

Contratação por inexigibilidade e o dilema da definição do preço

Autor(a): Egon Bockmann Moreira

Publicado em: 17 de novembro de 2015

Publicação: Coluna direitodoestado.com.br

Link JurisTube: <https://juristube.com.br/colunistas/egon-bockmann-moreira/contratacao-por-inexigibilidade-e-o-dilema-da-definicao-do-preco>

Fonte original: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/egon-bockmann-moreira/contratacao-por-inexigibilidade-e-o-dilema-da-definicao-do-preco>

Identificador citável: juristube.com.br/colunistas/egon-bockmann-moreira/contratacao-por-inexigibilidade-e-o-dilema-da-definicao-do-preco#ep-a4c8324e

Resumo

A dispensa e a inexigibilidade são técnicas pelos quais o legislador constituiu, exhaustivamente (dispensa), ou declarou, exemplificativamente (inexigibilidade), a possibilidade da contratação administrativa sem licitação.

Texto integral

A dispensa e a inexigibilidade são técnicas pelos quais o legislador constituiu, exhaustivamente (dispensa), ou declarou, exemplificativamente (inexigibilidade), a possibilidade da contratação administrativa sem licitação. Porém, um dos temas mais sensíveis em ambas as modalidades de contratação direta está na definição do preço do bem ou serviço. Assim, dentre os critérios fixados pelo art. 26 da Lei 8.666/93, o que tem causado maiores polêmicas é o seu parágrafo único, inc. III, que exige a "justificativa do preço". Muito embora o dispositivo legal não faça qualquer distinção, é evidente que são bastante diferentes os critérios de justificativa do preço em casos de dispensa e de inexigibilidade. A dispensa ocorre em situações de mercado, nas quais, devido às hipóteses exhaustivamente previstas em lei, se outorga ao administrador a faculdade de contratar sem licitação. A dispensa é uma prerrogativa exercitada em regime de plena competição e comparabilidade entre os bens ou serviços a ser contratados - que poderia se submeter a julgamentos objetivos. Porém, trata-se de escolha discricionária do gestor público - que pode, a depender da subsunção dos fatos às hipóteses normativas (*numerus clausus*), contratar diretamente por livre escolha. O preço será o usualmente praticado no mercado - seja pelo contratado, seja por seus concorrentes. Por isso que fica relativamente fácil a obtenção de dados, a justificar o preço do contrato. Afinal, trata-se de bens e serviços que podem ser padronizados e submetidos à competição e respectiva disputa mercadológica. Já as hipóteses de inexigibilidade são completamente distintas. Aqui, o que existe é o dever de contratação direta, devido às peculiaridades do caso concreto (o polo de oferta não se submete a regimes de competição e disputa). Ao gestor não é reservada a faculdade de contratar por inexigibilidade, mas sim lhe é atribuído o dever de assim realizar a contratação, em vista do interesse público definido pelas demandas da Administração Pública. De usual, não existe ou a possibilidade fática de competição (situações de monopólio) ou de disputa (situações em que não é possível efetivar a comparação e o julgamento objetivo). Nessa justa medida, haverá, na inexigibilidade, dois cenários para a definição dos preços: no caso de situações de monopólio (um só

fornecedor no polo da oferta), o preço já é público e praticado no respectivo mercado unitário. Claro que isso não impede que o gestor tente negociar condições mais vantajosas - que poderão (ou não) ser aceitar pelo futuro contratado. Mas, não podemos nos esquecer de que o monopolista é um price maker, não um price taker: ele "fabrica" o próprio preço, sem que possamos conhecer a respectiva estruturação. Se, amanhã, a companhia de água (típico exemplo de monopólio natural) resolver multiplicar por 10 o preço da tarifa, não teremos muita escolha: é pagar ou fechar a torneira. Ainda assim, normalmente há um preço médio praticado no mercado dominado pelo monopolista, que pode se submeter a negociações extraordinárias com o poder público - a justificar o preço e atender o inc. III do art. 26 da Lei 8.666/1993. Se as negociações foram frustradas, persiste o dever de contratar por inexigibilidade e justificar o preço, com a ressalva das negociações infrutíferas. Situação absolutamente distinta existe naquelas contratações por inexigibilidade em que não há só o fornecedor monopolista, mas existem vários - os quais, em razão de sua expertise extraordinária, não podem (ou não querem) fazer ofertas de serviços comparáveis entre si. São casos em que não existe a possibilidade concreta de se realizar um julgamento objetivo: os bens e/ou serviços de que a Administração necessita não são comparáveis por meio de padrões. Os exemplos clássicos são o de parecer de jurista célebre a cirurgia por médico altamente especialista ou a pintura realizada por artista plástico prestigiado. Claro que nos grandes centros há vários juristas célebres, médicos altamente especialistas e pintores com bastante prestígio, mas fato é que não é viável institucionalizar a disputa formal entre eles. A tentativa de instalar uma licitação seria contraproducente. A "criação" de condições para o julgamento objetivo por meio de um edital forjado implicaria violação à legalidade e à eficiência. A contratação precisa ser intuitu personae: em razão da pessoa, por meio de escolha subjetiva do administrador público (o núcleo duro de sua discricionariedade). Quem escolhe é o administrador a quem a lei outorgou tal competência privativa. Porém, como estabelecer o preço a ser praticado no contrato? Qual o critério que possibilita à Administração "justificar" o preço contratado? Afinal de contas, está-se diante de especiarias, de bens e serviços os quais não estão sujeitos à competição - em que os futuros contratados realizam os preços segundo critérios autorizados por sua boa fama no respectivo mercado profissional. Nestes casos, quem justifica o preço é o próprio profissional a ser contratado - que há de ter idoneidade e boa-fé suficientes para apresentar propostas que correspondam ao trabalho a ser expendido. Se o bem ou o serviço forem extraordinariamente complexos, o valor a ser justificado pode ser mais elevado do que o usualmente praticado pelo profissional ou por seus pares: é o futuro contratado, em razão de sua qualificação diferenciada, que pode formar o próprio preço. E isso é demonstrado quando da apresentação da proposta de contratação: lá está a declaração de que aquele é o preço justo e necessário para que o profissional, escolhido de forma personalíssima, execute aquela contratação extravagante. Ocorre que, de tempos para cá, os órgãos de controle têm estabelecido exigências que se distanciam das peculiaridades das contratações por inexigibilidade, pretendendo tornar a justificativa do seu preço semelhante às que normalmente se operam nas licitações ordinárias (e em determinados casos de dispensa). A rigor, essas decisões subvertem a lógica da inexigibilidade - fazendo com que se pretenda comparar a proposta formulada para determinado caso - que não possui comparação objetiva com qualquer outro - a um juízo de compatibilidade com contratos anteriores (isso sem se falar, no caso da advocacia e da medicina, na violação ao dever de sigilo nos contratos, imposto pelos respectivos Códigos de Ética). Há casos em que se exige a apresentação de notas fiscais e contratos "semelhantes" - como se a inexigibilidade comportasse "semelhanças" naturais. Por exemplo, no Informativo 088/2015, do TCU, foi divulgado o Acórdão 1565/2015 Plenário (Pedido de Reexame, Relator Ministro Vital do Rêgo), com a seguinte

ementa: "Contratação Direta. Justificativa do preço. Meios. A justificativa do preço em contratações diretas (art. 26, parágrafo único, inciso III, da Lei 8.666/93) deve ser realizada, preferencialmente, mediante: (i) no caso de dispensa, apresentação de, no mínimo, três cotações válidas de empresas do ramo, ou justificativa circunstanciada se não for possível obter essa quantidade mínima (ii) no caso de inexigibilidade, comparação com os preços praticados pelo fornecedor junto a outras instituições públicas ou privadas." Ora, se no caso de dispensas a exigência é razoável, o mesmo não se pode dizer para todos os casos de inexigibilidade. Ora, se a inexigibilidade versar sobre situações de monopólio, o critério da justificativa versado na decisão se encaixa. Contudo, se tratar de casos de qualificação extraordinária do contratado para bens e/ou serviços que são extravagantes ao mercado, o critério se esvazia. Afinal, a comparação com outros preços praticados pelo mesmo contratado em outros contratos pressupõe que os bens e/ou serviços a ser contratados sejam objetivamente comparáveis com os outros. O que não é o caso desta hipótese de inexigibilidade - que exige a inexistência de comparação como condição deflagradora do dever de contratar diretamente. Não há lógica alguma nisso. Por detrás dessa ordem de exigências está a ideia de que seria possível justificar o preço porque haveria outros bens e/ou serviços dantes entregues e/ou executados cujas qualidades permitissem a comparação objetiva com o contrato a ser celebrado. Mas isso só se dá nas situações de monopólio, não naquelas de dever de escolha intuitu personae. Pretender que contratações inexigíveis sejam comparadas com contratações exigíveis implica a criação de óbices burocráticos que não só contrariam, mas acabam por impedir a aplicação da Lei 8.666/1993.

Como citar este documento

As citações abaixo seguem os padrões ABNT NBR 6023:2018, APA 7ª edição, Chicago Author-Date (17ª ed.) e BibTeX (LaTeX). Copie o formato exigido pelo periódico ou gerenciador bibliográfico (Zotero, Mendeley, EndNote).

ABNT (NBR 6023:2018)

MOREIRA, Egon Bockmann. Contratação por inexigibilidade e o dilema da definição do preço. Direito do Estado — Colunistas, 17 nov. 2015. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/egon-bockmann-moreira/contratacao-por-inexigibilidade-e-o-dilema-da-definicao-do-preco>. Acesso via: JurisTube — Acervo Digital de Direito. Disponível em: <https://juristube.com.br/colunistas/egon-bockmann-moreira/contratacao-por-inexigibilidade-e-o-dilema-da-definicao-do-preco>. Acesso em: 11 ago. 2026.

APA 7ª edição

Moreira, E. B. (2015, November 17). Contratação por inexigibilidade e o dilema da definição do preço. *Direito do Estado — Colunistas*. <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/egon-bockmann-moreira/contratacao-por-inexigibilidade-e-o-dilema-da-definicao-do-preco>

Chicago Author-Date (17ª ed.)

MOREIRA, Egon Bockmann. 2015. "Contratação por inexigibilidade e o dilema da definição do preço." *Direito do Estado — Colunistas*, November 17. <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/egon-bockmann-moreira/contratacao-por-inexigibilidade-e-o-dilema-da-definicao-do-preco>

BibTeX

```
@article{egon-bockmann-moreira-contrata-o-por-inexigibilidade-e-o-dilem-2015,
author = {Moreira, Egon Bockmann},
title = {Contratação por inexigibilidade e o dilema da definição do preço},
journal = {Direito do Estado – Colunistas},
year = {2015},
url = {http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/egon-bockmann-moreira/contratacao-por-inexigibilidade-e-o-dilema-da-definicao-do-preco},
urldate = {2015-11-17}
}
```



Licença de Uso — CC BY-NC-SA 4.0

Este conteúdo está licenciado sob a licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0). O uso para fins acadêmicos e educacionais é permitido, desde que citada a fonte original (JurisTube) conforme as normas técnicas indicadas neste documento.

Termos completos:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.pt-br>

JurisTube — Acervo Digital de Direito

<https://juristube.com.br/colunistas/egon-bockmann-moreira/contratacao-por-inexigibilidade-e-o-dilema-da-definicao-do-preco>

PDF gerado em 2026-08-11 01:37 UTC