

INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

Ariosto Mila Peixoto

Introdução

O artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal impôs como regra a obrigatoriedade de licitar, assim:

"Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações".

Para regulamentar o exercício dessa atividade foi então criada a Lei federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, mais conhecida como Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Nos termos do artigo 3º da citada lei, licitação é o procedimento administrativo que visa selecionar a proposta mais vantajosa à Administração, e, nos termos do artigo 2º, licitar é a regra.

Porém, como toda regra possui sua exceção, a presente lei federal também estabelece diferenciações e hipóteses em que a licitação será dispensada, dispensável ou inexigível. A saber:

Exceções:

- artigo 17: licitação dispensada (a lei declarou-a como tal; não se faz licitação);
- artigo 24: licitação dispensável (a Administração pode dispensar se assim lhe convier);
- artigo 25: licitação inexigível (quando houver inviabilidade de competição).

Como o tema aqui tratado é "inexigibilidade de licitação", cuidaremos de analisar apenas a hipótese do artigo 25, inciso I, da Lei federal nº 8.666/93.

Inexigibilidade, no sentido literal do



Dr. Ariosto Mila Peixoto – Quando houver inviabilidade de competição, a contratação direta poderá ser efetivada

JAIR CERVANTES/EDUARDO DEZANI

termo, é aquilo que deixa de ser exigível; não é obrigatório ou compulsório. Jessé Torres Pereira Junior cuida do assunto asseverando que "licitação inexigível equivale a licitação impossível; é inexigível porque impossível; é impossível porque não há como promover-se a competição". Em regra exige-se a licitação, com vistas a obter a proposta mais vantajosa dentro de um universo de competidores.

Quando a Administração visa à aquisição de um bem ou à contratação de um determinado serviço, irá pesquisar no mercado empresas que atenderão a sua necessidade. A aquisição de um equipamento, como por exemplo um aparelho de fac-símile, poderá ser feita por meio de fornecedores múltiplos que comercializam esse tipo de produto. Fabricantes, distribuidores, revendedores e ou-

tros tipos de estabelecimento comercial poderão fornecer à Administração o fac-símile, desde que atendidos os pré-requisitos documentais e as especificações do equipamento.

Portanto, nota-se claramente que o fac-símile é um produto comercializado por um universo amplo de empresas, fato este que justifica a abertura de um procedimento licitatório. Nesse caso, a concorrência obriga a realização do certame para a obtenção da melhor proposta, dentro das regras estabelecidas que guardam a isonomia entre os competidores. A regra, *in casu*, é licitar, pois a escolha de um determinado fornecedor sem o devido procedimento licitatório, favorecendo apenas um dentre muitos, inexoravelmente irá quebrar o equilíbrio da competição, ferindo frontalmente o princípio da isonomia.

Entretanto, quando a Administração necessita adquirir um bem ou contratar um determinado serviço que possui características especiais e especificações ímpares, que apenas

um fabricante ou fornecedor possua, torna-se impossível a realização de licitação, pois o universo de competidores se restringe apenas a um único participante. A regra de licitar para se obter a proposta mais vantajosa dentro de um universo de fornecedores dá lugar a sua exceção de não licitar, pois o objeto assume uma característica de tamanha singularidade que se torna impossível realizar uma competição, em razão de que apenas um fornecedor possui o objeto almejado pela Administração.

A compra de um veículo automotor com características que só poderão ser atendidas por uma determinada empresa, pois apenas ela detém a tecnologia para a sua fabricação, justifica a contratação direta por inexigibilidade de licitação. Há, contudo, de se comprovar a neces-

sidade da utilização daquele bem, sob pena de estar a Administração direcionando a contratação e favorecendo determinado produtor.

Portanto, quando houver inviabilidade de competição, em razão do bem ou serviço possuir singularidade de fornecimento, desde que devidamente comprovada sua exclusividade, a contratação direta poderá ser efetivada.

Legislação específica

A Lei federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, dispõe:

"Artigo 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".

A legalidade da inexigibilidade de licitação

A análise superficial da exclusividade de fornecimento de determinado bem ou prestação de serviço não basta para comprovar a contratação por inexigibilidade de licitação.

Para justificar a contratação direta, deverão ser atendidos os seguintes requisitos:

1) *Justificativa da solicitação* - A Administração, ao solicitar a aquisição do bem, deverá comprovar que sua utilização é indispensável à execução de seus serviços, vedada qualquer preferência de marca ou fabricante. Apenas aquele bem ou produto específico irá satisfazer as necessidades da Administração.

Como afirma Celso Antonio Bandeira de Mello, "só se licitam bens homogêneos, intercambiáveis, equivalentes. Não se licitam coisas desiguais".

Mesmo que existam bens e serviços diversos, mas apenas um deles com características que o diferencia dos demais, estará configurada a inviabilidade de competição.

2) *O produto deverá ser único e o fornecedor exclusivo* - O inciso I do artigo 25 da Lei nº 8.666/93 dispõe: "Para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo...". Um produto deve ser havido como singular quando nele interferir um componente, estilo, capacidade ou qualidade de quem o produz. É

o que ocorre quando os conhecimentos científicos, tecnologia, organização e experiência do produtor influem diretamente no produto, impregnando sua específica individualidade e habilitação pessoal.

Nessa esteira, não basta que o produto seja singular, mas também que o fornecedor seja único. Um *software* ou equipamento sem similares no mercado, produzidos por empresa que os comercializa mas também os distribui para um ou vários representantes deixam de ser exclusivos.

3) *Comprovação da exclusividade* - Conforme traz a lei: "...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..., pelo sindicato, federação ou confederação patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes".

O produto singular poderá ser único ou exclusivo sem, contudo, ser levado à apreciação de sindicato, federação ou entidade equivalente. Ocorre que o texto da lei assim estabeleceu a forma de comprovação que deverá ser obedecida. O instrumento que comprovará a exclusividade deverá ser expedido em papel próprio, timbrado, pelo sindicato, federação ou confederação patronal, ou por entidades equivalentes como associações que controlam e fiscalizam as atividades das empresas, devidamente autenticado e com prazo de validade em vigor.

4) *Pesquisa de mercado* - Alguns órgãos ou unidades administrativas adotam, supletivamente, pesquisa de mercado com produtos similares ao que será contratado, para estabelecer parâmetros de preço, evitando o superfaturamento. A adoção da presente medida é prevista em lei no artigo 26, parágrafo único, inciso III, da Lei nº 8.666/93. Entretanto, se o produto for único, de fornecedor exclusivo e sem similares no mercado, torna-se impossível pesquisa de mercado para justificativa do preço, pois a inexistência de outro bem parecido ou semelhante inviabiliza a confrontação de preços preconizada pela lei.

Portanto, a contratação direta efetivada pela Administração Pública, com fundamento no artigo 25, *caput*, da Lei federal nº 8.666/93, caracterizando a inexigibilidade de licitação, aumenta a celeridade do processo de contratação e pode ser concluída com sucesso nos termos e limites da lei, desde que obedecidos as determinações e os ditames do Estatuto Federal das Licitações. ❖

Ariosto Mila Peixoto é advogado, ex-presidente da Comissão Permanente de Licitação e atual diretor de Materiais e Patrimônio da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo.

❖ LEGISLAÇÃO



EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 27, DE 21 DE MARÇO DE 2000

Acrescenta o art. 76 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, instituindo a desvinculação de arrecadação de impostos e contribuições sociais da União.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º É incluído o art. 76 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, com a seguinte redação:

"Art. 76. É desvinculado de órgão, fundo ou despesa, no período de 2000 a 2003, vinte por cento da arrecadação de impostos e contribuições sociais da União, já instituídos ou que vierem a ser criados no referido período, seus adicionais e respectivos acréscimos legais. (AC)

§ 1º O disposto no *caput* deste artigo não reduzirá a base de cálculo das transferências a Estados, Distrito Federal e Municípios na forma dos arts. 153, § 5º; 157, I; 158, I e II; e 159, I, *a e b*, e II, da Constituição, bem como a base de cálculo das aplicações em programas de financiamento ao setor produtivo das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste a que se refere o art. 159, I, *c*, da Constituição. (AC)

§ 2º Excetua-se da desvinculação de que trata o *caput* deste artigo a arrecadação da contribuição social do salário-educação a que se refere o art. 212, § 5º, da Constituição" (AC).

Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 21 de março de 2000.
Mesa da Câmara dos Deputados