

Inexigibilidade de licitação

Resumo: Este artigo tem como objetivo o estudo das hipóteses de inexigibilidade de licitação, com enfoque em questões que surgem sobre o tema, inclusive no tocante aos elementos necessários à correta instrução do processo de inexigibilidade de licitação.

Palavras-chave: Licitação. Inexigibilidade. Hipóteses. Instrução

Abstract: This article studies the cases of unenforceability of bidding, with a focus on issues that arise on the subject, including the necessary elements for the correct instruction of the process.

Keywords: Bidding. Unenforceability. Hypotheses. Instruction

Sumário: Introdução. 1. Dispensa e Inexigibilidade de Licitação. 2. Hipóteses de Inexigibilidade. 3. Instrução do Processo de Inexigibilidade de Licitação. Conclusão. Referências.

Introdução

O artigo 2º da Lei 8.666/93 prevê a exigência de licitação para as obras, serviços, compras, alienações, concessões, permissões e locações efetuadas pela Administração Pública com terceiros, ressalvando, no entanto, as hipóteses previstas na referida lei. Tal dispositivo regulamenta o disposto no artigo 37, XXI da Constituição Federal.

A exigência de licitação decorre da necessidade de obtenção da melhor contratação, com a escolha da proposta mais vantajosa à Administração.

Saliente-se, ademais, que o artigo 37, XXI da Constituição Federal prevê a possibilidade de lei ordinária fixar hipóteses em que a licitação deixa de ser obrigatória.

Sendo assim, a Lei 8.666/93 prevê nos artigos 17, incisos I e II e 24 as hipóteses de dispensa e, no artigo 25 as hipóteses de inexigibilidade de licitação, que são as duas modalidades de contratação direta.

As hipóteses de inexigibilidade de licitação serão tratadas neste artigo com a especificação de algumas questões que surgem sobre o tema.

1. Dispensa e Inexigibilidade de Licitação

A diferença substancial existente entre a dispensa e a inexigibilidade de licitação é que nos casos de inexigibilidade não há possibilidade de competição, porque só existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração, sendo que nos casos de dispensa a possibilidade de competição existe, no entanto, a lei faculta a dispensa do processo licitatório deixando a decisão à Administração, no exercício de sua competência discricionária.

Verifica-se, assim, que a licitação é a regra, no entanto, quando inviável a competição ela será inexigível. Havendo possibilidade de competição deverá haver licitação, ressalvados os casos previstos em lei como de dispensa de licitação.

Note-se que na inexigibilidade de licitação não estão presentes os pressupostos para uma escolha objetiva da proposta mais vantajosa para a Administração.

Marçal Justen Filho (2012, p. 406/407) afirma que a inviabilidade de competição, de acordo com o artigo 25 da Lei 8.666/93, pode ocorrer, exemplificativamente, nas seguintes situações:

- a) Ausência de alternativas: quando existe uma única solução e um único particular em condições de executar a prestação;
- b) Ausência de mercado concorrencial: ocorre nos casos de serviços de natureza personalíssima;

- c) Ausência de objetividade na seleção do objeto: não há critério objetivo para escolher o melhor;
- d) Ausência de definição objetiva da prestação a ser executada: não há possibilidade de competição pela ausência de definição prévia das prestações exatas e precisas a serem executadas ao longo do contrato.

A exigência de licitação decorre da necessidade de preservação do interesse público, sendo que a sua realização no caso de inexigibilidade acabaria por prejudicar esse próprio interesse, na medida em que ou não seria selecionada qualquer proposta, ou a proposta selecionada não atenderia ao interesse público.

Desta forma, conclui-se que a ausência dos pressupostos lógicos, fáticos e jurídicos necessários para a realização da licitação, com lastro na inviabilidade de competição, configura o que a Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública (Lei nº 8.666/93) denominou de inexigibilidade de licitação, conforme dispõe o seu artigo 25, sendo que uma vez caracterizada tal situação a decisão de não realizar o certame é vinculada, não restando alternativa à Administração senão a contratação direta.

Ressalte-se, no entanto, que a inexigibilidade de licitação será efetuada através de um procedimento com a observância dos princípios que regem a Administração, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, buscando a seleção do contrato mais adequado e vantajoso à Administração.

2. Hipóteses de Inexigibilidade

O artigo 25 da Lei 8.666/93 traz as hipóteses de inexigibilidade de licitação.

Com efeito, dispõe o referido artigo, *in verbis*:

“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;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.”

Verifica-se da análise de tal dispositivo legal, que as hipóteses previstas nos incisos são meramente exemplificativas, sendo que na existência de um caso concreto de inviabilidade de competição que não se enquadre em nenhuma das hipóteses ali referidas, aplica-se o *caput* do artigo.

A hipótese prevista no inciso I trata do caso de fornecedor exclusivo, ou seja, há um único sujeito em condições de fornecer.

Dispõe o inciso I do artigo 25 da Lei 8.666/93, *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 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”;

Ao definir o objeto da contratação deverão ser observados critérios técnicos e econômicos a fim de definir o objeto que melhor atenda ao interesse sob tutela estatal.

Essa definição deve ser de acordo com critérios objetivos de forma que é vedada a preferência por marcas.

Note-se que, conforme nos ensina Marçal Justen Filho, “Havendo motivação técnico-científica adequada, a escolha da Administração não apresentará defeitos. Essa escolha deverá indicar o objeto escolhido. Para sua perfeita identificação, nada impede a utilização da marca e dos demais característicos externos do objeto escolhido. Enfim, a marca não pode ser a 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.” (2012, p.410)

Importante salientar que no caso de representante exclusivo há apenas um fornecedor autorizado a intermediar os negócios em determinada região, sendo que tal expressão abrange qualquer espécie de agente econômico titular de cláusula de exclusividade.

De acordo com o dispositivo em questão deverá ser comprovada tal exclusividade.

A Súmula nº 5 do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo estabelece que: “A prova de exclusividade na aquisição de material, como justificativa de dispensa de licitação, não deve se limitar a declaração da própria firma, mas demonstrada através de patentes ou atestados dos órgãos de classe.”

Conforme dispõe a Súmula 255 do Tribunal de Contas da União, “Nas contratações em que o objeto só possa ser fornecido por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, é dever do agente público, responsável pela contratação, a adoção das providências necessárias para confirmar a veracidade da documentação comprobatória da condição de exclusividade.”

De acordo com Marçal Justen Filho, “deve interpretar-se o dispositivo como indicando instituições dotadas de credibilidade e autonomia em relação ao mercado. A inviabilidade de competição pode ser evidenciada através de documentação emitida por instituição confiável e idônea, ainda que não integrante no Registro Público de Empresas Mercantis e sem natureza sindical.” (2012, p. 416/417).

Nesse sentido a seguinte decisão proferida na Ação Penal Originária nº 214/SP pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça em 07.05.2008, sendo Relator o Ministro Luiz Fux:

“AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. CONSTRUÇÃO DO FORO TRABALHISTA DE PRIMEIRA INSTÂNCIA DA CIDADE DE SÃO PAULO. CONTRATAÇÃO POR DISPENSA DE LICITAÇÃO PARA INSTALAÇÃO DE PISO ELEVADO. INÉPCIA DA DENÚNCIA QUANTO CRIME DE USO DE DOCUMENTO FALSO (ART 304 DO CÓDIGO PENAL). DELITO PREVISTO NO ART. 319 DO CÓDIGO PENAL ATINGIDO PELA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. PERSECUÇÃO PENAL VOLTADA PARA O ART. 89 E PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI 8.666/93. AUSÊNCIA DE PROVAS QUANTO AO DOLO E ATUAÇÃO EM CONCURSO DE AGENTES. CONTRATAÇÃO LASTREADA EM PARECERES TÉCNICOS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO. IMPROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL.(...)”

4- (...) É que o inciso I do art. 25 da Lei de Licitações, ao exigir que certificado seja expedido 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 (grifamos), não veda que carta de exclusividade seja fornecida por órgão de registro de comércio com abrangência a nível nacional, ao revés, induz que esses órgãos é que são competentes para tanto. Ademais, aduzir que a certidão, que deveria ter sido passada por atestado fornecido por órgão de registro do comércio local em que se realizaria a licitação (arte 25, I, Lei 8.666/93) – portanto, São Paulo - foi emitida por associação sediada no Rio de Janeiro, (fls. 2.396), não se perfaz suficiente à tipificação do delito. Tanto mais que o inciso I do art. 25 da Lei de Licitações, ao exigir que certificado seja expedido 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 (grifamos), não veda que carta de exclusividade seja fornecida por órgão de Registro de Comércio com abrangência a nível nacional, mas, ao revés,

induz à conclusão de que esses órgãos é que são competentes para tanto. (...)”

Por fim, importante ressaltar que na linha da orientação do Tribunal de Contas da União, necessário que a Administração, através de sua área técnica verifique a efetiva exclusividade de fornecedores e prestadores de serviço no caso de serem apresentados apenas atestados emitidos por juntas comerciais e sindicatos como meio de comprovação da exclusividade, bem como, apresente justificativa detalhada dos critérios técnicos e objetivos para a escolha do fornecedor, devendo o atestado de exclusividade abranger todo o objeto contratado.

No tocante à dimensão territorial da questão importante trazer a lição de Hely Lopes Meirelles, “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 está, pois, relacionado com a área privativa do vendedor ou do representante do produtor. (...) Considera-se, portanto, 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”. (grifos do autor) (2013, p. 310)

Vale ressaltar, ainda, que ao discorrer sobre as modalidades contratuais abrangidas no inciso I do artigo 25 em comento, Marçal Justen Filho assevera que, apesar de aludir “apenas a compras e somente ao caso de representante exclusivo. Isso não significa, porém, excluir a possibilidade de contratação direta em contratos que envolvam serviços (ou obras). Aliás, a própria redação do inciso I induz essa amplitude, diante da referência final a “local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço”, admitindo implicitamente que também essas espécies de contratações comportam inexigibilidade” (2012, p.415/416).

No entanto, o Tribunal de Contas da União vem entendendo, conforme decisão 63/1998, proferida pelo Plenário no Processo TC 300.061/95, que o inciso I do artigo 25 da Lei 8.666/93 somente se aplica às compras, de forma que, “na contratação de serviços, o fundamento legal deverá ser o caput, posto que o inciso I trata apenas de compras. E mister, ainda, a comprovação de exclusividade na prestação do serviço.”

A hipótese do inciso II trata do caso de inviabilidade de competição para contratação de serviços técnicos elencados no artigo 13 da Lei 8.666/93, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização.

Dispõe o inciso II do artigo 25 da Lei 8.666/93, *in verbis*:

“II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação”;

O conceito de serviço técnico consta do artigo 13 da Lei 8.666/93, que dispõe, *in verbis*:

“Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;

II - pareceres, perícias e avaliações em geral;

III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;

IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;

V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;

VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico.”

Além disso, para a caracterização da inexigibilidade de licitação prevista neste inciso a lei exige, ainda, a singularidade do objeto da contratação e a notória especialização.

Nesse sentido a Súmula 252 do Tribunal de Contas da União: “A inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos a que alude o inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93, 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.”

Segundo Marçal Justen Filho, “A contratação de serviços, nos casos do inc. II do art. 25, visa a obter não apenas uma utilidade material. É evidente que interessa à Administração a produção de um certo resultado, mas a contratação também é norteada pela concepção de que esse resultado somente poderá ser alcançado se for possível contar com uma capacidade intelectual extraordinária. O que a Administração busca, então, é o desempenho pessoal de ser humano dotado de capacidade especial de aplicar o conhecimento teórico para a solução de problemas do mundo real.” (2012, p.418)

Importante ressaltar que a natureza singular do objeto não significa a ausência de pluralidade de sujeitos em condições de executar o objeto. A singularidade não está no número de pessoas capacitadas a executá-lo, mas na singularidade da natureza do serviço. Ela deve ser entendida como uma característica especial de algumas contratações de serviços técnicos profissionais especializados.

De acordo com Marçal Justen Filho, o conceito de natureza singular é relativo e depende de diversas circunstâncias a serem analisadas em cada caso. Para ele, “a natureza singular resulta da conjugação de dois elementos, entre si relacionados. Um deles é a excepcionalidade da necessidade a ser satisfeita. O outro é a ausência de viabilidade de seu atendimento por parte de um profissional especializado padrão.” (2012, p.420)

A notória especialização é um requisito para identificação das condições subjetivas do profissional a ser contratado.

Importante ressaltar que na presente hipótese (artigo 25, II), o fato da impossibilidade de fixar critérios objetivos de julgamento aliada a ausência de disponibilidade dos profissionais capacitados em participar de certames seletivos, não autoriza a Administração a efetuar escolhas arbitrárias ou inadequadas à satisfação do interesse público. A escolha deverá observar os critérios de notoriedade e especialização.

Note-se que há uma relação de confiança e o critério tende a ser discricionário, mas nunca arbitrário. Ressalte-se que essa confiança deve decorrer de critérios objetivos e não, por exemplo, de relações de amizade.

Nesse sentido a Súmula nº 039/2011 do Tribunal de Contas da União: “A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos com pessoas físicas ou jurídicas de notória especialização somente é cabível quando se tratar de serviço de natureza singular, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação, nos termos do art. 25, inciso II, da Lei nº 8.666/1993.”

O § 1º do artigo 25 da Lei 8.666/93 disciplina que: “Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato”.

Ressalte-se que a enumeração do dispositivo supra referido é exemplificativa e deverá ser analisada de acordo com cada situação concreta.

O inciso em questão veda a inexigibilidade de licitação para serviços de publicidade e divulgação.

Saliente-se que com relação a tal questão, segundo Marçal Justen Filho, “O problema está na impossibilidade de julgamento objetivo nessa área. A grande evidência reside em que, sendo obrigatória a licitação, o critério decisivo de seleção acaba sendo a “criatividade”, a qual envolve avaliação meramente subjetiva. No final das contas, o critério de seleção continua a ser a subjetividade e a preferência da Administração Pública. Como já afirmado, melhor seria promover a contratação direta, obrigando a Administração a justificar suas escolhas. Muito pior é a atual situação, em que a escolha (subjetiva, em última análise) é exteriorizada como produto de um julgamento objetivo.” (2012, p.425).

A respeito da hipótese do inciso II do artigo 25 da Lei. 8.666/93 a seguinte decisão do Tribunal de Contas da União proferida no Acórdão nº 1.039/2008 pela 1ª Câmara sendo relator o Ministro Marcos Bemquerer Costa:

“Tratando-se de exceção à regra geral de licitar, o art. 25, caput e inciso II, da Lei n. 8.666/1993 preconiza que, além da inviabilidade de competição, a contratação de serviços com base na hipótese de inexigibilidade de licitação, depende do preenchimento dos seguintes pressupostos: a) que sua natureza seja singular, impedindo o estabelecimento de requisitos objetivos de competição entre os prestadores. Saliente-se, nesse tocante, que serviço de natureza singular é aquele caracterizado por marca pessoal ou coletiva (quando realizado por equipe), que o individualiza em relação aos demais; b) que o executor possua notória especialização. O art. 25, § 1º da Lei n. 8.666/93, oferece os elementos hábeis para que a Administração verifique e comprove que o profissional possui notória especialização, quais sejam: desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou outros requisitos relacionados às suas atividades.”

Por fim, a hipótese do inciso III trata do caso de contratação de profissional do setor artístico.

Dispõe o inciso III do artigo 24 da Lei 8.666/93, *in verbis*:

“III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.”

Quando o Estado diretamente promove eventos artísticos deve realizar a contratação dos profissionais correspondentes.

Segundo Marçal Justen Filho, “há casos em que a necessidade estatal relaciona-se com o desempenho artístico propriamente dito. Não se tratará de selecionar o melhor para atribuir-lhe um destaque, mas de obter os préstimos de um artista para atender certa necessidade pública. Nesses casos, torna-se inviável a seleção através de licitação, eis que não haverá critério objetivo de julgamento. Será impossível identificar um ângulo único e determinado para diferenciar as performances artísticas. Daí a caracterização da inviabilidade de competição.”(2012, p.435)

Saliente-se que a contratação deve ser efetuada de acordo com o evento que se pretende promover, não podendo haver contratações arbitrárias e desarrazoadas. Além disso, exige-se que o profissional contratado seja consagrado em face da opinião pública ou da crítica especializada.

3. Instrução do Processo de Inexigibilidade de Licitação

Dispõe o artigo 26 da Lei 8.666/93, *in verbis*:

“Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

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

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

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.”

Verifica-se, assim, pela análise do caput do artigo supramencionado que a situação de inexigibilidade de licitação deverá ser comunicada à autoridade superior no prazo de três dias, para ratificação e posterior publicação, no prazo de cinco dias.

Note-se que o processo de inexigibilidade de licitação deverá ser instruído com os elementos contidos nos incisos previstos no parágrafo único do artigo 26 supramencionado, sendo que o inciso I se aplica apenas aos casos de dispensa.

Com relação à justificativa do preço importante ressaltar que ela deve evidenciar a razoabilidade dos preços contratados, demonstrando ser esse valor razoável, ou seja, adequado, compatível e proporcional ao custo do bem que se pretende adquirir. Tal comprovação se dará através de ampla pesquisa de preços praticados no mercado, de forma a demonstrar que o preço indicado é compatível com os preços apurados na pesquisa.

Saliente-se que na hipótese de inexistência de produto ou serviço similar tal comprovação poderá ser feita com a apuração por meio de notas fiscais anexadas e declaração da fornecedora de que pratica preços idênticos para fornecimento dos mesmos materiais, em quantidades semelhantes, a outros órgãos do Poder Público e a particulares.

O superfaturamento se caracteriza como uma elevação injustificada do valor para a execução de uma determinada prestação. Note-se que a razoabilidade do preço depende das condições contratuais, caso as condições do contrato a ser celebrado com a Administração sejam mais onerosas haverá justificativa para uma elevação do preço. Além disso, não há que se falar em superfaturamento quando a elevação do preço decorre de fatores econômicos.

Com relação aos preços as seguintes decisões do Tribunal de Contas da União:

“É obrigatória a consulta aos preços correntes de mercado quando da realização de todo e qualquer procedimento licitatório, ainda que se trate de dispensa ou inexigibilidade de licitação.” (Acórdão nº 1.945/2006, Plenário, Rel. Min. Marcos Bemquerer Costa)

“No que concerne à aferição de superfaturamento e à consequente imputação de débito, a jurisprudência deste Tribunal é farta no sentido de que os preços praticados pela executora devem estar compatíveis com os parâmetros de mercado, sem prejuízo de se considerar a realidade fática enfrentada pelo gestor e as peculiaridades atinentes à execução de cada empreendimento (cito como exemplos os Acórdãos 2.008/2005, 798/2008, 1.287/2007, 1.375/2007, 438/2008, 678/2008 e 3.003/2009, todos do Plenário).” (Acórdão nº 8.657/2011, 2ª Câmara, rel. Min. André Luís de Carvalho)

Importante ressaltar que o § 2º do artigo 25 da Lei 8.666/93 estabelece que se comprovado o superfaturamento do preço contratado, responderão solidariamente pelos danos causados à Fazenda Pública, o fornecedor ou prestador de serviço e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

A responsabilização do agente administrativo dependerá da concorrência de dolo ou culpa e da infringência a deveres funcionais.

Saliente-se, ademais, que como dito, o procedimento de inexigibilidade de licitação também visa à seleção do contrato mais adequado e vantajoso para a Administração observando-se as peculiaridades do caso, de forma que o procedimento também deverá ser instruído com a verificação da necessidade e conveniência da contratação com a devida justificativa, além da comprovação da existência de recursos para a contratação. Ademais, também deverão ser preenchidos os requisitos de habilitação e contratação exigidos para a licitação.

Nesse sentido a decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União no Acórdão nº 38/2008 da 2ª Câmara sendo relator o Ministro Aroldo Cedraz:

“É descabido entender que a exigência de comprovação de regularidade fiscal limitar-se-ia, nos termos do regulamento próprio do Senai, aos casos em que o procedimento licitatório fosse realizado, o que afastaria tal requisito nas hipóteses de dispensa ou inexigibilidade de licitação.

Em primeiro lugar, porque tal afastamento da exigência nas contratações diretas, ao permitir a contratação de pessoa jurídica em situação irregular, colidiria com o § 3º do art. 195 da Constituição Federal, que, como bem lembrou a Serur, veda a contratação pelo poder pública de pessoa jurídica em débito com a seguridade social.

Em segundo lugar, porque esta Corte, ao determinar a adaptação do regulamento de licitações e contratos do Senai por intermédio do acórdão 457/2002 – 2 Câmara, expressamente indicou que os únicos casos em que seria possível a dispensa do requisito de regularidade em foco seriam os concurso, leilão e concorrência para alienação de bens.”

Conclusão

Do presente estudo conclui-se que, tendo em vista que a regra imposta constitucionalmente para as contratações efetuadas pela Administração é a de realização de licitação, será após a definição do objeto a ser contratado e a definição das condições contratuais que se verificará o enquadramento da questão em alguma das hipóteses de inexigibilidade de licitação previstas na Lei 8.666/93.

Conforme jurisprudência do Tribunal de Contas da União, conforme Acórdão nº 994/2006 do Plenário sendo relator o Ministro Ubiratan Aguiar, “Identifica-se a necessidade, motiva-se a contratação, para, então, partir-se para a verificação da melhor forma de sua prestação. Ou seja, a decisão pela contratação direta, por inexigibilidade ou dispensa, é posterior a toda uma etapa preparatória que deve ser a mesma para qualquer caso. A impossibilidade ou a identificação da possibilidade da contratação direta, como a melhor opção para a administração, só surge após a etapa inicial de estudos. Como a regra geral é a licitação, a sua dispensa ou inexigibilidade configuram exceções. Como tal, portanto, não podem ser adotadas antes das pesquisas e estudos que permitam chegar a essa conclusão.”

As hipóteses de inexigibilidade de licitação se fundamentam na inviabilidade de competição, sendo que a inviabilidade de competição não decorre apenas da inexistência de diversos sujeitos ou objetos, mas também da natureza do objeto a ser contratado.

Verifica-se que, inclusive nos casos de inexigibilidade de licitação devem ser observados todos os preceitos legais e constitucionais a fim de que seja efetuada a melhor contratação de forma a atender ao interesse público.

Além disso, deverão ser observados todos os requisitos de habilitação e contratação, justificativa da contratação e do preço e disponibilidade de recursos.

Conforme exposto, a justificativa do preço é necessária e essencial no procedimento de inexigibilidade de licitação a fim de evitar o superfaturamento do preço, já que não poderá haver elevação dos preços simplesmente em razão da necessidade da Administração e da ausência de competidores. A composição do preço deverá ser demonstrada e compatível com o mercado.

Saliente-se, por fim, que a Administração deverá tomar todas as cautelas necessárias a fim de verificar se o caso em questão realmente se enquadra dentro das hipóteses de inexigibilidade, verificando, por exemplo, a real exclusividade do fornecedor, sob pena da contratação ser irregular ocasionando prejuízos ao erário e aplicação de sanções ao Administrador.