



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO -
UFMT**

FACULDADE DE DIREITO
COORDENAÇÃO DE PÓS-GRADUAÇÃO
LATO SENSU

ELLY CRISTINA DE CRUZ OLIVEIRA SPADER

INEXIGIBILIDADE DA LICITAÇÃO

Cuiabá/MT
Outubro/2011

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO - UFMT

FACULDADE DE DIREITO
COORDENAÇÃO DE PÓS-GRADUAÇÃO
LATO SENSU

INEXIGIBILIDADE DA LICITAÇÃO

Monografia apresentada à Coordenação de Pós-Graduação da Universidade Federal de Mato Grosso, sob a orientação do Profº. Yens , como pré-requisito para a obtenção do título de especialista em Direito Administrativo e Administração Pública.

Cuiabá/MT
Outubro/2011



A democracia... é uma constituição agradável,
anárquica e variada, distribuidora de igualdade
indiferentemente a iguais e a desiguais. (Platão)

Agradecimentos

Agradeço primeiramente a Deus, pelo dom da vida...

A minha família, pelo apoio incondicional;

Aos professores pelo que nos foi ensinado;

Aos colegas da turma, pela presença nesta caminhada.

RESUMO

O Estado tem grande importância na economia do país, levando em consideração o seu tamanho e seu potencial de compra, para a realização de obras públicas, infra-estrutura e a própria manutenção da administração pública. Para gerir todo esse poder de compra de forma moral e com eficiência, há necessidade de um regramento específico, neste caso, a licitação, determinada pela lei 8666 de 21/06/1993, que confere o regramento à União, Estados e Municípios. necessidade do processo licitatório se faz presente em todas as esferas da Administração Pública, direta ou indireta, para a União, Estados e Municípios. A sua existência se deve ao fato da administração pública ter como ideal atuar de forma mais eficaz e com moralidade nos negócios administrativos. A sua obrigatoriedade tem objetivo de garantir a moralidade do processo, evitando que supostos membros políticos, amigos pessoais ou familiares dos administradores se beneficiem quando da necessidade de uma aquisição ou execução de um serviço, bem como também tem a função de manter a eficiência do processo. Existindo alguns casos em que há

Palavras- chave: Licitação. Inexigibilidade. Princípios.

ABSTRACT

The State has a big importance in the country economy, considering its size and its buy potential, to realize the infrastructure and the own Public Administration maintenance. To manage all this business potencial with moral and efficiency, it's necessary na especific law, in this case, the licitation, determined with the Law 8.666/1993, that confers the rule to the Union, States and cities. The licitation necessity is in all the areas of Public Administration, direct or indirect, to the Union States and Cities. Its existence is because of the fact that the Public Administration has an ideal of acting with more moral and efficient in business administration. Its obligation has the objective to garante the process morality, preventing that the politic men, personal frindship and administrator family win benefits.

Palavras- chave: Licitation. Indemandable. Rules.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1. LICITAÇÃO.....	11
2. INEXIGIBILIDADE DA LICITAÇÃO.....	21
3. PRINCÍPIOS DO AFASTAMENTO DA LICITAÇÃO.....	31
CONCLUSÃO.....	39
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	41

INTRODUÇÃO

O tema “inexigibilidade da licitação” foi escolhido devido à importância que a licitação possui na sociedade, confirmada pelo fato de que com o advento da Constituição de 1988, no art. 37, inciso XXI a licitação recebeu status de princípio constitucional, de observância obrigatória pela Administração Pública direta e indireta de todos os entes da Federação: União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

A globalização vivida nos últimos anos tem exigido do Estado uma posição cada vez mais firme quanto o assunto é gastos públicos, notadamente na aquisição de bens e serviços de terceiros.

Com essa finalidade, o Estado criou mecanismos que possibilitaram ao gestor o desprendimento mais eficiente do dinheiro público, através do instituto das licitações, que é vista como um procedimento preliminar de natureza administrativa, realizada toda vez que a Administração Pública deseja adquirir bens e serviços, realizar obras, fazer alienações e locações, coloca-se como uma medida preliminar ao contrato, senão, condição para sua assinatura.

Sua finalidade primordial é selecionar a proposta de contratação mais vantajosa para a Administração Pública conforme os parâmetros fixados no instrumento convocatório de licitação, ou seja, no edital.

Por essa razão, a licitação além de possibilitar uma igualdade de oportunidades entre aqueles que desejam contratar com a Administração, também

permite que seja feita a melhor escolha dentre o universo de fornecedores, possibilitando a realização da melhor contratação possível para a Administração Pública, evitando-se assim apadrinhamentos, favorecimentos e perseguições.

De forma que, por meio da licitação, todos os princípios expressos na constituição atinentes à Administração Pública, como legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, serão concretizados. Por isso, faz-se necessário que o procedimento licitatório esteja sempre vinculado à lei, em obediência ao princípio da legalidade. Seguindo-a, haverá um tratamento igualitário entre os licitantes, de forma que todos os que se interessar em participar do procedimento possam fazê-lo.

É importante ressaltar que a Administração Pública, em todas as esferas de governo, não possui liberdade quando deseja contratar, pois deve sempre pautar seus atos pela estrita observância das disposições normativas e visando o interesse público, nem mesmo quando se trata nos casos de dispensa ou inexigibilidade.

Nesse sentido é que reside à importância da licitação para a administração pública, pois se posiciona como mecanismo de controle dos recursos públicos, evitando-se desvios de finalidade por parte dos administradores, combatendo a corrupção, a fuga do dinheiro público e proporcionando que as verbas públicas sejam bem destinadas, sempre visando o interesse comum.

Em que pese a importância da realização das licitações e materialização dos contratos administrativos, pretende-se identificar como esse processo afeta a administração pública e que alternativas poderiam ser utilizadas para agilizá-lo e aumentar a eficiência e a competitividade dessas empresas.

Pretende-se, também, identificar doutrinariamente as possibilidades de aplicação de outros modelos de gestão de licitação e contratos que possam ser aplicados dentro da lei em vigor e especificamente nos casos de inexigibilidade. Há que ser analisado o regulamento específico já existente e aplicado à administração pública.

Assim, este estudo tem como objetivos contemplar os casos de inexigibilidade de licitação e verificar a aplicabilidade de critérios diferenciados de inexigibilidade de licitação.

Para alcançar os objetivos propostos, será necessária uma ampla pesquisa doutrinária, bastante específica, inclusive nas decisões do Tribunal de Contas da União. Conhecido o pensamento dos nossos doutrinadores e especialistas na matéria, pretende-se identificar as possibilidades de estabelecimento de critérios diferenciados de inexigibilidade de licitação.

A metodologia utilizada no trabalho consiste em: de forma predominante, a pesquisa bibliográfica face à grande disponibilidade de livros e periódicos que o abordam, sem prejuízo da pesquisa documental, sempre que necessária a sua melhor compreensão.

Sendo que o trabalho está estruturado em três capítulos, sendo eles: o Capítulo I, que trata da Licitação em sentido amplo (histórico e a sua constituição). Capítulo II que trata da inexigibilidade da licitação e o Capítulo III, que aborda os Princípios do afastamento da licitação.

CAPITULO I

LICITAÇÃO

1.1 Noções gerais

A licitação é o processo ou procedimento pelo qual a Administração Pública convoca pessoas particulares, interessadas em com ela celebrar um vínculo jurídico especial – cujo objeto pode ser uma alienação ou aquisição de bens, construção de obras, contratação de serviços ou a delegação de serviços públicos – para, através de um ambiente de competição, selecionar a melhor proposta aos interesses do órgão contratante, segundo regras prefixadas na lei e no instrumento convocatório.

Portanto, a licitação visa, basicamente, atingir dois objetivos: permitir que a Administração Pública selecione a melhor proposta ao seu conjunto de interesses e assegurar aos administrados o direito de disputar a participação nos negócios públicos. Dessa forma, resguardam-se dois interesses públicos relevantes: respeito ao Erário, quando se busca selecionar a oferta mais vantajosa

através da competição (moralidade administrativa), e respeito aos princípios da isonomia e da impessoalidade, não sendo lícito estabelecer distinções injustificadas entre os administrados e entre os competidores.

Preliminarmente, há de ser colocado que a importância do contrato administrativo como instrumento da atuação do Estado, com a conjugação de esforços privados, para atingir seus objetivos é cada vez maior, traduzindo uma tendência à amplitude de atuação democrática do Estado. Num Estado Democrático de Direito, o acesso a bens e serviços de particulares somente se viabiliza mediante a observância de certos procedimentos e dentro de limites pré-estabelecidos.

No Brasil, ao longo do tempo, diversos foram os diplomas legais que trataram da questão de procedimentos seletivos para a contratação com a Administração Pública.

Entretanto, pode-se dizer, em âmbito mundial, que tal sistemática não prevalecia, de fato, na maioria dos países, sendo usual a discricionariedade da Administração Pública quanto à sua realização ou não.

A obrigatoriedade de observância de procedimentos licitatórios – procedimentos seletivos formais, orientados pelos princípios da isonomia e vantajosidade - para a obtenção de bens e serviços de particulares somente teve destaque com o advento da Globalização, propagando-se, portanto, sua utilização como premissa de contratação da Administração Pública.

Ao certame licitatório, ainda, por disposição topográfica (o regramento constitucional da matéria encontra-se no capítulo atinente à Administração Pública), incidem os princípios da legalidade, publicidade e eficiência (art. 37, *caput*, CF/88).

Dispõe a Constituição Federal:

“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; (Inciso com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)”

Referido art. 37, XXI, por sua vez, assim estabelece:

“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 e, também, ao seguinte: (“*Caput*” do artigo com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

...

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.”

Desta feita, a Lei federal nº 8.666/93 ingressou no sistema jurídico como concretização dos mandamentos constitucionais quanto à matéria, veiculando “normas gerais” sobre licitações.

Na verdade, importante frisar que, desde então, muito se discutiu e se debateu quanto ao alcance, e real conteúdo, da expressão constitucional “normas gerais”, tendo prevalecido a tese de que a esmagadora maioria das disposições legais se configurava como “norma geral”.

Tendo, então, a União competência privativa para a veiculação das “normas gerais” sobre licitações, com observância obrigatória para as demais esferas de governo, ficam os demais entes federais livres para regular diversamente o restante, desde que não conflite com as normas gerais, exercendo, portanto, sua competência legislativa suplementar.

O art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei de Licitações e Contratos - LLC) relaciona também a aplicação dos princípios da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório (edital/carta-convite), do julgamento objetivo e de outros correlatos (competitividade, padronização, contraditório e ampla defesa, sigilo na apresentação das propostas, adjudicação compulsória do vencedor, livre concorrência, etc.).

Em razão disso, estabeleceu-se como regra geral a de que todo contrato público deve ser precedido de licitação, justamente para que sejam observados os princípios acima mencionados. Daí surge a máxima, presente em quase todos os livros de doutrina: "a licitação é o antecedente necessário do contrato administrativo e este é o conseqüente lógico daquela".

Situações há, no entanto, em que se permite que a Administração Pública contrate independentemente de prévio processo licitatório. Tais são as hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação, reguladas na Lei nº 8.666/93.

O art. 173, § 1º, inc. III, da Constituição, com a redação conferida pela Emenda Constitucional n.º 19/98, admite o afastamento das regras previstas na Lei 8.666/93 para as empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços.

Dispõe que "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 e de prestação de serviços, dispondo sobre: (...) licitação e contratação de obras, serviços compras e alienações, observados os princípios da administração pública".

1.2 Obrigatoriedade da licitação

A licitação pode ter por objeto a alienação ou aquisição de bens móveis e imóveis, a construção de obras, a contratação de serviços específicos (art. 37, inciso XXI, CF/88), ou mesmo a concessão ou permissão de serviços públicos (art. 175, CF/88).

Ainda sobre o objeto da licitação, este pode envolver necessidades inerentes às atividades externas ou internas da Administração Pública. Exemplos da primeira hipótese são a construção de obras públicas, a compra de livros escolares, a concessão de serviços de telefonia, etc. Quanto ao segundo caso, tem-se como exemplos a contratação de serviços de limpeza e higiene dos prédios públicos, aquisição de materiais de escritórios para as repartições públicas, entre outras. O que se pretende demonstrar é que tanto como consumidora quanto

fornecedora, bem como na posição de delegatária, a Administração Pública é obrigada a licitar.

Celso Antônio Bandeira de Mello traz elemento unificador do que pode ser considerado objeto da licitação/contratação, *in verbis*:

*“... qualquer outro ato **ampliativo** que se destine a investir terceiros no **desfrute de situação jurídica especial a que mais de um podia aspirar**”.*
“Estamos a nos referir a quaisquer situações que não estão abertas aos particulares em geral, isto é, o desfrute não depende simplesmente de suas vontades ou de mera expressão do direito à livre iniciativa, mas que, pelo contrário, dependem de um ato do Poder Público que invista o interessado no poder jurídico de exercitá-las...”¹ (grifos nossos).

A obrigatoriedade de licitar é princípio constitucional estampado no art. 37, XXI, da Constituição Federal, aplicável, ressalvados casos específicos, a todo ente da administração pública direta ou indireta. Todo contrato de obra, serviço, compras e alienações, bem como concessão e permissão de serviços públicos, deve ser precedido de um procedimento licitatório. A mesma disciplina é reproduzida no art. 2º da Lei 8.666/93, a Lei de Licitações. E devem licitar todos os órgãos da administração pública direta, fundos especiais, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista, entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios (parágrafo único do art. 1º da Lei de Licitações).

Há que se distinguir, porém, entre a obrigação de licitar e a aplicação dos procedimentos específicos licitatórios.

De natureza constitucional, relacionando-se com a moralidade pública, a licitação é princípio que visa, além da isonomia e busca de vantajosidade para a administração pública, transparência, efetividade e promoção do desenvolvimento econômico nacional (reforçado por ações afirmativas como a preferência por empresas nacionais – art. 3º, §2º, da Lei 8.666/93 – e o tratamento diferenciado da micro e pequenas empresas – Lei Complementar 123/06). Portanto, o princípio geral de licitar, conforme exposto, deve sempre nortear a

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 485.

prévia contratação de qualquer atividade de caráter público. O descompasso com tais disposições fere o princípio maior da moralidade pública.

Assim, no Direito Administrativo Brasileiro, a regra é a obrigatoriedade de licitação tanto para aquisição de bens como para que haja prestação de serviços para a Administração, tendo como fundamento Legal, na norma constitucional, o art. 37, inciso XXI, a saber:

"Art. 37 - omissis;

.....
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".

E na norma infraconstitucional, o art. 2º, da Lei n.º 8.666/93, no seguinte teor:

"Art. 2º. As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta lei".

Já no que tange à obrigatoriedade específica do procedimento licitatório e todas suas formalidades – leia-se, aplicabilidade da Lei 8.666/93 – algumas exceções apresentam-se e cada uma merece considerações.

1.3 Afastamento da licitação

Como toda regra tem sua exceção, a Lei de Licitações permite como ressalva à obrigação de licitar, a contratação direta através de processos de dispensa e inexigibilidade de licitação, desde que preenchidos os requisitos previstos na lei.

Como dito anteriormente, a contratação procedida pela Administração Pública prescinde, na maioria dos casos, de prévia licitação, porém, em situações excepcionais, a lei permite o afastamento da competição para efetuar-se uma

contratação direta. Já na Constituição Federal de 1988 assevera-se tal entendimento, conforme pode ser depreendido da leitura do inciso XXI do seu art. 37, adiante transcrito:

“Art. 37, inciso XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure a 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”.

Como bem salienta Maria Sylvia Zanella di Pietro², a mesma ressalva não se encontra no regramento das concessões e permissões de serviços públicos; ao contrário, o art. 175 da Carta Magna é taxativo ao enunciar que, nessas situações, sempre se procederá por meio de licitação.

O quanto disposto no art. 37, inciso XXI, da CF/88 foi expressamente reiterado no *caput* do art. 2º da LLC. É justamente esse diploma legal que vem enumerar as hipóteses de dispensa (arts. 17, incisos I e II – licitação dispensada, e art. 24 – licitação dispensável) e inexigibilidade de licitação (art. 25).

Identificados os dispositivos normativos que contemplam a matéria, mister se faz conceituar e distinguir os dois institutos em comento.

"A dispensa de licitação ocorre quando, embora viável a competição, sua realização se mostra contrária ao interesse público". (Luiz Gustavo Rocha Oliveira e Fernando Antônio Santiago Júnior. Licitações e contratos administrativos para empresas públicas).

Como o interesse público é o fim a ser atingido pela Administração Pública, se a competição se mostra contrária a este fim, ocorre a dispensa.

São hipóteses em que a licitação não é realizada:

- a) Licitação dispensada - A licitação dispensada ocorre nos casos em que não é realizada a licitação por razões de interesse público devidamente justificado. É o caso da alienação de bens da Administração Pública que será precedida de avaliação e não de licitação (art. 17 da Lei 8666/93).

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 264.

b) Licitação dispensável - Mesmo havendo possibilidade de competição entre os fornecedores, a licitação é dispensada, pois o fim da Administração Pública é o interesse público. As suas hipóteses estão taxativamente dispostas na Lei de Licitações e Contratos Administrativos, no art. 24. Cumpre esclarecer que os casos elencados pela Lei de Licitações e Contratos Administrativos, como já dito, são taxativos, não podendo ser ampliados.

A licitação não pode ser afastada pela mera identificação do caso concreto com uma das hipóteses de incidência previstas na LLC. Devem ser preenchidos alguns requisitos para que a Administração Pública possa contratar diretamente, por dispensa ou inexigibilidade de licitação. Nesse tópico, vamos destacar os mais importantes requisitos estabelecidos pela lei.

O primeiro deles é a necessidade de contratar, ou seja, deve haver um interesse real e contundente no objeto da licitação. Trata-se de necessidade específica que não possa ser suprida pela própria Administração e que se enquadre nas hipóteses de dispensa ou inexigibilidade prevista em lei. Por exemplo: se a Administração pretende construir grande obra pública e necessite estudar os impactos ambientais da construção e não haja, no quadro de servidores quem possa conduzir esse estudo, configurada está a necessidade de se contratar e a possibilidade de fazê-lo sem licitação, se houver empresa especializada com profissionais de renome nesse âmbito de atuação.

Exige-se ainda o cumprimento de certas formalidades. Portanto, não é porque a licitação foi afastada que a Administração pode deixar de atender ao procedimento formal. Tal como na licitação, a dispensa e inexigibilidade prescindem de instauração de processo administrativo como forma de possibilitar o controle interno, judicial e social, coibindo assim o abuso de poder e o desvio de finalidade.

Dentro do processo de dispensa e inexigibilidade destaca-se uma fase interna, na qual a Administração deve verificar a necessidade de contratação, identificar o objeto desta, fazer uma investigação preliminar dos preços praticados no mercado, assegurar-se da existência de dotação orçamentária suficiente para concretizar integralmente a execução do contrato e, o mais importante, identificar a hipótese de afastamento da licitação. Essa exigência decorre da própria Lei e

também encontra suporte na melhor doutrina, podendo ser citada a lição de Fernando Anselmo Rodrigues³:

“Cumpre salientar que, apesar de nas hipóteses de dispensa e de inexigibilidade não ser necessário o procedimento licitatório, isso não afasta a necessidade de formalização de um procedimento administrativo de contratação. A licitação não ocorre, mas a Administração deve instaurar um processo interno para a contratação, onde concluirá, de acordo com o caso específico, pela dispensa ou inexigibilidade”.

Nesse contexto, surge mais um dos requisitos indispensáveis para consumação da maioria das hipóteses de adjudicação direta: a motivação do ato.

O art. 26, *caput* e parágrafo único, da LLC trazem expressamente a necessidade de justificar a opção pelo afastamento da licitação nos casos em que se concede direito real de uso a outro órgão público (art. 17, § 2º), de doação com encargos para atender interesse público (art. 17, § 4º), de licitação dispensável (exceto naquelas em que a dispensa ocorre em razão do valor da contratação – presunção legal de conveniência administrativa em não licitar) (art. 24), e nas hipóteses de inexigibilidade.

O referido processo administrativo deve conter, além da motivação do afastamento da licitação⁴, a razão da escolha do fornecedor ou executante, a justificativa do preço e os documentos de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados (art. 26, parágrafo único).

Outra exigência indispensável refere-se à qualificação do contratado.

Benedicto de Tolosa Filho nos lembra que:

“o afastamento do procedimento licitatório para realizar a contratação não enseja a dispensa, como vimos, de alguns passos que caracterizam a licitação e, dentre eles, a exigência de determinados documentos se torna imprescindível,

³ *Hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação* in VERRI JR, Armando; TAVOLARO, Luís Antonio; e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). *Licitações e Contratos Administrativos: Temas atuais e controvertidos*. São Paulo: RT, 2002, p. 187.

⁴ A instauração de processo de inexigibilidade de licitação quando era a hipótese de dispensa e vice-versa configura ilegalidade insanável, devendo-se anular a contratação/adjudicação. Nesse sentido, conferir Márcia Walquiria Batista dos Santos, *Dispensa e inexigibilidade. Distinção. Erro no fundamento indicado. Conseqüências*. in Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 88. Porém, há situações qualificadas como uma das figuras que se encaixam melhor na descrição da outra; nesses casos, entendendo ser desnecessária a declaração de nulidade se o resultado prático for o mesmo e não houver prejuízo para Administração e administrados.

quer quanto à habilitação jurídica, quer quanto à qualificação técnica, bem como quanto à qualificação financeira e à regularidade fiscal”⁵.

A não realização de licitação não significa que a Administração possa contratar com qualquer pessoa, de forma aleatória. É importante ressaltar que o contratado deve possuir os requisitos mínimos exigidos em lei, tal como se fosse concorrente em uma licitação, sob pena de privilegiar pessoas físicas ou jurídicas sem a devida competência ou entregar a execução do objeto sem garantias básicas de adimplemento contratual, o que pode gerar insegurança jurídica e prejuízos irreversíveis ao erário e à sociedade como um todo.

Sendo que os documentos solicitados devem ser condizentes com o objeto do concreto, não cabendo exigências desproporcionais ou desarrazoadas.

Entretanto, sem prejuízo disso, quando a inexigibilidade se fundar na escolha de profissional de notória especialização, há que haver maior rigor na comprovação da técnica, exigindo os respectivos diplomas, inscrição nos órgãos de controle (para o caso de atividade regulamentada – ex: advocacia/OAB, engenharia/CREA), títulos de especialização, etc.

Superada essa fase procedimental, a eficácia da dispensa e da inexigibilidade fica dependendo de ratificação da autoridade superior e de publicação em órgão oficial de imprensa. A adjudicação do objeto deve ser consubstanciada em contrato administrativo ou outro instrumento hábil previsto no art. 62 da LLC.

A proposta deverá ser veiculada no momento de assinatura do contrato. Isso não significa que a proposta será aleatória. Segundo o mesmo Benedicto de Tolosa Filho:

“A proposta da empresa eleita para executar o objeto do contrato, mediante dispensa ou inexigibilidade de licitação, deverá conter as condições que lhe foram fornecidas pela Administração, dentre as quais deverá constar:

1. o objeto e seus elementos característicos; 2. o regime de execução ou a forma de fornecimento; 3. o preço e as condições de pagamento e os critérios de atualização monetária entre a data do

⁵ *Contratando sem licitação: comentários teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 28.

adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento; 4. os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o objeto; 5. as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso; 6. no caso de serviço técnico especializado, a indicação do profissional ou dos profissionais que executarão o objeto do contrato; 7. outras condições, dependendo da peculiaridade do objeto.”

Além de todos esses requisitos, os casos de contratação direta devem obedecer aos princípios gerais da licitação e a outros, peculiares à sistemática da dispensa e da inexigibilidade, o que será analisado no item seguinte.

CAPÍTULO II

INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

A inexigibilidade de licitação ocorre quando há inviabilidade de competição, melhor dizendo, é impossível promover-se a competição, tendo em vista que um dos contendores reúne qualidades tais que o tornam único, exclusivo, *sui generis*, inibindo os demais pretensos participantes.

Saliente-se que o rol normativo do art. 25, do Estatuto das Licitações, a inexigibilidade diferencia-se da dispensa, uma vez que tem natureza exemplificativa, segundo posicionamento uníssono da doutrina pátria.

Sendo que a inexigibilidade *“se define pela impossibilidade de licitar por inexistirem produtos ou bens que tenham características aproximadas e que, indistintamente, possam servir ao interesse público, ou por inexistir pluralidade de particulares que possam satisfazer o fornecimento de bens e serviços”*⁶.

Por seu turno, Lúcia Vale Figueiredo e Sérgio Ferraz⁷ prelecionam que há inexigibilidade *“quando ocorrem, em caso concreto, circunstâncias especiais, de fato ou de direito, previstas em lei, as quais, porque inviabilizadoras de competição, afastam peremptoriamente a licitação”*, consubstanciando numa presunção relativa de que a licitação não pode ser realizada.

No dizer de Maria Sylvia Zanella di Pietro, *“nos casos de inexigibilidade, não há possibilidade de competição, porque só existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração; a licitação é, portanto, inviável”*⁸.

A inexigibilidade, em síntese, verifica-se pela impossibilidade de competitividade em virtude da exclusividade do fornecedor ou da singularidade do objeto.

Desse modo, são dois os fatores considerados *conditio sine quoa nom* para a inexigibilidade: a singularidade do objeto e a notória especialização dos profissionais ou empresas.

Assim, tem-se a inexigibilidade quando ausente, no caso concreto, o pressuposto lógico ou fático (ou ambos) da licitação, o que a torna impossível de ser levada a cabo.

2.1 Fundamentos

Já foi dito anteriormente que uma licitação é inexigível quando lhe falta o pressuposto lógico (pluralidade de objetos e de proponentes) ou fático

⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Valle e FERRAZ, Sérgio. *Dispensa e inexigibilidade de licitação*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1992, pp. 26-28. Estes dois grandes doutrinadores sustentam a existência de dois princípios constitucionais vetores: legalidade e moralidade (p. 85-86).

⁷ *Op. cit.*, p. 33.

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 265.

(existência de interessados em competir). Portanto, mesmo que se tivesse interesse em licitar, não seria possível proceder à disputa. A discricionariedade não vai residir na opção entre licitar ou não, concentrando-se na escolha do beneficiado/contratado.

A Constituição da República de 1988, em seu art. 37, XXI faz remissão à legislação quanto aos casos de ressalva na exigência de licitação. Possibilita, portanto, que lei ordinária fixe as hipóteses em que a licitação deixa de ser obrigatória.

Foi o que fez a Lei 8666/93, estabelecendo hipóteses de inexigibilidade quando, no caso concreto, a licitação é contrária ao interesse público. São motivos de ressalva na licitação: realização da licitação torna mais oneroso o objeto da contratação, procedimento impossibilita o atendimento de situações que demandam ação direta da Administração, necessidade de estimular o desenvolvimento e a melhoria das condições socioeconômicas de determinados setores da sociedade, atendimento de políticas internacionais, inviabilidade de competição entre os licitantes - caso da inexigibilidade.

Segundo o art. 25, inc. II, a inexigibilidade de licitação neste caso fundamenta-se na inviabilidade de competição por 02(dois) motivos: porque apenas um agente é capaz de realizar o serviço nos termos pretendidos pela Administração Pública ou porque só existe um objeto que satisfaça o interesse da Administração Pública.

2.2 Classificação

Tal qual foi classificada a dispensa de licitação de acordo com o seu conteúdo, no que se refere à inexigibilidade, Lúcia Valle Figueiredo e Sérgio Ferraz⁹ introduzem classificação semelhante, apontando as seguintes espécies de licitações inexigíveis: a) em razão do objeto, representada pela exclusividade de fornecimento e pelas singularidades objetivas; b) em razão da pessoa, consubstanciada pela notória especialização do profissional e pelas singularidades subjetivas; c) em razão de situações excepcionais.

Por seu turno, Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁰ sistematiza a questão da seguinte forma, havendo duas hipóteses de inexigibilidade por

⁹ *Op. cit.*, pp. 60-75.

¹⁰ *Op. cit.*, p. 497.

ausência do pressuposto lógico da licitação: a) quando o objeto pretendido é singular (bens e serviços); b) quando há um só ofertante (produtor ou fornecedor exclusivo).

Prosseguindo em sua lição, o mestre administrativista ensina que bem singular é aquele que possui individualidade que o torna inassimilável a qualquer outro e que essa singularidade pode ser em sentido absoluto (bem único = uma unidade), em razão de evento externo (bem individual a que se agrega certa peculiaridade por acontecimento externo) ou em razão da natureza íntima do objeto (bem que agrega o cunho artístico, técnico ou científico do seu autor)¹¹. Já serviço singular é a atividade profissional específica, cuja complexidade e relevância exigem manuseio por pessoa dotada de técnica apurada e notória especialização.

A figura de produtor ou fornecedor exclusivo restará configurada quando: existir bem/serviço único, o que garante a exclusividade a seu proprietário/conhecedor, ou existirem diversos bens similares, mas todos eles estiverem sob o jugo de uma mesma pessoa.

2.3 Hipóteses legais

A LLC traz a lume as hipóteses de inexigibilidade de licitação no seu art. 25 e incisos, reforçando a idéia de inviabilidade de competição.

A primeira situação que configura licitação inexigível, na dicção do mencionado dispositivo, é a existência de produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, ou seja, que detenham todos os objetos de interesse da Administração Pública, vedada a preferência de marca.

Nesse contexto enquadra-se também a contratação de bem singular, eis que, sendo único, só pode se encontrar sob as mãos de um ofertante. Hely Lopes Meirelles, citado por Maria Sylvia Zanella di Pietro, considera *“vendedor ou representante comercial exclusivo, para efeito de convite, o que é único na localidade; para tomada de preços, o que é único no registro cadastral; para concorrência, o que é único no país”*¹².

¹¹ Idem, p. 498.

¹² *Op. cit.*, p. 272.

O inciso II do art. 25 contempla a hipótese de inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos de natureza singular (exceto serviço de publicidade), com profissionais ou empresas de notória especialização.

A doutrina é assente em afirmar que para ser singular, o serviço técnico deve estar revestido de essencialidade, ou seja, deve ser relevante e necessário para satisfazer o interesse do órgão contratante. A somar a isso, o profissional especializado deve ser de competência indiscutível, acumulando trabalhos na área em que será exigido pela Administração Pública. Como visto, a qualificação excepcional deve estar comprovada por meio documental e assentada no processo administrativo de inexigibilidade.

Por fim, o rol do art. 25 se encerra com a hipótese de contratação de profissional de setor artístico consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública, aplicando-se, por analogia, os comentários relativos ao serviço singular.

Porém, essas não são as únicas hipóteses de licitação dispensável.

O *caput* do art. 25 foi expresso em se caracterizar como meramente exemplificativo (utilização da expressão “em especial”), por isso, sempre que, no caso concreto, for inviável a licitação por impossibilidade de competição, estar-se-á diante de uma licitação inexigível.

No que tange à inexigibilidade de licitação, o caso mais utilizado pela Administração é, na verdade, o previsto no inciso I, do art. 25, *in verbis*:

"I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência por 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";

É importante asseverar que, muitas vezes, a Administração se utiliza erroneamente desta norma legal, posto que a contratação direta para enquadrar-se neste dispositivo deve se referir a uma compra e não a prestação de serviços, e necessita ter a comprovação da exclusividade através de uma declaração emitida pelos órgãos competentes.

Nessa linha, a propósito, há orientação do Tribunal de Contas da União, citada pelo professor Renato Geraldo Mendes :

"A prestação de serviços não se inclui no inciso I do art. 25, portanto contratação de serviços com fundamento no preceito é ilegal".

Outrossim, é preciso ter cautela na análise da exclusividade do objeto que se busca adquirir, procurando verificar se o mesmo possui uma individualidade tal que se torna único na espécie, não podendo ser substituído por outro equivalente.

Finalmente, o administrador também emprega, com frequência, o inciso II do art. 25, da Lei n.º 8.666/93, que dispõe sobre 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".

E dentre os serviços técnicos enumerados no art. 13, do Regulamento Licitatório, os casos mais rotineiros na Administração Pública são de treinamento e aperfeiçoamento de pessoal, devendo, antes da contratação de empresa para ministrar cursos, o administrador se certificar se existe a singularidade do serviço, se a empresa possui notória especialização, bem como se o preço proposto está compatível com o praticado no mercado.

É importante ressaltar que, para que a empresa tenha singularidade nos serviços que irá prestar, não precisa ser única no mercado, mas precisa ter particularidades, especialidades, que outras empresas não possuam.

Quanto à notória especialização, o § 1º, do supracitado artigo a conceitua, permitindo-nos deduzir que o trabalho da empresa deve se destacar na área profissional e ser o mais adequado à satisfação do objeto que se busca contratar.

Ademais disso, é oportuno salientar que existem hipóteses que não se enquadram em nenhum dos incisos do mencionado art. 25, mas que estão incluídas no caput deste artigo, em face de comprovada inviabilidade de competição.

2.4 Instrução dos processos de inexigibilidade de licitação

Os processos de inexigibilidade de licitação não exigem o cumprimento de etapas formais imprescindíveis num processo de licitação, entretanto devem obediência aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade e probidade administrativa impostos à Administração Pública.

Neste contexto, cita-se a lição de Antônio Roque Citadini:

"Conquanto esteja desobrigado de cumprir tais etapas formais, não estará o administrador desobrigado da obediência aos princípios básicos da contratação impostos à Administração Pública. Assim, será sempre cobrada ao administrador a estrita obediência aos princípios: da legalidade (a dispensa deverá ser prevista em lei e não fruto de artimanha do administrador para eliminar a disputa); da impessoalidade (a contratação direta, ainda que prevista, não deverá ser objeto de protecionismo a um ou outro fornecedor); da moralidade (a não realização das etapas de licitação não elimina a preocupação com o gasto parcimonioso dos recursos públicos, que deve nortear a ação do administrador); da igualdade (a contratação direta não significa o estabelecimento de privilégio de um ou outro ente privado perante a Administração); da publicidade (embora restrita, a contratação direta não será clandestina ou inacessível, de modo que venha a impedir que dela conheçam os outros fornecedores, bem como os cidadãos em geral); e da probidade administrativa (que é o zelo com que a Administração deve agir ao contratar obras, serviços ou compras)".

Por outro lado, esses processos devem ser muito bem instruídos, e além dos documentos de habilitação e regularidade fiscal da empresa, devem ser comprovados nos autos; a razão da escolha do fornecedor ou executante; e a justificativa do preço, nos termos do parágrafo único do art. 26, do Regulamento Licitatório.

Demais disso, deve ser publicado no Diário Oficial do Estado o termo de dispensa ou de inexigibilidade de licitação, no prazo legal, como condição de eficácia do ato.

2.5 Responsabilidade dos Administradores

Das penas aplicáveis aos administradores, previstas na Lei de Licitações e que interessam especificamente a este tema, podemos citar a do artigo 89, que estabelece expressamente, *in verbis*:

"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".

Desta feita, o administrador deve ter muita cautela ao dispensar uma licitação, tendo em vista que o agente público será punido não somente quando contratar diretamente sem amparo na previsão legal (arts. 24 e 25 da Lei n.º 8.666/93), mas também quando deixar de observar as formalidades exigíveis para os processos de dispensa e inexigibilidade de licitação (art. 26).

O ilustre Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, escritor de um livro que trata da contratação direta, já citado anteriormente, afirma que após a vigência deste dispositivo legal, há maior preocupação do Administrador Público nos processos relativos à dispensa e inexigibilidade de licitação, senão vejamos:

"Parece efetivamente que o art. 89 da Lei 8.666/93 situa-se na linha evolutiva do aperfeiçoamento da Administração Pública, pois, não raro, as justificativas da contratação direta eram elaboradas posteriormente à celebração do contrato, à sua execução e, às vezes, só após a ação dos órgãos de controle, onde passavam a desafiar a criatividade dos órgãos jurídicos das entidades públicas.

O fato é que, com o advento desse diploma legal, passou a haver maior preocupação com os procedimentos que devem ser adotados para que a contratação direta seja considerada regular".

De outro modo, é evidente que se o fornecedor ou prestador de serviços concorrer para a ilegalidade também deverá ser aplicada pena semelhante à atribuída ao administrador.

2.6 Dos crimes

A Lei de Licitações tipifica algumas condutas como crimes. Dentre elas encontra-se a inexigibilidade de licitação fora das hipóteses legais.

Aplica-se a pena de detenção, de 03(três) a 05(cinco) anos, e multa:

Quando a Administração inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidade pertinentes à inexigibilidade(art. 89,

caput) e àquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público(art. 89, § único).

CAPÍTULO III

PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO AFASTAMENTO DA LICITAÇÃO

A obrigatoriedade de licitar é princípio constitucional estampado no art. 37, XXI, da Constituição Federal, aplicável, ressalvados casos específicos, a todo ente da administração pública direta ou indireta. Todo contrato de obra, serviço, compras e alienações, bem como concessão e permissão de serviços públicos, deve ser precedido de um procedimento licitatório.

A mesma disciplina é reproduzida no art. 2º da Lei 8.666/93, a Lei de Licitações. E devem licitar todos os órgãos da administração pública direta, fundos especiais, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista, entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios (parágrafo único do art. 1º da Lei de Licitações).

Há que se distinguir, porém, entre a obrigação de licitar e a aplicação dos procedimentos específicos licitatórios.

De natureza constitucional, relacionando-se com a moralidade pública, a licitação é princípio que visa, além da isonomia e busca de vantajosidade para a administração pública, transparência, efetividade e promoção do desenvolvimento econômico nacional (reforçado por ações afirmativas como a preferência por empresas nacionais – art. 3º, §2º, da Lei 8.666/93 – e o tratamento diferenciado da micro e pequenas empresas – Lei Complementar 123/06). Portanto, o princípio geral de licitar, conforme exposto, deve sempre nortear a prévia contratação de qualquer atividade de caráter público. O descompasso com tais disposições fere o princípio maior da moralidade pública.

A licitação tem como escopo a garantia da observância do Princípio da Isonomia (consagrado no art. 5º, caput, da Constituição Federal, pelo qual “todos são iguais perante a lei”) e a escolher a proposta mais vantajosa para a Administração, de maneira a assegurar oportunidade igual a todos os interessados

e possibilitar o comparecimento ao certame do maior número possível de concorrentes.

Conforme o art.3º da Lei 8.666/93, a escolha da proposta 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.

3.1 Princípio da Legalidade

Todas as fases do procedimento licitatório estão rigorosamente disciplinadas legalmente. O descumprimento de qualquer formalidade legal ou regulamentar eiva em nulidade o procedimento. Nos procedimentos de licitação, esse princípio vincula os licitantes e a Administração Pública às regras estabelecidas nas normas e princípios em vigor.

A atividade é totalmente vinculada, no procedimento licitatório, significa assim, a ausência de liberdade para a autoridade administrativa. A lei define as condições da atuação dos Agentes Administrativos, estabelecendo a ordenação dos atos a serem praticados e impondo condições excludentes de escolhas pessoais ou subjetivas. Seria inviável subordinar o procedimento licitatório integralmente ao conteúdo de lei. Isso acarretaria a necessidade de cada licitação depender de edição de uma lei que a disciplinasse. A estrita e absoluta legalidade tornaria inviável o aperfeiçoamento da contratação administrativa.

A lei ressalva a liberdade para a Administração definir as condições da contratação administrativa. Mas, simultaneamente, estrutura o procedimento licitatório de modo a restringir a discricionariedade e determinadas fases ou momentos específicos.

O ilustre professor Hely L. Meirelles, credita-se a expressão que melhor sintetiza o princípio da legalidade para a Administração: *“...enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei permite.”*

Assim, por exemplo, conforme o artigo 41, §1º, da Lei 8.666/93, se o edital não estiver em conformidade com a lei supracitada, qualquer cidadão é parte

legítima para impugnar o edital de licitação por irregularidade, desde que protocole o pedido cinco dias antes da abertura dos envelopes.

3.2 Princípio da Impessoalidade:

Esse princípio obriga a Administração a observar nas suas decisões critérios objetivos previamente estabelecidos, afastando a discricionariedade e o subjetivismo na condução dos procedimentos da licitação, ou seja, sem levar em consideração condições pessoais do licitante ou vantagens por ele oferecidas.

Está totalmente relacionado a outros dois princípios, o da isonomia e do julgamento objetivo: todos os licitantes devem ser tratados igualmente em termos de direitos e obrigações, devendo a Administração em suas decisões, pautar-se por critérios objetivos sem levar em consideração as condições pessoais do licitante ou as vantagens por ele oferecidas, salvo as expressamente previstas na lei ou no instrumento convocatório.

3.3 Princípio da Moralidade e da Probidade Administrativa:

A conduta dos licitantes e dos agentes públicos tem de ser, além de lícita, compatível com a moral, a ética e os bons costumes. Além disso, devem estar em conformidade com as regras da boa administração, com os princípios de justiça e equidade.

No caso deste princípio, exigirá da Administração comportamento não apenas lícito, mas também consoante com a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e equidade, enfim as idéias comuns de honestidade.

A Lei n.º 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 o artigo 37, § 4º da Constituição Federal estabelece sanções para os servidores que nela incidem.

3.4 Princípio da Igualdade

Tal princípio visa assegurar o tratamento igual a todos os interessados em contratar a Administração Pública. É condição essencial para garantir competição em todos os procedimentos licitatórios, visto que oferece a todos a oportunidade de participar do certame.

Este princípio prevê o dever de se dar oportunidade disputar o certame, quaisquer interessados que, desejando dele participar, podem oferecer as indispensáveis condições de garantia. É o que prevê o já referido artigo 37, XXI do texto constitucional. Não obstante o parágrafo 1º do artigo 3º da Lei 8.666/93 proíbe que o ato do certame admita, preveja, inclua ou tolere cláusulas ou condições capazes de frustrar ou restringir o caráter competitivo do procedimento licitatório e veda o estabelecimento de preferências ou distinções em razão da naturalidade, sede ou domicílio dos licitantes, bem como entre empresas brasileiras ou estrangeiras ou de quaisquer outras circunstâncias impertinentes ou irrelevantes para o objeto do contrato.

Prevê o § 2º do mesmo artigo 3º, que no caso de empate, confere preferência, sucessivamente, aos bens e serviços: I - produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional; II - produzidos no país; III - produzidos ou prestados por empresas brasileiras.

Sendo que as licitações vêm para garantir a observância do princípio constitucional da Isonomia - artigo 3º da Lei 8.666/93 e, ainda, segundo o §1º, inciso I, deste mesmo artigo, é vedado aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo 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.

3.4 Princípio da Publicidade

Todo procedimento deve ser divulgado para conhecimento de todos os interessados e, assim, estes terem acesso às licitações públicas e seu controle.

Tal princípio assegura a todos os interessados a possibilidade de fiscalizar a legalidade dos atos.

Duas funções exercem o princípio da publicidade. Primeiro é a objetiva, no qual permitiu o amplo acesso dos interessados ao certame. Refere-se, nesse aspecto, à universalidade de participação no processo licitatório. Depois, a publicidade orienta-se a facultar a verificação da regularidade dos atos praticados. Parte-se do pressuposto de que as pessoas tanto mais se preocuparão em seguir a lei e a moral, quanto maior for a possibilidade de fiscalização de sua conduta. Sendo ilimitadas as condições de fiscalização, haverá maior garantia de que os atos serão corretos.

É a transparência, em prol não apenas dos disputantes, mas de qualquer cidadão. A Lei 8.666/93, no § 3º do artigo 3º, estatui que *“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.”* O artigo 4º, também menciona o direito de qualquer cidadão acompanhar o desenvolvimento do certame.

3.5 Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório

Pelo artigo 41, da Lei n.º 8.666/93, o edital é a lei interna da Licitação e, como tal, vincula ao seus termos, tanto aos licitantes, quanto a Administração que o expediu. Tal vinculação ao edital é princípio básico de toda Licitação. Nem se compreenderia, que a Administração fixasse no edital a forma e o modo de participação dos licitantes e no decorrer do procedimento ou na realização do julgamento se afastasse do estabelecido, ou admitisse documentação e proposta em desacordo com o solicitado.

As regras do certame, durante todo o procedimento são inalteráveis. A Administração deverá invalidá-lo e reabri-lo em novos moldes, caso verifique, sua inviabilidade no decorrer da Licitação.

De outra banda, revelando-se, falho ou inadequado aos propósitos da Administração, o edital ou convite poderá ser corrigido a tempo, através de aditamento ou expedição de um novo, sempre com republicação e reabertura de prazo, desde que a alteração, afete a elaboração das propostas.

No ato convocatório constam todas as normas e critérios aplicáveis à licitação. É por meio dele que o Poder Público chama os potenciais interessados em contratar com ele e apresenta o objeto a ser licitado, o procedimento adotado, as condições de realização da licitação, bem como a forma de participação dos licitantes. Nele devem constar necessariamente os critérios de aceitabilidade e julgamento das propostas, bem como as formas de execução do futuro contrato.

O instrumento convocatório apresenta-se de duas formas: edital e convite.

O primeiro é utilizado nas modalidades concorrência, pregão, concurso, tomada de preços e leilão. Já a segunda é a apenas utilizado na modalidade convite.

Neste diapasão, é devido a tal princípio que os instrumentos convocatórios edital ou convite devem ser obrigatoriamente observados, seja pelos licitantes, seja pela Administração Pública. A inobservância do que consta no instrumento convocatório gera nulidade do procedimento, visto que esse o instrumento regulador da licitação.

“Art. 41.A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”. (L.8.666/93).

3.5 Princípio do Julgamento Objetivo

Esse princípio significa que o administrador deve observar critérios objetivos definidos no ato convocatório para o julgamento das propostas. Afasta a possibilidade de o julgador utilizarse de fatores subjetivos ou de critérios não previstos no ato convocatório, mesmo que em benefício da própria Administração.

“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”. (L.8.666).

No momento da análise e julgamento das propostas, a comissão julgadora deve decidir a licitação não sob o influxo do subjetivismo, de sentimentos, impressões ou propósitos pessoais.

Deve-se reconhecer que objetividade absoluta, só se pode garantir previamente nos certames decididos unicamente pelo preço. Quando entra 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 dependem de apreciações irreduzíveis a um plano excludente de opiniões pessoais.

São correspondentes a este princípio: do sigilo da apresentação das propostas, conseqüência da igualdade dos licitantes; princípio do procedimento formal, da competitividade, entre outros.

Pelo princípio da adjudicação compulsória ao vencedor, entende-se estar impedida a Administração, que concluído o procedimento licitatório, atribua o seu objeto a outrem que não o legítimo vencedor. A adjudicação ao vencedor é obrigatória, salvo se este desistir expressamente do contrato ou não o firmar no prazo fixado, a menos que comprove justo motivo.

A compulsoriedade veda também que se abra nova Licitação enquanto válida a adjudicação anterior. Advirta-se, porém, que o direito do vencedor limita-se à adjudicação, ou seja, a atribuição à ele do objeto da Licitação, e não ao contrato imediato.

Com a homologação e adjudicação encerra-se o procedimento licitatório, passando-se ao contrato.

3.6 Princípio da Celeridade:

O princípio da celeridade, consagrado pela Lei nº 10.520, de 2002, como um dos norteadores de licitações na modalidade pregão, busca simplificar procedimentos, de rigorismos excessivos e de formalidades desnecessárias. As decisões, sempre que possível, devem ser tomadas no momento da sessão.

3.7 Obrigatoriedade da Licitação: demais princípios.

Já no que tange à obrigatoriedade específica do procedimento licitatório e todas suas formalidades – leia-se, aplicabilidade da Lei 8.666/93 – algumas exceções apresentam-se e cada uma merece considerações.

Existem princípios que se aplicam indistintamente às hipóteses de dispensa e inexigibilidade, muitos deles importados do regramento geral das licitações, a exemplo da legalidade. Em nenhuma hipótese pode a Administração Pública agir fora dos limites da lei; os casos de afastamento da licitação têm seus contornos definidos pela norma positiva, que reserva ao administrador apenas o juízo discricionário sobre certos aspectos da contratação. Por exemplo, não pode o gestor público contratar diretamente em situações não abarcadas expressamente pela lei. Aqui não existe vinculação ao instrumento convocatório, mas deve-se obediência à lei e à projeção feita pela Administração Pública na fase interna do processo administrativo.

A moralidade administrativa é outro princípio vetor também da contratação direta. Na verdade, é ele que deve orientar a Administração Pública, que deve se pautar na proporcionalidade e na razoabilidade. A noção comum de bom senso é extremamente pertinente ao caso. O dirigente estatal deve ter em conta que os recursos públicos servem ao interesse comum, portanto, obriga-se a evitar gastos desnecessários e contratações astronômicas em nome de uma duvidosa especialização ou fama, quando a execução da proposta poderia ser feita de modo adequado pelos próprios servidores ou por pessoas selecionadas por meio de licitação.

Em suma, o agente público deve ter zelo pelo dinheiro público, sendo-lhe vedado agir com extravagância. Vige a regra básica de só contratar se o preço for condizente com o praticado no mercado. Esse é o entendimento consolidado na doutrina, como bem asseverado por Fernando Anselmo Rodrigues¹³:

*“Apesar de a contratação nessas hipóteses se dar diretamente com a Administração, sem prévio processo licitatório, não significa que pode ser feita aleatoriamente. A Administração deve buscar sempre o que for melhor e mais vantajoso, com o objetivo de obter melhores preços e condições. O artigo 25, § 2º, da Lei de Licitações estabelece que, se ficar comprovado o superfaturamento nos casos de dispensa e inexigibilidade de licitação, **tanto o prestador do serviço quanto o agente público responderão solidariamente pelos prejuízos causados**” (grifei).*

¹³ *Op. cit.*, p. 187.

Não seria necessário falar, mas, por cautela, vale lembrar que a dispensa e a inexigibilidade, embora permitam uma ampliação da liberdade do administrador, existem também para fazer prevalecer um interesse público relevante. Isso é mais perceptível na dispensa de licitação, onde o dirigente estatal deve se perguntar, no caso concreto, qual das opções pode trazer maior proveito aos administrados: licitar ou contratar diretamente. Da mesma forma ocorre com a inexigibilidade, que só se justifica se a não contratação puder causar prejuízos para a sociedade, razão pela qual se deve agir de imediato, não podendo esperar que se forme no mercado a viabilidade de competição.

À dispensa e inexigibilidade aplicam-se certos princípios e formalidades especiais, a depender do objeto da contratação.

O professor Benedicto de Tolosa Filho discorre minuciosamente sobre o tema, podendo destacar alguns pontos:

No que respeita à contratação direta de obras e serviços, embora se afaste o procedimento licitatório, a Administração Pública está obrigada a observar os preceitos legais contidos nos arts. 7º e 8º da LLC. Tais dispositivos denotam a necessidade de elaboração de estudos preliminares e de planejamento para contratação (fase preparatória), inclusive com previsão orçamentária de todos os custos (estimativa).

O § 5º do art. 7º ressalta ainda que não é lícito estabelecer preferência por marca, salvo motivo justificável. Ou seja, um bem não pode ser tido como singular somente por preferência de marca se houver similares no mercado. Esses princípios, em verdade, não se restringem às hipóteses de obras e serviços, aplicando-se aos demais casos de afastamento da licitação. Aliás, o art. 14 do multicitado diploma legal estende o regramento para as aquisições realizadas pela Administração Pública.

Ainda nessa seara, a LLC vedou a participação na execução do contrato dos autores dos projetos básico e executivo. Assim, se certa pessoa física ou jurídica tiver elaborado um dos referidos projetos, mesmo que através de contrato com licitação, não pode participar de sua execução, salvo na função de consultor ou técnico, com funções de fiscalização, supervisão ou gerenciamento e a serviço do órgão contratante (art. 9º). Dessa forma, o prévio conhecimento do

projeto não é elemento suficiente para afastar a licitação por notória especialização. Trata-se de medida de moralização, em que o legislador cuidou de retirar a interferência de certas pessoas na escolha do contratado, em razão das informações privilegiadas que possuem.

Tolosa Filho lembra ainda a aplicação do art. 12 da Lei nº 8.666/93 às hipóteses de dispensa e inexigibilidade. Dessa forma, os projetos básicos e os projetos executivos, quando contratados sem licitação, também devem conter os requisitos de segurança, funcionalidade, economicidade, etc.

No que se refere à contratação de serviços técnicos especializados é o art. 13 que orienta a atuação da Administração Pública, agregando-se aos exemplos fornecidos a característica da singularidade e a necessidade de ser desempenhado por profissionais de notória especialização. Tais critérios, contudo, levam, invariavelmente, a um subjetivismo exagerado e de difícil controle. Vale então, mais uma vez, a recomendação do uso de bom senso.

Quanto às compras feitas pela Administração por meio de adjudicação direta, há que se respeitar as normas expressas nos arts. 14 e 15, cuidando de planejar adequadamente as futuras contratações e buscando sempre as propostas mais vantajosas. Ademais, a descrição do bem a ser adquirido exige precisão e indicações claras, desprezando características não essenciais ao objeto do contrato. Não fosse assim, poder-se-ia sugerir dirigismo, eliminando eventuais concorrentes para sobrar apenas aquele a quem, deliberadamente, se quis entregar a execução do contrato, o que não é tolerável no nosso ordenamento, por afronta literal ao princípio da isonomia.

Outro princípio específico, já tratado no tópico 5, é o da habilitação necessária do contratado (habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira e regularidade fiscal – vide art. 27 da LLC), tal como fosse ele um competidor caso existisse licitação. Revela-se novamente um viés moralizante na Lei, impedindo que pessoas sem competência reconhecida ou sem idoneidade possam contratar com a Administração, o que retiraria a garantia e a segurança do negócio.

CONCLUSÃO

Sendo concludente, é importante reforçar o entendimento de que o procedimento licitatório, consubstanciado nos princípios constitucionais que norteiam os atos a serem praticados pela Administração, é exigência formal a ser observada na contratação pelo Poder Público.

Apesar de configurar regra na seleção de particulares com os quais serão celebrados os contratos administrativos, a lei prevê alguns casos que dispensam ou simplesmente inexistem a instauração de procedimento licitatório, reportado no presente estudo.

Diante de tudo o que fora explanado, podemos concluir que a Lei de Licitações, visa garantir primordialmente o interesse público, quando das contratações da Administração.

Não seria diferente nos casos em que há a hipótese de exceção ao dever de licitar, tais como a inexigibilidade de licitação.

Sendo possível contratar diretamente sem a necessidade de efetuar o processo licitatório, ainda assim os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público devem ser os norteadores da Administração.

Portanto podemos concluir que embora a Administração tenha liberdade no momento de suas contratações, essa liberdade deve fundamentar-se nos referidos princípios, quais sejam os princípios da Supremacia e da indisponibilidade do Interesse Público e não em mera satisfação ou preferência do administrador.

Há de se observar, contudo, que, não só a licitação, mas também a contratação direta através de processo de inexigibilidade, deve sempre buscar atender o interesse público, dentro do menor espaço de tempo e no melhor preço possível, objetivando, assim, a preservação do patrimônio público.

Como meio para atingir esses objetivos, é absolutamente necessária a observância dos preceitos constitucionais e legais, que prevêm algumas formalidades para os processos de inexigibilidade de licitação, cujo descumprimento pelos administradores importa em infração de natureza penal tipificada na Lei n.º 8.666/93.

Diante do exposto, espera-se ter contribuído para o esclarecimento e aprofundamento de certas questões relativas às hipóteses legais de inexigibilidade de licitação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia; RAMOS, Dora Maria de Oliveira. SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos; D'AVILA, Vera Lúcia Machado. *Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos*. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle e FERRAZ, Sérgio. *Dispensa e inexigibilidade de licitação*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1992.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

TOLOSA FILHO, Benedicto. *Contratando sem licitação: comentários teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

VERRI JR, Armando; TAVOLARO, Luís Antonio; e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). *Licitações e Contratos Administrativos: Temas atuais e controvertidos*. São Paulo: RT, 2002.