





---

LICITAÇÕES DESTINADAS À RESTAURAÇÃO  
DE OBRAS DE ARTE E BENS DE VALOR  
HISTÓRICO. HIPÓTESE DE DISPENSA  
(ART. 24, XV, DA LEI 8.666/93) OU  
INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO (ART. 25, II  
C/C ART. 13, VII, DA LEI 8.666/93)?

---

*BIDDING FOR THE RESTORATION OF WORKS OF ART  
AND HISTORICAL VALUE GOODS. DISPOSAL ASSUMPTION  
(ARTICLE 24, XV, OF LAW 8.666/93) OR INEXIGIBILITY OF  
BIDDING (ARTICLE 25, II C / C ARTICLE 13, VII, OF LAW  
8.666/93)?*

*Fabio Corrêa de Oliveira*

*Membro da Advocacia-Geral da União (Procurador Federal, com atuação na  
Consultoria Administrativa e de Benefícios  
PSF/Campos dos Goytacazes-RJ)*

*Pós-Graduado em Direito Privado pela Universidade Gama Filho*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Licitação: Fundamento constitucional, legal, conceito e aspectos gerais; 2.Princípios Setoriais da Licitação; 3 O Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), seu Marco Legal e Atuação na Defesa do Patrimônio Nacional; 4 Dispensa e Inexigibilidade de Licitação na Restauração de Obras de Arte e Bens de Valor Histórico; 5 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O presente artigo tem por objeto o estudo da proteção do patrimônio cultural brasileiro, sob a perspectiva da distinção entre a norma prevista no art. 24, XV, da Lei nº 8.666/1993, que versa sobre dispensa de licitação para a aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que compatíveis ou inerentes à finalidade do órgão ou entidade, e a norma inserta no art. 25, II c/c art. 13, VII, ambos da Lei nº 8.666/1993, que traz hipótese de inexigibilidade de licitação destinada à restauração de obras de arte e bens de valor histórico. Para o estudo adequado do presente assunto são etapas necessárias: a análise do fundamento constitucional, legal e conceitual das licitações públicas; dos princípios jurídicos aplicáveis ao tema; do surgimento e evolução do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), destacando o desenho constitucional de seu papel na proteção do patrimônio cultural brasileiro, com destaque para as distinções existentes entre a dispensa de licitação e a inexigibilidade, notadamente na restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

**PALAVRAS-CHAVE:** Proteção do Patrimônio Cultural. Restauração de Obras de Arte e Bens de Valor Histórico. Contratação Direta por Dispensa de Licitação ou Inexigibilidade de Licitação. Atuação do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.

**ABSTRACT:** The present article aims to study the protection of Brazilian cultural heritage, from the perspective of the distinction between the norm set forth in art. 24, XV, of Law nº 8.666 / 1993, which deals with the waiver of bidding, for the acquisition or restoration of works of art and historical objects of certified authenticity, provided they are compatible or inherent to the purpose of the organ or entity, And the norm inserted in art. 25, II c / c art.13, VII, both of Law nº 8.666/1993, which gives rise to unjustifiable bidding for the restoration of works of art and goods of historical value. For the proper study of the present subject are necessary steps: the analysis of the constitutional, legal and conceptual basis of public tenders; The legal principles applicable to the topic; of the emergence and evolution of the National Historical and Artistic Heritage Institute (IPHAN), highlighting the constitutional design of its role in the protection of Brazilian cultural heritage, highlighting the distinctions between the exemption from bidding and the non-enforceability, notably in the restoration of works of art and goods of historical value.

**KEYWORDS:** Protection of Cultural Heritage. Restoration of Works of Art and Goods of Historical Value. Direct Contracting for Lack of Bid or Unequal Bidding. Performance of the National Historical and Artistic Heritage Institute.

## INTRODUÇÃO

O objetivo do presente estudo é analisar o tema licitação pública, com enfoque na atuação do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), quando este se depara com a necessidade de contratação destinada à restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

Assim, será feita a análise da norma inserta no art. 24, XV, da Lei nº 8.666/1993, que enumera a possibilidade de contratação direta com dispensa de licitação, tendo por escopo a aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que compatíveis ou inerentes à finalidade do órgão ou entidade, em cotejo com o disposto no art. 25, II c/c art. 13, VII, ambos da Lei nº 8.666/1993, que traz a possibilidade de contratação direta, para restauração de obras de arte e bens de valor histórico, enquadrando o caso à inexigibilidade de licitação.

Para tanto, serão abordadas a competência constitucional para legislar sobre licitações públicas, a necessidade de realização do certame, como regra, sem descuidar dos princípios que norteiam a disputa pública.

Para melhor compreensão do tema que ora se apresenta, será realizado um breve levantamento da legislação que regula a atuação do IPHAN, desde o seu nascedouro, como Serviço do Patrimônio Histórico Nacional, em 1937, até o desenho constitucional de 1988 e a normatização atual, que reforça seu imprescindível papel na proteção do patrimônio cultural brasileiro dos bens de natureza material e imaterial.

Com o fito de melhor pontuar os institutos que excepcionam a contratação por meio de licitação pública, autorizando a contratação direta, será feita a distinção entre os casos legais de dispensa de licitação e os fatos legais que se subsomem à inexigibilidade de licitação.

Neste diapasão, temos como finalidade no presente estudo, sem a pretensão de esgotar o assunto, analisar a distinção existente entre as duas hipóteses de contratação direta, tendo por objeto a proteção do patrimônio cultural e a restauração de obras de arte e bens de valor histórico, seja pela via da dispensa, seja por meio da inexigibilidade ou, ainda, por meio de licitação pública, em prestígio ao princípio da igualdade entre os licitantes.

## 1 LICITAÇÃO: FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL, LEGAL, CONCEITO E ASPECTOS GERAIS

Antes da celebração de contratos pela Administração, mister se faz que se realize a licitação, a qual deve anteceder a maioria desses ajustes. Logo, ao se constatar a necessidade de se contratar, deve ser realizada a licitação, em atenção ao princípio da igualdade de todos para

celebrar contrato com a Administração, bem como atendendo o princípio da moralidade administrativa.

Moreira Neto (2002, p. 174) conceitua licitação como “*um processo administrativo vinculado destinado a selecionar o interessado que proponha contratar nas melhores condições para a Administração*” (MOREIRA NETO, 2002)

Seu fundamento primário encontra-se na Constituição Federal (1988), art. 37, 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. (BRASIL, 2016)

A Constituição Federal preconiza no art. 22, XXVII, a competência da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as Administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais das diversas esferas de governo, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III.

Neste mesmo sentido, a Constituição da República, no art. 175, exige a realização de licitação para a concessão ou permissão de serviços públicos. A Constituição prevê, também, que a lei estabelecerá o estatuto jurídico das empresas públicas e das sociedades de economia mista que explorem atividade econômica, com procedimento de licitação próprio, observados os princípios da administração pública. É a dicção do art. 173, § 1º, III.

No que tange às empresas públicas e sociedades de economia mista, que não serão objeto deste estudo, foi editada a recente Lei nº 13.303/2016.

Por sua vez, dando concretude à norma inserta no art. 22, XXVII, da Constituição Federal, a União Federal editou a Lei nº 8.666/1993, sendo possível que os demais entes da Federação legislem de forma supletiva sobre o assunto em apreço, havendo outras normas que regulam licitações públicas, como é o caso da Lei nº 10.520/2002, que dispõe sobre o Pregão e, da Lei nº 12.462/2011, que dispõe sobre o Regime Diferenciado de Contratações (RDC).

A competência da União para estabelecer normas gerais de licitações e contratos possibilita que os demais entes da federação, como dito, legislem sobre normas específicas, havendo dificuldade em se diferenciar o que é

norma geral e o que é norma específica. Na prática, os entes da federação ou editam leis sem dispositivos que contrariem a Lei nº 8.666/1993, ou pautam, na íntegra, o procedimento licitatório por esta.

A Lei nº 8.666/1993 aplicar-se-á, também, às obras, compras, serviços e alienações realizadas pelos órgãos dos Poderes Judiciário e Legislativo, aqui incluídos os Tribunais de Contas, consoante o disposto no art. 117 da Lei nº 8.666/1993.

Neste norte, de todos os conceitos e normas expostas, em especial, na norma inserta no art. 37, XXI, da Carta Republicana, verifica-se que a regra é que as contratações feitas pela Administração Pública ocorram por meio de procedimento licitatório e, excepcionalmente, será admitida a contratação direta, sendo que o dispositivo constitucional em comento reserva à Lei a fixação das hipóteses de contratação direta.

Nesta toada, a Lei nº 8.666/1993 elenca as hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação, que serão objeto de abordagem neste trabalho, mais precisamente as contratações levadas a cabo pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), tendo por escopo a restauração de obras de arte e bens de valor histórico, que podem se enquadrar na dispensa de licitação, contemplada no art. 24, XV, da Lei nº 8.666/1993, assim como a inexigibilidade de licitação, prevista no art. 25, II c/c art. 13, VII, ambos da Lei mencionada.

## 2 PRINCÍPIOS SETORIAIS DA LICITAÇÃO

Como a grande parte dos institutos que possuem matriz constitucional, há princípios vazados na Constituição Federal de 1988 que repercutem diretamente sobre o tema, como é o caso dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, *caput*), sem prejuízo da existência de princípios específicos ou setoriais.

Em outras palavras, o art. 3º da Lei nº 8.666/1993, com a redação dada pela Lei nº 12.349/2010, consigna que a licitação objetiva garantir a observância do princípio constitucional da isonomia ou princípio da igualdade entre os licitantes; a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e auxiliar na promoção do desenvolvimento nacional sustentável, dispositivo que possibilita a realização de licitação sustentável, numa perspectiva de proteção ao meio ambiente.

Nesta esteira, determina o atendimento aos seguintes princípios básicos:

*a. Legalidade* – Significa que o procedimento a ser adotado, os casos de obrigatoriedade e dispensa, direitos dos licitantes, as modalidades de licitação e os princípios de contratação devem ser estabelecidos por

lei. Portanto, consubstancia atendimento às normas contidas na Lei nº 8.666/1993 e normas regulamentares do tema;

*b. Impessoalidade* – O processo licitatório não pode estar sujeito à influência de fatores de natureza subjetiva ou pessoal, sob pena de afrontar a igualdade e a competitividade;

*c. Moralidade e Probidade Administrativa* – No que tange à moralidade, deve-se dizer que, além da legalidade estrita, a licitação deverá atender à licitude e aos padrões éticos. Já a probidade administrativa, aqui entendida como um desdobramento específico da moralidade, que tem na Lei nº 8.429/1992 o arrolamento de condutas tipificadoras de improbidade, ou seja, desonestidade administrativa, entre as quais aquelas que frustram a licitude do processo licitatório ou o dispensam indevidamente;

*d. Igualdade e competitividade* – Moreira Neto (2002, p. 175), leciona que o princípio em tela “*Determina o tratamento paritário dos administrados (art. 37, XXI, CF), de modo que os licitantes só possam ser desiguados por critérios objetivos, previstos na lei ou no edital, que converjam para a busca da proposta mais vantajosa*” (MOREIRA NETO, 2002).

Não se trata de um princípio absoluto, pois o que é vedada é a existência de privilégios ou favorecimentos desarrazoados de uns em detrimento de outros, o que nos permite inferir que este princípio deve ser observado conjuntamente com o princípio da razoabilidade, eis que o critério diferenciador há que ser razoável.

Os princípios da igualdade e da competitividade estão presentes nos incisos I e II do § 1º do art. 3º, da Lei nº 8.666/1993, que proíbem a inclusão nos editais e cartas-convite de condições que restrinjam ou frustrem o caráter competitivo ou estabeleçam distinções em razão de naturalidade, sede ou domicílio, proibindo, também, tratamento diferenciado entre empresas brasileiras e estrangeiras, salvo os critérios de desempate.

Nesta senda, foi dada nova redação ao § 2º do art. 3º pela Lei nº 12.349/2010 e inserido o inciso V pela Lei nº 13.146/2015, que trata do critério de desempate, em igualdade de condições, senão vejamos:

Art. 3º [...]

§1º [...]

§2º Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços: I – (revogado); II – produzidos no País; III – produzidos ou prestados por empresas brasileiras; IV – produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País V- produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou

para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação (BRASIL, 2016).<sup>1</sup>

Deve-se registrar que a Lei Complementar nº 123/2006 deu tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte (artigos 44 a 49), quando licitantes, criando a figura do empate ficto, colocando-as em situação de igualdade com as médias e grandes empresas, o que foi corroborado com a inclusão, pela Lei Complementar nº 147/2014, dos parágrafos 14 e 15 ao art. 3º, da Lei nº 8.666/1993;

*e. Publicidade* – Tal princípio está atrelado à ideia de transparência, significando a ausência de sigilo na licitação, sendo públicos e acessíveis a todos os interessados os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas até a respectiva abertura, em observância ao princípio do sigilo das propostas, sendo possível que a publicidade seja restringida por razões de segurança pública;

*f. Vinculação ao instrumento convocatório* – Os instrumentos convocatórios do certame são a carta-convite, na modalidade de licitação denominada convite e o edital, nas demais modalidades licitatórias, que estabelecem as regras a serem seguidas no processo licitatório, critérios de julgamento e muitas normas que permearão o futuro contrato, incluindo exigências relativas à qualificação técnica e econômica indispensáveis ao cumprimento das obrigações, na forma do art. 27, da Lei nº 8.666/1993;

*g. Julgamento objetivo* – O julgamento é feito pela Comissão de Licitação, que indica a proposta vencedora, sendo que este ato administrativo decisório deve estar circunscrito a critérios quantitativos e qualitativos da proposta, e não do proponente, importando, por conseguinte, na objetividade do julgamento, que deve se valer de critérios objetivos de apreciação, também chamados tipos de licitação.

*h. Adjudicação Compulsória* – A adjudicação é o ato pelo qual a autoridade competente atribui ao vencedor da licitação o seu objeto, não sendo correto confundir a adjudicação do objeto da licitação com a celebração do contrato a ele referente, na medida em que a adjudicação é ato unilateral pelo qual a Administração declara que, se for celebrar o contrato referente ao objeto da licitação, obrigatoriamente o fará com o licitante que se sagrou vencedor; ao passo que a celebração do contrato é ato bilateral, pelo qual a Administração e o particular ajustam a execução do objeto do certame;

*i. Obrigatoriedade* – À luz do mencionado artigo 37, XXI, da Constituição Federal, pode-se observar que a regra é a obrigatoriedade de

1 BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Vade Mecum. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2016

licitação como forma de concretização do princípio da igualdade, permitindo a Constituição a possibilidade de a legislação fazer ressalvas, admitindo a contratação direta, mencionadas no rol de dispensa e inexigibilidade, com previsão nos artigos 24 e 25, da Lei nº 8.666/1993.

Acerca dos princípios da licitação, Bandeira de Mello (2010, p. 536) consigna:

Ao nosso ver, os princípios cardais da licitação poderiam ser resumidos nos seguintes: a) competitividade; b) isonomia; c) publicidade; d) respeito às condições prefixadas no edital; e e) possibilidade de o disputante fiscalizar o atendimento dos princípios anteriores.

Por fim, registre-se que outros princípios correlatos podem e devem guiar o processo de licitação, tais como competitividade ou universalidade; formalismo procedimental ou formalismo moderado; contraditório; ampla defesa; realidade; economicidade etc.

### **3 O INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL (IPHAN), SEU MARCO LEGAL E ATUAÇÃO NA DEFESA DO PATRIMÔNIO NACIONAL**

Em 13/01/1937, por meio da Lei nº 378, em seu art. 46, foi criado o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, com a finalidade de promover, em todo o País e de modo permanente, o tombamento, a conservação, o enriquecimento e o conhecimento do patrimônio histórico e artístico nacional.

Relevante marco das atribuições do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional foi a edição do Decreto-Lei nº 25, de 30/11/1937, ainda em vigor, norma que organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, trazendo valiosos instrumentos de proteção, com destaque para o tombamento.

Dentre as normas surgidas no século passado, trazendo o viés protecionista do patrimônio arqueológico, temos a Lei nº 3.924, de 26/07/1961, que dispõe sobre os monumentos arqueológicos e pré-históricos, os quais se incluem no patrimônio material, se enquadrando entre os bens da União, conforme prevê o art. 20, X, da Constituição Federal.

No aspecto organizacional temos a Lei nº 8.113, de 12/12/1990, que atribui a natureza jurídica de Autarquia ao Instituto Brasileiro do Patrimônio Cultural (IBPC), a que se refere o inciso II, do art. 2º, da Lei nº 8.029, de 12 de abril de 1990, o qual foi transformado em Instituto do Patrimônio Histórico Artístico Nacional (IPHAN), quando da edição

da Medida Provisória nº 752, de 06/12/1994, nomenclatura que já havia recebido em 1970, conforme dados da linha do tempo do portal do IPHAN.<sup>2</sup>

Neste tom, o desenho constitucional (1988), com suas alterações posteriores, estabeleceu no art. 216 o seguinte:

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I - as formas de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver; III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. § 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação [...] (BRASIL, 1988).

Não se pode perder de vista a recente inserção do art. 216-A no texto constitucional, fruto da Emenda Constitucional nº 71/2012, que organiza o Sistema Nacional de Cultura.

Registre-se, ainda, que constitui competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos (art. 23, III, da Constituição Federal); impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural (art. 23, IV, da Constituição Federal). Trata-se de competência administrativa comum, que viabiliza aos entes da federação o exercício do poder de polícia.

Por sua vez, no exercício da competência legislativa concorrente, estabelece o art. 24 da Constituição Federal, em seus incisos VII e VIII, que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico, bem como responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Trilhando este raciocínio e dando concretude aos dispositivos constitucionais e legais ora elencados, foi editado o Decreto nº 6.844,

2 BRASIL. Portal do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN). Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/1211>>.

de 07/05/2009, que aprova a Estrutura Regimental do IPHAN, sendo relevante consignar o teor do art. 2º do Decreto em apreço, que versa sobre as competências do IPHAN:

Art. 2º O IPHAN tem por finalidade institucional proteger, fiscalizar, promover, estudar e pesquisar o patrimônio cultural brasileiro, nos termos do *art. 216 da Constituição Federal*, e exercer as competências estabelecidas no *Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937, no Decreto-lei nº 3.833, de 29 de novembro de 1941, na Lei nº 3.924, de 26 de julho de 1961, na Lei nº 4.845, de 19 de novembro de 1965, no Decreto nº 3.551, de 4 de agosto de 2000, na Lei 11.483, de 31 de maio de 2007 e no Decreto nº 6.018, de 22 de janeiro de 2007* e, especialmente: I – coordenar a implementação e a avaliação da política de preservação do patrimônio cultural brasileiro, em consonância com as diretrizes do Ministério da Cultura; II - promover a identificação, a documentação, o reconhecimento, o cadastramento, o tombamento e o registro do patrimônio cultural brasileiro; *III - promover a salvaguarda, a conservação, a restauração e a revitalização do patrimônio cultural protegido pela União* (grifo nosso); IV - elaborar normas e procedimentos para a regulamentação das ações de preservação do patrimônio cultural protegido pela União, orientando as partes envolvidas na sua preservação; V - promover e estimular a difusão do patrimônio cultural brasileiro, visando a sua preservação e apropriação social; VI - fiscalizar o patrimônio cultural protegido pela União, com vistas a garantir a sua preservação, uso e fruição; VII - exercer o poder de polícia administrativa, aplicando as sanções previstas em lei, visando à preservação do patrimônio protegido pela União; VIII - desenvolver modelos de gestão da política de preservação do patrimônio cultural brasileiro de forma articulada entre os entes públicos, a sociedade civil e os organismos internacionais; e IX - promover e apoiar a formação técnica especializada em preservação do patrimônio cultural (BRASIL, 2009).

Analisando o contido no art. 2º, inciso III, do Decreto citado, em conjugação com os dispositivos constitucionais e legais que regulam a matéria, verifica-se que se inclui dentre as competências do IPHAN promover a conservação, restauração e revitalização do patrimônio cultural protegido pela União, não obstante seu papel central seja implementar e avaliar políticas públicas traçadas pelo Ministério da Cultura, além de fomentar a proteção do patrimônio cultural brasileiro, exercendo o poder de polícia administrativa sobre referido patrimônio.

Assim, o IPHAN irá se deparar com situações em que terá que contratar a restauração de obras de arte e bens de valor histórico, ora

necessitando realizar o certame; ora se valendo da dispensa de licitação, contemplada no art. 24, XV, da Lei nº 8.666/1993 e, ainda, podendo se valer da inexigibilidade de licitação, prevista no art. 25, II c/c art. 13, VII, ambos da Lei mencionada.

#### **4 DISPENSA E INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO NA RESTAURAÇÃO DE OBRAS DE ARTE E BENS DE VALOR HISTÓRICO**

Conforme já citado, existem hipóteses em que é possível ocorrer a contratação direta, ou seja, são os casos de dispensa ou inexigibilidade de licitação. Na dispensa é possível a realização do certame, mas a lei faculta sua não realização; enquanto na inexigibilidade de licitação a competição é inviável.

Neste instante, oportuno se faz citar os ensinamentos de Carvalho Filho (2011, p. 230):

A *dispensa* de licitação caracteriza-se pela circunstância de que, em tese, poderia o procedimento ser realizado, mas que, pela particularidade do caso decidiu o legislador não torná-lo obrigatório. Diversamente ocorre na *inexigibilidade*, como se verá adiante, porque aqui sequer é viável a realização do certame (grifo do autor).

A dispensa da licitação poderá ocorrer nas hipóteses previstas no art. 24 da Lei nº 8.666/1993, em seus trinta e quatro incisos, que enumeram rol taxativo, que não admite outros casos, além dos exaustivamente elencados.

A respeito da dispensa, registre-se que a previsão em razão do valor é o caso mais corriqueiro que a Administração Pública enfrenta, ou seja, é dispensada a licitação quando o *quantum* estiver limitado a 10 % (dez por cento) sobre as importâncias da modalidade convite, que corresponde ao máximo de R\$8.000,00 (oito mil reais) ou R\$15.000,00 (quinze mil reais), conforme o objeto licitado, na forma do art. 24, incisos I e II, da Lei nº 8.666/1993.

Cabe, ainda, registrar que se as obras, serviços e compras forem contratados por consórcios públicos, empresas públicas, sociedades de economia mista, e por autarquias e fundações públicas, qualificadas na forma da Lei, como Agências Executivas, o percentual de dispensa será o dobro do percentual citado.

Constitui caso de dispensa de licitação a denominada licitação deserta (art. 24, V), que ocorre quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas.

Enquadram-se, também, no rol taxativo das dispensas licitatórias as situações excepcionais, tais como: guerra ou grave perturbação da ordem; calamidade pública; emergência e risco de grave comprometimento da segurança nacional; dentre outras hipóteses.

Como o objetivo aqui não é esgotar as hipóteses de dispensa de licitação, mas explicitar um panorama dos casos legais de contratação direta, deve ser registrado que o art. 24, XV, da Lei nº 8.666/1993 traz hipótese de dispensa de licitação de grande serventia à missão constitucional e legal do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), que assevera ser possível a dispensa do certame para a aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que compatíveis ou inerentes à finalidade do órgão ou entidade.

Por sua vez, o art. 25, II, da Lei de Regência assim dispõe:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I – [...];

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 – [...]. (BRASIL, 1993).

Inicialmente, deve-se consignar que o dispositivo em apreço se valeu do termo “em especial”, o que nos leva a crer que as hipóteses mencionadas são exemplificativas, podendo ser inexigível a licitação sempre que for inviável a competição.

Nesta diretriz, os serviços técnicos estão elencados no art. 13 da Lei, e incluem estudos técnicos, pareceres, perícias, auditorias financeiras ou tributárias, patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas, treinamento e aperfeiçoamento de pessoal, estando previsto no inciso VII o caso de restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

Neste diapasão, o art. 24, XV, da Lei nº 8.666/1993 enumera a possibilidade de contratação direta com dispensa de licitação tendo por objeto a aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que compatíveis ou inerentes à finalidade do órgão ou entidade; ao passo que o art. 25, II c/c art. 13, VII, ambos da Lei nº 8.666/1993, traz a possibilidade de contratação direta, enquadrando o caso à inexigibilidade de licitação.

Logo, há que se aferir, diante do caso concreto, quando o IPHAN se deparar com a possibilidade de contratação direta destinada à restauração

de obras de arte e objetos históricos, se é hipótese de dispensa de licitação ou detectar se o caso se amolda à inexigibilidade de licitação.

Como é cediço, o art. 24, XV, da Lei nº 8.666/1993, versa sobre dispensa de licitação, ou seja, o certame seria possível de ser realizado, mas o Legislador erigiu tal fato tipificado na Lei como possível de celebração de contrato administrativo sem a necessidade de disputa entre os pretensos interessados.

O fundamento de que se valeu o Legislador para a ressalva legal, ao dispensar o procedimento licitatório no presente caso, se traduz no interesse público que a proteção do patrimônio artístico e cultural se reveste, encontrando a devida guarida no art. 216, da Constituição Federal e na legislação que assegura e resguarda esse importante plexo de direitos de segunda dimensão ou geração.

Partindo dessa premissa, não se pode perder de vista que os direitos de segunda dimensão necessitam da implementação de políticas públicas, ou seja, de prestações positivas estatais, que, na grande maioria dos casos, não conseguem aguardar de forma incólume a tramitação, muitas vezes prolongada, de um processo licitatório.

Certamente o Legislador Pátrio, ao elencar tal hipótese de dispensa de licitação, o fez preocupado na preservação tempestiva e eficaz do patrimônio histórico e cultural, permitindo a contratação direta e, evitando o esvaziamento da norma que salvaguarda sobredito direito.

Entretanto, embora seja possível a contratação direta para um serviço de restauração, faz-se imprescindível que haja justificativa do preço, o que dará maior transparência, atendendo o princípio da publicidade e da motivação, sem se descuidar do princípio da moralidade.

Neste sentido, defendendo a necessidade de justificativa do preço, e citando a posição do Tribunal de Contas da União, temos a precisa lição de Lopes de Torres (2014, p. 271), a saber:

O que deve ocorrer, acreditamos, é que, no caso de serviço de restauração, existindo mais de um profissional com idênticas qualificações, a escolha não pode prescindir da análise da compatibilidade do preço com aquele oferecido pelos demais profissionais aptos. Justificar o preço é um elemento necessário ao procedimento de contratação direta, como forma de demonstrar a correção do negócio praticado.

O Tribunal de Contas da União tem exigido que mesmo as contratações diretas, mediante dispensa de licitação, não podem prescindir da realização de pesquisa prévia de preços entre fornecedores do bem. Nesse sentido, vide Acórdão nº 1.945/2006, do Plenário daquele Tribunal.

Por conseguinte, pode-se inferir que pairando dúvidas acerca do enquadramento na hipótese legal citada, é prudente que o Gestor Público realize a contratação precedida de licitação pública, a fim de evitar eventual responsabilidade.

Corrobora com o entendimento acima esposado o teor do art. 26, da Lei nº 8.666/1993, que assim dispõe:

Art. 26. As dispensas previstas nos §§2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

- I – caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;
- II – razão da escolha do fornecedor ou executante;
- III – justificativa do preço;
- IV – documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados (inciso acrescentado pela Lei 9.648/98) (BRASIL, 1993).

Por sua vez, no que tange à inexigibilidade de licitação, com espeque no art. 25, II, da Lei nº 8.666/1993, há que se fazer a conjugação deste dispositivo com a regra inserta no art. 13 da Lei supracitada, além de ser obrigatória a presença de 03 (três) requisitos cumulativos, quais sejam: serviço técnico-profissional especializado; existência de um objeto singular e profissional de notória especialização.

Quanto à presença dos três requisitos indispensáveis à inviabilidade de competição e, por conseguinte, configuração da inexigibilidade do certame, é de grande valia trazer à baila os ensinamentos de Justen Filho (2010, p. 367). Vejamos:

O conceito de serviço técnico profissional especializado consta do art. 13. O inciso II acrescenta duas exigências à contratação com inexigibilidade, a saber, o objeto singular da contratação e a notória especialização. A inexigibilidade apenas se configura diante da presença cumulativa dos três requisitos. Ou seja, não basta configurar-se um serviço técnico profissional especializado, mas a contratação direta dependerá de constatar-se a existência de objeto singular. Ademais disso, apenas poderá ser contratado um sujeito titular de notória especialização.

Neste tom, os serviços a serem contratados não são avaliáveis objetivamente, como é o caso descrito no inciso VII, do art. 13, da Lei nº 8.666/1993, que registra o serviço de restauração de obras de arte e bens de valor histórico, agregado ao fato dos profissionais que atuam em tal serviço singular não se lançarem no mercado à procura de trabalho de restauração.

Sobre o tema e a impossibilidade de avaliação objetiva, Justen Filho (2010, p. 369) assim leciona:

Quando a Administração escolhe um profissional para restaurar um bem de valor histórico, num caso de natureza singular, a seleção se fará tendo em vista as atividades passadas, a habilidade artística, a sensibilidade, a intuição e outros fatores relacionados diretamente à personalidade do sujeito. Não há como estabelecer padrões objetivos de avaliação dessas características, visando a uma classificação entre os seres humanos. Até é possível afirmar que alguns não possuem habilidade, mas é problemático estabelecer que alguém apresenta maior habilidade do que outrem (especialmente quando se consideram prestações futuras de contornos indeterminados).

Por outro lado, os profissionais de grande êxito e qualificação superior não colocam seus serviços no mercado. Não se dispõem a competir num certame aberto, mesmo pelos efeitos derivados de uma eventual derrota. Serviços assim especializados conduzem a uma situação de privilégio para o prestador, que assume posição de aguardar a procura por sua contratação antes do que participar em processos coletivos de disputa por um contrato. (JUSTEN FILHO, 2010)

Nesse sentido, a posição do Tribunal de Contas da União ensejou a edição da Súmula 252 (2010) e da Súmula 264 (Número de Súmula cancelado, pois somente deu nova redação para o enunciado da Súmula 39), a saber:

Súmula 252 - A inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos a que alude o inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/1993, decorre da presença simultânea de três requisitos: serviço técnico especializado, entre os mencionados no art. 13 da referida lei, natureza singular do serviço e notória especialização do contrato.

Súmula 39 – A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos com pessoas físicas ou jurídicas de notória especialização somente é cabível quando se tratar de serviço de natureza singular, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação, nos termos do art. 25, inciso II, da Lei nº 8.666/1993.<sup>3</sup>

Impende registrar que nas hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação, se for comprovado superfaturamento, responderão 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, conforme a dicção do art. 26, da Lei nº 8.666/1993.

Trilhando este norte, o art. 89, da Lei nº 8.666/1993, prevê o crime de dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses previstas em Lei, com pena de detenção de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

No mesmo sentido, reprovando a dispensa indevida de licitação e enquadrando tal ato como improbidade administrativa, prevê o art. 10, VIII, da Lei nº 8.429/1992:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

[...]

VIII – frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente; (BRASIL, 2016)<sup>4</sup>

3 Brasil. *Portal do Tribunal de Contas da União*. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/pesquisa/sumula>>.

4 BRASIL. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta,

Cabe lembrar que tanto a dispensa quanto a inexigibilidade de licitação devem ser motivadas, devendo o respectivo processo conter a caracterização emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso; a razão da escolha do fornecedor ou executante; a justificativa do preço e o documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados. É o que prevê o teor do art. 26, parágrafo único da Lei nº 8.666/1993, já mencionado, sem perder de vista os requisitos da habilitação, previstos no art. 27 da Lei em epígrafe.

A respeito, confira-se o ensinamento de Magalhães Piscitelli (2011, p. 168/169):

Também o Gestor deve, antes da remessa dos autos à Procuradoria, para fins de emissão de Parecer prévio, posicionar-se, fundamentadamente, se a almejada contratação poderá ser direta.

[...]

Referentemente às contratações diretas, quer por dispensa, quer por inexigibilidade, constantemente há que se alertar para, no que couber, aplicação dos requisitos contidos no art. 26 da lei licitatória nacional. Também as condições de habilitação devem estar documentalmente comprovadas nos autos para as contratações, mesmo as diretas.

No que se refere à razão da escolha do executante, aqui desempenha relevante papel o Corpo Técnico de Servidores do IPHAN, que irá auxiliar o Gestor na tomada de decisão, agregando argumentos técnicos quanto à necessária motivação acerca do enquadramento do caso à dispensa, à inexigibilidade ou, quando não verificada a possibilidade de contratação direta, a imprescindível realização da licitação pública.

## 5 CONCLUSÃO

Do estudo apresentado, é possível concluir que os contratos administrativos, por imperativo constitucional, devem ser precedidos, em regra, de licitação pública, havendo permissivos legais que excepcionam a regra geral, admitindo a contratação direta, elencados na Lei nº 8.666/1993, ora como hipóteses de dispensa de licitação, ora como casos de inexigibilidade do certame.

Nesta diretriz, pode-se confirmar que as licitações públicas são norteadas por princípios constitucionais e legais, que permeiam a

aplicação do instituto, com destaque para os princípios da isonomia, da competitividade, da publicidade, da vinculação ao instrumento convocatório, dentre outros, de forma que os licitantes participem do processo de escolha pública, fiscalizando o cumprimento dos princípios regentes.

No que concerne à dispensa de licitação, observou-se que o rol enumerado no art. 24 da Lei de Licitações é taxativo, não admitindo outros casos além dos previstos no dispositivo, sendo certo que a dispensa de licitação admite a realização do certame, caso o Gestor não esteja seguro do enquadramento legal ou prefira a disputa pública, por cautela.

Por seu turno, o rol apresentado no art. 25 da sobredita Lei é exemplificativo e, será sempre aplicado quando houver inviabilidade de competição, ou seja, quando esta não for possível de ser realizada.

Dentro desse contexto, foi estudada a hipótese de dispensa de licitação, tendo por objeto a restauração de obras de arte e bens de valor histórico, prevista no art. 24, XV, da Lei nº 8.666/1993, que muito se assemelha à figura legal da inexigibilidade de licitação, preconizada no art. 25, II c/c art. 13, VII, da Lei em apreço, mas possui distinções, sobretudo em razão da inviabilidade de disputa e da necessidade, neste último caso, de 03 (três) requisitos cumulativos: serviço técnico profissional especializado; existência de um objeto singular e profissional de notória especialização.

Destarte, o tema em apreço assume relevância dentre as atribuições constitucionais e legais do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), Autarquia Federal, sobretudo diante do seu papel normativo de promover a salvaguarda, a conservação, a restauração e a revitalização do patrimônio cultural protegido pela União.

Em razão do esposado, conclui-se que a contratação direta deve ser motivada pelo Gestor Público, em obediência ao princípio da motivação, contendo a justificativa do preço, os requisitos de habilitação e a razão de escolha do fornecedor ou executante, representando o Corpo Técnico de Servidores do IPHAN papel crucial neste processo, sobretudo alertando para a necessidade da realização de licitação pública, caso se entenda ausentes os requisitos para a dispensa ou inexigibilidade do certame, prestigiando o princípio da igualdade entre os licitantes.

## REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. *Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988. Vade Mecum*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Decreto nº 6.844, de 21 de junho de 2009. *Aprova a Estrutura Regimental do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN)* e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6844.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6844.htm)>

BRASIL. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. *Vade Mecum*. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Vade Mecum*. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. *Portal do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN)*. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/1211>>.

BRASIL. *Porta do Tribunal de Contas da União*. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/pesquisa/sumula>>.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

JUSTEN FILHO. Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14, ed. São Paulo. Dialética, 2010.

LOPES DE TORRES, Ronny Charles. *Leis de Licitações Públicas Comentadas*. 6. ed. Bahia: Jus Podivm, 2014.

MAGALHÃES PISCITELLI, Rui. *Contratações e Demais Ajustes da Administração Pública. A Teoria Aplicada à Prática com Enfoque na Área Federal*. Brasília: 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

