

# Inexigibilidade e dispensabilidade do processo licitatório

Sergio de Andréa Ferreira

## A) Aspectos Gerais

1. Em sede de **inexigibilidade e dispensa de licitação**, ressalte-se, desde logo, que o **art. 37, XXI, da Constituição Federal** inicia seu preceito impositivo de **obediência**, pela **administração direta e indireta**, ao **princípio da licitação**, **excepcionando os casos estabelecidos em lei**, o que mostra que **de igual força o império** daquele **princípio** e das **hipóteses** em que se dão a **adjudicação** e a **contratação diretas**.

2. É certo, porém, que a área em que **não prevalece o princípio da licitação** não é, como se sabe, o da **escolha livre do contratado**: compõe-se ela de hipóteses específicas, que, embora a individualização desse tenha lugar sem a necessidade de deflagração, desenvolvimento e ulatimação do **procedimento competitivo e titulativo**, envolvem a necessidade da verificação do enquadramento, nelas, do caso concreto, com justificativa do **reconhecimento da inexigibilidade** ou da **dispensa do procedimento licitatório**.

3. Em sede de **exclusão do princípio da licitação**, ou, em outras palavras, do **poder-dever de licitar**, podemos nos valer, por analogia, dos institutos, de **Direito Tributário**, da **imunidade**, da **isenção** e da **não-incidência**.

3.1. O referido **princípio**, conforme assinalado, é **constitucionalmente imposto**; e, isso, para os casos de **obras, compras, serviços, alienações**; e para as **concessões e permissões de serviços públicos**: arts. 37, XXI; 173, § 1º, III; e 175, da CF.

3.2. É cognato, o citado **princípio**, conforme consabido, com a **garantia da isonomia** e com **princípios**, como os da **legalidade, moralidade, impessoalidade, eficiência, economicidade**, sendo seu objeto a imposição de **competição**, de um **processo de seleção**.

Dáí, serem **vedadas**

*“cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo” (art. 30, § 1º, I, da Lei nº 8.666/93).*

4. Nesta linha,

*“quando houver inviabilidade de competição”,*

o art. 25 da Lei nº 8.666/93 explicita que

*“é inexigível a licitação”.*

4.1. Nesta hipótese, prevalece o **poder** de escolha do **contratado**, objeto, porém, de **ato** devidamente **fundamentado**, caracterizando-se uma forma de **imunidade**, pela **inexistência**, fático-jurídica, do **pressuposto lógico-constitucional** da **competitividade**, e, conseqüentemente, de **poder jurígeno** de deflagrar e processar a **licitação**.

4.2. Configura-se a **inexistência** do **poder-dever de licitar**, pelo **obstáculo**, que se **apresenta**, da **ausência** de **competitividade**, e, em decorrência da **não-inserção**, da hipótese, no **conteúdo** do referido **poder-dever**.

4.3. Dáí, não nascerem as condições de prevalência do **princípio da licitação**.

5. A **isenção** corresponde à **dispensa** da **exigibilidade** do **exercício** do **poder de licitar**; **dispensa** que é **lícita** – respeitados os **princípios da Administração Pública**, inclusive o da **razoabilidade** –, com base em **previsão legal** fundada no **permissivo** constante da **primeira parte** do **inciso XXI** do art. 37, em que se **ressalvam**, em termos de **princípio da licitação**,

*“os casos especificados na legislação”.*

5.1. Essa **dispensa** diz respeito às hipóteses de **obras, serviços, compras e alienações**, que são aquelas **espécies contratuais** com relação às quais a **CF impõe a licitação**; bem como a **dispensa** no tocante a outras, em que, fora desse conjunto, a **legislação infraconstitucional**, da unidade federativa competente, estabeleça como sendo objeto de **aplicação** do **princípio da licitação**.

Na **isenção**, prevalece o **poder** de escolha entre **exercer, ou não**, o **poder de licitar**, já não mais um **dever**. O **ato de dispensa** há de ser **fundamentado**.

5.2. A figura da **não-incidência**, como espécie de **exclusão do dever-poder**, corresponde à ocorrência de situação jurídica que não está abrangida pelo **elenco, constitucional ou legal**, como **hipótese de incidência** da norma jurídica criadora desse **dever-poder**; isto é, não constitui **fato jurígeno**, gerador desta **incidência**, não se configurando, portanto, o **suporte fático** competente para tal.

6. Na **imunidade** e na **não-incidência**, há **inexistência de legitimação** ao **exercício do poder licitatório**, de exercer aquele **poder**, eis que algo **falta** para que se manifeste o **dever de licitar** e, conexamente, para que se instaure aquele **poder**.

Já na **isenção**, ao contrário, há alguma coisa a mais, para **além do fato gerador**, pois este ocorre, existindo, pois, a **competitividade**; mas outros fatores e circunstâncias **neutralizam** sua **eficácia**, e viabilizam a **dispensa da exigibilidade da licitação**.

7. Fixemo-nos em duas hipóteses de exceção à prevalência do **poder-dever** de licitar.

## B) Da dispensabilidade

8. A primeira hipótese, de **exceção ao princípio da licitação**, é a de sua **dispensabilidade**, que se identifica, quando, embora **viável a competição**, enquadra-se o caso concreto em um daqueles **taxativamente previstos** no elenco do **art. 24 da Lei 8.666/93**; eleitos, por considerações de **interesse público**, que o autor das regras dispensadoras entendeu, dentro da própria **moldura constitucional da primeira parte do inciso XXI do art. 37 da CF**, como determinantes dessa **flexibilização**.

8.1. Nesta moldura, cumpre que a CONTRATADA se enquadre na qualificação exigida pelo **inciso XIII do citado art. 24**, de acordo com o qual

*“é dispensável a licitação”,*

para a

*“contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos”.*

**8.2.** Em sua **tipicidade**, a disposição é eminente **subjéctiva**, pois que leva em conta, especialmente, a figura do **contratando**.

**8.3.** Com efeito, exige, para a caracterização da **dispensabilidade** (a) que se trate de **instituição brasileira**; (b) que o **objeto institucional**, conforme o **estatuto** ou **regimento interno**, seja **ensino, pesquisa, desenvolvimento institucional**; (c) que a entidade atenda, ainda, a dois outros **requisitos**: (1) seja **sem fins lucrativos**; e (2) detenha *‘inquestionável reputação ético-profissional’*.

**8.4.** As **entidades** que, como ela, preencham os citados **pressupostos** e **requisitos**, podem ser escolhidas, **preferencialmente**, como contratadas da Administração Pública, em confronto com as **instituições** e **empresas** que não os atendem.

**8.5.** Enquanto a **inexigibilidade** exige a **inviabilidade de competição** (art. 25 da Lei), a **dispensabilidade**, como a palavra indica, pressupõe a **viabilidade da competição**, mas, faz do que é um **dever-poder**, o de **licitar**, apenas um **poder**, de exercício **discricionário**.

Neste ponto existe, portanto, um primeiro segmento de **mérito** da atuação do gestor público.

**8.6.** Uma segunda faceta **discricionária**, de **merecimento**, é o da **escolha do contratando**, dentre os que, se houver mais de um, preenchem os pressupostos e requisitos subjéctivos.

**8.7.** É claro que, como ocorre em toda atuação do gestor público, no campo do **mérito**, a **discrissão administrativa**, no caso, tem seus **limites**.

Interferem os **princípios da razoabilidade**, da **proporcionalidade**, da **pertinência**, da **economicidade**.

Nem se poderá fugir, ademais, do respeito à **impessoalidade** (isto é, no sentido específico, de **vedação** de se buscar o *favorecimento pessoal*; o impedimento de que, *pessoalmente*, o agente público tenha in-

teresse na contratação), à **legalidade**, à **moralidade**, à **probidade administrativas**.

Mas entenda-se adequadamente: o **controlador**, o **fiscalizador**, não podem substituir-se ao **gestor**; não podem impor seus critérios, de '*mais ou menos proporcional, mais ou menos razoável ou racional*'.

O **controle**, a **fiscalização** têm, também, seu limite, na impugnação do que é **desarrazoado**, **desproporcional**, **impertinente**, **antieconômico**.

Enfim, o que é **ilegítimo**, **ilícito**, pois que produto do **mau uso do poder discricionário**, com ultrapassagem da circunferência do *círculo interno*, conforme a famosa configuração gráfica dos *círculos concêntricos*, a representar, o *exterior* os lindes do **poder vinculado**, da **legalidade**; o *semi-interno*, o espaço da **legitimidade**; e o *interno*, o do **poder discricionário**, do **mérito**.

8.7.1. Não vinculada, previamente, a atuação do administrador, surge para este a faculdade de formular **juízos discricionários**, isto é, juízos cujo '*conteúdo consiste em um conceito insusceptível de significação unívoca, ou que, pelo caráter próprio ao seu critério informativo, comporta uma compreensão mais lata, ou mais restrita, permitindo, assim, que na sua delimitação ou configuração influam fatores de natureza subjetiva, fugindo, dessa maneira, ao controle a que podem ser submetidos os juízos que têm, por ponto de referência circunstâncias ou situações de ordem externa, susceptíveis de serem precisamente definidas ou limitadas*'; são **juízos** '*que só podem ser formulados com referência a conceitos mais ou menos ambíguos ou equívocos, ou suscetíveis, pela plenitude e indeterminação de seu conteúdo, de receberem especificações diversas, nenhuma das quais se possa ter como a única possível, exata ou procedente, uma vez que a medida do acerto consiste, única e precisamente, no próprio conceito que lhe serviu de referência, o qual, por definição, comporta vários conteúdos igualmente adequados ou do mesmo valor significativo*'.

É a lição de FRANCISCO CAMPOS.<sup>1</sup>

---

1 *Atos Administrativos Discricionários*, em *Direito Administrativo*, Rio, Freitas Bastos, 1958, I: 17/18.

Cita, a propósito, ARISTÓTELES (p. 21), e *'mostra que o juízo discricionário resulta necessariamente da impossibilidade de definir na lei geral os 'cas d'espèce'; a insuficiência da lei em relação aos caracteres específicos do caso concreto não é uma falta imputável ao legislador: 'elle resulte de la nature de l'action, telle étant bien exactement la matière des actes'*. Indicava *'a razão de ser do juízo discricionário, ou a necessidade desse juízo, fundando-o no fato de que o critério legal sendo indeterminado, a sua aplicação ao caso concreto pressupõe, necessariamente, uma determinação posterior pela autoridade incumbida de aplicar a lei'*.

O jurista brasileiro assinala a existência de **limites ao poder discricionário**: *'A ação administrativa discricionária é limitada externa e internamente. Externamente o seu limite consiste na ordem jurídica em cujo quadro se desenvolve a atividade administrativa e, particularmente, na existência de interesses juridicamente protegidos, ou de direitos subjetivos dos administrados. Além desses limites externos, a ação discricionária encontra limites interiores que consistem, precisamente, no fato de que os conceitos indeterminados em que se funda o juízo discricionário dispõem, ainda que imprecisos, de um limite superior e de um limite inferior. Por maior que seja a liberdade de apreciação, própria do juízo discricionário, é sempre possível mostrar-se claramente que a conclusão excede um dos limites'*.

**8.7.2.** Verifica-se, pois, que a atuação do **controlador** ou **fiscalizador** há de focar-se na verificação da ocorrência, ou não, de **desbordamento** dos marcos fronteiriços da discricionariedade.

**9.** O TCU tem exigido, para a identificação da **facultatividade** do processo licitatório, na hipótese do **inciso XIII do art. 24**, a **relação de pertinência**, o **nexo** entre, de um lado, a **natureza institucional da entidade**, e de seu **objeto**, a incluir a **pesquisa**, o **ensino** e o **desenvolvimento institucional**, e de outro, o **objeto ajustado**; cumulativamente com a **razoabilidade** do pactuado, em termos de **preço**, que há de ser **compatível** com o de **mercado**, embora se tenha reconhecido que possa, até mesmo, ser superior, desde que não abusivo, e isso dada a **função social da instituição**, de caráter **não empresarial**.<sup>2</sup>

2 MARÇAL JUSTEN FILHO, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, São Paulo, RT, 2014: 441, s.

9.1. A **Súmula 250** do TCU enuncia: '*a contratação de instituição sem fins lucrativos, com dispensa de licitação, com fulcro no art. 24, XIII da Lei 8.666/1993, somente é admitida nas hipóteses em que houver nexo efetivo entre o mencionado dispositivo, a natureza da instituição e o objeto contrato, além de comprovada a compatibilidade com os preços do mercado*'.

10. Trata-se, a primeira, de exigência, jurisprudencial, complementar, de índole **subjetivo-objetiva** – leva-se em conta a **entidade**, sob o ângulo de seu **objeto**, e o **escopo** da avença –, absolutamente adequada. Impõe-se que haja uma **relação de pertinência** entre o conjunto de elementos do **objeto institucional** e o do **objeto do contrato** a ser celebrado; de modo que os elementos desse o sejam do primeiro, que pode ser mais amplo.

11. Ademais, há de se dar a **justificativa do preço**, sob o critério da **razoabilidade**.

11.1. O **parágrafo único do art. 26 da Lei 8.666/93**, em seu **inciso III**, exige que o **ato declaratório de inexigibilidade licitatória** e de **dispensa da licitação**, em determinadas hipóteses, como a do **inciso XII, art. 24**, há de conter a **justificativa do preço**'.

11.2. '*Justificativa*' diz respeito à **justa causa**, o que significa que a **dispensa justa** é a **ex iusta causa**, isto é, baseia-se em fatos que fazem com que o ato da **dispensa** seja '*sem ofensa ao mundo jurídico*': é a '**justiçade**' do ato, tendo por embasamento a **matéria factual**, conjugada com a **juridicidade**, que decorre da **incidência** das normas jurídicas de regência do comportamento em consideração.<sup>3</sup>

11.3. Nesse cenário fático-jurídico, existem algumas **premissas** a serem tomadas em conta.

11.3.1. Assim, conforme grifado, a própria **Lei 8.666/93** confere **preferência às instituições** que preencham os requisitos enumerados, **taxativamente, no inciso XIII de seu art. 24**, e já amplamente analisados.

11.4. Como salienta MARÇAL JUSTEN FILHO,<sup>4</sup>

3 PONTES DE MIRANDA, *Tratado cit.*, X: 120.

4 *op. cit.*, p. 443.

*“deve reputar-se que a hipótese do inc. XIII envolve uma fórmula de **incentivo** à assunção, pela entidade da sociedade simples, de funções usualmente desempenhadas pelo Estado. Portanto, interessa ao Estado **fomentar** o desenvolvimento de instituições de interesse supraindividual, de cunho não estatal.”*

11.4.1. Isso significa que as **entidades**, que preenchem os **pressupostos** e **requisitos**, podem ser escolhidas, **preferencialmente**, como contratadas pela Administração Pública.

11.4.2. Como já negritoado, a **opção** pela **contratação direta**, em caso de **dispensabilidade**, é, em si, uma **opção discricionária**, tal como, uma vez exercida essa **opção**, a da escolha do **contratado**, que tem, **vinculadamente**, de preencher os **pressupostos** e **requisitos legais** (art. 24, XIII, da Lei 8.666/93), segundo um procedimento de **aferição**, **objetiva**, de **verificação** (cientificar-se de que ‘*é verdade*’), de **constatação** do respectivo atendimento.

11.4.3. Em razão disso, o **balizamento** do **exercício do poder discricionário**, de modo que ele se mantenha na bitola da **legitimidade**, da **licitude**, há de dar-se, na hipótese, tendo, como referencial, **elementos** e **qualificações** relacionados com o **interesse público-social**, vinculados à **natureza da entidade**.

11.5. É, nesse enquadramento, que tem de ser entendida e aferida, *in casu*, a exigência, legal, da **justa causa do preço**, ou seja, segundo o entendimento, antes apontado, de que o **preço** apresentado pela instituição contratanda, como **dado fático**, **não seja contrário ao direito**; e, assim, não cause **dano** (prejuízo ilícito) **ao erário público**.

11.6. Pode-se, desde logo, afastar a posição de que se trataria do **menor preço**, porquanto, do contrário, teríamos de abrir a **competição**, que se faria **obrigatória**, e não **dispensável**.

11.7. Daí, o entendimento **jurídico-administrativo** a traduzir a ‘*justiciedade*’ do **preço**, como o atributo de sua **razoabilidade**, que não é **requisito** de **legalidade**, mas de **legitimidade**, que reflete a **higidez** do uso do **poder discricionário**, quando a **discricionariedade**, os componentes do **mérito do ato**, são **objetivos**, são **objetivamente** **aferíveis**.

11.8. O **razoável**, além do **racional**, do **lógico**, é, também, aquilo que responde a aspirações como a **utilidade**, o **bom senso**, sem desprezar as **contingências** do caso concreto.

11.8.1. No **Direito Alemão**, onde o **princípio** é reconhecido desde o final do século XIX, tem tido ele papel fundamental no campo do **poder discricionário**, a permitir o **controle** dos **atos públicos**, ainda que a partir de **conceitos vagos**, insertos nos textos normativos, de modo a ensinar o **balanceamento** entre os **meios** e os **fins**; entre, como *in casu*, **pressupostos** e **requisitos**, de um lado, e, de outro, o **objeto do ato**.

Fala-se de proibição de todo **atingimento excessivo** a **direitos** e **interesses legítimos**, com a imposição, ao Governo, de agir **com moderação**.

11.8.2. **Subprincípios cognatos** são os da **pertinência** (relação entre o elemento que tem de ser **razoável** e o universo em que esse elemento se insere); da **necessidade** (indispensabilidade da medida tomada para alcançar a finalidade desejada); da **proporcionalidade estrita** (a qualificação do elemento do ato não deve ser considerado com rigor ou com **leniência** excessivos).

11.9. Nesse emolduramento, o **desarrazoado** é o que é **inadmissível** em uma comunidade, num **momento** dado.

11.10. Três são, pois, os elementos que permitem, caracterizar a noção de **razoabilidade**: um **limite a não ser ultrapassado**; uma idéia de **tempo**; e uma de **lugar** ou **espaço social**.

11.10.1. Estabelece-se, assim, um **teto** e um **piso**, cuja extrapolação caracteriza o **intolerável**, o que nada mais é, do que os tradicionais limites, **superior** e **inferior** da **discrição administrativa**, presentes já na doutrina clássica jusadministrativa, conforme visto.

11.10.2. XAVIER PHILIPPE,<sup>5</sup> destaca:

*“Le législateur ou l’administration recourent ainsi à l’idée de **raisonnable**, volontairement ou inconsciemment, parce qu’elle fait partie de leur mission, et ce avant toute édicition de la norme. Cette recherche*

5 *Le Contrôle de Proportionnalité dans les Jurisprudences Constitutionnelle et Administrative Françaises*, Aix-Marseille, Economica, p. 21.

*émanant de leur volonté se traduira soit directement dans la règle qui sera prise, soit indirectement à travers les intentions des auteurs qui pourraient transparaître. Le juge ne restera pas indifférent à cette prise en compte du **raisonnable**: si cette exigence est formulée dans la norme, il l'intégrera; si elle ne l'est pas, il cherchera à se référer aux intentions de leur auteur. Cette attitude est décelable tant dans la jurisprudence constitutionnelle qu'administrative. Il dépasse même quelquefois cette analyse de la volonté en se référant lui même aux concepts de **raison** ou de **rationalité**. Tel est par exemple le cas de la théorie jurisprudentielle du fonctionnaire de fait qui reconnaît, **en raison des circonstances**, la validité des actes pris par une personne normalement incompétente. Le fondement d'une telle théorie ne se trouve-t-il pas dans le concept du **raisonnable**? Ou de façon négative, ne serait-il pas **déraisonnable** de censurer les actes d'une personne qui a agi alors que les autorités régulièrement investies étaient dans l'impossibilité de le faire. La volonté du juge se traduit par la **recherche d'une certaine proportionnalité entre la situation rencontrée et la décision prise.**"*

11.10.3. É patente, pois, a inter-relação entre a noção de **justa causa** e de **razoabilidade**, na medida em que, na aferição de se o **preço** é, ou não, **razoável**, a **conclusão** deflui, é tirada, **em razão da** análise criteriosa dos **limites** e **elementos** já aqui considerados.

11.11. A **razoabilidade** e a **proporcionalidade** têm uma vertente **filosófica** e uma vertente **econômica, pragmática**, como na **'rule of reasonableness'** do *Common Law*.

11.11.1. No **Direito Inglês**, o **'reasonable'** orientou-se, progressivamente, no sentido de uma **censura** do ato ou do comportamento **inadmissíveis**, pelo que se poderá aferir a **razoabilidade** do exercício do **poder discricionário**.

11.12. O **razoável** permite mais de uma solução **possível**: mas há um **limite** a esta **amplitude**, e que é o **desarrazoado**, o **desproporcional**, o **não-aceitável**, o **não-admissível**, o **não-tolerável**.

11.12.1. Nesta linha, C. EISENMANN<sup>6</sup> salienta que o **cerne da proporcionalidade**, e assim, da **razoabilidade**, está em que o ato público

6 *Cours de Droit Administratif*, Paris, LGDJ, 1983, 2: 278.

deve representar **o meio** ou **um dos meios** que o órgão governamental poderia empregar para atingir o **fim**, o **resultado final** imposto pela lei.

**11.12.2.** Esse **fim**, na hipótese em estudo, é a **compatibilização** do **interesse público** encarnado no **contratante**, em determinada **contratação**, e no seu **objeto** e **objetivo**; com o **interesse social** que levou à atribuição da **preferência** pela **instituição** da espécie eleita pela regra do **inciso XIII do art. 24 da Lei 8.666/93**.

**11.13.** O que não é tolerado é o **abuso na precificação**; e, correlatamente, no exercício do **poder discricionário**, ou seja, na **ilegitimidade**, uma das **patologias** do gênero **ilicitude**.

**11.14.** Se o **controlador** da administração pública partir para a mensuração do **mais** ou do **menos razoável**, estará substituindo-se ao **administrador público**, pois que estará ingressando no **espaço da discricção**, que se situa dentro dos **limites**, dos contornos que marcam as fronteiras da **discricionariiedade**.

**11.15.** Nesse quadro, como entende o **TCU**, a pesquisa de preços, praticada na administração pública e no mercado, é relevante, mas sempre, conforme salientado, informada pela contextualização do caso concreto, a envolver os **fatores subjetivos**, ligados à pessoa da **instituição** contratanda; e **objetivos**, pertinentes ao **objeto** contratual em si, a par das **circunstâncias** e **peculiaridades** da hipótese.

**11.15.1.** É claro que essa pesquisa fica prejudicada, se se tratar de hipótese de **objeto singular**, caso em que outros elementos devem ser considerados.

**12.** Da imperiosidade de preservação do espaço privativo da autoridade administrativa na aplicação da lei licitatória, deflui que todos os **pressupostos** e **requisitos** de caracterização da **dispensabilidade**, oferecidos à apreciação do **controlador**, são **objetivos**; são **antecedentes de fato**, com seu reflexo de **direito**, na condição, exatamente, de **pressupostos** e **requisitos**, e não de **motivos subjetivos**.

Não há, no **controle**, **valoração** desses **antecedentes**, mas **constatação objetiva** de seu **preenchimento**, ou não.

Não se trata de **matéria de mérito**, mas de **legalidade** e **legitimidade**; essa última, exatamente por sua natureza, chamada de **discricção objetiva**.

## C) Da inexigibilidade

13. A segunda hipótese de **exceção** ao imperativo licitatório inscreve-se na **imunidade** ao **dever de licitar**, porque a **competição**, ínsita ao **processo de seleção** é **inviável**, e, portanto, **inexigível**; a **inviabilidade**, e conseqüente **inexigibilidade**, que são apresentadas, em **conceito de conteúdo amplo**, no enunciado do **art. 25, caput, da Lei 8.666/93**; segundo o qual

*“é inexigível a licitação, quando houver inviabilidade de competição.”*

13.1. É, pois, **cláusula geral, abrangente**, mas que recebe **especificações**, ainda que **enunciativamente**: o **caput** do mesmo **art. 25**, em sua **última parte**, emprega, ao abrir o **elenco especificativo**, a expressão *‘em especial’*.

13.2. Três são as **hipóteses especificadas**: (a) **fornecimento**, de materiais, equipamentos ou gêneros, por **produtor, empresa ou representante comercial exclusivo (inciso I)**; (b) **contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou por empresário exclusivo**, *‘desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública’* (nº III); e (c) a *‘contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização’* (nº III).

13.3. A **especificação** tem inegável **relevância jurídica**, porquanto, enquadrando-se, o caso concreto, em uma das hipóteses discriminadas, há **presunção de inviabilidade competitiva**.

13.3.1. Decidiu, a respeito, a **Egrégia Corte de Contas**, invocando o parecer do **Ministério Público**.<sup>7</sup>

*“Os requisitos contidos no art. 25, II da Lei 8.666/93 são sim suficientes para configurar a inexigibilidade de licitação. Isto é, para que seja inexigível a licitação de um determinado serviço, basta que: (i) ele se inclua entre os serviços técnicos especializados do art. 13 da mencionada lei; (ii) ele tenha natureza singular; e (iii) o contratado detenha notória especialização.”*

7 Acórdão nº 1.625/2003; Plenário.

14. A **inexigibilidade da licitação**, nos termos assinalados, é caracterizada, pela legislação vigente, dentre outras hipóteses, na de contratação (**inciso II do art. 25**) de **serviços técnicos profissionais especializados, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização**. É a hipótese que nos interessa neste estudo.

15. Vejamos a evolução histórica do dispositivo de exceção.

15.1. Originalmente, a legislação federal fazia *dispensável* (e não *inexigível*) a licitação, quando se tratasse da *'contratação de serviços com profissionais ou firmas de notória especialização'* (**art. 126, § 2º, d, 2ª parte, do Decreto-lei 200/67; art. 8º, IV, do Decreto 73.140, de 9.11.73**). Assim, apenas os **serviços** (e não obras, e compras) estavam abrangidos. Outrossim, havia necessidade, para a caracterização da hipótese, que se tratasse de **serviços especializados**, isto é, **que exigissem especialização**, a qual, como era explícito, tinha de ser **notória**.

15.2. Legislações locais<sup>8</sup> aludiam a **serviços técnicos profissionais especializados** (estudos, projetos, perícias, pareceres, laudos, avaliações, assessoria, consultoria, auditoria etc), que, segundo alguns autores, seriam os únicos que poderiam ser objeto da contratação sem licitação, eis que excluídos estariam os **serviços técnicos rotineiros**.

O **art. 23 do Decreto RJ 3.149/80**, para os fins de **dispensa licitatória**, entendeu *'por contratação de serviços com profissionais ou empresas de notória especialização (...) aquela capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, um grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerente ao processo licitatório, por ser o serviço singular ou incomum'*.

15.3. A respeito, a Consultoria-Geral da República emitiu parecer,<sup>9</sup> concluindo que *'a dispensa de licitação para a contratação de serviços com profissionais ou firmas de notória especialização (art. 126, § 2º, d, do D.l. nº 200, de 1967) supõe características de notável singularidade no modo de prestação ou no resultado a obter, não suscetíveis de execução senão por determinado profissional ou firma especializada,*

8 cf. art. 8º do Decreto RJ 3.149/80; Lei SP nº 89, de 27.12.72, arts. 10 e 55.

9 DOU de 27.4.77, p. 4.830 e s.

*em grau incomparável com as demais, portanto em circunstâncias materialmente impossibilizantes de confronto licitatório*.

**15.4.** O então Ministro do TCU, LUIZ OCTÁVIO GALLOTTI (*Rev. do TCU*, 5:263) aludia a *'ineditismo'* ou *'caráter incomum do contrato'*.

A respeito, veja-se o **verbetes nº 39 da Súmula do TCU**, que enunciou só caber a dispensa, no caso de *'serviço inédito ou incomum, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, um grau de subjetividade, insuscetível de ser medido pelos critérios de qualificação inerente ao processo de licitação'*.

**15.5.** No regime do **Decreto-lei 2.300, de 21.11.86**, o **art. 12** desse diploma normativo tinha por **serviços técnicos profissionais especializados**, *'os trabalhos relativos a: I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos; II - pareceres, perícias e avaliações em geral; III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras; IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços; V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas; VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal'*.

**15.5.1.** O **parágrafo único do mesmo dispositivo** assim definia **profissional ou empresa de notória especialização**: *'Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato'*.

Verifica-se que, já agora, a **notória especialização** calcava-se no **conceito dentro da especialidade**, decorrente do desempenho anterior e das condições organizacionais e técnicas; elementos que autorizavam a conclusão de que o trabalho do profissional ou da empresa era *'o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato'*.

**15.5.2.** O **art. 23, II**, de acordo com o disposto no **Decreto-lei nº 2.348/87**, fazia, a licitação, **inexigível**, ao contrário de **dispensável**, como ocorria originalmente; **inexigibilidade** que se caracterizava, se presentes os pressupostos de **notória especialização** e de se tratar de **serviço técnico**, dentre os referidos, fosse ele *'de natureza singular'*.

16. O vigente **art. 25 da Lei 8.666/93** trata da matéria, como hipótese de **inexigibilidade de licitação**.

16.1. Mantém, como visto, a exigência de que se cuide de **serviço técnico profissional especializado**, que, para caracterizar a **inexigibilidade** (senão, haverá prevalência do **princípio da licitação**, com adoção, de preferência, do **concurso: § 1º do art. 13**), terá de ter **natureza singular**; e ser a **contratação com profissional ou empresa de notória especialização (art. 25, II)**; assim considerado quem, no **campo de sua especialidade**, decorrente de desempenho anterior, produtos, estrutura, elementos pessoais e materiais relacionados com suas atividades, faça inferir que seu trabalho seja, *'essencial e indiscutivelmente, o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato'* (§ 1º do art. 25).

17. A **singularidade** é a característica do que só é imputável a **um único objeto**, se for **objetiva**; ou a **um único sujeito**, se **subjativa**, não havendo **equivalente** ou **sucedâneo perfeito**.

Assim, para a caracterização da **inexigibilidade da licitação** na prestação dos serviços elencados pelo **art. 13**, é necessário que o trabalho a ser prestado tenha uma **marca individualizadora**.

Radica-se a **singularidade** na **individualidade**, na **identidade**.

17.1. O caráter **singular**, a **marca distintiva**, pode dizer respeito: (a) ao **modo de prestação**; ou (b) ao **seu resultado**, ao seu **produto**.

17.2. A **notória especialização** envolve o **conceito**, a **reputação**, na **especialidade** em que se insere o ramo de **atividade** em cujo desenvolvimento **será executado o contrato**; e a qual permite que se conclua que o **produto** decorrente dessa **execução**, por aquela profissional ou empresa, reúna, em relação ao **objeto do contrato**, a qualificação de ser o **mais adequado à completa consecução** do mesmo.

17.3. A respeito desse último aspecto pondera JUSTEN FILHO<sup>10</sup> que *'a fórmula verbal é algo exagerada e tem de ser interpretada em termos, permeada pelo princípio da razoabilidade'*. E conclui: *'será válida a contratação direta quando a Administração não puder afir-*

10 *op. cit.*, p. 503.

*mar que outra escolha seria mais adequada. Existir outra alternativa 'tão adequada quanto' àquela adotada pela Administração não é fator que afaste a validade da escolha'.*