

## ***Inexigibilidade de Licitação - Singularidade do Objeto***

**Nodette Mameri Peano**

*Advogada. Procuradora municipal aposentada. Professora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, de Direito Administrativo e Filosofia do Direito. Consultora na área de Direito Público.*

**Magadar Rosália Costa Briguet**

*Assessora Técnica do Tribunal de Contas do Município de São Paulo e Advogada. Procuradora Municipal aposentada. Especialista em Direito do Estado, pela Universidade de São Paulo.*

A licitação é um procedimento administrativo, destinado a selecionar a proposta mais satisfatória para a Administração, quando ela pretende adquirir ou alienar bens, realizar obras, obter a prestação de serviços, outorgar concessões, permissões de obras, serviços ou de uso de bens públicos.

Assim, a licitação constitui, como asseveram Lúcia Valle Figueiredo e Sérgio Ferraz, um instrumento técnico procedimental e representa, na configuração do regime jurídico das contratações da Administração, um princípio em si.

Apesar de constituir um princípio em si mesmo, o instituto jurídico da licitação obedece aos princípios constitucionais incidentes sobre a atividade administrativa, preconizados no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal. Além disso, o campo licitatório é informado por todo um rol de cânones, insculpidos no artigo 3º da Lei Federal 8.666/93, *in verbis*:

"Art. 3º - A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos."

Convém observar que a inclusão de princípios já consagrados em nível constitucional afigura-se dispensável, uma vez que referido preceito da Lei Maior se aplica à Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Daf, poder-se-á inferir que os princípios aplicáveis à licitação e às contratações públicas se condensam em três grupos:

- a) em primeiro lugar, o princípio da isonomia, fundamental na realização desse procedimento administrativo;
- b) a seguir, os princípios constitucionais gerais: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, devido processo legal e motivação;
- c) finalmente, os princípios de Direito Administrativo específicos para as licitações; vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo e correlatos.

É interessante notar que, embora a licitação, de *per si*, configure um cânone constitucional (inciso XXI, do artigo 37 da Constituição Federal), este procedimento atende, por outro lado, a outros princípios também inscritos na Lei Maior que, ao mesmo tempo que lhe oferecem estrutura, o erigem a elemento intrínseco de todo o ordenamento jurídico, perfeitamente integrado ao conjunto de elementos que compõem o sistema:

Diante desse quadro, os temas pertinentes ao procedimento licitatório teriam que se afeiçoar aos princípios que comandam todo o sistema jurídico, assertiva que se aplica, inclusive, às hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação.

Ensinam Sérgio Ferraz e Lúcia Valle Figueiredo que "há dispensabilidade quando ocorrem, em caso concreto, circunstâncias especiais, previstas em lei, que facultam a não realização da licitação, que era, em princípio, imprescindível. Há inexigibilidade quando ocorre, em caso concreto, circunstância especial, de fato ou de direito, reconhecida em lei, a qual, porque inviabilizadora de competição, afasta a licitação". (In *Dispensa e Inexigibilidade de Licitação*, 3ª edição, pg. 34)

O tema inexigibilidade de licitação no direito positivo vigente merece algumas reflexões, sobretudo em razão das hipóteses fáticas e aspectos ligados ao objeto a ser executado.

O artigo 25 da Lei Federal 8666/93, com as atualizações procedidas pela lei 8.883/94, dispõe:

"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 pelo 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 por entidade equivalente;

II - para contratação de serviços técnicos enumerados no artigo 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."

As hipóteses de inexigibilidade de procedimento licitatório elencadas são meramente exemplificativas. Para tanto, bastaria fixar-se na expressão "em especial". Com efeito, tal locução alcança situações que não esgotam a impossibilidade de realização do procedimento.

No que atina aos incisos arrolados no mencionado artigo, parece desnecessário, para o fim proposto neste trabalho, uma abordagem das situações neles contidas. Isto porque a doutrina tem contribuído, de maneira satisfatória, para o seu perfeito entendimento. Qualquer incursão nessa área constituiria mera repetição dos ensinamentos de administrativistas consagrados, como Celso Antônio Bandeira de Mello, Lúcia Valle Figueiredo e Sérgio Ferraz, entre outros.

Este trabalho cingir-se-á à admissibilidade de contratação direta, com fundamento no *caput* do artigo 25 da Lei 8.666/93.

Põe-se, agora, em pauta caracterizar a inexigibilidade de licitação, bem como definir os seus limites.

Como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello:

"Para que possa haver licitação é necessário que os bens a serem licitados sejam equivalentes, intercambiáveis, homogêneos. Não se licitam coisas desiguais. É pressuposto lógico do instituto que os bens a serem adquiridos ou os serviços a serem contratados não possuam uma individualidade tal que os torne únicos na espécie ou insusceptíveis de substituição por equivalente perfeito." (RDP nº 8, p. 96/97).

Do quanto se disse, decorre que o pressuposto fático da inexigibilidade é, indubitavelmente, a inviabilidade de competição.

Isso significa que, em qualquer caso concreto que conduza à inexigibilidade, é preciso deixar claro que a competição, nas circunstâncias demonstradas, não é viável.

A lei diz que a inexigibilidade ocorrerá quando houver inviabilidade lógica de competição. Caberá ao administrador comprovar a ocorrência de impossibilidade de disputa, de competição.

Não se trata de deixar ao arbítrio do administrador a realização ou não de um determinado certame. Trata-se, sim, de hipóteses em que ele demonstra, cabalmente, a objetiva impossibilidade de realizar o pleito licitatório.

Resulta claro que o fulcro central do tema é a caracterização da inviabilidade de competição.

Nesse sentido a lição de Diógenes Gasparini:

“A inexigibilidade difere da dispensa, dado que nesta a licitação é possível, viável, e só não se realiza por conveniência administrativa; naquela é impossível, e não se realiza por impedimento de ordem fática ou jurídica, relativo ao bem que se deseja adquirir, à pessoa que se quer contratar ou com quem se quer contratar. Não se trata, assim, de uma faculdade outorgada à pessoa obrigada, em tese, a licitar, mas do reconhecimento legal de que esta em certos casos pode celebrar o negócio de seu interesse sem o prévio procedimento licitatório, dada a inviabilidade de se instaurar uma competição para a escolha da melhor proposta. Assim, será inexigível a licitação sempre que houver inviabilidade fática de competição, concorrência, confronto, certame ou disputa. Em tais termos, é óbvio que não seria tal faculdade exercitável pela pessoa, em princípio, obrigada a licitar, mesmo que não prevista em lei, como acontecia no direito anterior”. (In *Direito Administrativo*, Ed. Saraiva, 2ª ed. p. 324).

Por sua vez, Celso Antônio Bandeira de Mello assevera:

“Segue-se que há inviabilidade lógica deste certame por falta de seus 'pressupostos lógicos', em duas hipóteses:

a) quando o objeto pretendido é singular, sem equivalente perfeito.

Neste caso, por ausência de outros objetos que atendam à pretensão administrativa, resultará unidade de ofertantes, pois, como é óbvio, só quem dispõe dele poderá oferecê-lo;

b) quando só há um ofertante, embora existam vários objetos de perfeita equivalência, todos, entretanto, disponíveis por um único sujeito. Esta última hipótese corresponde ao que, em nossa legislação, se

denomina produtor ou fornecedor exclusivo." (In *Curso de Direito Administrativo*, 5ª ed. p. 275)

De se lembrar a situação versada na letra b – único ofertante – não apresenta dificuldades para sua caracterização, eis que o Estatuto Federal traçou os seus contornos no inciso I do artigo 25.

Dessa forma, cabe demonstrar quando resta configurado o objeto singular para a correta aplicação do *caput* do artigo 25.

Mais uma vez Lúcia Valle Figueiredo e Sérgio Ferraz, expressamente sobre o tema, afirmam:

"Tem-se por singular algo insuscetível de paradigma de confronto. Se não for cambiável, cotejável com outros de sua espécie será singular. Destarte, se se apresentar, dentro de seu gênero, com características tão próprias que não permitam o confronto com outros objetos do gênero, ter-se-á caso de inexigibilidade de licitação. Por óbvio, não é livre a Administração para, arbitrariamente, singularizar o objeto, de tal arte que o torne incomparetível com os demais." (In *obra cit.*, p. 72).

Portanto, os bens e serviços singulares possuem uma individualidade tal que não permite confrontá-los com outros do mesmo gênero. Essa individualidade ora decorre do bem ou serviço em si mesmos, ora de algum fator externo que a eles se agrega.

Ao discorrer sobre a individualidade dos bens, Celso Antônio Bandeira de Mello alarga as hipóteses de ocorrência, admitindo que tal qualidade

"pode provir de o bem ser singular

- a) em sentido absoluto;
- b) em razão de evento externo a ele;
- c) por forças de sua natureza íntima.

a) Singular em sentido absoluto é o bem de que só existe uma unidade. Um selo do qual se emitiu apenas um exemplar, ou se emitidos vários os demais foram destruídos, é o objeto singular (único) em sentido absoluto.

b) Singular em razão de evento externo é o bem a que se agregou significação particular excepcional. Uma espada utilizada em acontecimento histórico relevante é objeto que se tornou único por força de fator externo que se incorporou nele. Poderão existir inúmeras espadas do mesmo formato, fabricação, época e composição metálica: sem embargo, àquela aderiu irremovivelmente uma qualidade que a singularizou.

c) Singular em razão da natureza íntima do objeto é o bem em que se substancia realização artística, técnica ou científica caracterizada pelo estilo ou cunho pessoal de seu autor. Uma produção intelectual, como um livro de crônica, uma obra de arte, um quadro, são singulares pela natureza íntima do objeto." (In *obra cit.*, p. 275/276)

Não se apresentam, para o administrador, dificuldades na identificação de um bem singular em sentido absoluto. Cite-se, como exemplos, um livro do qual se tem somente um exemplar ou "kits" de leitura especial de identificação de recém-nascidos, pelo DNA, únicos no mundo.

O mesmo não ocorre na contratação de serviços ou aquisição de bens cuja singularidade reside em fator externo que a eles se agrega, tornando-se incontestáveis.

Qual o critério para estabelecer que algum fator externo individualiza o bem, de tal sorte a impedir o seu cotejo com os outros ?

Nesse ponto, coloca-se o tema da discricionariedade da Administração. Vale dizer: até que ponto o administrador é livre para eleger determinado objeto como singular?

Não resta dúvida que o administrador pode agir com certa esfera de liberdade para caracterizar determinado objeto como singular, tendo em vista a finalidade que pretende alcançar. Isso não significa que o agente possa eleger qualquer objeto como singular. Necessário fixar os limites de sua ação.

Cirne Lima adverte ser traço característico da atividade administrativa "estar vinculada a um fim alheio à pessoa e aos interesses particulares do agente ou do órgão que a exercita." (In *Princípios do direito Administrativo*, 3ª ed. p. 21).

Portanto, os limites da ação do administrador consubstanciam-se

nos princípios que regem a sua atividade, notadamente, no caso, o da preponderância do interesse público.

A supremacia do interesse público sobre o privado expressa-se bem nos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, que merecem transcrição integral:

"Estes caracteres, que sem dúvida informam a atuação administrativa, de modo algum autorizariam a supor que a Administração Pública, escudada na supremacia do interesse público sobre o interesse privado, pode expressar tais prerrogativas com a mesma autonomia e liberdade com que os particulares exercitam seus direitos. É que a Administração exerce função: a função administrativa. Existe função quando alguém está investido no dever de satisfazer dadas finalidades em prol do interesse de outrem, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las. Logo, tais poderes são instrumentais ao alcance das sobreditas finalidades. Sem eles, o sujeito investido na função não teria como desincumbir-se do dever posto a seu cargo. Donde, quem os titulariza maneja, na verdade, "deveres-poderes", no interesse alheio. Quem exerce "função administrativa" está adstrito a satisfazer interesses públicos, ou seja, interesses de outrem: a coletividade. Por isso, o uso das prerrogativas da Administração é legítimo se, quando e na medida indispensável ao atendimento dos interesses públicos; vale dizer, do povo, porquanto nos Estados democráticos o poder emana do povo e em seu proveito terá de ser exercido. Tendo em vista esse caráter de assujeitamento do poder a uma finalidade instituída no interesse de todos – e não da pessoa exercente do poder – as prerrogativas da Administração não devem ser vistas ou denominadas como "poderes" ou como "poderes-deveres". Antes se qualificam e melhor se designam como "deveres-poderes", pois nisto se ressalta sua índole própria e se atrai atenção para o aspecto subordinado do poder em relação ao dever, sobressaindo, então, o aspecto finalístico que as informa, do que decorrerão suas inerentes limitações." (In ob. cit. p. 21).

Claro está, portanto, que, ao invocar a supremacia do interesse público sobre o interesse privado, a Administração somente poderá fazê-lo para satisfação de interesses qualificados como próprios da coletividade, e não, do agente público. Ademais, quando a ação do agente público direcio-



na-se ao campo das licitações e contratos, impõe-se a observância de outros princípios, já elencados no início deste trabalho.

Assim é que o postulado da isonomia, em matéria de contratação direta em razão de objeto singular, exige existência de um nexo de pertinência lógica entre determinadas características do objeto, que o individualizam, e a finalidade que se pretende alcançar. Melhor explicitando: determinado interesse da coletividade será atendido somente com a aquisição de certo bem ou prestação de serviço específico. Esse bem ou serviço são detentores de tais características que eles, somente eles poderão satisfazer o desiderato administrativo.

Neste sentido pronunciam-se Lúcia Valle Figueiredo e Sérgio Ferraz quando aduzem:

“A correlação lógica deverá existir dentro de um conceito da ‘lógica do razoável’ de Recaséns Siches, ou da moldura Kelseniana. Realmente, *praeter legem* a situação será a de igualdade absoluta. A discriminação só terá cabida se tiver íntima correlação com os cometimentos administrativos, com outros valores também consagrados no sistema normativo como imperativos a que se deve respeito. Assim é que a supremacia do interesse público fará vergar o princípio da igualdade e admitirá os discrimenes quando esses forem absolutamente necessários ao cumprimento dos desideratos administrativos.”(In *ob. cit.*, p. 74)

Bem se vê que a administração não pode, arbitrariamente, singularizar determinado objeto, estabelecendo discriminações objetivas, que extrapolam a “moldura” que lhe é imposta pela norma.

Vale a pena trazer a contexto alguns exemplos.

Suponha-se a contratação de serviços técnicos especializados de manutenção de um elevador, de determinada marca, com o fabricante. Frise-se que o equipamento foi adquirido com cláusula de garantia na qual se estabeleceu a respectiva perda, caso terceiros executassem tais serviços. Na espécie, o objeto reveste-se de singularidade, em razão do fator externo objetivo que se lhe agregou. A contratação de serviços de manutenção com terceiros implicaria a perda da garantia. Portanto, impunha-se a contratação direta com o fabricante, fundamentada na inviabilidade lógica

de competição, prevista no *caput* do artigo 25 da Lei 8.666/93 atualizada pela Lei 8.883/94, enquanto a cláusula de garantia perdurasse.

Alvitre-se a hipótese em que o fator externo, que determinará a singularidade, se adiciona ao objeto, em decorrência da ação do agente público. É a situação de certo projeto concebido pela administração, relativo a sistema de gerenciamento de serviço público, no qual são fixadas especificações e diretrizes para sua execução. Desde que empresa do ramo demonstre possuir capacitação técnica que a habilite a prestar os serviços objetivados, na forma prescrita pela Administração, e não havendo outra detentora de igual *know-how*, é viável o ajuste direto da referida empresa.

Por óbvio, não se trata de estabelecer, deliberadamente, tais e quais especificações, que direcionem a contratação a uma definida empresa.

Dentro dos limites constituídos pelos princípios que regem a atividade administrativa e os pleitos licitatórios em geral, ao agente público é autorizada a fixação de discriminações objetivas, que endereçarão a contratação a dada empresa, única a atingir a finalidade pretendida pela administração, no exercício da função administrativa.

Do quanto se explanou, a hipótese contemplada pelo *caput* do artigo 25 em tela guarda sutil diferença da capitulada no inciso II do mesmo dispositivo. No caso desse último preceptivo, a inexigibilidade de procedimento licitatório para contratação de serviços técnicos especializados, exige a presença de dois elementos essenciais, quais sejam, a notória especialização do prestador, aliada a singularidade do serviço pretendido.

Já na hipótese retratada neste trabalho, a singularidade do objeto repousa na própria natureza (singularidade em sentido absoluto) ou existe em razão de fator externo que se lhe imprimiu, tornando-o incontrastável com os demais da mesma espécie.

Em conclusão, as aquisições e contratações diretas, com suporte no artigo 25, *caput*, do Estatuto Federal das licitações e contratos, ocorrerão sempre que demonstrada objetivamente a inviabilidade lógica de competição, que se expressa na singularidade do objeto, quer em razão de sua essência, quer de elemento externo que se lhe acrescenta.