

LICITAÇÃO: INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO E SERVIÇOS TÉCNICOS E ESPECIALIZADOS

José Carlos de Oliveira

Professor de Direito Administrativo na graduação e no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Unesp/Franca

1. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO: CONCEITO E PRINCIPAIS HIPÓTESES

A inexigibilidade, regulamentada pelo art. 25 da Lei 8.666/93 (BRASIL, 1993) verifica-se nos casos em que há inviabilidade de competição, seja em razão do *sujeito* a ser contratado ou do *objeto*. No primeiro caso, é impossível a realização de licitação porque apenas uma pessoa é capacitada para realizar a atividade, obra ou serviço pretendido pela Administração; no segundo, apenas um determinado

objeto específico satisfaz a necessidade do ente administrativo contratante, não havendo outros produtos ou obras que pudessem ser comparados e viabilizar a competição.

No mesmo artigo estão relacionados casos de inexigibilidade de licitação. Trata-se de imposições ditadas pela realidade, e não de criações legislativas. São casos em que a necessidade estatal apresenta peculiaridades que escapam ao padrão da normalidade, isto é, em que o objeto é singular, e não se encaixa em nenhuma forma de padronização ou categorização, sendo, portanto, insubstituível por um outro.

Embora tal artigo enumere, em seus incisos, três principais hipóteses, vale a pena lembrar que se trata de situações exemplificativas; logo, pode haver inviabilidade de competição em casos que não se enquadrem nas hipóteses previstas na lei. Convém anotar que a Lei veda a aplicação da inexigibilidade no caso de serviços de publicidade e divulgação, já que, em tais casos, o fator determinante seria a “criatividade” do prestador, cuja avaliação seria totalmente subjetiva.

O **inciso I** (BRASIL, 1993, grifo nosso) diz ser inexigível a licitação “*para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca*”. Trata-se da chamada *ausência de pluralidade de soluções*, que ocorre quando, ao verificar as diferentes soluções técnico-científicas disponíveis para atender seus interesses, o Estado verifica que há apenas uma solução viável e adequada à satisfação de determinada necessidade.

Exemplos típicos é a hipótese da necessidade de se adquirir certo equipamento recém-inventado, protegido por patente, ou o caso da necessidade de se adquirir produto distribuído ou fabricado por representante exclusivo, hipótese em que, de acordo com a Lei, deverá ser emitido *certificado de exclusividade* pelo órgão competente.

Por fim, o mesmo dispositivo veda a preferência de marca. Tal vedação, entretanto, leva em conta a preferência baseada na marca por si só, não havendo, como já mencionado anteriormente – no estudo da padronização de compras – qualquer ilegalidade no uso da marca como identificação de um dado objeto quando

as características ou qualidades específicas que se busca estiverem no próprio objeto. Ou, no dizer da doutrina (JUSTEN FILHO, 2012, p. 410),

a marca não pode ser causa motivadora da escolha, mas se admite a indicação da marca como mero elemento acessório, consequência de uma decisão que se fundou em características específicas do objeto escolhido.

Tal entendimento é pacífico no âmbito do Tribunal de Contas da União (Acórdãos de nos 1.008/2011, Plenário, rel. Min. Ubiratan Aguiar; 860/2011, Plenário, rel. Min. Ubiratan Aguiar; 1.975/2010, Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler e 636/2006, Plenário, rel. Min. Valmir Campelo – JUSTEN FILHO, 2012).

O **inciso II** (BRASIL, 1993, grifo nosso) alude a serviços que não são passíveis de avaliação objetiva quanto à vantajosidade. São os *serviços técnicos profissionais especializados, de natureza singular e prestados por profissionais ou empresas de notória especialização*. Nestes casos, a Administração tem interesse na contratação de um resultado produzido pelo trabalho de uma pessoa dotada de uma capacidade especial de aplicar seu conhecimento teórico

para a solução de problemas concretos. Trata-se de serviço cuja complexidade foge ao domínio dos profissionais em geral, mesmo dos considerados “especializados”, prestados por profissionais ou empresas cuja especialização é tão evidente e excepcional, que podem ser aferidas por critérios objetivos, como conclusão de cursos e titulação, participação em organismos voltados especificamente à finalidade pretendida pelo ente administrativo etc.

Já o **inciso III** (BRASIL, 1993, grifo nosso) se refere à contratação de profissional do setor artístico, desde que se trate de profissional consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública. Vale ressaltar que a contratação direta só será válida se realizada “*diretamente ou através de empresário exclusivo*”, sendo ilegal a participação dos chamados “atravessadores”.

No § 1º do art. 25 (BRASIL, 1993) estabelece-se a necessidade da comprovação da *plena adequação* entre o serviço prestado e a necessidade administrativa. Tal aferimento se faz à luz do princípio da razoabilidade. Para a doutrina (JUSTEN FILHO, 2012, p. 424),

a Administração não pode contratar alguém se essa opção não se revelar como adequada e satisfatória. Será válida a contratação direta quando a Administração não puder afirmar que outra escolha seria mais adequada. Existir outra alternativa tão adequada quanto aquela adotada pela Administração não é fator que afaste a validade da escolha.

Já o § 2º (BRASIL, 1993) dispõe sobre a responsabilidade solidária do fornecedor ou prestador de serviços e do agente público responsável, em caso de ocorrência comprovada de superfaturamento, aferível mediante a constatação de discrepância absurda e imotivada entre o valor da contratação e os preços razoáveis praticados no mercado.

1.1. Contratação direta – Procedimento

De início, vale ressaltar que, embora possa parecer tratar-se, a contratação direta, em um primeiro momento, de hipótese de atividade discricionária do administrador público, cuida-se, na verdade, de atividade *vinculada*, já que a própria legislação determina as hipóteses em que se aplicam os procedimentos licitatórios simplificados. Todos

os princípios básicos da Administração e os princípios específicos da licitação permanecem plenamente aplicáveis.

Assim, mesmo nos casos de contratação direta, permanecem exigíveis o procedimento administrativo e a realização das funções e finalidades do Estado. Não se trata, portanto, de mera contratação informal, realizada ao livre arbítrio do ente administrativo. Subsiste os princípios constitucionais, devendo todos os atos observar rigorosamente a isonomia, a publicidade e a motivação. A regra continua sendo a disputa, e todos os potenciais contratados devem receber tratamento igualitário, participando em condições equivalentes. A escolha, pela Administração, ao final, deve ser fundamentada, em estrita observância ao princípio da motivação.

Ressalvam-se apenas raros casos em que a escolha é, de fato, subjetiva, em razão da atuação *personalíssima* (exclusiva) do particular contratado e da inexistência absoluta de critérios objetivos para a escolha, como, por exemplo, no caso de um artista para atividades de diversão pública.

Nos casos de contratações diretas decorrentes das previsões dos artigos 24 e 25 (casos de dispensa e inexigibilidade),

a Administração ainda está agindo, apesar da simplificação do procedimento, sob o manto dos ditames licitatórios.

Tanto é assim que é necessária a abertura do devido procedimento administrativo, do qual constarão o objeto a ser contratado, a previsão ou elaboração de projetos e a previsão orçamentária. Uma vez apurado pelo ente administrativo que se trata de hipótese de contratação direta, seguir-se-ão a pesquisa necessária à escolha da melhor solução para o caso, observada a isonomia e os demais princípios administrativos e licitatórios aplicáveis. É por isso que a doutrina considera a contratação direta como uma *forma anômala de licitação* (JUSTEN FILHO, 2012).

Tal procedimento se justifica na medida em que a Administração deve apurar, comprovar e fundamentar a existência dos requisitos para contratação direta seja por dispensa ou inexigibilidade (conforme se analisará mais adiante). No dizer de Justen Filho (2012, p. 438),

se a Administração pode escolher o particular, isso não significa autorizar escolhas meramente subjetivas. Deverá evidenciar que, nas circunstâncias, a contratação foi a melhor possível. Logo, deverão existir dados

concretos acerca das condições de mercado, da capacitação do particular escolhido etc.

Este processo prévio à contratação pode ser visto, de modo aproximativo, como uma espécie de concorrência simplificada. Todos os potenciais interessados devem ser admitidos a participar, e o desenrolar dos atos para a seleção se faz através de formalidades fixadas de antemão pela Administração. Existe, inclusive, a possibilidade de impugnação ao procedimento, sob fundamento de descumprimento da principiologia e regulamentações gerais das licitações. Considerando que o procedimento, em si, acaba sendo variável, ante a ausência de lei específica, é ideal que cada ente federativo e cada entidade administrativa o regulamente, através da edição de normas de sua competência.

Quanto às fases do procedimento, é possível afirmar que, em termos gerais, diferem muito pouco aos casos em que há licitação. Na fase interna, a diferença primordial é que os atos internos levarão à conclusão de que se trata de caso de contratação direta, e não de realização de certame licitatório. A fase externa, por sua vez, também é praticamente igual à dos procedimentos

licitatórios, variando apenas a avaliação da vantajosidade das propostas, que atenderá a critérios diversos, nos termos acima expostos. Mantêm-se, em termos gerais, todas as disposições atinentes à divulgação, proposição, habilitação, julgamento e deliberação, conforme já estudado nas semanas anteriores.

2. SERVIÇOS TÉCNICOS E ESPECIALIZADOS

No estudo do tema anterior, verificamos que uma das causas de *inexigibilidade de licitação* e a contratação dos chamados *serviços técnicos especializados*. A própria Lei 8.666/93, no inciso II do art. 25 (BRASIL, 1993), faz remessa ao art. 13, que elenca, em sete incisos, a conceituação legal de quais serviços podem ser enquadrados nesta categoria. Este é o objeto dos estudos que seguem.

2.1. Conceito de serviço profissional especializado

De acordo com a doutrina, pode-se conceituar o *serviço* como (JUSTEN FILHO, 2012, p. 199)

a prestação por pessoa física ou jurídica de esforço humano (físico-intelectual) produtor

de utilidade (material ou imaterial), sem vínculo empregatício, com emprego ou não de materiais, com ajuda ou não de maquinário.

Alguns serviços, entretanto, possuem uma natureza diferenciada, especializada, que autoriza sua contratação sem licitação (caso de inexigibilidade) ou mediante concurso. Nada impede, porém, que a contratação se faça por licitação, em hipóteses em que, embora se trate de serviço de alta especialização, exista no mercado dois ou mais prestadores em condições de concorrer.

O conceito de "*serviço técnico profissional especializado*" resulta da conjugação progressiva de três elementos. O serviço deve, portanto, ser, ao mesmo tempo, a) **técnico**, entendendo-se como tal aquele em que há a aplicação do conhecimento teórico e da habilidade pessoal para alterar uma dada realidade fática, dando-se aplicação efetiva às teorias e elementos científicos; b) **profissional**, o que ocorre quando a habilidade necessária à realização do serviço constitui uma profissão, dotada de objeto e meios de atuação específicos, seja ela regulamentada ou não; e c) **especializado**, que é aquele serviço que exige uma capacitação extraordinária, não disponível para qualquer

profissional comum, que ultrapassa o conhecimento médio dos profissionais de uma determinada área, permitindo a solução de problemas e dificuldades complexas.

O rol apresentado nos sete incisos do artigo 13 da Lei de Licitações é *meramente exemplificativo*, isto é, não trata de todas as hipóteses possíveis e imagináveis de serviços técnicos profissionais especializados. Sempre que um tipo de serviço, embora não previsto pela lei, reunir as características mencionadas no parágrafo anterior, estar-se-á diante de um serviço desta natureza – e, portanto, de suas consequências legais, como a inexigibilidade de licitação ou a realização de concurso.

Importante ressaltar, também, que o conceito de serviço técnico profissional especializado está intrinsecamente ligado à *atuação da pessoa física*. A lei permite, entretanto, que, no caso de empresa ou outros entes coletivos, os profissionais indicados para a realização da obra ou serviço poderão ser substituídos por outros, desde que possuam experiência e credenciais equivalentes ou superiores e que haja a aprovação da Administração.

2.2. Abrangência

A redação do artigo 13 da Lei 8.666/93 (BRASIL, 1993) trata, basicamente, de atividades teóricas e de consulta, supervisão e acompanhamento. Entretanto, conforme entende a doutrina, este dispositivo também disciplina as atividades de *execução* que derivam da aplicação da parte teórica e científica. Isto porque há casos em que o objeto do contrato se exaure na própria atividade consultiva, podendo a execução da obra ou do serviço ser feita por terceiro, mediante licitação, ou pela própria Administração (é o caso, por exemplo, dos estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos); em outros, porém, a atuação teórica demanda também uma atuação executiva para que produza todos os seus efeitos, e, neste caso, integrará o conceito de serviço técnico especializado – como, por exemplo, no caso de fiscalização de obras ou patrocínio de causas judiciais por advogado.¹

O **inciso I** do artigo em estudo, muito amplo, elenca várias manifestações que possuem um núcleo comum. No dizer da doutrina, são serviços em que prevalece a “previ-

¹ Cf. Justen Filho (2012).

são técnico-científica, teórica e antecipatória do desenvolvimento de uma tarefa futura” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 410), isto é, serviços voltados ao cálculo e ao desenvolvimento preliminar de ideias, com previsão de procedimentos e respectivos custos e riscos.

Já os **incisos II e III** englobam a atuação de avaliação de situações passadas ou já concretizadas (pareceres sobre fatos, perícias em bens ou pessoas, avaliações de bens, auditorias em contas etc.), cuja repercussão no futuro é previsível, pela possibilidade de ocorrência de situações análogas ou idênticas, razão pela qual a Administração possui interesse em conhecer a melhor forma de prevenir eventos e tomar decisões.

O **inciso IV** pressupõe a existência de uma obra ou serviço já em andamento, cuja adequação à Lei e às normas técnicas interessa ou obriga a administração. A doutrina diferencia *fiscalização* de *gerenciamento* sob o ponto de vista da existência (na fiscalização) ou não (no gerenciamento) de intervenção ou interferência na obra ou serviço analisado (JUSTEN FILHO, 2012).

No **inciso V** são tratados os serviços de advocacia, que abrangem tanto a atuação não-judicial (administrativa) quanto em causas já propostas ou a propor perante o Poder Judiciário.

O **inciso VI** versa sobre desenvolvimento de recursos e técnicas de aperfeiçoamento dos agentes públicos. Neste particular, ressalta-se que o serviço só estará abrangido pela disciplina deste dispositivo se o treinamento guardar pertinência com a atividade e as funções próprias e típicas dos servidores, como é o caso do presente curso.

Por último, o **inciso VII** (BRASIL, 1993) alude a “restauração de obras de arte e bens de valor histórico”. A *restauração* consiste na série de medidas necessárias a preservar objetos valiosos para que não percam seu aspecto ou caráter original. É evidente que a Lei cuida somente de bens valiosos, e não de restaurações comuns, que podem ser tidas como reparo; a diferenciação residirá tanto na *especialidade do bem* quanto na *técnica de restauração*. Assim, é diferente o serviço de substituição ou reparo em uma moldura de um quadro, não integrante do original, e a restauração da própria pintura original, atividade mui-

to mais complexa, que demanda conhecimentos muito específicos.

Conforme já visto, nos casos em que a natureza do serviço técnico profissional especializado não autorizar a contratação direta por inexigibilidade de licitação (art. 25, Lei 8.666/93), deverá a Administração dar preferência à realização de concurso. Tal modalidade, porém, não é obrigatória; sempre que a natureza dos serviços viabilizar a competição – como ocorre no caso daqueles sujeitos a normas e padrões internacionais, qualquer modalidade licitatória poderá ser adotada, como a concorrência por técnica e preço.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 24 jul. 2012.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

ALEXANDRINO, Marcel; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 20. ed. São Paulo: Método, 2012.

ARAÚJO NETTO, Edmir. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Lei 8.666/93 Licitações e contratos e outras normas pertinentes**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2012.

ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Método, 2011.