

CONTRATAÇÃO DIRETA POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

Willian Alves de Souza¹
13 de fevereiro de 2020.

RESUMO

O presente trabalho consiste em um estudo detalhado sobre as hipóteses de contratação direta por inexigibilidade de licitação trazidas pela Lei nº 8.666/1993. Para tanto, deve-se saber que a Constituição Federal de 1988 exige, como regra, a realização de procedimento licitatório através da competição entre os interessados. Porém, excepcionalmente, autorizou que o legislador ordinário estabelecesse hipóteses de contratação direta, o que foi feito no ano de 1993 através da Lei de Licitações, que elencou as hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação. Nos termos da Lei, a dispensa de licitação pode ser dividida em duas espécies: a licitação dispensada, prevista no art. 17, e a licitação dispensável, prevista no art. 24, esta apresentando-se em rol taxativo. Por sua vez, a inexigibilidade de licitação foi prevista no art. 25, em rol meramente exemplificativo. A Lei nº 8.666/1993 ainda elencou três hipóteses em que, diante da inviabilidade de competição, a licitação seria inexigível. A primeira ocorre quando determinado objeto só pode ser fornecido por produtor ou vendedor exclusivo, ou seja, o bem que a Administração almeja adquirir só pode ser fornecido por um único contratante, razão pela qual é inviável realizar uma disputa. A segunda hipótese trata-se dos serviços técnicos especializados, cujo rol foi previsto no art. 13 da Lei nº 8.666/1993, devendo apresentar a característica da singularidade e serem prestados por profissionais com notória especialização, características estas que também inviabilizam a competição. A terceira e última hipótese trazida pela Lei de Licitações refere-se às atividades artísticas, devendo o profissional artista ser consagrado pela crítica especializada ou opinião pública e, ainda, ser contratado diretamente ou através de empresário exclusivo. Como a contratação por inexigibilidade de licitação será realizada pela Administração Pública, esta deve ser concretizada através de um Processo Administrativo formal, com os documentos exigidos pela Lei e as justificativas necessárias, tudo para cumprir os Princípios Administrativos e, como principal objetivo, satisfazer o interesse público.

Palavras-chave: Administração Pública, contratação direta, inexigibilidade.

¹ Advogado efetivo da Câmara Municipal de Jardim Alegre-PR, Professor Palestrante em cursos de capacitação e treinamento em Gestão Pública, Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM), Pós-Graduação *lato sensu* em Direito Civil, Processual Civil e do Trabalho pelo Centro Universitário de Maringá (CESUMAR).

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo principal demonstrar aos leitores a possibilidade que a Lei nº 8.666/1993 concedeu à Administração Pública de efetuar contratações diretas sem que lhe fosse exigido a realização de licitação, ou seja, sem a necessidade de competição entre os eventuais interessados.

Para o desenvolvimento da pesquisa, optou-se pela utilização do método teórico e o método lógico-dedutivo de pesquisa bibliográfica em livros, documentos eletrônicos e Jurisprudência dos Tribunais Superiores. Dessa forma, o assunto será investigado de forma objetiva e prática através de leituras e estudos em variadas fontes de pesquisa, visando colher o maior número de informações possíveis para serem transmitidas de forma escrita no trabalho a ser desenvolvido.

Primeiramente, busca-se esclarecer que a Constituição Federal trouxe a licitação como uma regra a ser seguida pela Administração Pública, porém, como exceção, franqueou ao Legislador ordinário estabelecer hipóteses em que essa competição seria dispensada ou inexigível, possibilitando a contratação direta. Em seguida, será traçado um paralelo entre as modalidades de contratação direta, que são a dispensa e a inexigibilidade de licitação.

Posteriormente, será estudado de forma mais aprofundada as situações que autorizam a contratação direta por inexigibilidade de licitação, analisando cada um de seus requisitos. Nesse ponto, o presente trabalho abordará as hipóteses de fornecedor exclusivo, serviços técnicos especializados e atividades artísticas.

Por fim, será estudado o Processo Administrativo prévio e necessário à contratação direta, o qual exige, quase que na totalidade, os mesmos requisitos do Processo Administrativo de licitação, salvo algumas peculiaridades próprias.

Dessa forma, torna-se possível entender, de forma mais clara e objetiva, o instituto da inexigibilidade de licitação, tendo em vista que, mesmo sendo permitido à Administração Pública a contratação direta, esta não pode se desvencilhar do seu principal objetivo, que é a satisfação do interesse público.

2. EXCEÇÃO À OBRIGATORIEDADE DE LICITAR

A Administração Pública tem, como principal objetivo, satisfazer o interesse público e, para realizá-lo a contento, precisa da colaboração da iniciativa privada que, através da celebração de contratos administrativos, fornece bens e serviços ao Poder Público. Contudo, se fosse possível ao administrador decidir livremente com quem contratar, provavelmente, na maioria das vezes, suas escolhas seriam impróprias e pessoais, desvirtuando o interesse público.

Para evitar este risco, o constituinte estabeleceu, no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal de 1988, que “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, (...)”. Assim, o procedimento licitatório, que antecede o contrato administrativo, permite a disputa entre vários interessados, em igualdade de condições, possibilitando à Administração Pública encontrar a proposta mais vantajosa, na busca do Desenvolvimento Nacional Sustentável (CARVALHO, 2017).

Hely Lopes Meirelles conceitua e elenca as finalidades da licitação.

Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse, inclusive o da promoção do desenvolvimento econômico sustentável e fortalecimento de cadeias produtivas de bens e serviços domésticos. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos. Tem como pressuposto a competição. (MEIRELLES, 2016, p. 310).

A partir de uma conjugação entre o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 8.666/1993 com os arts. 37, XXI e 175 da Constituição Federal, conclui-se que todos os Entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados são obrigados realizar processo de licitação pública previamente à contratação de obras, serviços, compras e alienações, bem como para a concessão e permissão de serviços públicos, sendo assegurada igualdade de condições a todos os interessados.

Em que pese a regra ser a obrigatoriedade de licitar, o art. 37, XXI, da Carta

Magna traz uma exceção ao utilizar a expressão “ressalvados os casos especificados na legislação, (...)”. Assim, nota-se que o legislador ordinário pode elencar situações em a licitação deixa de ser obrigatória, sendo possível realizar contratação direta através de um procedimento interno de justificação (DI PIETRO, 2014).

A Lei nº 8.666/1993 trouxe duas situações autorizativas da contratação direta. A primeira é a dispensa de licitação, que pode ser dividida em licitação dispensada (art. 17) e licitação dispensável (art. 24). A segunda é a inexigibilidade de licitação (art. 25), tema principal deste trabalho. A seguir, trataremos de forma específica sobre a diferença entre dispensa e inexigibilidade de licitação.

3. DIFERENÇAS ENTRE AS MODALIDADE DE CONTRATAÇÃO DIRETA

Conforme já mencionado, a Lei nº 8.666/1993 elenca duas hipóteses em que é possível a realização de contratação direta: dispensa e inexigibilidade de licitação. Para melhor compreensão, importante traçar as principais diferenças entre ambas.

Na dispensa de licitação, a competição entre os eventuais fornecedores é possível, porém, por razões de interesse público, a própria Lei traz situações em que o administrador não poderá licitar e, também, situações em que ele poderá licitar, se quiser, porém, não está obrigado a fazê-lo. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, “(...) a dispensa contempla hipóteses em que a licitação seria possível; entretanto, razões de tomo justificam que se deixe de efetuar-la em nome de outros interesses públicos que merecem acolhida”. (MELLO, 2015, p. 559).

A dispensa de licitação subdivide-se em licitação dispensada e licitação dispensável. Na primeira, prevista no art. 17 da Lei nº 8.666/1993, que trata da alienação de bens da Administração Pública, a própria Lei já dispensou a licitação e, portanto, o administrador não tem discricionariedade, ou seja, não poderá licitar. Na segunda, prevista no art. 24 da Lei nº 8.666/1993, a Lei diz que não precisa de licitação, mas o administrador tem discricionariedade, podendo licitar se assim desejar.

Já na inexigibilidade de licitação, prevista no art. 25 da Lei nº 8.666/1993, a

competição é impossível em razão de sua inviabilidade, seja porque o objeto é singular, seja porque o ofertante é único. Para Hely Lopes Meirelles, “ocorre a inexigibilidade de licitação quando há impossibilidade jurídica de competição entre contratantes, quer pela natureza específica do negócio, quer pelos objetivos sociais visados pela Administração (MEIRELLES, 2016, p. 333-334). No mesmo sentido, Diógenes Gasparini entende que “a inexigibilidade da licitação é a circunstância de fato encontrada na pessoa que se quer contratar, ou com quem se quer contratar, que impede o certame, a concorrência”. (GASPARINI, 2003, p. 453).

Para não restar dúvida quanto à diferença entre dispensa e inexigibilidade de licitação, importante observarmos as lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

A diferença básica entre as duas hipóteses está no fato de que, na **dispensa**, há possibilidade de **competição** que justifique a licitação; de modo que a lei **faculta** a dispensa, que fica inserida na competência discricionária da Administração. 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.

Existem, contudo, casos de dispensa que escapam à discricionariedade administrativa, por estarem já **determinados por lei**; é o que decorre do artigo 17, incisos I e II, da Lei nº 8.666/93 (...), que dispensa a licitação quando se tratar de alienação de bens (...). (DI PIETRO, 2014, p. 395).

Outra diferença importante entre as modalidades de contratação direta é que as hipóteses de dispensa de licitação previstas no art. 24 (licitação dispensável) compõem um rol taxativo, ao passo em que as situações de inexigibilidade de licitação apresentam-se em rol exemplificativo, já que o *caput* do art. 25 utiliza o termo “em especial” antes citar os casos em que a licitação é inexigível (MEDAUAR, 2018).

Traçadas as principais diferenças entre as hipóteses que autorizam a contratação direta, a partir de agora será estudado, de maneira mais aprofundada, as três situações exemplificativas elencadas no art. 25 da Lei nº 8.666/1993, que tratam da inexigibilidade de licitação.

4. HIPÓTESES DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

O art. 25 da Lei nº 8.666/1993 traz, em rol exemplificativo, três casos em que

é impossível a realização da licitação em razão da inviabilidade de competição, quais sejam: fornecedor exclusivo, serviços técnicos especializados e atividade artísticas. A seguir, abordaremos cada situação separadamente, dando uma maior atenção para a contratação direta de serviços técnicos especializados, em especial, à contratação de serviços advocatícios por inexigibilidade de licitação.

4.1. Fornecedor exclusivo

A Lei de Licitações dispõe, no inciso I do art. 25², que é inexigível a licitação para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros produzidos ou vendidos com exclusividade, vedada a preferência de marca.

Como já visto anteriormente, a licitação só cumpre sua finalidade quando possibilita a disputa entre vários interessados, em igualdade de condições. Não havendo possibilidade de competição de preço ou de qualidade, o procedimento licitatório torna-se inútil, razão pela qual não é exigido.

A modalidade mais evidente de inviabilidade de competição é aquela derivada da ausência de alternativas para a Administração Pública. Se existe apenas um único produto em condições de atender à necessidade estatal, não há sentido em realizar licitação. Seria um desperdício de tempo realizar a licitação. (JUSTEN FILHO, 2014, p. 487).

Tal situação ocorre nos casos em que o objeto é fornecido por produtor ou vendedor exclusivo, ou seja, trata-se de um objeto singular, seja porque é produzido com exclusividade, seja porque é vendido com exclusividade por determinada empresa ou representante comercial.

Nota-se que há uma diferença substancial entre exclusividade de produção e exclusividade de venda. Na exclusividade de produção, existe apenas um produtor do objeto no País e, caso queira contratá-lo, a Administração Pública deve fazê-lo

² **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.

diretamente com ele, daí porque Gasparini (2003, p. 455) utiliza a expressão “exclusividade absoluta”. Por sua vez, na exclusividade de venda, é possível que existam vários vendedores do objeto no País e, por isso, a Administração Pública deve considerar a exclusividade dentro de seus limites territoriais ou até mesmo regionais, a depender do vulto do contrato a ser celebrado, razão pela qual Gasparini (2003, p. 455) utiliza a expressão “exclusividade relativa”.

Há que distinguir, todavia, a exclusividade *industrial* da exclusividade *comercial*. Aquela é a do produtor privativo no País; esta é a dos vendedores e representantes na praça. Quando se trata de *produtor* não há dúvida possível: se só ele produz um determinado material, equipamento ou gênero, só dele a Administração pode adquirir tais coisas. Quando se trata de *vendedor* ou *representante comercial* já ocorre a possibilidade de existirem vários no País, e, neste caso, considera-se a *exclusividade na praça de comércio* que abranja a localidade da licitação. O conceito de exclusividade comercial está, pois, relacionado com a área privativa do vendedor ou do representante do produtor. (MEIRELLES, 2016, p. 334)

(...). De acordo com correta classificação, pode a exclusividade ser *absoluta* ou *relativa*. Aquela ocorre quando só há um produtor ou representante comercial exclusivo no país; a relativa, quando a exclusividade se dá apenas na praça em relação à qual vai haver a aquisição do bem. Na exclusividade relativa, havendo fora da praça mais de um fornecedor ou representante comercial, poderá ser realizada a licitação, se a Administração tiver interesse em comparar várias propostas. Na absoluta, a inexigibilidade é a única alternativa para a contratação (CARVALHO FILHO, 2015, p. 277).

Importante frisar que, mesmo possibilitando a contratação direta com o fornecedor exclusivo, a Lei de Licitações veda a preferência de marca. Além disso, exige que a comprovação de exclusividade seja feita por atestado fornecido pelo Órgão de registro do comércio do local em que se realizará a licitação, ou por Organismo Sindical, sendo que, nos termos da Súmula nº 252 do Tribunal de Contas da União (TCU), o agente público responsável pela contratação tem o dever de adotar as providências necessárias para confirmar a veracidade da documentação comprobatória da condição de exclusividade.

4.2. Serviços técnicos especializados

O inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/1993 estabelece ser inexigível a licitação “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”.

Diferente do inciso I do art. 25, em que a Administração Pública almeja contratar o fornecimento de um objeto, no inciso II o objetivo é contratar a prestação de um serviço, o qual deve apresentar duas características que inviabilizam a competição, quais sejam: ser técnico e ser singular. Além disso, este serviço precisa ser prestado por profissional com notória especialização. Logo, conclui-se que “técnico” e “singular” são características do serviço, ao passo que “notória especialização” é uma característica do profissional que irá prestá-lo. Nesse sentido é a Súmula nº 252 do TCU, que assim dispõe:

Súmula nº 252, TCU: A inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos, a que alude o art. 25, inciso II, da Lei 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.

O art. 13 da Lei nº 8.666/1993 traz um rol taxativo de serviço considerados de natureza técnico profissional especializado, dentre eles, destacam-se os serviços de pareceres (inciso II), assessoria ou consultoria técnica (inciso III), patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas (inciso V) e treinamento e aperfeiçoamento de pessoal (inciso VI). Posteriormente será abordado com maior ênfase o serviço técnico profissional especializado previsto no inciso V.

Porém, para que a contratação seja realizada por inexigibilidade de licitação, não basta que o serviço técnico profissional especializado conste do rol do art. 13 da Lei nº 8.666/1993. Além desse requisito, o serviço deve ser singular e o profissional ou empresa que irá executá-lo deve ter notória especialização.

O conceito de serviço técnico profissional especializado consta do art. 13. O inc. II acrescenta duas exigências à contratação com inexigibilidade, a saber, o objeto singular da contratação e a notória especialização. A inexigibilidade apenas se configura diante da presença cumulativa dos três requisitos. Ou seja, não basta configurar-se um serviço técnico profissional especializado, mas a contratação direta dependerá de constatar-se a existência de objeto singular. Ademais disso, apenas poderá ser contratado um sujeito titular de notória especialização. (JUSTEN FILHO, 2014, p. 496-497).

Por serviço singular, entende-se “aquele que é portador de tal complexidade

executória que o individualiza, tornando-o diferente dos da mesma espécie, e que exige, para a sua execução, um profissional ou empresa de especial qualificação” (GASPARINI, 2003, p. 459). Assim, consideram-se singulares os serviços marcados pelas características pessoais próprias de seu executor.

Dizer que um serviço é singular não significa que ele seja único, ou seja, o mesmo serviço pode ser prestado por diversas pessoas, porém, cada qual apresenta um traço de individualidade que lhe é próprio, fazendo com que o serviço prestado por determinado profissional ou empresa seja mais interessante para a Administração Pública por melhor atender o interesse público.

Todos estes serviços se singularizam por um estilo ou por uma orientação pessoal. Note-se que a singularidade mencionada não significa que outros não possam realizar o mesmo serviço. Isto é, são singulares, embora não sejam necessariamente únicos.

Evidentemente, o que entra em causa, para o tema da 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 cada qual *repercutam de maneira a autorizar a presunção de que o serviço de um é mais indicado do que o serviço de outro*. (MELLO, 2015, p. 559).

No mesmo sentido, no Acórdão nº 2.616/2015, o Plenário do TCU assim entendeu:

Nas contratações diretas por inexigibilidade de licitação, o conceito de singularidade não pode ser confundido com a ideia de unicidade, exclusividade, ineditismo ou raridade. O fato de o objeto poder ser executado por outros profissionais ou empresas não impede a contratação direta amparada no art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993. A inexigibilidade, amparada nesse dispositivo legal, decorre da impossibilidade de se fixar critérios objetivos de julgamento.³

Sendo assim, é possível que a Administração Pública contrate, por inexigibilidade de licitação, um famoso e renomado jurista, para fazer a sustentação oral perante o Supremo Tribunal Federal no julgamento de uma causa milionária, pois trata-se de um serviço singular. Por sua vez, não se mostra razoável contratar um advogado tributarista nacionalmente conhecido para ajuizar as Ações de Execução

³ TCU, Processo nº 017.110/2015-7, Acórdão nº 2.616/2015 - Plenário, Rel.: Min. Benjamin Zymler, julg. em 21/10/2015. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO:2616%20ANOACORDAO:2015%20COLEGIADO:%22Plen%C3%A1rio%22/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20>. Acesso em 07/01/2020.

Fiscal do Município, pois não se trata de um serviço singular, podendo ser realizado pelos próprios servidores integrantes do setor jurídico do Órgão.

Como último requisito, avalia-se a característica do profissional que presta o serviço técnico e singular, exigindo-se que o mesmo tenha notória especialização. O §1º do art. 25 da Lei nº 8.666/1993 traz um conceito de profissional com notória especialização, assim atendido aquele que, no campo de sua especialidade, apresenta-se como o essencial e indiscutivelmente o mais adequado para prestar o serviço pretendido, podendo se chegar a esta conclusão a partir de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades.

A especialização consiste na titularidade objetiva de requisitos que distinguem o sujeito, atribuindo-lhe maior habilitação do que a normalmente existente no âmbito dos profissionais que exercem a atividade. Isso se traduz na existência de elementos objetivos ou formais, tais como a conclusão de cursos e a titulação no âmbito de pós-graduação, a participação em organismos voltados a atividade especializada, o desenvolvimento frutífero e exitoso de serviços semelhantes em outras oportunidades, a autoria de obras técnicas, o exercício de magistério superior, a premiação em concursos ou a obtenção de láureas, a organização de equipe técnica e assim por diante. Não há como circunscrever exhaustivamente as evidências da capacitação objetiva do contratado para prestar o serviço. O tema dependerá do tipo e das peculiaridades do serviço técnico-científico, assim como da profissão exercitada. (JUSTEN FILHO, 2014, p. 502).

Assim, para qualificar determinado profissional como de notória especialização, é preciso analisar sua vida pregressa, os estudos e os trabalhos por ele desenvolvidos para, então, concluir se houve alguma contribuição positiva para a comunidade científica na qual está inserido, diferenciando-o dos demais profissionais.

No que se refere à contratação, pela Administração Pública, de serviços advocatícios por inexigibilidade de licitação, também é preciso observar se o mesmo preenche os 03 requisitos exigidos pelo inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/1993, a saber: serviço técnico, singular e prestado por profissional de notória especialização.

No que se refere à característica de ser um serviço técnico, conclui-se que os serviços advocatícios encontram respaldo no art. 13 da Lei de Licitações, seja no inciso II (pareceres), seja no inciso III (assessoria e consultoria técnica), seja no inciso V (patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas).

Quanto à singularidade do serviço, essa característica deve ser analisada juntamente com a característica da notória especialização do profissional, pois somente um jurista com notória especialização em determinado ramo do Direito poderá oferecer um serviço singular, com característica individualizadoras que o diferencia dos serviços oferecidos por outros profissionais do mesmo ramo.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, prevalece o entendimento de que é possível a contratação de serviços advocatícios, por inexigibilidade de licitação, quando se tratar de serviço singular prestado por profissional de notória especialização. Porém, o mesmo Tribunal não aceita, como requisito para a inexigibilidade de licitação, a alegação de que o administrador possui confiança no contratado. Nesse sentido, a 2ª Turma do STJ julgou o AREsp nº 1.507.099/GO, assim entendendo:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE ESCRITÓRIOS DE ADVOCACIA POR MUNICÍPIO. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. NOTÓRIA ESPECIALIDADE E SINGULARIDADE DO SERVIÇO. REQUISITOS NÃO CONFIGURADOS.

(...).

v - (...). Ademais, descabido utilizar como critério para fundamentar a inexigibilidade a alegada confiança da Administração, já que as contratações devem ser feitas exclusivamente com base no interesse público, o qual não admite preferências de qualquer natureza, muito menos as pessoais.⁴

No mesmo sentido, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Inq. nº 3.074/SC, também decidiu pela possibilidade de contratação de escritório de advocacia por inexigibilidade de licitação, desde que respeitados determinados requisitos, conforme citado abaixo:

EMENTA: IMPUTAÇÃO DE CRIME DE INEXIGÊNCIA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA POR FALTA DE JUSTA CAUSA. A contratação direta de escritório de advocacia, sem licitação, deve observar os seguintes parâmetros: a) existência de procedimento administrativo formal; b) notória especialização profissional; c) natureza singular do serviço; d) demonstração da inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e) cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado. Incontroversa a especialidade do

⁴ STJ, AREsp nº 1.507.099/GO, 2ª Turma, Rel.: Min. Francisco Falcão, unânime, julg. em 17/12/2019, pub. no DJe em 19/12/2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1904025&num_registro=201901424233&data=20191219&formato=PDF>. Acesso em 07/01/2020.

escritório de advocacia, deve ser considerado singular o serviço de retomada de concessão de saneamento básico do Município de Joinville, diante das circunstâncias do caso concreto. Atendimento dos demais pressupostos para a contratação direta. Denúncia rejeitada por falta de justa causa.⁵

Percebe-se que o STF exige que o serviço advocatício a ser contratado não pode ser prestado pelos advogados do próprio Órgão. Tal fato corrobora a tese de que este serviço deve ser singular e prestados por profissional de notória especialização. Além disso, a contratação deve ser formalizada em Processo Administrativo e o preço cobrado pelo profissional especializado deve ser compatível com o preço praticado no mercado. Preenchidos estes requisitos, o serviço advocatício pode ser contratado diretamente pela Administração Pública através inexigibilidade de licitação, com base no inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/1993.

4.3. Atividades artísticas

A Lei de Licitações traz, no inciso III do art. 25, a inexigibilidade de licitação “para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública”.

Mais uma vez, diferente do inciso I do art. 25, onde a Administração Pública almeja contratar o fornecimento de um objeto, no inciso III a Administração Pública quer contratar a prestação de um serviço que, por sua natureza, inviabiliza a competição. Para Di Pietro (2014, p. 410) “o que se objetiva é a prestação de serviço artístico, que pode tornar-se insuscetível de competição, quando contratado com profissional já consagrado, que imprima singularidade ao objeto do contrato”.

Carvalho Filho (2015, p. 278) entende que “(...), a arte é personalíssima, não se podendo sujeitar a fatores objetivos de avaliação. A Administração, na hipótese, pode firmar diretamente o contrato”. Contudo, para evitar que o administrador público contrate o artista de sua preferência, satisfazendo seus interesses pessoais, a Lei de

⁵ STF, Inq. nº 3.074/SC, 1ª Turma, Rel.: Min. Luís Roberto Barroso, por maioria, julg. em 26/08/2014, pub. no DJe em 03/10/2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6849679>>. Acesso em 07/01/2020.

Licitações exige que o artista seja consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Além disso, deverá haver um requisito outro, consistente na consagração em face da opinião pública ou da crítica especializada. Tal se destina a evitar contratações arbitrárias, em que uma autoridade pública pretenda impor preferências totalmente pessoais na contratação de pessoa destituída de qualquer virtude. Exige-se que ou a crítica especializada ou a opinião pública reconheçam que o sujeito apresenta virtudes no desempenho de sua arte. (JUSTEN FILHO, 2014, p. 515).

Mas o que seria essa “crítica especializada”? Para GASPARINI (2003, p. 461), “é a crítica local, regional (estadual) ou nacional, em razão do valor do contrato”. Na concepção do referido autor, se o valor do contrato está dentro do limite do Convite, deve-se analisar a crítica local. Porém, se o valor do contrato está dentro do limite da Tomada de Preço, deve-se analisar a crítica regional (estadual). Por fim, se o valor do contrato está dentro do limite da Concorrência, deve-se analisar a crítica nacional.

Outra exigência legal, que causa problemas práticos, é que o artista seja contratado diretamente ou através de empresário exclusivo. Neste ponto, é comum à Administração Pública, principalmente no âmbito municipal, contratar artistas por inexigibilidade de licitação através de Empresas de eventos que possuam Carta de Exclusividade específica para uma determinada data e local.

Para MURTA (2015), a Carta de Exclusividade para determinada data e local não é hábil para a contratação direta, pois a exclusividade é condicionada e temporária, o que, em regra, possibilita a competição. Nessas situações, a Administração Pública melhor atende ao interesse público se realizar processo licitatório para a contratação do profissional, em datas nas quais haja disponibilidade.

Nesse sentido, no Acórdão nº 1.435/2017, o Plenário do TCU assim decidiu:

(...).

6. Quando a contratação do artista pelo ente administrativo se dá com a intermediação de empresário, a comprovação da exclusividade deste deve ser feita, necessariamente, mediante a apresentação de cópia do contrato de exclusividade firmado entre o artista e o seu empresário, sob pena de se considerar irregular a contratação direta. Tal documento é, pois, imprescindível à caracterização da inviabilidade de competição.

(...).

8. A propósito, por 'empresário exclusivo' deve-se entender aquela pessoa, física ou jurídica, que cuida de todos os interesses e compromissos do artista

ou banda musical, mediante contrato de representação exclusiva, registrado em cartório para surtir efeitos em relação a terceiros. Donde se conclui que o contrato de exclusividade celebrado entre o artista (ou banda) e o seu empresário difere da simples autorização (também chamada de carta de exclusividade) que confere representatividade ao empresário do artista/banda apenas para o (s) dia (s) correspondente (s) à apresentação deste, e ainda restrita à localidade do evento.

(...).

10. Portanto, para que não se configure o desrespeito ao art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993, é indispensável, na prestação de contas do ente conveniente, a apresentação do contrato de exclusividade - registrado em cartório - entre o artista consagrado e o empresário contratado, não bastando, para tanto, a autorização que confere exclusividade apenas para o (s) dia (s) correspondente (s) à realização do show artístico. Contratos, cartas ou até mesmo simples declarações de exclusividade restritos às datas e às localidades das apresentações artísticas não atendem aos pressupostos do aludido dispositivo legal.⁶

Desta forma, tendo em vista a natureza personalíssima dos serviços artísticos, as referidas contratações devem se ater de forma sólida aos requisitos exigidos pelo inciso III do artigo 25 da Lei nº 8.666/1993, quais sejam: que o artista seja consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública e que a contratação seja feita diretamente com o profissional ou com empresário exclusivo (e não com empresário temporário).

5. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

Em que pese na inexigibilidade de licitação não haver uma competição entre os futuros contratados, deve-se lembrar que a Administração Pública é pautada pelo Princípio da Formalidade do Atos Administrativos. Assim, mesmo não havendo a licitação, deve-se formalizar um procedimento definindo o objeto a ser contratado e as condições contratuais que vincularão as partes, vista dos documentos exigidos pela Lei que comprove a regularidade do contratado, além das justificativas necessárias.

No geral, a etapa interna não se diferencia quando comparados os casos de licitação e os casos em que ela não ocorre. A Administração deverá definir o objeto a ser contratado e as condições contratuais a serem observadas. A maior diferença residirá em que os atos internos conduzirão à contratação direta, em vez de propiciar prévia licitação. (JUSTEN FILHO, 2014, p. 525).

⁶ TCU, Processo nº 022.552/2016-2, Acórdão nº 1.435/2017 - Plenário, Rel.: Min. Vital do Rêgo, julg. em 05/07/2017. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO:1435%20ANOACORDAO:2017%20COLEGIADO:%22Plen%C3%A1rio%22/DTREL EVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20>. Acesso em 07/01/2020.

Diga-se, ainda, que a inexigibilidade do procedimento licitatório não libera a entidade, de regra obrigada a licitar, das demais exigências. Então, deve tomar as cautelas devidas, relacionadas com a comprovação da capacidade jurídica, técnica, econômico-financeira e com a regularidade fiscal. Deve ainda preocupar-se com a emissão da nota de empenho e a celebração do contrato, a publicação e com outras exigências legais, quando for o caso. (GASPARINI, 2003, p. 454-455).

O *caput* do art. 26 da Lei nº 8.666/1993 dispõe que as inexigibilidade de licitações referidas no art. 25 precisam ser necessariamente justificadas, devendo ser comunicada à autoridade superior no prazo de três dias, a qual terá o prazo de cinco dias para ratificar o ato e publicá-lo na Imprensa Oficial para que tenha eficácia entre as partes contratantes. Além disso, o parágrafo único do mesmo dispositivo dispõe que o processo de inexigibilidade deve ser instruído com a razão da escolha do fornecedor ou executante e a justificativa do preço.

A contratação com base nas hipóteses de inexigibilidade necessita de justificativa, que é o arrazoado preparado e assinado pelo agente responsável pela análise da viabilidade ou não da licitação. Se esta restar inviável, o processo assim instruído deverá ser levado à autoridade superior para, se for o caso, ratificar e publicar dita justificativa acompanhada do ato de ratificação. (...). A publicação será na imprensa oficial, como determina esse preceptivo, e a sua falta impede a contratação, pois o ato declarando a inexigibilidade e o ato de ratificação não adquiriram eficácia. A falta dessa publicação nessa oportunidade por si só não invalida a contratação, embora, mediante o devido procedimento administrativo, deva ser responsabilizado o servidor omissor. (GASPARINI, 2003, p. 454).

Diante das exigências feitas pela Lei nº 8.666/1993 para a correta contratação direta através da inexigibilidade de licitação, é claro que o desrespeito às regras nele elencadas acarreta responsabilidade, as quais são de ordem administrativa, civil e criminal.

Na esfera administrativa, cumpre à autoridade superior a instauração do Processo Administrativo Disciplinar (PAD) para apurar as irregularidades cometidas pelo agente público durante o processo de inexigibilidade de licitação. Além disso, disso, o agente público também pode responder por ato de improbidade administrativa, com base na Lei nº 8.429/1992.

Na esfera cível, a própria Lei de Licitações elenca a responsabilização no §2º de seu art. 25, estabelecendo que, ao ficar comprovado o superfaturamento no preço,

o agente público responsável pela contratação direta responderá solidariamente com o fornecedor ou prestador de serviços pelos danos causados ao Erário.

Por fim, na esfera criminal, o art. 89 da Lei nº 8.666/1993 traz uma pena de três a cinco anos de detenção, e multa, para quem realizar inexigibilidade de licitação fora das hipóteses legais, ou deixar de cumprir as formalidades exigidas. Além disso, responde com a mesma sanção quem beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, desde que tenha concorrido para a consumação da ilegalidade.

6. CONCLUSÃO

No que tange a questão da contratação direta por inexigibilidade de licitação, objeto de estudo deste trabalho, percebe-se que o tema passa por caminhos certa vez tormentosos, pois trata-se de exceção constitucional quando a regra é, na verdade, a realização do procedimento licitatório.

Em que pese a contratação direta ser uma exceção, certo é que se encontra regulamentada pela Lei nº 8.666/1993, apresentando duas modalidades. De um lado trabalha-se a dispensa de licitação, que se subdivide em licitação dispensada (art. 17) e licitação dispensável (art. 24), cujo rol é taxativo. De outro lado encontra-se a inexigibilidade de licitação, prevista no art. 25, cujas hipóteses são meramente exemplificativas.

Em relação à inexigibilidade de licitação, os resultados obtidos com este trabalho foram no sentido de que a Administração Pública está autorizada, pelo Ordenamento Jurídico, a realizar a contratação direta do objeto ou serviço pretendido. Porém, para que essa espécie de contratação direta seja válida e eficaz, deve seguir as exigências impostas pelo Legislador ordinário, em especial, as situações previstas no art. 25 da Lei nº 8.666/1993, cada qual com seus requisitos peculiares e, ainda, formalizar um Processo Administrativo com a devida justificativa, conforme previsão do art. 26 do mesmo diploma normativo.

Neste sentido, chega-se à conclusão de que, ao realizar a contratação direta

por inexigibilidade de licitação, a Administração Pública deve observar e seguir os Princípios Administrativos elencados no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, para, assim, conseguir alcançar seu principal objetivo, que é a satisfação do interesse público.

7. REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição, 1988.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MURTA, Camila Cristina. *Contratação de empresas de eventos para realização de shows por inexigibilidade*. Blog Zênite. 2015. Disponível em: <<https://www.zenite.blog.br/contratacao-de-empresas-de-eventos-para-realizacao-de-shows-por-inexigibilidade/>>. Acesso em 14 de janeiro de 2020.