

Inexigibilidade de licitação – Conceito e preconceito

Márcio Cammarosano

Professor da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo – IBDA, de 2011 a 2013. Advogado em São Paulo.

Sumário: 1 Notas introdutórias – 2 Evolução legislativa – 3 Pressupostos da licitação – 4 Inexigibilidade de licitação e contratação direta por notória especialização

1 Notas introdutórias

Antes de discorrermos a respeito do tema *inexigibilidade de licitação*, impõem-se os esclarecimentos seguintes que, em outros tempos, seriam em rigor despiciendo: a) propomo-nos tratar da matéria tendo como objeto deste estudo *normas* constitucionais e legais a ela pertinentes; b) procuraremos fazê-lo com uma finalidade, qual seja, a de desvendar seu sentido e alcance à luz do ordenamento jurídico compreendido como *sistema*;¹ c) estamos advertidos da existência de divergências de interpretação decorrentes, em larga medida, mas não exclusivamente, da utilização, nos textos jurídico-normativos, de palavras ou seqüências de palavras que, isoladamente consideradas, são adotadas de *pluralidade de significações*; d) estamos advertidos quanto aos papéis desempenhados por diferentes intérpretes, especialmente os que se distinguem por serem agentes *controlados* ou agentes *controladores*, papéis esses que, obviamente, levam aqueles a encarecer sua competência decisória, e levam estes a restringi-la ou considerá-la menos ampla; e) não raras vezes deparamo-nos com intérpretes que, conquanto não intencionalmente, valem-se de juízos formados aprioristicamente, ou que estão convictos de que são eles que têm conhecimento da interpretação que consideram a única correta, arvorando-se em detentores do monopólio da verdade; f) a ciência do direito posto que, no sistema de direito predominantemente legislado, como o brasileiro, tem por objeto de estudo prescrições consubstanciadas em textos escritos, instrumento por excelência de comunicação, dotada de predeterminação formal, implica esforço exegético, raciocínio, argumentação jurídica. E esta, consoante vários métodos que se pode eleger e conjugar, associados a uma multiplicidade de outros fatores, pode levar a conclusões variadas, antagônicas, as

quais não se pode sempre, necessariamente, apartar em *certas* ou *erradas*, mas apenas que se afiguram ou não, em maior ou menor grau, juridicamente *sustentáveis*.

Enfim, o estudo do direito, que se apresenta em rigor como objeto não apenas *dado a conhecer* mas, sob certo aspecto, *construído ou reconstruído pelo intérprete*, não se pode fazer de forma preconceituosa. E isso não é nada fácil.

O conhecimento científico é incompatível com o que se tenha como preconceito, isto é, com juízos firmados aprioristicamente, frutos muitas vezes do que o intérprete quer que seja, mas que pode não ser. Mesmo quando se diz, como muitos o fazem, que a norma é criada pelo intérprete a partir do texto da lei, ele não pode fazê-lo de forma arbitrária, sob pena de usurpar competência do legislador. A interpretação é atividade intelectual que tem por objeto textos jurídicos normativos que ao exegeta não é dado distorcer ou substituir pelo que, a respeito da matéria, teria ele elaborado se legislador fosse, a fim de prescrever o que lhe pareça o mais adequado, o justo. Mesmo o estado de certeza, proclamado por quem quer que seja, como resultado a que tenha chegado ao cabo do processo de interpretação, nada mais é, em rigor, do que um estado de espírito. Um estado de espírito consistente na convicção pessoal, na adesão firme ao que se tem como certo, como verdadeiro, afastada, por juízo próprio, qualquer possibilidade de que se tenha incidido em erro ou engano.

Certeza, portanto (como disse certa feita um eminente professor nosso, no curso de bacharelado), não passa de um estado de espírito que tanto pode refletir acerto ou erro.²

É por esta razão que em nosso ordenamento jurídico o monopólio formal da verdade, juridicamente presumida de forma absoluta, *jure et de jure*, reside na decisão judicial transitada em julgado. E assim é porque assim prescreve a Constituição da República.

Com essas advertências, que também a nós mesmos fazemos, vamos ao tema esforçando-nos, portanto, por fazê-lo sem preconceitos.

¹ Quanto à noção e importância da ideia de *sistema*, sem a qual não se pode falar em ciência do Direito, que implica conhecimentos ordenados consoante perspectiva ou ponto de vista unitário, veja-se, dentre outros, CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, 4ª edição. Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

² É o que ouvimos em uma das aulas do Professor Paulo José da Costa Junior, em 1966, enquanto aluno da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Destarte, impõem-se recordar, ainda que em apertada síntese, a evolução histórica mais recente da legislação pertinente à obrigatoriedade da licitação, bem como a previsão de casos de dispensa e situações de inexigibilidade.

2 Evolução legislativa

A obrigatoriedade da licitação, como processo de contratações no setor público, decorre de disposições constitucionais expressas (C.R. art. 37, XXI e 175, “caput”) e da legislação em vigor.

Obviamente, a obrigatoriedade de licitação, como regra, para seleção de propostas objetivando a celebração de contratos de interesse da Administração Pública, tem a sua história. Parece-nos oportuno resgatar a memória, pelo menos a partir da vigência do Decreto-lei nº 200/67, em razão dos avanços de ordem legislativa verificados desde então, bem como de estudos jurídicos da maior relevância que se foram acumulando a respeito da matéria, alguns dos quais é imperioso recordar, ainda que produzidos sob a égide de diplomas legislativos não mais vigentes.

O resgate dessa memória evidenciará que algumas das perplexidades e equívocos em que alguns incorrem quanto à inexigibilidade de licitação, dizem respeito a questões que já haviam sido enfrentadas e resolvidas satisfatoriamente no passado, com lições de inquestionável atualidade, não obstante a produção de legislação subsequente.

O Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, já contemplava hipóteses de dispensa de licitação em seu art. 126, §2º, alíneas *a a i*, sem distinguir, todavia, *dispensa de inexigibilidade*. Tratava tudo como dispensa de licitação, reunindo até em uma mesma alínea, e como hipóteses de licitação, aquisições de fornecedor exclusivo e contratação de serviços com profissionais ou firmas de notória especialização, nos seguintes termos:

Art. 126. As compras, obras e serviços efetuar-se-ão com estrita observância do princípio da licitação:

(...)

§2º É dispensável a licitação:

(...)

d) na aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só podem ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos bem como na contratação de serviços com profissionais ou firmas de notória especialização;

Já a Lei paulista nº 89, de 27 de dezembro de 1972, que muito avançou na disciplina das licitações e contratos administrativos, embora também não distinguisse expressamente *dispensa de inexigibilidade* de licitação, apartou as contratações diretas

decorrentes da exclusividade de fornecimento de materiais, equipamentos ou gêneros, das contratações diretas de serviços por *notória especialização*. Com efeito, prescrevia a lei paulista, em seu art. 24, como hipóteses de licitação dispensável, dentre outras:

IV – para aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo;
V – contratação de serviços com profissionais ou firmas de notória especialização;

Mas constava também da mesma lei o art. 10, que relacionava os serviços considerados como técnicos profissionais especializados, e prescrevia, em seus §1º e §2º, o seguinte:

§1º. A contratação dos serviços previstos neste artigo com profissionais ou firmas de notória especialização independe de licitação.

§2º. Considera-se profissionais ou firma de notória especialização todo aquele que fôr reconhecidamente capaz no campo de sua especialidade.

Quanto ao Município de São Paulo, sua lei de licitações e contratos administrativos – Lei nº 8.248, de 07 de maio de 1975 – rezava:

Art. 9º – Para os fins desta lei, consideram-se serviços técnicos-profissionais especializados os trabalhos relativos a:

I – Estudos, projetos e planejamentos em geral;
II – Perícias, pareceres e avaliações em geral;
III – Assessoria, consultoria e auditoria;
IV – Fiscalização e supervisão de obras e serviços;
V – Patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
VI – Treinamento e aperfeiçoamento do pessoal.

§1º. A contratação dos serviços previstos neste artigo com profissionais ou firmas de notória especialização independem de licitação.

§2º. Os projetos poderão ser objeto de concurso com instituição de prêmios.

§3º. A autoridade competente para contratar poderá constituir comissão permanente ou especial para a escolha de profissional ou firma previstos no §1º, para a realização de concurso, ou julgar a licitação.

Art. 18 – É dispensável a licitação:

IV – Para a aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo; e para a aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros sujeitos a padronização ou uniformidade, através de órgãos oficiais ou representação de categoria profissional;

V – Para a contratação de serviços especializados com profissionais ou firmas de notória

especialização, importando esta no elevado conceito geral que desfrutem, aliada à eficiente organização de pessoal e instrumentos que mantenham, e à alta capacidade decorrente do bom desempenho de serviços anteriores, bem como de estudos, experiências e publicações técnicas ou científicas sobre matéria de sua especialização.

VI – Para a contratação de profissionais especializados em trabalhos de natureza artística, consagrados na opinião pública, diretamente ou através dos respectivos empresários.

Dessa mesma década, a de 1970, convém registrar a Lei nº 287, de 4.12.1979, do Estado do Rio de Janeiro, cujo art. 217, §3º, rezava:

§3º. É dispensável a licitação:

d) na aquisição de bens que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos, bem como na contratação de serviços com profissionais ou firmas de notória especialização;

Estando em vigor os diplomas normativos mencionados, com as disposições acima transcritas, veio a lume uma obra digna dos maiores encômios, mesmo porque da lavra de dois grandes administrativistas, quais sejam, Lucia Valle Figueiredo, que viria a honrar a Magistratura como Desembargadora Federal, e Sérgio Ferraz, jurista de escol.

Na referida obra, “Dispensa de Licitação”, de 1980, um dos temas versados com a maior proficiência foi justamente o das contratações diretas por notória especialização, não se furtando os autores de trazer à colação ensinamentos de juristas os mais eminentes, como Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Celso Antônio Bandeira de Mello e Adilson Dallari.

Pois bem. É digno de nota que ao tratarem da matéria – dispensa de licitação – os autores da obra mencionada deram-se ao trabalho de aprofundar considerações quanto ao *objeto único* e *objeto singular*, distinguindo-os como convém. Já haviam anotado, há mais de três décadas, portanto, que conquanto a legislação então em vigor não se utilizasse da expressão *objeto singular*, cumpria “precisar o conceito de ‘objeto singular’, apartando-o de ‘objeto único’”. Este último conduziria a uma impossibilidade fática e lógica de licitar. Entretanto, o objeto singular apenas alicerçaria uma contratação direta, por impossível o confronto”.³

A propósito, firmou-se na mesma obra que a *singularidade subjetiva*, isto é, pertinente às peculiaridades do sujeito, “contém-se no bojo da notória especialização”, já que “não poderá haver alguém

notoriamente especializado sem características de singularidade” (g.n.).⁴

Forçoso reconhecer, destarte, que a doutrina, no que concerne à expressão serviços de natureza singular, que veio a constar, em 1993, da Lei nº 8.666, em dispositivo pertinente à inexigibilidade de licitação, antecipou-se à própria lei, que recolheu exatamente da doutrina subsídios para aprimorar o tratamento legislativo da matéria.

Assim sendo, o sentido e alcance da expressão *serviços de natureza singular* devem ser fixados em consonância com a doutrina que lhe serviu de inspiração, reconhecendo-se a convergência dos seus ensinamentos, da vontade do legislador e da vontade da lei. E esse sentido decididamente não guarda sinonímia com *exclusividade do prestador*.

Não é por outra razão que Hely Lopes Meirelles, versando também a matéria da contratação direta por notória especialização, ainda antes da Lei nº 8.666/93, professava: “A lei reúne no mesmo dispositivo dois casos completamente distintos de dispensa de licitação, que bem mereciam estar separados; aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só podem ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos, e contratação de serviços com profissionais ou firmas de notória especialização”. E mais adiante afirma que a notoriedade da especialização que dispensa licitação não se confunde com habilitação profissional. “Esta é a autorização legal obtida por pessoas físicas ou jurídicas para o exercício profissional; aquela é o reconhecimento público e generalizado da alta capacidade técnica no desempenho da profissão, e, em particular, da especialidade. Todo profissional dispõe de habilitação para o desempenho de sua atividade, mas nem todos têm *notoriedade na profissão*. Somente para os de notória especialização é que a lei dispensa a licitação, admitindo a escolha e a contratação direta de seus serviços (Decreto-lei 200/67, art. 126, §2º, ‘d’).”⁵

Vê-se, portanto, que a contratação direta, para prestação de serviços técnico-profissionais, por detentores de notória especialização, no bojo da qual, como vimos, se contém a singularidade subjetiva, independe da pluralidade de profissionais igualmente habilitados e superlativamente qualificados para a prestação do serviço pretendido pela Administração Pública, tema ao qual voltaremos mais adiante.

⁴ *Op. cit.*, p. 90.

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. 6ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 87 e 90.

³ FIGUEIREDO, Lucia Valle; FERRAZ, Sérgio. *Dispensa de Licitação*. São Paulo: RT, 1980, p. 86-87.

3 Pressupostos da licitação

A regra da obrigatoriedade da licitação, que é processo competitivo, só incide quando a competição for viável. Inviável a competição, impõe-se o reconhecimento da impossibilidade da licitação, não incidindo a regra da obrigatoriedade do certame. Afinal, ninguém pode ser obrigado a fazer o que se apresenta impossível, de fato ou de direito.

Para que seja viável uma competição é imprescindível, do ponto de vista lógico mesmo, que haja *pluralidade de objetos e pluralidade de ofertantes*. Se o objeto pretendido *for único*, ou se apenas *uma pessoa*, física ou jurídica, puder atender a Administração Pública, a inviabilidade de competição é manifesta. Tem-se aí *singularidade absoluta*, do objeto ou do prestador, singularidade essa que também pode decorrer de um fato, evento ou circunstância por força da qual um bem, semelhante a outros, passa a ser único, como uma caneta com a qual um personagem histórico tenha assinado um documento importantíssimo. Mas é de reconhecer também a inviabilidade de competição quando o que a Administração pretenda, não obstante seja do tipo que uma pluralidade de pessoas possa em tese prestar, é algo que necessariamente se apresentará consubstanciando peculiaridades de relevo, *singularizantes*, consoante o contratado seja A, B, ou C. Peculiaridades de relevo, singularizantes, decorrentes do estilo, da criatividade, da orientação pessoal indissociável de quem, executando um contrato, cumprirá a obrigação assumida necessariamente a seu modo, em rigor incotejável pela impossibilidade de estabelecimento prévio de parâmetros objetivos de comparação hábeis à antecipada identificação de qual haveria de ser considerada a melhor forma de se obter, a final, no futuro, a plena satisfação do objeto do contrato, em razão mesmo de sua natureza.

É o que se verifica, por exemplo, quando o objeto do contrato consiste na elaboração de um parecer jurídico, ou no esculpir o que será uma obra de arte. Obras intelectuais, criações do espírito, não obstante a pluralidade de profissionais que a elas se dedicam, são, cada qual, obras únicas, singulares, por mais que se apresentem parecidas, exatamente porque marcadas indelevelmente por uma orientação e estilos próprios de seus respectivos autores. Cada qual é como se fosse dotada de uma impressão digital que a torna única, ainda que muitos sejam, por exemplo, pareceristas e escultores produzindo trabalhos da mesma natureza, do mesmo tipo, da mesma espécie e na mesma época.

Não é por outra razão que autores de textos de obras literárias e científicas, como livros, artigos e pareceres, são *titulares de direitos autorais* do que produzem (Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro

de 1998). Não é por outra razão que o art. 111, *caput*, da Lei 8.666/93 faz referência à cessão, à Administração, dos *direitos patrimoniais* relativos aos serviços técnicos especializados objeto de contratação.

Mestre de mestres, Celso Antônio Bandeira de Mello professa que assim singulares, “em razão da natureza íntima do objeto” são as produções artísticas, técnicas ou científicas caracterizadas “pelo estilo ou cunho pessoal de seu autor”. “De modo geral são singulares todas as produções intelectuais, realizadas isolada ou conjuntamente – por equipe –, sempre que o trabalho a ser produzido se defina pela marca pessoal (ou coletiva), expressada em características científicas, técnicas ou artísticas importantes para o preenchimento da necessidade administrativa a ser suprida. Neste quadro cabem os mais variados serviços: uma monografia escrita por experiente jurista; uma intervenção cirúrgica realizada por qualificado cirurgião; uma pesquisa sociológica empreendida por uma equipe de planejamento urbano; um ciclo de conferências efetuado por professores; uma exibição de orquestra sinfônica; uma perícia técnica sobre o estado de coisas ou das causas que o geraram”.⁶

“Todos estes serviços se singularizam por um estilo ou por uma orientação pessoal. Note-se que a singularidade mencionada não significa que outros não possam realizar o mesmo serviço. Isto é, são singulares, embora não sejam necessariamente únicos”.⁷ E mais adiante, observa Celso Antônio que na escolha, dentre os de reconhecida competência na matéria, há também “um componente subjetivo ineliminável por parte de quem contrata”.⁸

Destarte, só se pode cogitar de promover licitação se houver viabilidade de competição. E viabilidade não há quando: a) houver singularidade absoluta de objeto ou do ofertante; b) houver singularidade em razão de evento externo ou da natureza íntima do objeto (pluralidade de possíveis prestadores de algo em rigor incotejável, porque necessariamente desigual, incomparável objetiva e antecipadamente).

Inviável a competição, não há que cogitar de licitação. Não incide a regra que, por definição, tem como elemento constitutivo dela, como pressuposto, justamente a possibilidade de disputa, inexistente em face da singularidade do objeto ou do prestador do serviço (singularidade absoluta) ou da singularidade em razão da natureza íntima do objeto.

⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 558.

⁷ *Op. Cit.*, p. 559.

⁸ *Op. Cit.*, p. 569.

Os casos de inexigibilidade de licitação, por que inviável a competição, não são, em rigor, exceções à regra de licitação. Em sendo inviável a competição, não incide a regra⁹ diferentemente do que ocorre com os casos dispensa de licitação, em que a competição é viável, incidindo em princípio a regra, mas facultando a lei que o Administrador Público se decida pela contratação direta, dispensa essa cabível nos casos que a lei contemplar, por expressa previsão constitucional (CR, art. 37, XXI). Destarte, as hipóteses de licitação dispensável (art. 24) constituem exceção à regra da obrigatoriedade do certame, comportando exercício de competência discricionária. Já os casos de inexigibilidade (art. 25) não constituem propriamente exceção à regra, que em rigor não chega a incidir em decorrência da inexistência do pressuposto *viabilidade de competição*.

As hipóteses legais que constituem exceção à regra, constituem *exceção* porque se a lei assim não dispusesse a incidência da regra ocorreria de forma automática e inexorável. Ora, a norma que obriga a realização de licitação incide sempre que a Administração Pública queira firmar contratos, mas desde que haja possibilidade de competição, o que não ocorre diante da singularidade do que se pretende, isto é, do objeto, ou singularidade do ofertante, isto é, da pessoa física ou jurídica a ser contratada. Essa singularidade, que inviabiliza a competição, e que, por essa razão, não enseja a incidência da regra da obrigatoriedade do certame, diz respeito tanto à singularidade absoluta quanto à singularidade decorrente da natureza do objeto.

É essa a razão pela qual são inconfundíveis as hipóteses de *dispensa, relacionadas exhaustivamente* no art. 24 da Lei 8.666/93, e as hipóteses de *inexigibilidade*, cujo rol do art. 25 é meramente exemplificativo. Destarte, se é certo que as hipóteses de *dispensa*, exceções que são à regra da obrigatoriedade da licitação, devem ser interpretadas de forma estrita, os casos de inexigibilidade, que não excepcionam a regra porque ela sequer chega em tese a incidir, são meramente exemplificativos, não comportando interpretação cujo escopo seja a de reduzir-lhes o campo ou ângulo de incidência.

Ora, essa construção teórica quanto aos pressupostos da licitação, essas considerações quanto à singularidade absoluta e *singularidade decorrente da natureza íntima do objeto da contratação*, estão positivadas na Lei 8.666/93, e não podem ser ignoradas pelo seu intérprete, que também não se pode deixar levar por sua eventual antipatia ou discordância do que restou prescrito.

⁹ Ação Penal 348-5/SC, Trib. Pleno. Relator: Min. Eros Grau. Julgamento dia 15.12.2006.

4 Inexigibilidade de licitação e contratação direta por notória especialização

A hipótese contemplada no inciso I do art. 25 é pertinente à *singularidade absoluta (exclusividade de fornecimento; só um possível fornecedor)*; já as hipóteses dos incisos II e III são pertinentes à *singularidade da natureza do serviço desejado* (não obstante a pluralidade de possíveis prestadores). A administração, na hipótese do inciso II, *escolhe* aquele que, dentre os notoriamente especializados, reúna atributos que lhe permita inferir, concluir, *confiar* em que seja superlativamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato; ou, na hipótese do inciso III, *escolhe* um dentre os consagrados pela crítica especializada ou pela opinião pública. E essa *escolha*, nas hipóteses dos incisos II e III implica, inquestionavelmente, exercício de competência discricionária, manifestação de confiança, certo “componente subjetivo ineliminável por parte de quem contrata”.

Em rigor, é equivocado supor que a inexigibilidade de licitação com fundamento no inciso II (ou no inciso III) do art. 25 só se configura quando, além da presença dos pressupostos nela expressamente elencados, houver real impossibilidade absoluta de competição, seja qual for o critério que se possa, em tese, adotar. Em verdade o art. 25 da Lei 8666/93 prescreve ser inexigível a licitação não apenas diante da impossibilidade real absoluta de qualquer competição (como se verifica, exemplificadamente, na hipótese do inciso I), como também prescreve ser inexigível a licitação nas hipóteses dos incisos II e III, contemplando-as, embora sem dizer expressamente, como casos de *inviabilidade de competição legalmente presumida*. É essa, destarte, uma das razões – e que por si só basta – para que se considere despidendo qualquer esforço visando demonstrar a efetiva possibilidade de competição dentre uma pluralidade de possíveis licitantes interessados na contratação, como se bastasse a constatação dessa pluralidade para que, *ipso facto*, a licitação fosse exigível.

Que à lei é possível estabelecer presunções absolutas, *juris et de jure*, não há dúvida alguma. Presunção “*juris et de jure* é aquela que não admite prova em contrário”,¹⁰ diferentemente da denominada presunção *juris tantum*, relativa, em que é admissível prova em contrário. Identificam-se estas, as presunções relativas, quando a lei traz no seu próprio texto a expressão “salvo prova em contrário”, ou outra equivalente.¹¹

¹⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. 6ª edição. Parte Geral, VI. São Paulo: Atlas, 2006, p. 627.

¹¹ VENOSA, Sílvio de Salvo, *op. cit.*, p. 629.

Fixada, pois, a premissa de que a Lei 8666/93, em seu artigo 25, incisos II e III, estabelece hipóteses de inviabilidade de competição legalmente presumida, é irrelevante, repita-se, eventual apontamento de contratações de sofisticados serviços técnico-profissionais elencados no art. 13, com detentores de notória especialização, que tenham sido precedidas de licitação, com o objetivo de demonstrar que competições entre possíveis interessados são de fato viáveis. Essa viabilidade fática em nada prejudica a vigência da norma que cria hipótese de presunção *juris et de jure* de inviabilidade de competição.

Afinal, é evidente a pluralidade de profissionais ou empresas notoriamente especializadas na prestação de quaisquer serviços elencados no art. 13 da Lei 8666/93, assim como a pluralidade de artistas consagrados. Por certo que, na hipótese do inciso II do art. 25 da Lei 8666/93, a contratação de serviços de terceiros que, em tese, poderiam até ser prestados por servidores do quadro de pessoal da entidade governamental interessada, profissionalmente habilitados,¹² só se justifica na medida em que não sejam rotineiros, singelos, e sim complexos o suficiente para recomendar a escolha de profissionais ou empresas não apenas habilitados, mas notoriamente especializados. E o que deles se espera é exatamente uma *criatividade singularizante*, a ser revelada – e que só pode ser revelada – à medida que o objeto do contrato for sendo executado. Pode-se mesmo afirmar que a natureza singular de um serviço é indissociável da sua execução por quem seja detentor de notória especialização, desde que seja complexo o suficiente para recomendar prestador superlativamente qualificado.

Em outras palavras, é equivocado supor que, em face do disposto no *caput* do art. 25 da Lei 8666/93, a inexigibilidade de licitação prevista no inciso II do mesmo artigo só se configura uma vez demonstrada, caso a caso, a real ou efetiva inviabilidade absoluta de qualquer competição, que só decorreria da existência de apenas um possível prestador do serviço desejado pela Administração Pública. Em rigor, presentes os requisitos extraíveis do inciso II do art. 25, a inviabilidade da competição se configura como legalmente presumida, *juris et de jure*, presunção essa que resulta mais do que evidente diante do inciso III do mesmo artigo. Tivesse o art. 25 se limitado ao disposto no *caput*, encerrando-se este com a expressão “inviabilidade de competição”, ou mantida sua redação com o acréscimo apenas no inciso I (exclusividade de fornecimento), a título de exemplificação de hipótese em que mencionada inviabilidade se configuraria, aí

sim a inexigibilidade de licitação estaria restrita à existência de uma única pessoa, física ou jurídica, em condições de satisfazer a necessidade da entidade governamental.

Forçoso pois concluir que a interpretação correta do *caput* do art. 25 reclama considerar, concomitantemente, também o teor, dentre outros dispositivos, dos incisos II e III, como elementos que são para composição do *sistema*.¹³ Com efeito, o raciocínio que, ao contrário, implica interpretação dos incisos II e III só após a prévia, isolada e literal interpretação do *caput*, haverá de desaguar, lógica e inexoravelmente, em resultado exegético inconsistente, qual seja, o da inutilidade, da inaplicabilidade dos referidos incisos, frutos de decisão legislativa que operadores do direito não podem tornar inócua, ainda que compreensivamente preocupados em coibir possíveis abusos na invocação dos mesmos. Possíveis abusos a serem, todavia, apurados caso a caso, e não simples e disfarçadamente negando vigência aos incisos mencionados, a pretexto de interpretá-los draconianamente, revelando, não raras vezes, inadmissível má vontade com o direito posto, admissível sim em escritos de crítica ao direito, mas, repita-se, inadmissível, incompatível com o *estudo e descrição do direito vigente*, objeto a ser conhecido *como é*, e não como o intérprete *gostaria que fosse*.

Destarte, e resumindo, presentes os requisitos legais – *serviço relacionado no art. 13 da Lei 8.666/93; não rotineiro e complexo o suficiente para recomendar, a critério do administrador público, prestador notoriamente especializado* (singularidade relevante); *prestador notoriamente especializado, escolhido pela confiança que inspira; preço compatível com os praticados no mercado* – a contratação direta por inexigibilidade de licitação será juridicamente válida, incensurável.

É isso que ensinam nas mais conceituadas Faculdades de Direito, nos cursos de bacharelado e de pós-graduação, os mais renomados professores; é isso que fazem constar de seus livros e artigos os maiores juristas; é esse o entendimento que prevalece nos Tribunais de Contas, como o do Estado de São Paulo e da União; é essa a jurisprudência dominante de nossos tribunais, inclusive a do Supremo Tribunal Federal; é essa a orientação fixada pelo próprio Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; é isso o que têm proclamado, num uníssono, organizações especializadas em prestar assessoria jurídica a entidades governamentais; é isso o que professam, reunidos em Congressos e seminários, regionais e nacionais, as maiores autoridades na matéria.

¹² MEIRELLES, Hely Lopes, *op. cit.*, p. 90.

¹³ Ver nota de rodapé nº 1.

Destarte, quem quer que, respondendo a questões pertinentes ao inciso II do art. 25 da Lei 8.666/93, para ser avaliado em direito administrativo, afirme que a inexigibilidade de licitação reclama inexistência de profissionais habilitados no quadro de servidores da entidade governamental contratante, exigências não estabelecidas, explícita ou implicitamente, no ordenamento jurídico em vigor, há de ver sua resposta assinalada como errada, e não apenas como umas das respostas sustentáveis.

A propósito, as impostergáveis exigências de *interpretação sistemática*, e de *apreciação do resultado*, impedem que se possa extrair do *caput* do art. 25 da Lei 8.666/93 interpretação que implique tornar inútil, inócuo o disposto no inciso II desse mesmo dispositivo, obstando que com fundamento nele possa haver contratação direta.

Com efeito, a prevalecer o entendimento de que a existência, por exemplo, de advogados no quadro de servidores da entidade governamental obsta, em quaisquer circunstâncias, a contratação direta de serviço de advocacia, mesmo que não rotineiro, incomum, sofisticado e até mesmo inédito, restaria inútil, inaplicável o disposto no art. 25, inciso II, c.c. o art. 13, II, primeira parte, III, e inciso V, simplesmente porque não há uma única entidade governamental de alguma expressão que não tenha advogados, procuradores, em seu quadro de pessoal. E são para essas entidades que se legislou, instituindo-se a admissibilidade de contratações diretas nas hipóteses contempladas.

Já no que concerne ao erro em que alguns poucos insistem em incidir, considerando que a pluralidade de possíveis prestadores de determinado serviço técnico-profissional, também notoriamente especializados, impede a configuração da inviabilidade de competição, emprestando ao termo *inviabilidade* um sentido absoluto, é de relevo observar que seria desnecessária a parte final do inciso II que expressamente dispõe ser “vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação”. Como há, evidentemente, pluralidade de possíveis prestadores desses serviços, essa circunstância já tornaria por si só exigível a licitação. Não haveria então porque proibir, nesses casos, a contratação direta, contratação essa que já resultaria vedada em decorrência da intelecção do *caput* do art. 25. Mas a lógica do dispositivo é exatamente a seguinte: veda-se a inexigibilidade porque sem essa vedação expressa poder-se-ia falar em inexigibilidade não obstante a evidente pluralidade de notórios especialistas em serviços de publicidade e publicação.

Em verdade, a lei proíbe, na hipótese, a contratação direta porque da simples existência de uma pluralidade de possíveis prestadores não decorre a obrigatoriedade da licitação. Sem referida vedação

expressa, também para os mencionados serviços caberia invocar o inciso II para fundamentar contratação direta, por inexigibilidade de licitação, não obstante a pluralidade de possíveis prestadores dos serviços mencionados.

Também milita em abono da tese de que a pluralidade de possíveis prestadores não afasta, por si só, contratação direta com fundamento no inciso II do art. 25, a expressão superlativa “... o mais adequado ...”, que pressupõe logicamente, a toda evidência, uma pluralidade de possíveis executantes do objeto do contrato, dentre os quais a Administração contratante acaba por eleger, discricionariamente, aquele cujo trabalho *prognostique* venha ser o mais adequado.

Também o parágrafo único do art. 25, que se refere tanto ao processo de dispensa quanto ao de inexigibilidade de licitação, faz referência a “escolha de fornecedor ou executante”. Na hipótese do inciso II do art. 25, diante de uma pluralidade de profissionais ou empresas de notória especialização, em condições de executar o serviço (um dentre os relacionados no art. 13), complexo, não usual ou rotineiro, a entidade administrativa interessada há de *escolher* aquele que lhe inspire maior *confiança*, sem prévia licitação em face mesmo da inviabilidade de competição ou, quando menos, da *inviabilidade legalmente presumida*, a exemplo da hipótese do inciso III em que também salta aos olhos a pluralidade de possíveis executantes. Pluralidade essa, repita-se, que em nada prejudica a contratação direta, senão quando se cogita de aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros (art. 25, I). Com efeito, a hipótese do inciso I do art. 25 da Lei 8.666/93 é a única em que a configuração da inexigibilidade está expressamente condicionada à existência, em caráter absoluto, de um só fornecedor, ou seja, do fornecedor *exclusivo*.

São essas, substancialmente, as razões pelas quais consideramos preconceituosas interpretações da Lei 8.666/93 que, nessa matéria – inexigibilidade de licitação –, mal disfarçam inconformismo com o que, em rigor, resultou positivado no diploma legislativo em questão, de maneira obsequiosa mesmo a imperativos de ordem lógica, racional.

Releva notar, por fim, que, não raro, posturas preconceituosas acabam por desaguar em iniciativas até abusivas de alguns integrantes de instituições de controle.

Assim é que afiguram-se nos inadmissíveis Iniciativas marcadas por *intolerância*¹⁴ contra

¹⁴ Ninguém menos que Bobbio, um dos maiores teóricos do Direito da segunda metade do século XX, professa: “O núcleo da ideia de tolerância é o reconhecimento (...), por parte de quem se considera depositário da verdade, do direito ao erro, pelo menos do direito ao erro de boa-fé. A exigência da tolerância nasce

exercentes da advocacia pública que, aos olhos daqueles censores, devem até ser responsabilizados por improbidade pelo simples fato de, emitindo pareceres jurídicos por dever de ofício, o fazem expressando, fundamentadamente, e com lastro em doutrina e jurisprudência respeitáveis, orientação divergente deste ou daquele agente controlador. E tudo como se referidos exercentes da advocacia pública não estivessem ao abrigo da inviolabilidade que lhes confere o art. 133, segunda parte, da Constituição da República, ou de várias disposições do estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994, art. 2º; §3º; 7º; i; 31; §§1º e 2º; 34; VI – presunção de boa-fé) e do Código de Ética, art. 4º, *caput*.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CAMMAROSANO, Márcio. Inexigibilidade de licitação – Conceito e preconceito. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 170, p. 58-65, fev. 2016.

no momento em que se toma consciência da irredutibilidade das opiniões e da necessidade de encontrar um *modus vivendi* (uma regra puramente formal, uma regra do jogo), que permita que todas as opiniões se expressem. Ou a tolerância, ou a perseguição: *tertium nondatur*"

(BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 6ª tiragem. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campos, 2004, p.195).