

**PRISCILA MARIA MOREIRA NOVA DA COSTA**

**SUBCONTRATAÇÃO NOS PROCESSOS ORIUNDOS DE  
INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO**

**BRASÍLIA**

**2010**

**PRISCILA MARIA MOREIRA NOVA DA COSTA**

**SUBCONTRATAÇÃO NOS PROCESSOS ORIUNDOS DE  
INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO**

Monografia apresentada como requisito para a conclusão do curso de bacharelado em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais – FAJS – do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. André Puppim

**BRASÍLIA**

**2010**

*Agradeço ao professor André Puppim pelas discussões e orientações sempre pertinentes.*

*Agradeço aos meus colegas de trabalho pelas incansáveis discussões acerca do tema.*

*Agradeço aos meus avós pelo incentivo e credibilidade.*

*Agradeço aos meus amigos que sempre estiveram comigo durante essa jornada.*

*Por fim, agradeço à minha mãe pelo apoio e confiança depositada durante os 5 anos de faculdade.*

## **RESUMO**

O presente trabalho é uma pesquisa sobre a subcontratação nos processos oriundos de inexigibilidade de licitação. A licitação é o procedimento legal para as aquisições da Administração Pública, conforme determina a Constituição Federal. Dentro da licitação, destacam-se as hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação. Nos casos de inexigibilidade, a competição torna-se inviável. A partir dessa inviabilidade, discute-se a possibilidade de subcontratação em que pode revelar a viabilidade de competição. Analisando os precedentes citados, encontra-se a controvérsia do tema, possibilitando diversas interpretações dos renomados doutrinadores brasileiros e principalmente do Tribunal de Contas da União. Ao final, percebe-se que elastecer a aplicação da lei dentro do instituto da licitação, pode acabar por infringir os princípios constitucionais, normas imprescindíveis a todo e qualquer ato da Administração Pública.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Licitação. Administração Pública. Princípios. Contratação direta. Inexigibilidade de licitação. Subcontratação. Viabilidade de competição.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	6
<b>1. A LICITAÇÃO E SEUS PRINCÍPIOS</b> .....	8
<b>1.1 Os Princípios Constitucionais e seus correlatos na Licitação Pública</b> .....	11
1.1.1 <i>Moralidade</i> .....	12
1.1.2 <i>Legalidade</i> .....	14
1.1.3 <i>Isonomia</i> .....	15
1.1.4 <i>Impessoalidade</i> .....	16
1.1.5 <i>Publicidade</i> .....	17
1.1.6 <i>Eficiência</i> .....	18
1.1.7 <i>Da vinculação ao instrumento convocatório</i> .....	19
1.1.8 <i>Do julgamento objetivo</i> .....	20
<b>2. DAS CONTRATAÇÕES DIRETAS NA LICITAÇÃO PÚBLICA</b> .....	22
2.1 Diferenças entre Licitação Dispensada e Dispensável .....	24
2.2 A Inexigibilidade de Licitação .....	28
2.2.1 <i>Aquisição de materiais por fornecedor exclusivo</i> .....	32
2.2.2 <i>Contratação de serviços técnicos com profissionais especializados</i> .....	33
2.2.3 <i>Contratação de profissional do setor artístico através de empresário exclusivo</i> .....	34
2.3 A discricionariedade do Poder Público na Inexigibilidade de Licitação .....	36
<b>3. SUBCONTRATAÇÃO NOS PROCESSOS ORIUNDOS DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO</b> .....	38
3.1 Subcontratação na contratação direta .....	44
3.2 Subcontratação na Inexigibilidade de licitação .....	46
<b>CONCLUSÕES</b> .....	50
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	52

## INTRODUÇÃO

O tema tratado neste trabalho versa sobre a subcontratação nos processos oriundos de inexigibilidade de licitação, analisando, em seu contexto geral, as hipóteses reais e legais dessa modalidade de licitação, buscando descrever e compreender, através de pesquisa doutrinária e análises jurisprudenciais, a complexidade do tema.

A Administração Pública é o conjunto de órgãos que tem como finalidade atender as necessidades da sociedade, primando sempre para o interesse público.

Contudo, o Estado não tem capacidade para, sozinho, atender a todas as necessidades públicas. É nesse ponto que entram as licitações, instituto indispensável para a Administração Pública no que diz respeito às compras, alienações e serviços.

Com isso, a regra geral é que as contratações sejam precedidas de licitação. Todavia, há os casos previstos em lei em que o legislador, primando pela agilidade e eficiência, prevê o afastamento do certame, dando margem às contratações diretas, consubstanciadas nas hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação.

Acerca dessas hipóteses é que se extrai o problema central analisado neste trabalho: será possível a subcontratação nas hipóteses de inexigibilidade de licitação?

O capítulo primeiro tem o propósito de apresentar os princípios atinentes à licitação, normas constitucionais que devem ser observadas nos atos da Administração

Pública, a fim de garantir o necessário equilíbrio entre os atos dos agentes públicos e as prerrogativas da Administração.

O segundo capítulo trata dos casos de contratação direta, onde se verá as diferenças entre licitação dispensável, dispensada e inexigível, bem como o rol das hipóteses de inexigibilidade e a sua principal característica: a inviabilidade de competição.

Por fim, no terceiro e último capítulo, será abordado a discussão central deste trabalho, onde se discutirá, através de jurisprudências e pesquisas, a possibilidade de subcontratação na contratação direta, notadamente na inexigibilidade, trazendo os casos em que a subcontratação nesta última modalidade, na qual não há viabilidade de competição, pode se constituir numa contradição elementar. A partir disso, será abordada as situações fáticas que levam ao entendimento de que a subcontratação pode nos levar à conclusão de que a licitação estava, a todo tempo, travestida de legalidade.

## 1. A LICITAÇÃO E SEUS PRINCÍPIOS

Inicialmente não se pode falar em princípios atinentes à licitação sem antes repisar o conceito de licitação e de Administração Pública.

A Administração Pública é uma das funções do Estado que tem por objetivo direto e imediato o atendimento das necessidades coletivas de atos concretos, sob o termo e condições da Lei.<sup>1</sup>

Segundo Hely Lopes Meirelles, a Administração Pública divide-se em dois sentidos, o objetivo subjetivo:

Em sentido formal, a Administração Pública, é o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo; em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral; em acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços do próprio Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade. Numa visão global, a Administração Pública é, pois, todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de seus serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas.<sup>2</sup>

Maria Sylvia Zanella Di Pietro conceitua a Administração Pública como:

Em sentido objetivo, material ou funcional, a administração pública pode ser definida como a atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve, sob regime jurídico de direito público, para a consecução dos interesses coletivos.

[...]

---

<sup>1</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 59.

<sup>2</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.59.



Em sentido subjetivo, formal ou orgânico, pode-se definir Administração Pública, como sendo o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado.<sup>3</sup>

Dessa forma, em sentido material é a atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve. E, em sentido formal, é o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas que exercem as atividades administrativas.<sup>4</sup>

Uma das mais importantes atividades da Administração Pública é a licitação. É cediço que o Estado não possui capacidade para, sozinho, conduzir todas as necessidades públicas, e, é por isso, que se faz necessário ressaltar a importância do papel desempenhado pela Administração em seus procedimentos licitatórios, conduzidos pela Lei Federal 8.666/93.

O artigo 37 da Constituição Federal, em seu inciso XXI, ressalta a importância da licitação para a Administração Pública, uma vez que é através de suas entidades estatais e autárquicas que realiza obras e serviços, faz compras e aliena bens.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

XXI - 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.

Assim, para a realização destas ações da Administração Pública, se faz necessário um procedimento seletivo prévio, a licitação. É através desta seleção que a

---

<sup>3</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 61/62.

<sup>4</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 61/62.

Administração convoca, mediante condições por ela estipuladas, empresas interessadas na apresentação de propostas para obras, compras, alienações e serviços.

Entende-se como licitação o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública abre uma seleção a todos os interessados, de acordo com o instrumento convocatório, para formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais pertinente para a celebração do contrato.<sup>5</sup>

Celso Antônio Bandeira de Mello define que a licitação é:

[...] um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às convenções públicas. Estriba-se na idéia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preenchem os atributos e aptidões necessárias ao bom cumprimento das obrigações que se propõe assumir.<sup>6</sup>

Nas palavras de Odete Medauar, licitação pode ser, também, entendida como:

Licitação, no ordenamento brasileiro, é processo administrativo em que a sucessão de fases e atos leva à indicação de quem vai celebrar contrato com a Administração. Visa, portanto, a selecionar quem vai contratar com a Administração, por oferecer proposta mais vantajosa ao interesse público. A decisão final do processo licitatório aponta o futuro contratado.<sup>7</sup>

A licitação objetiva garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, de maneira a assegurar oportunidade igual a todos os interessados e possibilitar o comparecimento ao certame ao maior número possível de concorrentes.<sup>8</sup> Está diretamente ligada aos princípios,

---

<sup>5</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 468.

<sup>6</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 466.

<sup>7</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 205.

<sup>8</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 208.

haja vista ser estes as diretrizes de todo e qualquer ato da Administração, garantindo à toda sociedade a legalidade da atuação do Estado.

### **1.1 Os Princípios Constitucionais e seus correlatos na Licitação Pública**

De início, há que se ressaltar a importância da análise dos princípios, pois estes servem como vetores para guiarem toda a atuação da Administração pública, garantindo à sociedade que o Estado se valerá de normas constitucionais para a realização de atos.<sup>9</sup>

Tais princípios são como normas das atividades da Administração Pública. São essas normas que regem os órgãos e entes da administração direta e indireta nas suas atividades. Representam papel relevante nesse ramo do direito, permitindo à Administração e ao Poder Judiciário estabelecer o necessário equilíbrio entre os direitos dos administrados e as prerrogativas da Administração.<sup>10</sup>

Nas palavras de Miguel Reale, princípios são:

[...] enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. Cobrem, desse modo, tanto o campo da pesquisa pura do Direito quanto o de sua atualização prática.<sup>11</sup>

A Administração ao selecionar particulares para a prestação de serviços, não poderá nunca se abster da observação destes princípios, haja vista que estes não se tratam apenas de uma questão moral, mas mais ainda de uma questão legal.<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Licitação e seus princípios na Jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999. p.7.

<sup>10</sup> MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Licitação e seus princípios na Jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999. p. 7/9.

<sup>11</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva. 2006. p. 303.

<sup>12</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva. 2006. p. 303/304.

Parte destes princípios já se encontram consubstanciado no art. 37 da Constituição Federal, sendo eles legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Outros, por sua vez, são normas específicas da licitação.

Além disso, a Lei Federal 8666/93 que trata da licitação e dos contratos administrativos traz uma diversidade de princípios a serem observados pela Administração, na consecução de seus atos, sendo considerado um dos dispositivos de maiores destaque na Lei, *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 lhe são correlatos.

A partir dessas explicitações, analisar-se-á alguns dos princípios fundamentais na aplicabilidade da Lei de Licitações, tais como o da moralidade, legalidade, isonomia, publicidade, do julgamento objetivo e vinculação ao instrumento convocatório.

### *1.1.1 Moralidade*

Instituído pela Constituição de 1988 como um dos princípios norteadores da Administração Pública, o princípio da moralidade é também de suma importância para a licitação pública, vez que está ligado à ética e a moral, preceitos necessários aos atos praticados pela Administração Pública.<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. p. 200.

O princípio da moralidade impõe ao administrador público o dever de agir com probidade, lealdade e boa-fé para com os licitantes, bem como de acordo com as regras da boa administração.<sup>14</sup>

Tal princípio significa que o procedimento licitatório terá de ocorrer de acordo com condutas éticas, o que impõe aos licitantes e à Administração agir com estrita obediência às regras do certame, como também com honestidade e lealdade.<sup>15</sup>

Ainda nessa esteira, para o Ministro Ivan Luz por ser a inexigibilidade um procedimento onde o administrador tem que se valer de uma devida cautela, se faz necessário que sua conduta siga as diretrizes legais e morais que regulam a atividade administrativa, “para que não prolifere a corrupção estimulada pelas preferências imotivadas.”<sup>16</sup>

Alexandre de Moraes explica o referido princípio da seguinte forma:

[...] pelo princípio da moralidade administrativa, não bastará ao administrador o estrito cumprimento da estrita legalidade, devendo ele, no exercício de sua função pública, respeitar os princípios éticos de razoabilidade e justiça, pois a moralidade constitui, a partir da Constituição de 1988, pressuposto de validade de todo ato da administração pública.<sup>17</sup>

Nesse sentido, da mesma forma que a moral comum é imposta a todo e qualquer cidadão para sua conduta perante a sociedade<sup>18</sup>, a moral administrativa é também imposta ao agente público para a realização de seus atos juntamente com a Administração Pública, visando sempre o bem comum.

---

<sup>14</sup> GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 10.

<sup>15</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 476.

<sup>16</sup> Apud FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação Direta sem Licitação: Modalidades, Dispensa e Inexigibilidade de Licitação*. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2004. p. 190.

<sup>17</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: 1999. p. 193.

<sup>18</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: 1999. p. 193.

### 1.1.2 Legalidade

A legalidade como princípio da Administração, significa dizer que o administrador público está, em toda a sua atividade administrativa, submetido à Lei e suas formalidades normativas, bem como às exigências do bem comum, não podendo deles se afastar, sob pena de praticar ato ilícito.<sup>19</sup>

É a subordinação da atividade administrativa às normas gerais de direito, devendo o administrador se utilizar apenas do que a Lei autorizar. Dessa forma, só é lícita a atividade do administrador se esta estiver de acordo com o dispositivo na Lei.<sup>20</sup>

No que tange às licitações, os agentes públicos são os principais subordinados à Lei Federal 8666/93, não podendo, de forma alguma, descumprir as normas e as condições do edital, ao qual está estritamente vinculada.<sup>21</sup>

José dos Santos Carvalho Filho ao explicar a importância do princípio da legalidade nas licitações, leciona que:

[...] o administrador observe as regras que a lei traçou para o procedimento. É a aplicação do devido processo legal, segundo o qual se exige que a Administração escolha a modalidade certa; que seja bem clara quanto aos critérios seletivos; que só deixe de realizar a licitação nos casos permitidos na lei; que verifique, com cuidado, os requisitos de habilitação dos candidatos, e, enfim, que se disponha a alcançar os objetivos colimados, seguindo os passos dos mandamentos legais.<sup>22</sup>

---

<sup>19</sup> MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Licitação e seus princípios na Jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999. p.16.

<sup>20</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 84.

<sup>21</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 84.

<sup>22</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. p. 200.

No entanto, a aplicabilidade desse princípio nos casos de subcontratação nos processos de inexigibilidade de licitação é algo ainda difícil de se definir, haja vista que devido as lacunas e peculiaridades da Lei nesse assunto, bem como o subjetivismo de cada agente público, a interpretação acaba sendo de forma diferenciada. É a partir desse ponto que se discute a legalidade ou não da subcontratação nas contratações diretas.

### *1.1.3 Isonomia*

Também conhecido como princípio da igualdade, este princípio garante a igualdade de direitos a todos os participantes do procedimento licitatório. É a garantia de um tratamento igualitário a todos os concorrentes do certame sem nenhum tipo de privilégio ou preferência.<sup>23</sup>

Visa a eliminação de discriminações, distinções de tratamento ou condições capazes de frustrar a competição entre os licitantes devendo todos receber o mesmo tratamento da Administração pública.<sup>24</sup>

É de fundamental importância nas licitações públicas, uma vez que o ponto central do processo licitatório é a escolha da proposta mais vantajosa para a administração pública. Tal escolha deve ser dada de forma imparcial vedando qualquer tipo de privilégio em relação aos demais licitantes.<sup>25</sup>

No entanto, nos casos de subcontratação, este princípio coloca-se de forma relativa a cada caso não significando dizer que há total liberdade no procedimento licitatório.

---

<sup>23</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. p. 200.

<sup>24</sup> MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Licitação e seus princípios na Jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999. p.137.

<sup>25</sup> MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Licitação e seus princípios na Jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999. p.137.

### 1.1.4 Impessoalidade

Consagra-se neste princípio, a idéia de que todos os atos da Administração Pública serão tratados de forma isonômica garantido a todos os administrados o mesmo tratamento, sem qualquer tipo de favoritismo ou privilégio.<sup>26</sup>

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, este princípio diz o seguinte:

No princípio da impessoalidade se traduz a idéia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimntosas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O princípio em causa é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia.<sup>27</sup>

Todavia, nas palavras de Diógenes Gasparini, este princípio é visto por duas vertentes. Há quem entenda que o princípio da impessoalidade nada mais é que o próprio princípio da isonomia, haja vista ter este princípio a garantia de nenhum tipo de privilégio perante os outros participantes. A outra vertente é a de que essa preposição é o próprio princípio da finalidade, uma vez que determina ao administrador que pratique o ato, exclusivamente pra o seu fim legal.<sup>28</sup>

No entanto, é cediço dizer que o referido princípio coaduna-se com o princípio da isonomia<sup>29</sup>, onde impõe que todo e qualquer ato ou escolha da administração pública há de ser dada de forma impessoal sem nenhuma discriminação de qualquer natureza ou privilégio de pessoa.

---

<sup>26</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 474.

<sup>27</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 96.

<sup>28</sup> GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 9.

<sup>29</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p.306.



No ramo das licitações, a escolha da melhor proposta não deverá, de maneira alguma, ser escolhida em razão de identidade, função ou prestígio. A impessoalidade indica que a decisão do julgador independa de sua identidade.<sup>30</sup>

### *1.1.5 Publicidade*

Elencado no art. 37 da Constituição Federal, o princípio da publicidade é de grande valia para a Administração, uma vez que todos os seus atos serão publicados, afastando, assim, qualquer possível tentativa de ilegitimidade na conduta dos agentes administrativos.<sup>31</sup>

Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho, o princípio da publicidade é de grande valia uma vez que:

[...] indica que os atos da Administração devem merecer a mais ampla divulgação possível entre os administrados, e isso porque constitui fundamento do princípio propiciar-lhes a possibilidade de controlar a legitimidade da conduta dos agentes administrativos. Só com a transparência dessa conduta é que poderão os indivíduos aquilatar a legalidade ou não dos atos e o grau de eficiência de que se revestem.<sup>32</sup>

É de grande importância para os procedimentos licitatórios, pois segundo José dos Santos Carvalho Filho “a licitação deve ser amplamente divulgada, de modo a possibilitar o conhecimento de suas regras a um maior número possível de pessoas.”<sup>33</sup>

---

<sup>30</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2000.

<sup>31</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. p. 17.

<sup>32</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. p. 21.

<sup>33</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.p. 201.

Sendo assim, a publicidade deve estar presente em todos os atos e fases da licitação, garantindo aos concorrentes o acompanhamento do que está ocorrendo nas etapas do processo, bem como a certeza de que o certame está revestido de atos legítimos e legais.<sup>34</sup>

Ademais, tal princípio traz grandes benefícios para a Administração, uma vez que quanto maior a publicidade no procedimento licitatório, maior será o número de interessados e conseqüentemente maiores serão as possibilidades de boas propostas para o certame.<sup>35</sup>

### *1.1.6 Eficiência*

Entende-se por eficiência todo e qualquer ato que seja prestado com qualidade, presteza e perfeição. É “o modo pelo qual se processa o desempenho da atividade administrativa; a idéia diz respeito, portanto, à conduta dos agentes”.<sup>36</sup>

Para a Administração Pública, o princípio da eficiência refere-se ao bom desempenho do agente da administração, do qual se espera a melhor atuação possível em suas atribuições, bem como ao modo de organização e estruturação para alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.<sup>37</sup>

Alexandre de Moraes leciona o referido princípio como:

[...]o que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e

<sup>34</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 306/307.

<sup>35</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. p. 201.

<sup>36</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. p. 23.

<sup>37</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 83.

morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar desperdícios e garantir uma maior rentabilidade social.<sup>38</sup>

José Dos Santos Carvalho filho vai além, acrescenta que este princípio não visa só à eficiência nos serviços públicos, como também deve ser observado em relação “à moderna tecnologia e aos métodos hoje adotados para obter a qualidade total da execução das atividades a seu cargo”.<sup>39</sup>

No campo das Licitações Públicas, o princípio da eficiência deverá ser aplicado pelo administrador na sua forma de atuação, principalmente para a contratação de obras, compras e serviços, na qual deverá se atentar sempre à melhor proposta, a fim de evitar desperdícios para os recursos públicos.

#### *1.1.7 Da vinculação ao instrumento convocatório*

A Lei Federal 8666/93 em seu art. 41 dispõe que “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”. Nesse caso, o edital torna-se Lei entre as partes.<sup>40</sup>

O edital é o instrumento o qual leva ao conhecimento de toda a sociedade a abertura de um novo certame, fixando suas regras, normas e condições. Como bem conceitua Marçal Justen Filho, o edital nada mais é que “o fundamento de validade dos atos praticados no curso da licitação”.<sup>41</sup>

---

<sup>38</sup> MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 799.

<sup>39</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. p. 22.

<sup>40</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2000. p. 417.

<sup>41</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2000. p. 417.

Mauro Roberto Gomes de Mattos assim explica esse princípio:

[...] o princípio da ampla acessibilidade às concorrências públicas, como especificação do princípio da isonomia, tem como instrumento complementar a exigência do certame como forma de contratação, contidas as exigências das normas do edital, que, como “lei entre as partes”, deve guardar correspondência com a razoabilidade e a finalidade, buscando sempre a investidura da melhor proposta ou serviço.<sup>42</sup>

Este princípio submete tanto a Administração Pública licitante como os interessados na licitação, os proponentes, pois estes não podem deixar de observar os termos e condições do edital.<sup>43</sup>

É de clareza solar a importância deste princípio, uma vez que por ele evita-se a modificação de regras, critérios do certame, como também evita qualquer tentativa de violação à moralidade e a probidade administrativa.<sup>44</sup>

Ainda nessa temática, caso não seja respeitado esses termos e condições do instrumento convocatório, como por exemplo, deixar de apresentar documentação exigida, serão os proponentes desclassificados e receberão, de volta, lacrado, sua proposta.<sup>45</sup>

### 1.1.8 Do julgamento objetivo

Corolário ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, o princípio do julgamento objetivo assegura que o julgamento das propostas há de ser feito com base nos critérios e normas fixados no edital.<sup>46</sup>

---

<sup>42</sup> MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Licitação e seus princípios na Jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999. p. 146/147.

<sup>43</sup> GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 437.

<sup>44</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. p. 202.

<sup>45</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 308.

Este princípio está consignado no art. 44 da Lei de Federal de licitações e contratos, onde explica que “no julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou no convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei”. Ainda nessa linha de pensamento, o art. 45 da mesma lei complementa que:

Art. 45 O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

Dessa forma, os critérios adotados para o julgamento das propostas devem seguir estritamente as regras do edital, evitando-se qualquer subjetivismo ou intromissão de agentes da administração.<sup>47</sup>

Para as Licitações Públicas, tal princípio é de grande importância, uma vez que “a objetividade demonstra sempre uma importância, pois retira da comissão julgadora discricionariedade de escolher licitante que descumpra norma contida no edital, mesmo que a proposta seja menor do que as das demais concorrentes”.<sup>48</sup>

---

<sup>46</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. p. 202.

<sup>47</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 476.

<sup>48</sup> MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Licitação e seus princípios na Jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999. p. 149.

## 2. DAS CONTRATAÇÕES DIRETAS NA LICITAÇÃO PÚBLICA

Como visto anteriormente, o artigo 37 da Constituição Federal traz em seu inciso XXI a obrigatoriedade de licitação para os contratos de obras, serviços, compras e alienações, como também para a concessão e permissão de serviços públicos, onde garante a igualdade de condições a todos os participantes.<sup>49</sup>

Juntamente com a Constituição Federal está a Lei Federal 8666/93 que determina, também, em seu artigo 1º, a obrigatoriedade de licitação. Referida Lei estabelece que os três poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além dos órgãos da Administração indireta, como os fundos especiais, autarquias, fundações públicas, empresas pública, sociedade de economia mista e demais entidades controladas, estarão submetidas ao regime da licitação.<sup>50</sup>

Entretanto, a mesma Lei que torna obrigatória a licitação traz as exceções à essa obrigatoriedade, hipóteses em que a licitação deixa de ser obrigatória seja por não compatibilizar com o rito, seja pela demora do processo licitatório.<sup>51</sup> Tais hipóteses estão contidas nos artigos, 17, I e II, 24 e 25 da referida Lei Federal, e são elas, licitação dispensada, licitação dispensável e licitação inexigível, respectivamente.

---

<sup>49</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 310.

<sup>50</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 310.

<sup>51</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. p. 205.

Nesses casos, a Administração Pública não tem a responsabilidade de licitar. A licitação acaba prejudicando o certame devida a particularidade de cada exceção como melhor se verá adiante.

Para melhor entendermos o assunto, necessário se faz a leitura das palavras de Athayde Fontoura, onde explica que:

Entendeu, portanto, o legislador haver casos em que a licitação não pode ser aplicada, pois não é o caminho para alcançar a proposta mais vantajosa, em decorrência da impossibilidade jurídica de competição entre contratantes, quer pela natureza específica do negócio, quer pelos objetivos sociais da administração.<sup>52</sup>

Dessa forma, mesmo sendo a regra, a obrigatoriedade da licitação para obras, serviços, compras e alienações da Administração Pública, há algumas situações previamente estabelecidas pela Lei Federal, onde a regra de licitar cede espaço às razões onde revelam nítido interesse público.<sup>53</sup>

Todavia, há que se falar que essa exceção à obrigatoriedade de licitar não significa inaplicação dos princípios que orientam a atividade administrativa, nem caracteriza sua livre atuação. Na contratação direta, “o administrador está obrigado a seguir um procedimento administrativo determinado, destinado a assegurar (ainda nesses casos) a permanência dos princípios jurídicos fundamentais”.<sup>54</sup>

Como melhor explica Jorge Ulysses Jacoby Fernandes:

---

<sup>52</sup> FONTOURA FILHO, Athayde. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*. Belo Horizonte: 2003, p. 8161.

<sup>53</sup> FERNANDES, Jorge Ulysses Jacoby. *Contratação Direta sem Licitação: Modalidades, Dispensa e Inexigibilidade de Licitação*. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2004. p. 178.

<sup>54</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2000. p. 24.

a contratação direta sem licitação é uma permissão especial concedida pelo legislador à Administração, tendo sido recomendado pelo Tribunal de Contas da União que se constituísse sempre em exceção, a fim de que a regra prevalecesse.<sup>55</sup>

O objetivo da Lei é de evitar fraudes nas hipóteses de Licitação dispensável, dispensada e inexigível. O art. 89 da Lei Federal 8.666/93 estabelece que constitui crime deixar de observar as formalidades pertinentes à inexigibilidade e à dispensa de licitação. Por isso é que deverá estar devidamente comprovada e documentada a presença dos requisitos legais que autorizam a contratação direta.<sup>56</sup>

## 2.1 Diferenças entre Licitação Dispensada e Dispensável

A discussão entre as diferenças entre licitação dispensada e licitação dispensável, não é, ainda, unanimidade no sistema jurídico brasileiro.<sup>57</sup> Entretanto, necessário se faz explicar o conceito destas modalidades para depois discutirmos suas diferenças.

As hipóteses de licitação dispensada estão elencadas no artigo 17, I e II da Lei Federal 8666/93, e se referem a alguns casos específicos de alienação de bens públicos, e está sempre condicionada à existência de interesse público.

Nessa modalidade de licitação não há a possibilidade de se obter um procedimento competitivo, haja vista a licitação já ser dispensada pela própria Lei, não

---

<sup>55</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação Direta sem Licitação: Modalidades, Dispensa e Inexigibilidade de Licitação*. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2004. p. 671.

<sup>56</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação Direta sem Licitação: Modalidades, Dispensa e Inexigibilidade de Licitação*. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2004. p. 190.

<sup>57</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação Direta sem Licitação: Modalidades, Dispensa e Inexigibilidade de Licitação*. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2004. p. 191.



cabendo, assim, nenhuma discricionariedade do administrador para querer a realização do certame.<sup>58</sup>

Abordando sobre o tema de licitação dispensada, Diógenes Gasparini assim escreveu:

[...] licitação dispensada é a ocorrência na realidade da hipótese legal em que a Administração Pública está liberada de licitar por expressa determinação dessa lei. Em tais situações, não cabe à Administração Pública qualquer ato, medida ou procedimento para liberar-se da licitação, pois essa lei já determina sua dispensa.<sup>59</sup>

Depreende-se, assim, que a referida modalidade já está prevista na Lei Federal de Licitações, não podendo de forma alguma ser liberada por qualquer ato ou medida superveniente. Sua modalidade já garante a dispensa do certame.<sup>60</sup>

Já na licitação dispensável, a competição entre os concorrentes configura-se viável, porém a licitação torna-se inconveniente devido aos valores norteadores da atividade administrativa, podendo acarretar grandes prejuízos aos interesses coletivos e individuais.<sup>61</sup>

Nesta, entrega-se às autoridades competentes a decisão para dispensar ou não o certame.<sup>62</sup> A Administração Pública tem a faculdade de fazer ou não a licitação quando a Lei estabelecer que o caso é de dispensa.

---

<sup>58</sup> PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 196.

<sup>59</sup> GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 507.

<sup>60</sup> GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 507.

<sup>61</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2000. p. 233.

<sup>62</sup> PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 196.

Isso ocorre porque, em determinados casos, surgem circunstâncias especiais, previstas em Lei, que facultam a não realização da licitação pelo administrador, que em princípio era imprescindível.

Entretanto, mesmo havendo hipótese em que a Lei autoriza a dispensa do procedimento licitatório, a Administração pode decidir por fazer o certame se este for conveniente ao interesse público.<sup>63</sup>

Suas hipóteses estão dispostas no artigo 24 da Lei Federal de licitações e, constituem um rol taxativo, ou seja, “a administração só poderá dispensar-se de realizar a competição se ocorrer uma das situações previstas na Lei Federal”.<sup>64</sup>

Pode-se observar que nessa modalidade de licitação dispensável, existe para a Administração Pública, certa discricionariedade já que ela pode decidir de acordo com as circunstâncias se dispensa ou não a competição. Assim, a Administração poderá escolher pela licitação ou pela dispensa, atentando-se sempre ao interesse público.<sup>65</sup>

Porém, ressalte-se que para aplicar a dispensa de licitação, deverá as circunstâncias de o caso concreto enquadrar-se no dispositivo legal, preenchendo todos os requisitos. Logo, “não é permitido qualquer exercício de criatividade ao administrador, encontrando-se as hipóteses de licitação dispensável previstas expressamente na Lei”.<sup>66</sup>

---

<sup>63</sup> PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 259.

<sup>64</sup> PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 259.

<sup>65</sup> PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 259.

<sup>66</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação Direta sem Licitação: Modalidades, Dispensa e Inexigibilidade de Licitação*. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2004. p. 289.

Para a escolha dessa modalidade de licitação, é de suma importância a justificativa que comprove a sua conveniência, atentando-se sempre para o interesse social público. Sendo assim, a Administração não pode por qualquer motivo escolher pela dispensa do certame, ela precisa ser oportuna, sob todos os aspectos, para o Poder Público.

No entanto, existe uma pequena distinção entre os artigos 17 e 24 da Lei Federal de Licitações. No primeiro, não há a possibilidade de licitação, a própria Lei já dispensa o procedimento licitatório. Já no segundo a Administração faculta ao administrador a escolha pela licitação ou pela dispensa.<sup>67</sup>

Grandes são as discussões acerca dessas diferenças. Para Marçal Justen Filho, não há que se falar nessa distinção. Em suas palavras:

[...] não se afigura procedente a distinção, a nosso ver. Em ambos os casos, o legislador autoriza contratação direta. Essa autorização legislativa não é vinculante para o administrador. Ou seja, cabe ao administrador escolher entre realizar ou não a licitação.<sup>68</sup>

Contudo, para Jorge Ulisses Jacoby, diferentes são essas modalidades, onde:

A principal distinção entre licitação dispensada, tratada no art. 17, e as dispensas de licitação, estabelecidas no art. 24, repousa no sujeito ativo que promove a alienação, figurando no primeiro caso a Administração, no interesse de ceder parte do seu patrimônio, vender bens ou prestar serviços e, nos casos do art. 24, a situação é oposta, estando a Administração, como regra, na condição de compradora ou tomadora de serviços. Outro aspecto distintivo entre licitação dispensada e dispensável é o fato de que, em princípio, na primeira não é necessário observar as formalidades do art. 26 da Lei nº 8666/93, significando, com isso, simplificação. Assim, conquanto esse artigo seja bom orientador para salvaguardar o gestor, não é obrigatório seu pontual acatamento, exceto em se tratando de licitação dispensada, regulada pelos §§ 2º e 4º do art. 17. Na dispensa de licitação, ao

---

<sup>67</sup> PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 196.

<sup>68</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2000. p. 233.

contrário, com a ressalva dos incisos I e II do art. 24, é sempre obrigatório acatar as formalidades instituídas no art. 26 da Lei de Licitações.<sup>69</sup>

Portanto, observando as explicações de Marçal Justen Filho e Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, é cediço a que não há grande diferença entre as duas modalidades, uma vez que as duas modalidades tratam da dispensa de licitação. No entanto, a única diferença é que na licitação dispensada não há a faculdade de escolha pela licitação, ela já é determinada na própria Lei. Já na dispensável, o legislador nos dá a oportunidade de decidir ou não peça dispensa, mesmo se tratando de hipóteses, também, já elencadas na Lei.<sup>70</sup>

## 2.2 A Inexigibilidade de Licitação

Definida na Lei Federal de Licitação como outra modalidade de contratação direta, a inexigibilidade se aplica quando não há viabilidade de competição entre os ofertantes. Como diz o próprio artigo 25 da mencionada lei, “é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição”.

Por Inexigibilidade entende-se haver casos em que a licitação não poderá ser aplicada, seja por haver um só ofertante para a execução do contrato, seja porque fazia jus às peculiaridades no objeto contratual requerido pela Administração Pública.<sup>71</sup>

Para melhor entender a Inexigibilidade, faz-se necessário as palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro que ao explicar a diferença entre Inexigibilidade e Dispensa, assim expõe:

---

<sup>69</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação Direta sem Licitação: Modalidades, Dispensa e Inexigibilidade de Licitação*. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2004. p. 191.

<sup>70</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação Direta sem Licitação: Modalidades, Dispensa e Inexigibilidade de Licitação*. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2004. p. 192.

<sup>71</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação Direta sem Licitação: Modalidades, Dispensa e Inexigibilidade de Licitação*. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2004. p. 529.

A diferença básica entre as duas hipóteses está no fato de que, na dispensa, há possibilidade de competição que justifique a licitação; de modo que a lei faculta a dispensa, que fica inserida na competência discricionária da Administração. Nos casos de inexigibilidade, não há possibilidade de competição, porque só existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração; a licitação é, portanto, inviável.<sup>72</sup>

Como visto, na Inexigibilidade não há a discricionariedade do agente público para decidir sobre a realização da licitação ou não. O administrador se vê obrigado a não realizar, vez que por existir só um objeto, ou só uma pessoa que atenda aos requisitos da futura contratação, não há, dessa forma, a competição.

Diógenes Gasparini ao falar da inexigibilidade, assim explica:

[...] a inexigibilidade da licitação é a circunstância de fato encontrada na pessoa que se quer contratar, ou com quem se quer contratar, que impede o certame, a concorrência; que impossibilita o confronto das propostas para os negócios pretendidos por quem, em princípio está obrigado a licitar, e permite a contratação direta, isto é, sem a prévia licitação.<sup>73</sup>

Sendo assim, mesmo que a Administração desejasse optar pela licitação, esta seria inviável, devida a ausência de ofertantes, de propostas para o caso em questão. Logo, se não há concorrentes, não tem competição e conseqüentemente, não tendo competição não haverá a licitação.<sup>74</sup>

Entende-se que a inviabilidade de competição “ocorre em casos em que a necessidade estatal apresenta peculiaridades que escapam aos padrões de normalidade”. Ou

---

<sup>72</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 310.

<sup>73</sup> GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 542.

<sup>74</sup> GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 542.

seja, o objeto a ser contratado pela Administração escapa da normalidade seja pela natureza específica do objeto, seja pelos objetivos sociais da administração.<sup>75</sup>

Dessa forma, conclui-se que para contratar com a Administração mediante inexigibilidade de licitação, há que se ficar comprovada, acima de tudo, a inviabilidade de competição.<sup>76</sup> O próprio Tribunal de Contas da União, em seus acórdãos vem ressaltando a importância da comprovação da inviabilidade de competição para a caracterização da inexigibilidade:

REPRESENTAÇÃO. CONTRATAÇÃO DIRETA IRREGULAR. INSTRUÇÃO DE PROCESSO DE DISPENSA, INEXIGIBILIDADE E RETARDAMENTO. PROCEDIMENTO DE PESQUISA DE PREÇO. MULTA. DETERMINAÇÕES.

1. Deve ser observada a necessidade de instruir o processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento com a razão da escolha do fornecedor, a justificativa de preço e o documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados, atentando-se ainda para o cumprimento do princípio da motivação dos atos administrativos.

2. Deve ser estabelecido procedimento padronizado de pesquisa de preços, em que seja exigido o mínimo de três propostas e completo detalhamento da proposta pelo fornecedor, em conformidade com o solicitado e deve haver vinculação entre o valor indicado na proposta e o efetivamente contratado.

**3. Deve-se abster de contratar por inexigibilidade de licitação quando houver viabilidade de competição.<sup>77</sup>**

Segundo o artigo 25 da Lei Federal de Licitações, essa anormalidade proporcionada pela inexigibilidade, pode se dar por existir apenas um fornecedor exclusivo

<sup>75</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2000. p. 278.

<sup>76</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2000. p. 271.

<sup>77</sup> TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Representação nº 006.026/2004-7. Segunda Câmara. Rel. Min. Benjamin Zymler. Brasília, data de julgamento 13 de fevereiro de 2007. Data de publicação 15 de fevereiro de 2007.

para o objeto em questão, pela necessidade de contratar serviços técnicos especializados, executados por profissionais de notória especialização ou, ainda, para a contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrada pela crítica especializada ou pela opinião pública.

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.

§ 1º 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.

§ 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

Diferentemente da licitação dispensável, onde as hipóteses são taxativas, na qual só pode ocorrer a dispensa da licitação nas situações previstas no artigo 24, a inexigibilidade é de natureza mais exemplificativa do que taxativa, haja vista a possibilidade

de ocorrer outras situações não previstas no artigo 25, mas que se enquadrem no conceito básico.<sup>78</sup>

Com isso, outras hipóteses de contratação direta por inexigibilidade poderão ser praticadas, mesmo que não explicitadas dentro dos três incisos. Contudo, deverá ser observada pelo administrador, a real impossibilidade de qualquer outro modo de competição, prevalecendo sempre a discricionariedade e o bom senso.

### *2.2.1 Aquisição de materiais por fornecedor exclusivo*

Trata-se aqui de casos em que o produto deverá ser único e o fornecedor exclusivo. O inciso I do artigo 25, nos informa que nesses casos específicos de exclusividade, o legislador restringiu somente aos casos de compras. “Serviços e obras não foram abrangidos nessa hipótese, sendo pacífica a jurisprudência a respeito”.<sup>79</sup>

No entanto, as aquisições de materiais por fornecedor exclusivo é um tema polêmico devido às dificuldades na comprovação da exclusividade do fornecedor. Para a contratação de determinado produto através da inexigibilidade, faz-se necessária a sua comprovação de exclusividade.<sup>80</sup>

O Tribunal de Contas da União já determinou aos órgãos e entidades “que adotem medidas cautelares visando a assegurar a veracidade das declarações prestadas pelos órgãos e entidades emitentes”. Essa medida evita que os administradores da licitação

---

<sup>78</sup> PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 275/276.

<sup>79</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação Direta sem Licitação: Modalidades, Dispensa e Inexigibilidade de Licitação*. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2004. p. 556.

<sup>80</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação Direta sem Licitação: Modalidades, Dispensa e Inexigibilidade de Licitação*. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2004. p. 573/574.



desrespeitem os princípios da legalidade e isonomia, não beneficiando alguns licitantes em detrimento de outros.<sup>81</sup>

### 2.2.2 Contratação de serviços técnicos com profissionais especializados

Inserida no artigo 25 da Lei Federal de Licitação como uma das formas de Inexigibilidade, essa contratação de serviços técnicos com profissionais especializados exige que os profissionais possuam notório saber ou especialização. Tal especialização, “são os tipos de serviços que, para a sua execução, demandam do executor além da sua normal habilitação técnica e profissional, conhecimentos profundos na área de atuação”.<sup>82</sup>

Nesse caso, somente é possível a contratação por inexigibilidade, se os profissionais possuírem, de fato, a notória especialização do conteúdo<sup>83</sup>, a fim de classificá-los como o único profissional habilitado para tal contrato. Não havendo essa classificação, não há que se falar em inviabilidade de competição.

Jorge Ulisses Jacoby, acerca deste dispositivo, assim se manifestou:

Somente é possível realizar a contratação sem licitação, com base na notória especialização do contratado, quando houver inviabilidade de competição configurando-se simultaneamente a singularidade do objeto e a notoriedade na execução do serviço específico desejado. A subcontratação pode implicar na revelação da viabilidade de competição.<sup>84</sup>

Outro ponto de extrema relevância acerca desse inciso é a contratação de serviços advocatícios pela Administração Pública. O Tribunal de contas da União tem se

<sup>81</sup> Apud PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 303.

<sup>82</sup> GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 547.

<sup>83</sup> PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 302.

<sup>84</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Vade-Mécum de Licitações e Contratos*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 396.

pronunciado no sentido de que tais serviços só poderão ser contratados por inexigibilidade quando se tratar de causas especiais.

[...] jurisprudência tem sido pacífica no sentido de que as contratações de serviços advocatícios devem ser precedidas do competente certame licitatório, admitindo-se sua dispensa somente em ocasiões e condições excepcionalíssimas, quando o serviço a ser contratado detenha inequívocas características de inédito e incomum, jamais rotineiro e duradouro.<sup>85</sup>

Porém, essa capacidade intelectual necessária para esse tipo de contratação torna-se muito complexa, uma vez que uma ou outra pessoa pode ser mais especializada em determinada matéria, o que não desmerece o caráter e o conhecimento atribuído a mesma.

### *2.2.3 Contratação de profissional do setor artístico através de empresário exclusivo*

O último dispositivo acerca da inexigibilidade trata da contratação de atividades artísticas, sendo determinado pela Lei que o artista seja consagrado.

No entanto, existe certa fungibilidade nesse tipo de contratação, uma vez que o legislador tratou de valorizar o talento e a técnica de cada artista acima de qualquer aspecto. Assim, o conceito de consagração torna-se relativo, haja vista que determinado artista pode ser conceituado em certa região e em outra nem tanto.

Há que se ressaltar que a contratação de um artista, através da inexigibilidade, isto é, da inviabilidade de competição, é realizada devido o seu talento, na qual somente o artista é capaz de realizar. Dessa forma, seria totalmente irregular a sua

---

<sup>85</sup> Apud PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 299.

subcontratação, uma vez que subcontratando outro artista, com as mesmas características, haveria assim a viabilidade de competição, tornando exigível a licitação.<sup>86</sup>

A fim de exemplificar essa hipótese de inexigibilidade, segue um caso do Tribunal de Contas da União que assim se manifestou:

AUDITORIA. CERIMONIAL DO MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. ÁREA DE LICITAÇÃO E CONTRATOS. RESTRIÇÃO AO CARÁTER COMPETITIVO AO DEFINIR O OBJETO E AO UTILIZAR O CRITÉRIO DO MENOR PREÇO GLOBAL. NÃO DEFINIÇÃO DOS ITENS E DOS PREÇOS ACERTADOS EM CONTRATOS. PAGAMENTO CONTINUADO DE FATURAS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. DISPENSA IRREGULAR DE LICITAÇÃO. ASSUNÇÃO DE SERVIÇOS E CUSTOS DE SERVIÇOS CONTRATADOS. ACEITAÇÃO, COMO GARANTIA EM CONTRATO, DE CESSÃO DE DIREITO DE TDAS PELO VALOR DE FACE. AUSÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO DE CONTRATO. PAGAMENTO DE SERVIÇO NÃO PREVISTO. ADJUDICAÇÃO À LICITANTE QUE APRESENTOU O MAIOR PREÇO. FRACIONAMENTO DE DESPESAS. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. NÃO DEFINIÇÃO, NO EDITAL, DO CRITÉRIO DE ACEITABILIDADE DE PREÇO. NÃO DESCLASSIFICAÇÃO DE PROPOSTA COM COTAÇÕES DE PREÇOS EM MOEDA ESTRANGEIRA. MULTA. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA EXTINÇÃO DE CONTRATO. DETERMINAÇÃO. JUNTADA ÀS CONTAS. - LICITAÇÃO DE OBJETO DE NATUREZA DIVISÍVEL. CONSIDERAÇÕES.

Sobre a aquisição de objetos para presentes confeccionados em prata e em pedras brasileiras, (...), pois, a meu ver, a mesma encontra amparo no inciso III do art. 25 da Lei nº 8.666/93, que reza que é inexigível a licitação "para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública". A Lei neste caso não estabelece (...) que devam ser apresentados documentos que comprovem que se trata de único fornecedor, até porque a existência de mais de um fornecedor pressupõe que os produtos adquiridos são manufaturados, passíveis de comparação com outros de mesma finalidade, circunstância inconcebível para objetos de arte. Conforme observa o Professor Marçal Justen Filho, em seu livro *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*: "A atividade artística consiste em uma emanção direta da personalidade e da criatividade humanas. Nessa medida, é impossível verificar-se identidade de atuações".<sup>87</sup>

<sup>86</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação Direta sem Licitação: Modalidades, Dispensa e Inexigibilidade de Licitação*. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2004. p. 616.

<sup>87</sup> TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Relatório de Auditoria nº 003.499/1999-5. Plenário. Rel. Min. Guilherme Palmeira. Brasília, data de julgamento 11 de junho de 2001. Data de publicação 9 de agosto de 2001.

Assim, no caso de inexigibilidade, o agente público precisará ficar restrito às suas hipóteses, de modo que a exceção não passe a ser a regra geral. Não poderá o administrador fugir da obrigatoriedade de licitar ampliando demais os termos e requisitos que autorizam a contratação direta.

Dessa forma, é possível concluir que a contratação direta não deverá ser sempre a regra, é preciso observar os ditames da Lei Federal de Licitações, bem como os princípios norteadores da Licitação, primando sempre pelo interesse público.

### **2.3 A discricionariedade do Poder Público na Inexigibilidade de Licitação**

Entende-se por discricionariedade, a liberdade concedida aos agentes públicos para agirem de acordo com o que julgarem oportuno e conveniente diante de determinada situação.<sup>88</sup> Tal discricionariedade, no entanto, não poderá pautar-se em diretrizes particulares, mas sim direcionadas à melhor satisfação do interesse público.

Contudo, embora a administração pública detenha esse poder discricionário, não está ela totalmente livre, já que a própria lei impõe limitações. É a partir daí que se diz, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que “a discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei”.<sup>89</sup>

No que se refere às contratações diretas, mais especificamente à inexigibilidade, o administrador deve ter muita cautela ao tornar inexigível uma licitação, haja vista os limites impostos para tal discricionariedade, podendo o mesmo ser punido, não

---

<sup>88</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. p. 35.

<sup>89</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 204.

somente por contratar diretamente, como também por deixar de observar os requisitos exigíveis para tais processos.<sup>90</sup>

Na inexigibilidade, há também a característica do rol exemplificativo na Lei, que oferece certa margem de fungibilidade nas decisões e escolhas da Administração<sup>91</sup>, bem como as situações nas quais é possível a inexigibilidade, tornando visível a discricionariedade.

Todavia, por haver essa certa margem de discricionariedade, o administrador deve ter muito senso e cautela ao decidir pela inexigibilidade, não dando margem a interpretações e decisões que coloquem a legalidade do procedimento licitatório em discussão.<sup>92</sup>

Ademais, existem casos de maiores complexidades, onde a aplicação da norma se torna mais difícil e complexa, gerando calorosos debates e entendimentos controvertidos, podendo o administrador ser questionado acerca da legalidade de suas decisões.

---

<sup>90</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 204.

<sup>91</sup> PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 275-276.

<sup>92</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2000. p. 579.

### **3. SUBCONTRATAÇÃO NOS PROCESSOS ORIUNDOS DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO**

O artigo 72 da Lei Federal de Licitações trata da subcontratação da seguinte forma: “O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração”.

Entende-se por subcontratação, a transferência a terceiros de parte ou de todo o objeto da contratação. A empresa contratada repassa a terceiro partes da obra ou do serviço que lhe foi contratado pela Administração, sem se abster das responsabilidades oriundas do contrato.<sup>93</sup>

No entanto, não se pode falar aqui em transferência total do contrato. A subcontratação tem que ser parcial, sem o trespasse dos encargos contratuais, sem a liberação do contrato original pelo sucontratante e com prévia aprovação da Administração.<sup>94</sup>

Há que se inferir do artigo 72 que a regra geral é a de que o contratado não pode subcontratar. Todavia há uma excepcionalidade na qual o contratado poderá proceder com a subcontratação desde que esta seja em parte e, ainda, que seja de acordo com o previsto no contrato e no ato convocatório.

---

<sup>93</sup> PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 692-693.

<sup>94</sup> PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 692-693.

Nessa esteira, há que se ressaltar, no entanto, que tal medida deverá ser dotada de viabilidade e satisfatoriedade. A subcontratação só será admitida se for ela conveniente para a Administração, bem como para execução do contrato.<sup>95</sup>

Ainda na Lei Federal de Licitações, o artigo 78, inciso VI, trata sobre as limitações da subcontratação:

Art. 78 – Constituem motivo para rescisão do contrato:

[...]

VI – a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato.

Todavia, percebe-se que há certa contradição do artigo 72 que permite apenas a subcontratação parcial, dentro dos limites adotados pela Administração e o artigo 78, VI, que inclui a subcontratação parcial e total entre as hipóteses de rescisão do contrato.<sup>96</sup>

Em outras palavras, Athayde Fontoura Filho também entende pela contradição ao dizer que “tanto a lei admite, como pune, por intermédio da rescisão contratual, a subcontratação realizada sem autorização expressa do edital e do contrato.”<sup>97</sup>

À primeira vista, o artigo 72 faz remissão a subcontratação de apenas partes do objeto, vedando, assim, a subcontratação total. Contudo, o artigo 78, VI, impõe como motivo pra rescisão do contrato, a subcontratação total ou parcial, não admitidas no edital e no contrato.

<sup>95</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2000. p. 567.

<sup>96</sup> MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. 9 ed. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora Ltda, 2002. p. 497.

<sup>97</sup> FONTOURA FILHO, Athayde. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*. Belo Horizonte: 2003, p. 8172.

Assim, se este último artigo faz remissão à subcontratação total do objeto, há que se concluir que este é consentido pela Administração, caso contrário não estaria elencado nas hipóteses de rescisão contratual. Daí a diversidade de discussões sobre o assunto.

Entretanto, o Tribunal de Contas da União, já se manifestou contrariamente à essa tese:

REPRESENTAÇÃO FORMULADA POR SINDICATO. POSSÍVEIS IRREGULARIDADES PRATICADAS PELO FNDE. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS E AQUISIÇÃO DE BENS DE INFORMÁTICA SEM LICITAÇÃO. SERVIÇO DE NATUREZA CONTÍNUA. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA DE PREÇO. OBJETO DESCRITO DE FORMA GENÉRICA E ABRANGENTE. PAGAMENTO POR SERVIÇOS ALHEIOS AO OBJETO CONTRATUAL. REALIZAÇÃO DE SUBCONTRATAÇÃO. COBRANÇA DE TAXA DE ADMINISTRAÇÃO EM NOTAS DAS EMPRESAS SUBCONTRATADAS. MAJORAÇÃO INDEVIDA DE PREÇOS. MULTA. DETERMINAÇÃO. - DISPENSA DE LICITAÇÃO. CONSIDERAÇÕES.

[...]

No entanto, a subcontratação total não é permitida em qualquer caso, pois o art. 72 da Lei nº 8.666/93 dispõe que o contratado poderá, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, subcontratar partes da obra. O próprio responsável admite existir corrente doutrinária que entende ser vedada a subcontratação quando tiver como objeto serviços de caráter pessoal, mas argumenta que a subcontratação não careceu de sustentação jurídica, pois não vislumbrava impedimento legal para sua aceitação. Entretanto, no caso específico do art. 24, inciso XIII, como já exposto no subitem 3.1.1.2 e bem ressalta o Professor Jorge Ulisses, o objetivo maior é prestigiar a finalidade da instituição por meio do trabalho dessa. Assim, a subcontratação no caso, não tinha amparo legal pois é ínsito à contratação com base no art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93 que os serviços só poderiam ser executados pela contratada.<sup>98</sup>

Ainda nessa linha, por se tratar de tema onde não se possui um entendimento pacificado pela doutrina brasileira, formou-se duas correntes sobre o assunto. A

<sup>98</sup> TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Representação nº 006.260/1999-3. Plenário. Min. Rel. Humberto Souto. Brasília, data de julgamento 10 de julho de 2000. Data de publicação 28 de junho de 2000.



primeira versa sobre a legalidade dessa subcontratação e a outra sobre a ilegalidade deste mesmo instituto.<sup>99</sup>

Sobre a ilegalidade, Jessé Torres Pereira Júnior é firme ao afirmar que os contratos por serem *intuitu personae*, ou seja, contratos que não podem ser executados por outra pessoa, são inadmissíveis a subcontratação. Isso porque, se foi feito um certame habilitando tal empresa, não há que se falar em subcontratação de outra.<sup>100</sup>

Ademais, existem princípios e regras jurídicas que impõem à Administração Pública que execute o contrato de acordo com o vencedor qualificado no certame e não subcontratando terceiro que sequer participou da licitação.<sup>101</sup> Jessé Torres Pereira Júnior explica com clareza essa imposição, ao dizer que “a contratada, ao demonstrar, ainda como licitante, na fase de habilitação preliminar, sua qualificação técnica, fé-lo relativamente à sua, e não de terceiro à sua escolha”.<sup>102</sup>

Quanto à legalidade deste instituto, há os que afirmam que ao subcontratar outra empresa, está o contratante, em alguns casos, garantindo à Administração maiores vantagens para a execução do contrato, seja pela subcontratação garantir maior eficiência, como, por exemplo, melhores produtos, melhores técnicos, ou ainda por garantir maior celeridade, dando, assim, maior agilidade à execução do contrato.

Lúcia Valle Figueiredo ao defender essa corrente afirma que “as subcontratações também devem ser vistas, com parcimônia pela Administração Pública e

---

<sup>99</sup> MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. 9 ed. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora Ltda, 2002. p. 497.

<sup>100</sup> PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 717.

<sup>101</sup> PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 717.

<sup>102</sup> PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 693.

desta dependência para sua existência”<sup>103</sup>, ou seja, a Administração tem sempre que visar se tal subcontratação será viável e satisfatória à mesma.

Ainda nessa esteira, Marçal Justen Filho pondera que mesmo havendo terceiro estranho à licitação que possa mudar o conteúdo do contrato, para ele “admite-se a variação e a discordância entre o conteúdo do contrato e o resultado da licitação, desde que se respeitem limites e princípios jurídicos fundamentais”.<sup>104</sup>

O Tribunal de Contas da União, no acórdão 153/2002 da relatoria do Ministro Augusto Sherman Cavalcanti, trata de evidenciar a complexidade do tema:

LEVANTAMENTO DE AUDITORIA. SECRETARIA DE INFRA-ESTRUTURA DO ESTADO DE ALAGOAS. OBRAS E SERVIÇOS DE COMPLEMENTAÇÃO E MELHORIA DOS RECURSOS HÍDRICOS DA REGIÃO DO AGRESTE E SERTÃO ALAGOANO. IRREGULARIDADES NA LICITAÇÃO E NA CONTRATAÇÃO. OBJETO LICITADO DE FORMA NÃO PARCELADA. CONTRATAÇÃO DE DUAS OBRAS MEDIANTE UM SÓ PROCESSO LICITATÓRIO. SUB-ROGAÇÃO DE PARTE DO CONTRATO. INDÍCIOS DE FUGA À LICITAÇÃO. RAZÕES DE JUSTIFICATIVA DE UM RESPONSÁVEL ACATADAS. REJEIÇÃO DAS RAZÕES DE JUSTIFICATIVA DE OUTRO RESPONSÁVEL. MULTA. INSCRIÇÃO DO RESPONSÁVEL NO CADIN APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO. - SUB-ROGAÇÃO DE CONTRATO. CONSIDERAÇÕES.

[...]

Isso posto, voltemos ao exame da legalidade da sub-rogação em tela, para registrar, inicialmente, que quando a contratada cede ou transfere sua posição a terceiro, significa que a Administração está firmando um novo contrato, efetuando uma nova contratação, em razão do caráter intuitu personae dos contratos.

[...]

**Em outras palavras, admitir a hipótese de cessão ou transferência da posição da contratada dentro de um contrato administrativo, significa ignorar o princípio constitucional que rege as contratações da Administração Pública, consignado no inciso XXI do art. 37 de nossa Carta Magna, bem como fere o disposto no art. 2º da Lei nº 8.666/93, verbis:**

[...]

<sup>103</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle; FERRAZ, Sérgio. *Dispensa de Licitação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 62.

<sup>104</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p 774.

Ouçamos os ensinamentos de Jessé Pereira Torres Júnior (in Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública - Renovar -RJ: 3ª Ed., pp78/79) ao comentar o inciso VI do art. 78 da Lei nº 8.666/93, verbis:

‘ o fato de o texto referir-se a subcontratação e cessão totais mereceu, na vigência do Decreto - Lei nº 2.300/86, que as fazia igualmente, severa reprovação doutrinária, que inquinava de inconstitucional a disposição partindo da premissa de que a lei não poderia admiti-las, fosse quanto à execução ou ao contrato, sem malferir o princípio da igualdade e próprio dever geral de licitar, já que a transferência total carrega, implícita, a idéia de que o contratado poderia repassar para terceiro, que sequer participara do certame, a execução do contrato ou este mesmo, em sua integralidade. Jamais nos pareceu que fosse esta a intenção do texto revogado, como não será a da lei nova. Ao referir-se ‘a subcontratação da execução do contrato e à cessão deste em caráter integral, o decreto-lei, antes, e a lei, agora, almejavam e querem, tão só, prevenir-lhes a ocorrência, para dizer que se, conquanto desautorizadas, acontecerem, constituirão motivo para rescisão do contrato (e, pois, ineficácia do subcontrato ou da cessão). As normas não pretendiam, com a alusão, admitir que o edital ou o contrato pudesse prever a subcontratação e a cessão totais. Apenas acautelaram-se para que tal hipótese não ficasse alheia à consequência prevista para a subcontratação e a cessão parciais, que é a mesma coisa: rescisão do contrato’.

[...]

‘A Administração tem a faculdade de autorizar a subcontratação de obra, serviço ou fornecimento, em parte, nunca total (a despeito do que possa parecer, pelo inciso VI do art. 78), desde que tal possibilidade esteja prevista no edital e no contrato. Mesmo em relação às partes subcontratada, o contratado permanece com suas responsabilidades perante à Administração (art. 72)’.

[...]

Portanto, só nos resta concluir que a Lei nº 8.666/93, com suas posteriores alterações, veda a cessão ou transferência da posição da contratada no âmbito dos contratos administrativos. Observe que essa vedação decorre da ausência de fundamentação legal para o uso de tal instituto, independente do objeto a ser sub-rogado, ou seja, ela atinge a cessão ou transferência, quer da totalidade, quer de parte do objeto contratado.’

[...]

**2.14 Deve, também, ser considerado outro possível argumento em prol da admissibilidade, que foi abordado com igual competência, na mesma instrução:**

**‘O que se poderia argumentar a favor dessa sub-rogação no âmbito dos contratos administrativos é a agilidade que o uso de tal instituto propiciaria à Administração Pública, considerando-se os custos de uma nova licitação, o prazo razoável requerido para o seu término e as consequências, muitas vezes danosas, da interrupção na prestação dos serviços ou execução das obras.’<sup>105</sup>**

Conclui-se no trecho transcrito que o Ministro- Relator, ao mesmo tempo que discorda com a subcontratação alegando ser uma violação aos princípios constitucionais

<sup>105</sup> TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Relatório de Levantamento de Auditoria nº 004.440/2001-4. Plenário. Rel. Min. Augusto Shreman Cavalcanti. Brasília, data de julgamento 24 de abril de 2002. Data de publicação 10 de maio de 2002.

da Administração Pública, também reconhece, posteriormente, a hipótese em que o uso de tal instituto seria mais eficiente e econômico, ratificando, assim, a complexidade do tema.

Desse modo, para que haja a subcontratação, deverá a Administração, analisando caso a caso, averiguar se será ela conveniente e eficiente para a execução do contrato e, principalmente, garantir os interesses fundamentais da licitação.

### **3.1 Subcontratação na contratação direta**

Como visto anteriormente, a mesma Lei que torna obrigatória a Licitação para os contratos, de obras, serviços, compras, concessões e permissões com a Administração, traz também exceções à essa obrigatoriedade, são as chamadas contratações diretas.<sup>106</sup>

Para a Administração, a contratação direta é como uma espécie de concessão criada pelo legislador, em que deve ser cuidadosamente analisada para que não haja qualquer tipo de fraude ou ilegalidade.

Também, nas contratações diretas, há grandes discussões acerca da subcontratação. Se nos procedimentos licitatórios normais o tema já é bastante discutido, nas contratações diretas ele se torna ainda mais complexo, haja vista suas peculiaridades.<sup>107</sup>

Na dispensa e na inexigibilidade de licitação, não há que se falar em procedimento licitatório, uma vez que a própria Lei dispensa a concorrência, seja por só haver uma única empresa para a execução do contrato, seja porque as peculiaridades do objeto dispensa o certame. Logo, não se pode falar em subcontratação de terceiro para a realização do contrato, uma vez que há a violação dos próprios requisitos da contratação direta.

---

<sup>106</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 310.

<sup>107</sup> PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 694.

Para melhor entendermos o assunto, segue um caso do Tribunal de contas da União, onde expõe a irregularidade da subcontratação nas contratações diretas:

REPRESENTAÇÃO FORMULADA POR EQUIPE DE AUDITORIA. IRREGULARIDADES NA COMPANHIA DOCAS DO ESPÍRITO SANTO. CONTRATAÇÃO DIRETA DE FUNDAÇÃO, MEDIANTE DISPENSA DE LICITAÇÃO, PARA ELABORAÇÃO DE PROJETO DE INFORMATIZAÇÃO DA EMPRESA. INOBSERVÂNCIA DA LEI DE LICITAÇÃO. SUBCONTRATAÇÃO IRREGULAR DO OBJETO AJUSTADO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. MULTA. DETERMINAÇÃO. JUNTADA ÀS CONTAS.

Outro ponto fundamental diz respeito à subcontratação pela FCAA da empresa ATT/PS Informática, para realizar o objeto do contrato, celebrado com a Codesa. É exato o parecer técnico no sentido da irregularidade do procedimento. A Lei 8.666/93 permite a subcontratação desde que nos limites autorizados, em cada caso, pela Administração, e prevista no edital de licitação e no contrato. O expediente fl. 156 - de idoneidade duvidosa, conforme relatado à fl. 11 - contém apenas autorização genérica e lacônica para a contratação de “parceiros comerciais” para a execução do contrato, sem especificar que tipo de função tais parceiros poderiam desempenhar e sem delimitar os estreitos limites da subcontratação, conforme exige o art. 72, da Lei de Licitações.

Além disso, cabe considerar que o fundamento para a contratação direta da FCAA foi o art. 24, inciso XIII, da citada lei, que se refere a instituição brasileira incumbida de pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional, dotada de inquestionável reputação ético-profissional. Assim sendo, é lícito concluir que, em tais casos, são razões relacionadas às características próprias da pessoa do contratado que fundamentam a escolha da Administração.

**Em tais hipóteses, portanto, não pode ser admitida a subcontratação, posto que ela nega o pressuposto básico da contratação direta, que é a característica do contratado, de atender diretamente, ele próprio, aos requisitos fixados na lei. A subcontratação, em caso de contratação direta, configura burla ao dever de licitar.**

Para dispensar a licitação, em hipótese como a dos autos, exige-se que a instituição contratada atue efetivamente como prestadora direta dos serviços, e não como mera agenciadora, como ocorreu no caso em análise.

São pertinentes, para ilustrar o tema, as considerações traçadas a esse respeito por Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, ao comentar a hipótese prevista no art. 24, XIII, da Lei 8.666/93: “Importa salientar que tais requisitos são verdadeiramente intuitu personae obrigando o contratado à execução direta dos serviços, posto que está subjacente um objetivo maior que é prestigiar a finalidade da instituição por meio do trabalho dessa. Se a subcontratação é, em regra vedada, nesse caso com muito mais razão há de sê-lo.” (Fernandes, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. Brasília: Brasília Jurídica, 1995, p. 223).<sup>108</sup>

<sup>108</sup> TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Representação nº 012.425/1999-0. Plenário. Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues. Brasília, data de julgamento 30 de janeiro de 2002. Data de publicação 15 de fevereiro de 2002.

Porém, como visto anteriormente, existe outra linha de pensamento, onde, em alguns casos estabelecidos pelo legislador, os princípios fundamentais da licitação, bem como suas normas e regras, cedem espaço, por exemplo, aos princípios da eficiência, celeridade e economicidade, a fim de garantir uma melhor execução ao contrato e um melhor resultado à Administração.<sup>109</sup>

Essa outra forma de realização do contrato, é a chamada subcontratação em que a Administração pensando em uma maior agilidade na execução ou ainda em uma economia para os cofres públicos, concorda com a subcontratação.

Contudo, em meio a esses entendimentos, o Tribunal de Contas da União tem se manifestado majoritariamente favorável à subcontratação, desde que trate de partes da obra que esteja prevista no edital, e principalmente de acordo com os limites estabelecidos pela Administração.

### **3.2 Subcontratação na Inexigibilidade de licitação**

Como visto neste trabalho, a característica primordial da inexigibilidade, é a inviabilidade de competição, ou seja, o objeto não é passível de ser oferecido à competição por sua singularidade, ou, ainda, por haver um único interessado ou prestador para a execução do contrato.<sup>110</sup>

Raciocinando com a inviabilidade de competição, nos casos de inexigibilidade de licitação, concluímos que não se pode falar em terceiro para a execução do

---

<sup>109</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação Direta sem Licitação: Modalidades, Dispensa e Inexigibilidade de Licitação*. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2004. p. 178.

<sup>110</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação Direta sem Licitação: Modalidades, Dispensa e Inexigibilidade de Licitação*. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2004. p. 529.

contrato, uma vez que passando a execução do contrato para outro, ensejaria, dessa forma, a viabilidade de competição.

Existem hoje, no ordenamento jurídico, duas formas mais comuns de subcontratação; a parcial onde repassa partes da obra a terceiro e a total na qual é transferido a totalidade do objeto.<sup>111</sup> Dessa forma, subcontratando o objeto na sua totalidade, encerra-se uma única conclusão: que há a plena possibilidade de competição.

Athayde Fontoura Filho, ao analisar o tema conclui que subcontratando o objeto na sua totalidade, encerra-se uma única conclusão: que há a plena possibilidade de competição.<sup>112</sup>

Sabe-se que, para a escolha da inexigibilidade como o melhor caminho para a execução do contrato, necessário se faz a definição minuciosa do objeto para atender o melhor resultado para a Administração.

Deste modo, pode-se facilmente concluir que a inexigibilidade é definida de acordo com o objeto a ser contratado, justificando sua validade nas características deste objeto. Nesta temática, pensar com a subcontratação é matéria deveras complexa.

Para Marçal Justen Filho, a subcontratação torna-se viável nos casos de grandes obras, em que algumas fases apresentam certo grau de simplicidade e podem ser desempenhadas por outras empresas terceirizadas, especialistas em certas atividades.<sup>113</sup> Outra

---

<sup>111</sup> MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficiência nas licitações e contratos*. 9 ed. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora Ltda, 2002. p. 497.

<sup>112</sup> FILHO, Athayde Fontoura. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*. Belo Horizonte: 2003, p. 8174.

<sup>113</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p 757.

grande vantagem é a celeridade e a eficiência que essas subcontratações podem trazer à Administração Pública.<sup>114</sup>

Entretanto, ainda que essa subcontratação possa trazer vantagens à Administração, ela pode acabar por revelar a viabilidade de competição, descaracterizando a inviabilidade de competição, requisito essencial na inexigibilidade.<sup>115</sup>

Athayde Fontoura Filho se manifesta a respeito ao afirmar que “a subcontratação, quando mal feita, acaba por revelar a viabilidade de competição”.<sup>116</sup>

Jessé Torres Pereira Júnior, ao defender a impossibilidade da subcontratação nos casos de inexigibilidade vai mais além ao afirmar que:

[...] se a subcontratação não estivesse vedada como regra, abrir-se-ia espaçoso descaminho para burlar tal norma, bastando que o primeiro colocado firmasse o contrato, ainda que sem real interesse em cumpri-lo, para, depois, transferi-lo, no todo ou em parte, para outro licitante com o qual se houvesse consertado.<sup>117</sup>

Dessa forma, a subcontratação nos casos de inexigibilidade de licitação há que ser considerada também como burla ao dever de licitar, uma vez que viola as normas básicas da contratação direta.

Jorge Ulysses Jacoby, ao defender a ilegalidade da subcontratação na contratação direta, assim explica:

A regra é que o licitante execute diretamente o serviço ou obra, no caso de compras, que seja o fornecedor do produto.

<sup>114</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 567.

<sup>115</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 271.

<sup>116</sup> FILHO, Athayde Fontoura. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*. Belo Horizonte: 2003, p. 8174.

<sup>117</sup> PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 694.



A questão, em termos práticos oferece dificuldades, notadamente em razão da evolução de institutos como terceirização, de obras e serviços, incentivo constitucional e governamental à cooperativas, parcerias com órgãos públicos.

Observa-se na iniciativa privada que não é o volume da contratação que descaracteriza o objeto. Exemplificando com a indústria automobilística que compra praticamente todas as peças e “monta” um automóvel, mas, sem dúvida, se qualquer industrial for aos mesmos fornecedores e comprar todas as peças, não poderá, sob o aspecto legal e físico, criar outra indústria FIAT ou GM. Logo, devemos limitar o objeto por exclusão.

**Não pode ser subcontratado, terceirizado ou transferido para outro a parte essencial do objeto – a “alma do objeto” -, não definível por quantidade, preço ou qualidade – ou permitir-se que o órgão público, no caso, funcione como mero intermediário do negócio. Assim, também as subcontratações devem ser precedidas de licitação.<sup>118</sup>**

Assim também é na inexigibilidade de licitação em que, sua característica básica é a existência de apenas um só interessado na execução do contrato, não deveria sequer existir outro capaz de executar o objeto. Logo, havendo outro interessado, este deve ser precedido de licitação.<sup>119</sup>

A partir dessas exposições, da justificativa da escolha do ato e dos requisitos legais que marcam a inexigibilidade, ou seja, caracterizando assim, a inviabilidade de competição, deve-se fazer uma análise minuciosa do objeto a ser contratado para saber se o que se pretende subcontratar é, ou não, de fato, o próprio motivo que justificou a impossibilidade do certame licitatório.

Se assim for o motivo, é de clareza solar que a inexigibilidade estava, a todo tempo, coberta de ilegalidade, uma vez que havia, no mínimo, dois ou mais fornecedores ou prestadores do serviço a ser executado, caracterizando, assim, a necessidade da licitação.

---

<sup>118</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação Direta sem Licitação: Modalidades, Dispensa e Inexigibilidade de Licitação*. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2004. p. 669/670.

<sup>119</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação Direta sem Licitação: Modalidades, Dispensa e Inexigibilidade de Licitação*. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2004. p. 669/670. p. 669/670.

## CONCLUSÕES

A Licitação Pública deve ser realizada sempre nas alienações, compras e serviços da Administração Pública, como determina a Constituição Federal e sua Lei de regência.

Todavia, a própria Carta Magna prevê casos em que a licitação pode ser dispensada ou ainda, casos em que ela se torna inviável, como as hipóteses previstas no artigo 25 da Lei Federal 8666/93.

A licitação, como visto neste trabalho, é repleta de normas rígidas e impositivas, não sendo possível encontrar muitas lacunas para agir de forma diversa daquela imposta na Lei. Nesta senda, foi amplamente discutido a exceção à essa regra, qual seja, a inexigibilidade tratada nas hipóteses do artigo 25, em que se anula a necessidade da realização do procedimento licitatório.

Na inexigibilidade tem-se o cenário da inviabilidade de competição, ou seja não há possibilidade de competição seja por haver um único fornecedor para o contrato, seja por seu objeto envolver características que o dispensam do certame.

O ponto central analisado neste trabalho é a possibilidade da subcontratação nos casos de inexigibilidade de licitação. A subcontratação pode se dar de forma parcial em que se transfere partes da execução do objeto e a total na qual se repassa todo o objeto do contrato.

Todavia, ao se falar na possibilidade de subcontratação na inexigibilidade de licitação, seja de forma parcial ou total, estamos falando em violação aos princípios constitucionais, burla ao dever de licitar e inobservância às regras da contratação direta.

A Administração Pública ao consentir com a subcontratação na inexigibilidade de licitação, acaba por malferir alguns dos princípios que regem todos os seus atos. Assim, estaria ela em confronto com o princípio da legalidade ao deixar de observar as normas impostas pela Lei e com o princípio da impessoalidade ao privilegiar uns em detrimento de outros.

Ademais, ao subcontratar outra empresa, está a Administração Pública diretamente violando as características dos contratos públicos no que tange à sua natureza *intuitu personae*. O contrato é personalíssimo não podendo ser transferido para outra empresa ou prestadora de serviço.

Há que se ressaltar, também, que se a inexigibilidade de licitação é imposta para os casos em que existe apenas um prestador habilitado para a execução do contrato, não pode se falar em transferência para outro prestador. Ora, se existe outro fornecedor capaz de executar o objeto contratado, haveria que existir, desde o início, a possibilidade de competição entre eles.

Neste diapasão, resta claro que a subcontratação nos processos oriundos de inexigibilidade de licitação, não devem prosperar, nem de forma total, nem parcial, haja vista todo o exposto na presente monografia, pois, se assim o fosse, a subcontratação na inexigibilidade definiria uma única conclusão: haveria a possibilidade de disputar a licitação com o outro concorrente, em vista da viabilidade de competição.

## REFERÊNCIAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 8. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 6. ed. São Paulo: São Paulo, 2002.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Contratação Direta sem Licitação: Modalidades, Dispensa e Inexigibilidade de Licitação. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

\_\_\_\_\_. Vade-Mécum de Licitações e Contratos. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle; FERRAZ, Sérgio. Dispensa de Licitação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

FONTOURA FILHO, Athayde. Fórum de Contratação e Gestão Pública. Belo Horizonte: 2003

GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de Licitações e Contratos Administrativos. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2000.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Licitação e seus princípios na Jurisprudência. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 6ª ed. São Paulo, Atlas, 1999.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. 9 ed. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora Ltda, 2002.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

REALE, Miguel. Lições preliminares de Direito. 27. ed. São Paulo: Saraiva. 2006.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Representação nº 006.026/2004-7. Segunda Câmara. Rel. Min. Benjamin Zymler. Brasília, data de julgamento 13 de fevereiro de 2007. Data de publicação 15 de fevereiro de 2007.

\_\_\_\_\_. Relatório de Auditoria nº 003.499/1999-5. Plenário. Rel. Min. Guilherme Palmeira. Brasília, data de julgamento 11 de junho de 2001. Data de publicação 9 de agosto de 2001.

\_\_\_\_\_. Representação nº 006.260/1999-3. Plenário. Min. Rel. Humberto Souto. Brasília, data de julgamento 10 de julho de 2000. Data de publicação 28 de junho de 2000.

\_\_\_\_\_. Relatório de Levantamento de Auditoria nº 004.440/2001-4. Plenário. Rel. Min. Augusto Shreman Cavalcanti. Brasília, data de julgamento 24 de abril de 2002. Data de publicação 10 de maio de 2002.

\_\_\_\_\_. Representação nº 012.425/1999-0. Plenário. Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues. Brasília, data de julgamento 30 de janeiro de 2002. Data de publicação 15 de fevereiro de 2002.