

INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO COM ARRIMO NO ART. 25, INC. I, DA LEI FEDERAL Nº 8.666/93. HIPÓTESE DE CONTRATAÇÃO DIRETA LIMITADA À COMPRA DE BENS

SP, 7/10/2011

Como se infere da leitura do inc. I do art. 25 da [Lei federal nº 8.666/93](#), o afastamento da licitação, com arrimo nesse dispositivo, é possível apenas “para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo”, ou seja, destina-se apenas e tão somente à compra de bens, conforme conceito que consta do inc. III do art. 6º da norma supramencionada.

Não se permite ao administrador público, portanto, com fulcro no supramencionado dispositivo legal, a contratação de prestação de serviços seja qual for a sua natureza.

Esclareça-se que, por meio de inexigibilidade de licitação, a contratação de serviços somente é permitida em caso de configuração de inviabilidade fática de competição, cujo ajustamento terá como arrimada o *caput* ou naquelas situações em que se preenchem as condições impostas no inc. II, ambos dispositivos constantes do artigo estudado.

Ilustrando nossa assertiva, sobre o tema ventilado manifestou a Advocacia Geral da União – AGU, por meio da [Orientação Normativa nº 15](#), de 1º.4.09, que sedimenta o referido entendimento, abaixo colacionado:

“A contratação direta com fundamento na inexigibilidade prevista no art. 25, inc. I, da [Lei nº 8.666](#), de 1993, é restrita aos casos de compras, não podendo abranger serviços”.

Observa-se, no âmbito das contratações públicas, que a Administração Pública utiliza, equivocadamente, o inc. I do art. 25 da [Lei nº 8.666/93](#) para a contratação de serviços de empresas que detêm a exclusividade na sua execução (no caso de prestação de assistência técnica autorizada) em determinado perímetro, comprovado por dado documento, a exemplo de uma declaração de exclusividade.

Nesse caso, as referidas contratações devem ter como fulcro o *caput* do artigo supramencionado e não o seu inc. I, uma vez que, como salientado, tal hipótese de inexigibilidade não abarca a contratação da prestação de serviços.

Sobre o tema, não é diferente o entendimento doutrinário, mais bem professado pelo saudoso jurista Diogenes Gasparini, que ensina, *in verbis*:

“Ainda caberia perguntar: nessa hipótese de inexigibilidade só se enquadra aquisição de bens? A resposta é positiva. Contudo, é certo que pode haver situações em que determinados serviços são prestados por um único empresário. A inexigibilidade, no entanto, não será com base no inciso I, mas no *caput* do art. 25 do Estatuto federal Licitatório. Assim há de ser, já que esse inciso só prevê a hipótese para a aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros (bens de modo geral) que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo. Nada prescreve em relação a serviços. Dessarte, se não incluirmos no *caput* a contratação de serviços, quando somente um empresário pode prestá-los, a licitação será imprescindível, o que é um absurdo, e, se a fundarmos no inciso I, ela será ilegal, pois estaremos ampliando a hipótese de inexigibilidade” (*Direito Administrativo*, 16ª ed., Saraiva, São Paulo, 2011, p. 610).

Da mesma forma se manifestou o Ministro do eg. Tribunal de Contas Benjamin Zymler, *in verbis*:

“O *caput* do art. 25 abarca todos os casos de contratação direta em virtude de inviabilidade de competição não abrangidos pelos incs. I, II e III. Entre as hipóteses abarcadas pelo dito *caput*, existem as que decorrem de exclusividade não classificável no inc. I do art. 25. Se a hipótese de inviabilidade de licitação de que se cuida decorre da exclusividade, nada mais natural que a Administração, objetivando melhor fundamentar o seu posicionamento pela contratação direta, exija o correspondente atestado” (*Direito Administrativo e Controle*, 2ª ed., Belo Horizonte, Fórum, 2010, p. 70).

Acerca do tema desenvolvido é a manifestação do eg. Tribunal de Contas da União, em decisão que vale a pena colacionar:

“9.9. determinar ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica que: (...) 9.9.2. restrinja a inexigibilidade fundamentada no art. 25, inc. I, da Lei nº 8.666/93 somente para os casos de compras, não devendo ser abrangidos, portanto, serviços, bem como abstenha-se de contratar diretamente empresa para a prestação de serviço que (conquanto concernente a equipamento ou material que forneça com exclusividade) possa ser prestado por empresas concorrentes” ([Acórdão nº 1512/04](#) – Plenário).

Nesse caso, observe-se que a declaração de exclusividade acaba por gerar uma inviabilidade fática de competição, impedindo o confronto de competidores aptos a prestar o serviço pretense, na medida em que apenas um particular pode executá-lo, sob pena de alguma repercussão negativa no interesse público envolvido na execução do objeto, como, por exemplo, a perda de garantia

de um contratado, cuja manutenção seja realizada por uma empresa não credenciada.

Assim, tendo em vista que o inc. I do art. 25 da [Lei federal nº 8.666/93](#) destina-se apenas e tão somente à aquisição de bens em que a licitação é inexigível, quando o objeto do ajustamento versar sobre contratação de serviços executados por empresas que detêm a exclusividade na sua prestação, deve a Administração arrimar as contratações no *caput* do art. 25, ou, se for o caso, no inc. II da [Lei federal nº 8.666/93](#), fato que reveste de legalidade a referida avença, afastando-se, ainda, futuros questionamentos empreendidos pelos órgãos de controle interno e externo.

Por Aniello dos Reis Parziale – Advogado, membro do Corpo Jurídico da NDJ