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FERRAZ, Sérgio; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Dispensa e Inexigibilidade de Licitação**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

FIGUEIREDO, Isabela Giglio. **Improbidade Administrativa: dolo e culpa**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

FREITAS, André Guilherme Tavares de. **Crimes na Lei de Licitações**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GRECO FILHO, Vicente. **Dos Crimes da Lei de Licitações**. São Paulo: Editora Saraiva, 1994.

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

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LATANCE NETO, Valdemar; MARTINES JUNIOR, Eduardo. **Dispensa e Inexigibilidade de Licitação**. São Paulo: Verbatim, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MINAS GERAIS (Estado). Tribunal de Contas. **Licitação nº 616.273**. 04 de março de 2004. Relator Conselheiro Elmo Braz Soares. Disponível em: <<http://tcjuris.tce.mg.gov.br/Home/Visualizar?arquivo=153901&processo=616273>> Acesso em: 16 nov. 2014.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas Licitações e Contratos**. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

NASCIMENTO, Renato. **Licitações e Contratos Administrativos**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. **Princípio da Isonomia na Licitação Pública**. Florianópolis: Obra Jurídica, 2000.

NOLASCO, Rita Dias. **Ação de Improbidade Administrativa: efeitos e efetividade da sentença de procedência**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e Contratos Administrativos**. 2. ed. São Paulo: Método, 2013.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça. **Apelação Crime n. 70058540972**. 27 de março de 2014. Quarta Câmara Criminal. Relator Rogerio Gesta Leal. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70058540972.%28s%3Acrime%29&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 16 nov. 2014.

_____. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 70059062505. 09 de julho de 2014. Primeira Câmara Cível. Relator: Sergio Luiz Grassi Beck. Disponível em: <

http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70059062505.%28s%3Acivel|s%3Acrime%29&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 16 nov. 2014.

RIZZARDO, Arnaldo. **Ação Civil Pública e Ação de Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009.