



UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO
FACULDADE DE DIREITO
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO E
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Tháisa Fernanda Figueiredo Lenzi

A INEXIGIBILIDADE E A DISPENSA DE LICITAÇÃO COMO
EXCEÇÃO À REGRA DE LICITAR:

Licitação dispensada, dispensável e inexigível

Cuiabá – Mato Grosso

2011

Tháisa Fernanda Figueiredo Lenzi

**A INEXIGIBILIDADE E A DISPENSA DE LICITAÇÃO COMO
EXCEÇÃO À REGRA DE LICITAR:**

Licitação dispensada, dispensável e inexigível

Monografia apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMT, como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Administrativo e Administração Pública, sob orientação dos Professores José Luis Blaszak e Ariagda dos Santos.

Cuiabá – Mato Grosso

2011

FOLHA DE APROVAÇÃO

A inexigibilidade e a dispensa de licitação como exceção à regra de licitar:

Licitação dispensada, dispensável e inexigível

Aluna: Thaísa Fernanda Figueiredo Lenzi

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof.
UFMT

Prof.
UFMT

Prof.
UFMT

Aprovada em _____ de _____ de 2012.

Prof.
UFMT

DEDICATÓRIA

Este trabalho é dedicado àqueles que estão a serviço do bem, que buscam diariamente alcançar o proveito máximo que a lei lhes permite em prol da sociedade brasileira.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por tudo;

Meus pais, pela vida, amor, força e exemplo de história;

Ao meu esposo e meu filho, pelo companheirismo, carinho, amor e paciência;

Aos meus amigos e aos meus mestres, que me ensinaram a ciência do Direito.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 CAPÍTULO 1 – ASPECTOS GERAIS DA LICITAÇÃO PÚBLICA.....	12
1.1 A origem do direito administrativo e da licitação pública.....	12
1.2 Princípios aplicáveis à administração pública e à licitação	15
1.3 A exigibilidade da licitação pública e suas modalidades	19
1.4 A exigibilidade da licitação mitigada pela excepcionalidade da contratação direta	22
2 CAPÍTULO 2 – LICITAÇÃO DISPENSADA	25
2.1 Dação em pagamento de bem público imóvel.....	25
2.2 Doação de bem público imóvel e móvel	27
2.3 Permuta "troca" de bem público imóvel e móvel	29
2.4 Investidura de bem público imóvel e móvel.....	31
2.5 Venda de bem público imóvel e móvel	34
2.6 Alienação de imóveis residenciais.....	36
2.7 Legitimação de posse de bem imóvel.....	37
2.8 Alienação de imóveis comerciais	38
2.9 Alienação de imóveis rurais da Amazônia legal.....	38
3 CAPÍTULO 3 – LICITAÇÃO DISPENSÁVEL	40
3.1 Dispensa em razão do pequeno valor	40
3.2 Dispensa em razão de situações excepcionais	43
3.3 Dispensa em razão do objeto	57
3.4 Dispensa em razão da pessoa.....	62
4 CAPÍTULO 4 – LICITAÇÃO INEXIGÍVEL	70

4.1	Fornecedor exclusivo.....	71
4.2	Serviço de natureza singular.....	74
4.2.1	Profissional Consagrado.....	77
5	CAPÍTULO 5 – CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA CONTRATAÇÃO SEM LICITAÇÃO FORA DAS SITUAÇÕES PREVISTAS EM LEI.....	79
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	82
7	BIBLIOGRAFIA	85

INTRODUÇÃO

Inicialmente, importante mencionar sobre a importância da utilização da licitação nas contratações realizadas pelos órgãos públicos, haja vista tratar-se de uma notável ferramenta capaz de auxiliar na fiscalização das despesas públicas e na concretização dos princípios constitucionais e essenciais do direito administrativo.

Todavia, antes de adentrar ao assunto para demonstrar a sua importância, relevante se faz tentar esclarecer o que de fato significa a palavra licitação, uma insigne definição que auxiliará no entendimento do presente trabalho.

Reproduzindo os ensinamentos do ilustre Celso Antônio Bandeira de Mello:

“A licitação é um procedimento administrativo, a dizer, uma sucessão itinerária e encadeada de atos sucessivos que, embora tenham cada um, finalidade específica, tendem todos a um resultado final e conclusivo em função do qual se entrosam e harmonizam.”

Vê-se que a licitação se traduz em um procedimento administrativo do qual a entidade pública se utiliza para atingir um objetivo, do que todos sabem: adquirir a proposta mais vantajosa para a Administração Pública e atender o interesse público.

Para o jurista Lucas Rocha Furtado:

“(...) o ponto de partida para o estudo da licitação reside no fato de que, diante da possibilidade de haver nos mercados diversos interessados em firmar contrato com a Administração Pública, o procedimento licitatório objetiva indicar a proposta mais vantajosa e que servirá de parâmetro para a celebração do contrato.”

Esse tal procedimento licitatório que busca sempre a melhor proposta, apesar de muito parecido, se revela em particulares que serão desmistificadas de acordo com a modalidade de licitação devida para cada tipo de contratação.

Dentre as modalidades de licitação existentes, a maioria prevista no artigo 23, da Lei nº 8.666, de 23 de junho de 1993, estão: a concorrência, a tomada de preços, o convite, o

concurso e o leilão; e o pregão, uma sexta modalidade de licitação inserida posteriormente no ordenamento jurídico brasileiro, por meio da Lei nº 10.520, de 17 de julho, de 2002.

Registre-se que todas as modalidades acima mencionadas obedecem rigorosamente a critérios objetivos expressamente contemplados em lei, afinal, a regra da Administração Pública é que as contratações, sempre que possível, sejam precedidas de licitação. Prova disso é que:

“(...) a Constituição acolheu a presunção (absoluta) de que a prévia licitação produz a melhor contratação – entendida como aquela que assegura a maior vantagem possível à Administração Pública, com observância do princípio da isonomia.”

Entretanto, é sabido que tal regra não está imune de exceções, pois a própria Constituição se incumbiu de limitar tal presunção, autorizando para tanto, a contratação independentemente de licitação, nos casos expressamente previstos em lei.

Diante desta possibilidade, a Lei Federal nº 8.666 de 1993, que regulamentou normas para licitações e contratos da Administração Pública, previu diversas situações em que a licitação será dispensada, dispensável ou inexigível.

Estas situações é que justificam a elaboração deste trabalho, que fará o possível para mostrar um estudo de forma sucinta, porém completo, sobre as hipóteses autorizadoras da contratação sem licitação, bem como os procedimentos corretos a serem utilizados para a realização das contratações de acordo com as hipóteses estabelecidas na legislação aplicável.

Oportuno se fará mostrar também, algumas das conseqüências previstas de sua utilização indevida, bem como a eficácia dos instrumentos utilizados para controlar essas contratações realizadas de forma “excepcional”, mas que, infelizmente, estão se tornando a regra no dia-a-dia da Administração Pública.

1 CAPÍTULO 1 – ASPECTOS GERAIS DA LICITAÇÃO PÚBLICA

1.1 A ORIGEM DO DIREITO ADMINISTRATIVO E DA LICITAÇÃO PÚBLICA

Primeiramente, importante lembrar que o direito administrativo, ramo do direito público, não encontrou espaço suficiente para se desenvolver na Idade Média, pois “*era época das monarquias absolutas, em que todo poder pertencia ao soberano; a sua vontade era lei, a que obedeciam todos os cidadãos, justificadamente chamados servos ou vassallos (...)*”.¹

Nessa época, também conhecida como Estado de Polícia, os monarcas tinham poder ilimitado para administrar, prova disso é que “*o rei não podia ser submetido aos Tribunais, pois os seus atos se colocavam acima de qualquer ordenamento jurídico. Com base nessa ideia é que se formulou a teoria da irresponsabilidade do Estado (...)*”.²

Esta teoria, predominante nas monarquias absolutistas, se fundava no preceito de que Estado, como Ente soberano, instituía e tutelava o direito e, por isso, todos os seus atos eram presumidamente legais, não devendo, pois, serem submetidos a qualquer responsabilidade, já que o contrário abalaria a soberania do Estado.

Diante desse regime absolutista, o surgimento do direito administrativo se procrastinou ao longo do tempo, e apesar de existirem normas administrativas antes do seu marco inicial, ele só surgiu, como ramo autônomo, nos fins do século XVIII e início do século XIX.

Mais especificamente, sua formação só teve início na fase do Estado Moderno, época em que surgiu o conceito de Estado de Direito, solidificado no princípio da legalidade e da separação dos poderes.

Depois disso, e após um longo período de transição, hoje, o direito administrativo é definido pela ilustre jurista Maria Sylvia Zanella Di Pietro como:

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23.ª ed. São Paulo. Atlas, 2010, p. 01.

² Idem.

“o ramo do direito público que tem por objeto os órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública, a atividade jurídica não contenciosa que exerce e os bens de que se utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública.”³

No tocante ao procedimento licitatório, assunto pertinente à matéria de direito administrativo e cuja análise é de grande valia para este estudo, vale ressaltar que, antigamente, a Administração simplesmente concedia ao fornecedor, independentemente da análise quaisquer critérios, o direito de fornecer bens e serviços ao Estado.

Hoje, sabe-se que esse procedimento não funciona bem assim, e a mudança, não ocorreu do dia para a noite. Foi resultado de normas sucessivamente reeditadas e cuja última se converteu na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, comumente chamada de lei das licitações e contratos administrativos.

Nesse ínterim, muitos foram os institutos surgidos para regulamentar esse procedimento, a exemplo: o Decreto legislativo nº 4.536/1922, mais conhecido como Código de Contabilidade Pública da União; o Decreto nº 41.019/1957, chamado de Código de Águas; e a Lei nº 4.320/1964, famosa Lei do Orçamento, tida como modelo e que vigora até a presente data.

Registre, contudo, que apesar das várias normatizações surgidas para regulamentar a licitação, foi apenas na década de sessenta, com a edição da Lei nº 4.401/64 e do Decreto-Lei 200, de 25 de fevereiro de 1967 que o procedimento para orientar as compras realizadas pela Administração Pública foi regulamentado.

Houve ainda, a importante contribuição da Emenda Constitucional nº 15, de 1965, responsável por inserir o termo ‘*concorrência*’ no texto da Carta Magna à época vigente, ocasião em que o comando de licitação atingiu a posição mais alta do ordenamento jurídico brasileiro, qual seja, a de norma constitucional.

É certo que essas regulamentações foram sendo aprimoradas ao longo do tempo, e, cada vez, mais foi se solidificando o posicionamento que a Administração Pública só existe

³ Idem, p. 47.

para atender o interesse público, e só em razão disso é que necessita constantemente contratar bens e serviços de terceiros.

O renomado Procurador de Justiça José dos Santos de Carvalho Filho traz à baila seus ensinamentos lecionando que:

“Não poderia a lei deixar ao exclusivo critério do administrador a escolha das pessoas a serem contratadas, porque, fácil é prever, essa liberdade daria margem a escolhas impróprias (...). A licitação veio contornar esses riscos. Sendo um procedimento anterior ao próprio contrato, permite que várias pessoas ofereçam suas propostas, e, em conseqüência, permite também que seja escolhida a mais vantajosa para a Administração.”⁴

É de se notar que o surgimento da licitação se deu justamente para propiciar tratamento igualitário entre aqueles que fornecem bens ou prestam algum tipo de serviço para a Administração Pública. Em contrapartida, propicia a esta a escolha da proposta mais vantajosa para atender seus fins e satisfazer a necessidade pública.

Atualmente, o ilustre jurista José dos Santos Carvalho Filho define o termo licitação como sendo:

“o procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos – a celebração de contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico.”⁵

No mesmo sentido, o saudoso Hely Lopes Meirelles a conceitua como:

“o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos.”⁶

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 17.^a ed. Rio de Janeiro: Dialética, 2007. p. 209.

⁵ Idem, p. 209-210.

⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 260-261.

É possível observar que ambos os autores definem o termo licitação como um procedimento sistematicamente organizado, utilizado para atingir a uma finalidade, finalidade esta que está prevista no artigo 3º, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, *in litteris*:

“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 lhes são correlatos.”⁷

Como se vê, os princípios em que a licitação se baseia são, em sua grande maioria, oriundos do artigo 37, *caput*, da Constituição Federal. Estes princípios orientam não só a contratação, mas também todos os atos praticados pela Administração Pública direta ou indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

1.2 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E À LICITAÇÃO

Dentre os princípios constitucionais atinentes ao Poder Público, previstos no artigo 37, da Carta Federal vigente, está o princípio da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, e da eficiência, este último, incluído no rol do artigo 37, por meio da Emenda Constitucional nº 19/98.

Primeiro, com relação ao princípio da legalidade, tem-se que talvez seja ele o princípio mais importante do direito administrativo, pois impõe à Administração Pública fazer ou deixar de fazer somente aquilo que está estabelecido em lei.

Aplicando este princípio na seara das licitações, o mestre José dos Santos Carvalho Filho ensina que:

⁷ 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. Disponível em <[http:// www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 15 jul 2011.

“No campo das licitações, o princípio da legalidade impõe, principalmente, que o administrador observe as regras que a lei traçou para o procedimento. É a aplicação do devido processo legal, segundo o qual 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.”⁸

Quanto ao **princípio da impessoalidade**, este preceitua que o administrador público não beneficie e nem prejudique pessoas determinadas, aplicando o mesmo tratamento a todos os administradores que estejam em idêntica situação jurídica.

Com relação ao **princípio da moralidade**, este se assemelha muito ao anterior, pois determina ao administrador público, atuar de acordo com os ditames e padrões éticos.

O ilustre José dos Santos Carvalho Filho, reproduzindo o que ensina o mestre Marçal Justen Filho, expõe que o direito reprova condutas desagregadas dos valores jurídicos e morais. *“Por isso, mesmo quando não há disciplina legal, é vedado ao administrador conduzir-se de modo ofensivo à ética e a moral. A moralidade está associada à legalidade: se uma conduta é imoral, deve ser invalidada.”⁹*

No tocante ao **princípio da publicidade**, este estabelece a ampla divulgação dos atos da administração pública, excetuando os casos de preservação da segurança nacional ou do atendimento de interesse relevante.

Por fim, dentre os princípios constitucionais, está o **princípio da eficiência**, incluído no rol do artigo 37, da Constituição Federal, de 1988, pela Emenda Constitucional nº 19/98, para determinar que o administrador busque sempre o melhor resultado e o mais eficiente para atender o interesse público.

Outro princípio essencial que deve ser observado pelo agente público como guia da Administração Pública é o princípio da **supremacia do interesse público sobre o interesse privado**, onde se prevalece o interesse da coletividade em face do interesse particular.

⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17 ed. Rio de Janeiro: Dialética, 2007, p. 215-216.

⁹ Idem, p. 216.

Sem estender o assunto, é preciso mencionar, ainda, **os princípios da razoabilidade, da motivação e da autotutela**. O primeiro orienta que o administrador público atue de forma compatível com os fins que deseja atingir.

O segundo determina que o administrador público explicita as razões de fato e de direito que servem de fundamento para o ato, isto é, justifique os porquês do ato administrativo.

E, o terceiro, permite que a Administração, como ente autônomo, anule seus próprios atos quando eivados de vícios e revogue-os por motivo de conveniência ou oportunidade. Este princípio está refletido na Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal, que assim determina:

“STF. Súmula nº 473. A administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”¹⁰

Aplicando este enunciado no campo da licitação, mister lembrar alguns de seus princípios basilares, dentre os quais, destacam-se, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, da igualdade entre os licitantes, do julgamento objetivo e da adjudicação compulsória.

A **vinculação ao edital** é o princípio basilar de toda licitação. Consagrado no artigo 41, da lei de licitações e contratos administrativos, preleciona que *“o edital é a lei interna da licitação, e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes como a Administração que o expediu”*.¹¹

Em outros dizeres, as condições estabelecidas no edital devem ser estritamente observadas durante todo o procedimento licitatório, de modo que, constatada a sua inviabilidade ou falha, seja ela invalidada ou aditada, conforme for o caso. Lembrado ainda que, nesta última opção, se a alteração afetar a elaboração das propostas, necessariamente, o adendo deve ser republicado e o prazo reaberto.

¹⁰ BRASIL. STF. 2010.

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 260-261.

Pelo **princípio da igualdade entre os licitantes**, é vedado o que se chama de favoritismo. E “*o desatendimento a esse princípio constitui a forma mais insidiosa de desvio de poder.*”¹². A consequência pode chegar, sem prejuízo de outras penalidades nas esferas civil e criminal, até a anulação do processo licitatório.

O saudoso Hely Lopes Meirelles lembra apenas que:

*“Todavia, não se configura atentado ao princípio da igualdade entre os licitantes e estabelecimento de requisitos mínimos de participação no edital ou convite, porque a Administração pode e deve fixá-los sempre que necessários à garantia da execução do contrato, à segurança e perfeição da obra ou serviço, regularidade do fornecimento ou ao atendimento de qualquer outro interesse público.”*¹³

Com relação ao **princípio do julgamento objetivo**, imprescindível destacar que é ele o corolário do princípio da vinculação ao edital. “*Consiste em que os critérios e fatores seletivos previstos no edital devem ser adotados inafastavelmente para o julgamento, evitando-se, assim, qualquer surpresa para os participantes da competição.*”¹⁴

Por último, o princípio da **adjudicação compulsória**, consagrado nos artigos 50 e 64 da Lei nº 8.666/93, se traduz na obrigatoriedade de atribuir o objeto licitado ao seu legítimo vencedor.

O ilustre Hely Lopes Meirelles, melhor explica este princípio pontuando que:

*“A adjudicação ao vencedor é obrigatória, salvo se este desistir expressamente do contrato ou não o firmar no prazo prefixado, a menos que comprove justo motivo. A compulsoriedade veda também que se abra nova licitação enquanto válida a adjudicação da anterior.”*¹⁵

Percebe-se que vários são os princípios norteadores dos atos administrativos e todos eles se aplicam ao procedimento licitatório que, por sua vez, deve buscar seu fundamento de validade nos princípios acima elencados ao ser realizado.

¹² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 260-261.

¹³ Idem.

¹⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17 ed. Rio de Janeiro: Dialética, 2007 p. 218.

¹⁵ Idem.

1.3 A EXIGIBILIDADE DA LICITAÇÃO PÚBLICA E SUAS MODALIDADES

A regra da Administração Pública é que todas as contratações sejam precedidas de licitação.

Tamanha é a importância desse procedimento que ele encontra seu fundamento na Constituição Federal de 1988, artigo 37, inciso XXI, vejamos:

“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.”¹⁶

Igualmente, estabeleceu a Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, em seu artigo 2º, que:

“Art. 2º. As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.”¹⁷

Note-se que a lei de licitações e contratos administrativos foi fiel ao constituinte, prova disso é que reproduziu o dispositivo constitucional que determina como regra a adoção de licitação para as contratações efetivadas pela Administração Pública direta ou indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Assim sendo, definido o objeto que se pretende licitar, é necessário estimar o seu valor, mediante pesquisa de preços de mercado e verificar se há previsão de recursos orçamentários para o pagamento das despesas e se esta se encontra em conformidade com a Lei de Responsabilidade Fiscal.¹⁸

¹⁶ BRASIL, 2010.

¹⁷ BRASIL, 2010.

¹⁸ UNIÃO, 2010.

Feito isto, deve ser adotada a modalidade de licitação devida, com prioridade para a modalidade de licitação pregão, que deve ser utilizada apenas quando o objeto pretendido se tratar de bem comum ou serviço comum, ambos classificados no rol exemplificativo do Decreto nº 3.555, de 08 de agosto de 2002, que regulamenta esta modalidade para o âmbito federal.¹⁹

A modalidade de licitação é a forma que irá definir como será conduzido o procedimento licitatório. O valor estimado da contratação é o principal fator para a sua escolha, ressalvado o caso do pregão que não está limitado a valores.²⁰

Logo após, de acordo com os valores estabelecidos no artigo 23, da Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, será selecionada a modalidade concorrência, tomada de preços, convite, concurso ou leilão, e, independente do valor, o pregão, quando se tratar de bem ou serviço comum.²¹

A *concorrência* é a modalidade de licitação destinada à aquisição de bens ou serviços cujo valor supere o equivalente a R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais), ou ainda, cuja obra ou serviço de engenharia ultrapasse o limite de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e meio de reais).²²

Nesta modalidade, poderão participar quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovar atender os requisitos mínimos de qualificação exigidos no instrumento convocatório para a execução do objeto licitado.

A modalidade *tomada de preços* é destinada à aquisição de bens ou contratação de serviços que **não** ultrapasse o valor de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais) ou cuja obra ou serviço de engenharia **não** supere R\$ 1.500.000,00 (um milhão e meio de reais).²³

¹⁹ UNIÃO, 2010.

²⁰ Idem.

²¹ UNIÃO, 2010.

²² Idem.

²³ Idem.

Nesta modalidade, poderão participar os licitantes devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para o cadastramento **até o terceiro dia anterior a data do recebimento das propostas.**²⁴

O *convite*, modalidade mais simplista de licitação, destina-se às aquisições que **não** ultrapasse o equivalente a R\$ 80.000,00 (oitenta) para bens e serviços e de R\$ 150.000,00 para obras ou serviços de engenharia.²⁵

Em regra, participam desta modalidade de licitação aqueles que foram convidados pela Administração, em número mínimo de 3 (três) licitantes do ramo que trata o objeto que se pretende licitar.²⁶

Por outro lado, aqueles que não tenham sido convidados, mas que pertençam ao mesmo ramo do objeto licitado também poderão participar. Entretanto com a condição de estarem cadastrados no órgão da entidade ou no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF - ou, se não estiverem, que solicite o cadastramento com a antecedência de 24 (vinte e quatro) horas da apresentação da proposta.²⁷

Outra modalidade de licitação e que é pouco utilizada pela Administração é o *concurso*, que não se confunde com o concurso público realizado para a contratação de pessoal. Essa modalidade de licitação é destinada à escolha de trabalho técnico ou artístico de atividade predominantemente intelectual.²⁸

O jurista Hely Lopes Meirelles ensina que:

*“O concurso exaure-se com a classificação dos trabalhos e o pagamento dos prêmios, não conferindo qualquer direito a contrato com a Administração. A execução do projeto escolhido será objeto de nova licitação, já agora sob a modalidade de concorrência, tomada de preços ou convite, para a realização de obra ou execução do serviço.”*²⁹

²⁴ Idem.

²⁵ Idem.

²⁶ Idem.

²⁷ UNIÃO, 2010.

²⁸ Idem.

²⁹ MEIRELLES, p. 308.

Quanto ao *leilão*, última modalidade prevista na lei de licitações e contratos administrativos, ela é utilizada para a venda de bens móveis e semoventes e, em casos especiais, também de imóveis.

Nesta modalidade, a licitação é precedida de ampla publicidade, sendo que, os bens são previamente avaliados e colocados à disposição dos interessados para arrematação. Diferentemente das demais modalidades, nesta não se exige habilitação prévia. Para a sua realização, basta que se publique um edital designando o objeto, o local, o dia e a hora em que os bens serão apregoados.³⁰

Por fim, o *pregão*, esta sexta modalidade de licitação, introduzida pela Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, destina-se à aquisição de bem comum ou contratação de serviço comum, independentemente do valor do objeto a ser licitado.

Para orientar na definição do que se considera como serviço ou bem comum, o legislador instituiu, no âmbito federal, por meio do Decreto nº 3.555, de 08 de agosto de 2000, um rol exemplificativo que classifica os serviços e bens dessa natureza.

Nas demais esferas de Governo a observância a esse decreto é apenas facultativa, devendo o administrador, diante da inexistência de norma específica, avaliar no caso concreto o que se trata de bem ou serviço comum para adotar esta modalidade de licitação.

Por fim, ressalte-se que, esta modalidade tornou-se obrigatória para a aquisição de bem comum ou contratação de serviço comum, sendo preferencial, a sua utilização na forma eletrônica.

1.4 A EXIGIBILIDADE DA LICITAÇÃO MITIGADA PELA EXCEPCIONALIDADE DA CONTRATAÇÃO DIRETA

Conforme anteriormente adiantado, não é de hoje que a regra da Administração Pública é que as contratações sejam precedidas de licitação.

³⁰ Idem.

Por outro lado, também não é de hoje que a Administração autoriza a contratação sem licitação em diversas situações.

Estas situações viabilizam um procedimento conhecido como contratação direta e ocorre nos casos em que: a licitação é dispensada; dispensável, a critério do gestor; ou inexigível, por inviabilidade de competição, todas elas previstas, respectivamente, nos artigos 17, 24 e 25 da Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993.³¹

O estudo de cada uma dessas exceções é que justificam a elaboração deste trabalho e, por isso, cada uma será minuciosamente trabalhada, com o intuito de aclarar tais hipóteses que autorizam e que, em certos casos, obrigam a Administração Pública a furtar-se da utilização do burocrático procedimento licitatório.

Contudo, antes de adentrar ao tema, imprescindível traçar uma distinção entre a licitação dispensada, a licitação dispensável, e a licitação inexigível.

Primeiro, com relação aos casos em que os Entes Públicos dispensarão obrigatoriamente a licitação, eles estão todos previstos no artigo 17, da Lei nº 8.666/93. Saliente-se que, por já estarem determinados em lei, não se trata de uma discricionariedade do Gestor, pois em determinados casos, a Administração, mesmo que queira, não poderá licitar.

O professor Ivanildo Severino da Silva traz à baila uma clara distinção acerca desses dois últimos institutos, vejamos:

*“Na Licitação Dispensável, o administrador, se quiser, poderá realizar o procedimento licitatório, sendo, portanto, uma faculdade. Com relação à Licitação Dispensada, o administrador não pode licitar, visto que já se tem a definição da Pessoa (Física ou Jurídica), com se firmará o contrato.”*³²

No tocante às situações em que a licitação pode ser dispensada, a critério do Administrador, estes estão todos previstos no rol exaustivo do artigo 24, da Lei nº 8.666 de 21 de junho 1993. Por meio deste dispositivo, a lei atribui uma faculdade ao Administrador, que consiste na opção de utilizar ou não o procedimento licitatório.

³¹ BRASIL, 1996.

³² DA SILVA, IVANILDO SEVERINO. 2010.

Por fim, na licitação inexigível, rol exemplificativo previsto no artigo 25, da Lei nº 8.666, de 21 de junho, de 1993, a realização da licitação é afastada “*porque só existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração; a licitação é, portanto, inviável*”.³³

Pois bem, esclarecidas essas definições, passamos ao estudo de cada uma delas, a começar pelo primeiro caso em que a licitação obrigatoriamente deverá ser dispensada, consoante disposição do artigo 17, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23ed. São Paulo. Atlas, 2010 p. 365.

2 CAPÍTULO 2 - LICITAÇÃO DISPENSADA

É salutar informar que para que a Administração Pública aliene os seus bens móveis e/ou imóveis a regra é que se faça por meio de licitação, na modalidade concorrência, mediante justificado interesse público, precedido de avaliação prévia, bem como de autorização legislativa.

Entretanto, há certos casos “em que o procedimento de licitação normal conduziria ao sacrifício do interesse público e não asseguraria a contratação mais vantajosa.”³⁴

A par dessa situação, o legislador previu diversas situações em que em a alienação de bens públicos poderá ser realizada excepcionalmente sem licitação. Estes casos estão previstos no artigo 17, da Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993 e serão abordados separadamente, conforme segue:

2.1 DAÇÃO EM PAGAMENTO DE BEM PÚBLICO IMÓVEL

A alínea a, do inciso I, do artigo 17, da lei de licitações e contratos administrativos prevê a dispensa de licitação nas operações que envolvem alienação de bens públicos **imóveis** em virtude de dação em pagamento.

A dação em pagamento, meio indireto da extinção de uma obrigação por uma forma diversa daquela que foi pactuada anteriormente, ocorre nas situações em que o credor aceita receber coisa distinta da que lhe é devida.

O jurista Dr. Joel de Menezes Niebuhr esclarece essa definição lecionando que:

“(...) a Administração Pública pode liberar-se de dívida pecuniária, efetuando o adimplemento mediante transferência ao credor de bem imóvel, sem que seja necessário recorrer à licitação pública.”³⁵

³⁴ BRAZ, Petrônio. *Direito Municipal na constituição*. 7 ed. Leme: J.H.Mizuno, 2010. p. 605.

³⁵ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. 3 ed. São Paulo: Fórum, 2003. p. 238.

Com essa definição fica fácil perceber que a utilização de licitação para o cumprimento de obrigações dessa natureza seria inviável, haja vista que na dação em pagamento há a entrega de um bem imóvel para satisfazer uma obrigação perante aquele credor específico.

Por outro lado, firme à premissa de que a regra é pela observância do procedimento licitatório, o jurista Marçal Justen Filho lembra que:

“A justificativa para a dispensa de licitação reside na impossibilidade de selecionar propostas mais vantajosas para a Administração. Se credores diversos tiverem interesse de extinguir seus créditos mediante dação em pagamento, estarão presentes os pressupostos da licitação.”³⁶

Diante desse entendimento, tem-se que existindo vários credores interessados em satisfazer seus créditos mediante dação em pagamento, a seleção de apenas um deles, além de ofender a isonomia entre os pretendentes, poderia fazer com que a proposta mais vantajosa para a Administração fosse ignorada.

Por essa razão, aconselha-se que em casos dessa natureza, o Gestor se utilize da licitação para propiciar à Administração a escolha da proposta mais vantajosa e que melhor atenda o interesse público.

Registre-se apenas que, mesmo sendo dispensada a licitação, a dação em pagamento de bem público imóvel depende sempre de avaliação prévia, afinal, o bem público imóvel só deve ser alienado pelo preço que ele realmente faz jus.

Outro ponto que merece destaque é que sendo a dívida reconhecida pelo Poder Judiciário e não pela Administração Pública torna-se essencial respeitar a ordem cronológica de apresentação de precatórios, isso porque, a sua inobservância, além de contrariar a Constituição Federal, poderia ensejar favoritismos na Administração Pública, o que é terminantemente vedado.

³⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 172.

Uma exceção a essa regra, porém, é que, em se tratando de imóveis destinados a utilidade pública, a obediência à ordem cronológica de precatórios não se faz necessária.

Isso é o que ensina Joel Menezes Niebuhr que, em comentário sobre o tema, exemplifica que:

“Por exemplo, imóvel a ser destinado a abrigo de idosos mantido por entidade de terceiro setor, para quem a Administração Pública deve determinada importância. Aí há justificativas mais do que plausíveis para enfraquecer a isonomia, sob o argumento da proteção do interesse público, o que requer a facilitação da operação.”³⁷

Por outro lado, não sendo a dívida reconhecida pelo Poder Judiciário, mas sim pela própria Administração, também é necessária à obediência à ordem cronológica **de exigibilidade dos créditos**, seja a dívida de natureza contratual ou não. Isso implica dizer que, terá preferência na dação em pagamento aquele que possuir dívida mais antiga perante a Administração Pública.

2.2 DOAÇÃO DE BEM PÚBLICO IMÓVEL E MÓVEL

Outra situação que dispensa a licitação é a **doação de bem público imóvel**, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo, ressalvado o disposto nas alíneas f, h e i³⁸, do artigo 17, I, conforme alteração recente dada pela Lei nº 11.952/2009.

Acerca da exclusividade acima sublinhada, importante mencionar que ela foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, sob o fundamento de que à Lei Federal compete apenas estabelecer normas gerais para os Estados,

³⁷ NIEBUHR, Joel de Menezes. Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. 3 ed. São Paulo: Fórum, 2003p. 240.

³⁸ Lei nº 8.666/93, 2010.

os Municípios e o Distrito Federal, sob pena de ferir a autonomia dos Entes Federados, consagrada na Carta Magna.

Em resposta a ADI de nº 927-3, proposta pelo Governador do Rio Grande do Sul, o Supremo Tribunal Federal assim se pronunciou:

“(...) Com efeito, conforme se pode verificar, na alínea b do inciso I do artigo 17 da Lei nº 8.666/93, a doação de imóvel só é permitida, proibindo-se-a, portanto, fora dessa hipótese, se e quando realizada... “para outro órgão ou entidade da Administração Pública” (...) embora em determinadas circunstâncias, a entidade local possa ter relevantíssimo interesse público (...) em doar seus bens a particulares a fim de melhor atingir os fins que lhe são impostos constitucionalmente, ver-se-á absolutamente tolhida de fazê-lo porque proibida – frise-se inconstitucionalmente proibida – pela lei federal relativa... “licitações””.³⁹ (sic)

Diante desse entendimento tem-se que a doação de bem público imóvel, pertencente ao Estado, Município ou Distrito Federal, desde que destinada à finalidade pública também poderá ser estendida ao particular, vez que a especificidade contida na norma (que deveria dispor somente sobre norma geral) apenas tem aplicação no âmbito da União.

Superado esse entendimento, mister definir que a **doação de bem imóvel** nada mais é do que um procedimento em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio um imóvel para o domínio de outra, desvinculando-se do bem doado.

Determina a citada lei federal, que o bem público só pode ser doado para pessoas ou entidades altamente confiáveis e para ser utilizado em atividade que contemple o interesse social, autorizado somente por motivo de excepcional e relevante interesse público, afinal, um bem comum, mormente, quando imóvel, não é algo que pode ser dilapidado por simples gracejo do administrador.

Aí a razão da doação por dispensa de licitação se limitar apenas aos casos em que estiver presente o interesse social.

³⁹ STF. 2010.

Tanto é verdade que cessadas as razões que justificam a doação do bem imóvel, este será revertido ao patrimônio da pessoa jurídica doadora, sendo proibida a sua alienação pelo beneficiário.⁴⁰

Lembrando apenas que de acordo com a liminar concedida na ADI nº 927-3/RS a condição acima exposta somente é aplicável no âmbito federal, o que particularmente discordo, pelas mesmas razões expostas pelo nobre Relator da supracitada ação direta de inconstitucionalidade.

Com relação **doação de bem público móvel**, primeiro, deixa-se claro que a inconstitucionalidade acima argüida não lhe afeta.

Esta hipótese prevista no art.17, II, 'a', e somente se justifica se realizada para fins e uso de interesse social, após avaliação de sua oportunidade e conveniência sócio-econômica, e depois de verificada *“se a doação consiste na melhor opção, inclusive para evitar a manutenção de concepções paternalistas acerca do Estado”*.⁴¹

Assim sendo, o administrador só poderá doar um bem público móvel, sem licitação, quando presente o interesse coletivo na operação. Ademais, é necessário que ele percorra todo o caminho traçado pela lei, isto é, respeite o interesse público, a utilização social do bem doado, bem como a avaliação prévia para a sua efetivação, sob pena de burla ao princípio da legalidade.

2.3 PERMUTA “TROCA” DE BEM PÚBLICO IMÓVEL E MÓVEL

No caso de **permuta por outro imóvel** a licitação também será dispensada, desde que atenda os requisitos constantes no inciso X, do artigo 24, da Lei nº 8.666/93.

Em outras palavras, é necessário que a troca atenda as finalidades da Administração, que as necessidades de instalação e localização condicionem a escolha do imóvel a ser

⁴⁰ BRASIL. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993.

⁴¹ TORRES, Henrique Abi-Ackel. 2008.

trocado, aliado ao critério de compatibilidade de preço com o do mercado, consultado mediante avaliação prévia.

Os mais uma vez brilhantes ensinamentos do ilustre Dr. Joel de Menezes Niebuhr justifica a permuta, sem licitação, da seguinte forma:

“(...) a própria legalidade da permuta está condicionada à singularidade do bem, dado que, em hipótese contrária, não subsistem razões para impor tratamento desigual aos que pretendem vender ou comprar imóveis da Administração Pública.”⁴²

Desse modo, existindo outros interessados em realizar a troca inexistirá razão para dispensar a licitação, caso em que a regra prevalecerá na operação de troca do bem público imóvel por outro que atenda o interesse público.

Registre-se apenas que tal condição também só é válida no âmbito da União Federal, haja vista que a liminar concedida na ADI nº 927-3/RS pelo STF, impulsionada pelo voto do Rel. Ministro Marco Aurélio, assim determinou acerca do artigo 17, inciso I, alínea c:

“O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Senhor Presidente, pelas razões já expostas, defiro a liminar com a limitação, no tocante aos Estados, Municípios e Distrito Federal.”⁴³ (sic)

Quanto à **permuta de bem móvel**, a lei apenas autoriza sua realização sem licitação entre órgãos ou entidades da Administração Pública. No entanto, mais uma vez, **esta restrição somente se aplica ao âmbito federal**, conforme liminar unânime obtida da ADI nº 927-3/RS proposta ao STF, *in litteris*:

“(...) Referentemente à permuta de bem móvel – art. 17, II, b – que a lei estabelece que será “permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública”, parece-me que o legislador federal se excedeu. O que se disse relativamente à doação de bens imóveis art. 17, I, b – tem aplicação aqui. A interpretação conforme, no ponto, é esta: a norma mencionada – “permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da

⁴² NIEBUHR, Joel de Menezes. p. 240.

⁴³ STF. 2010.

Administração Pública”, inscrita no art. 17, II, b – somente tem aplicação no âmbito federal”⁴⁴ (sic)

Vê-se que várias são as situações que foram tidas como inconstitucionais pelo STF, razão pelas quais muitos doutrinadores criticam o texto da lei de licitações, como por exemplo, o Dr. Ivan Barbosa Rigolin que em uma de suas palestras chegou a dizer que o texto da lei de licitações e contratos administrativos é um dos, se não o pior, que ele já viu.

2.4 INVESTIDURA DE BEM PÚBLICO IMÓVEL E MÓVEL

A alínea d, do artigo 17, da supracitada lei, traz outra hipótese em que a licitação será dispensada: a **investidura**, cuja definição é dada pelo mesmo dispositivo, em seu parágrafo 3º, vejamos:

“Art. 17 (...)

§ 3º Entende-se por investidura, para os fins desta lei:

I - a alienação aos proprietários de imóveis lindeiros⁴⁵ de área remanescente ou resultante de obra pública, área esta que se tornar inaproveitável isoladamente, por preço nunca inferior ao da avaliação e desde que esse não ultrapasse a 50% (cinquenta por cento) do valor constante da alínea "a" do inciso II do art. 23 desta lei;”⁴⁶

E ainda, no mesmo dispositivo, inciso II:

“II - a alienação, aos legítimos possuidores diretos ou, na falta destes, ao Poder Público, de imóveis para fins residenciais construídos em núcleos urbanos anexos a usinas hidrelétricas, desde que considerados dispensáveis na fase de operação dessas unidades e não integrem a categoria de bens reversíveis ao final da concessão”.⁴⁷

Nota-se que a lei classifica duas situações distintas como investidura e para ambas autoriza a alienação sem licitação.

⁴⁴ Idem.

⁴⁵ Antônio Marcelo da Silva esclarece: “Lindeiro é o imóvel que confronta com a área inaproveitável, do qual esta, usualmente, teria sido destacada para a execução da obra, em sua fase inicial. Área inaproveitável isoladamente é aquela que não se enquadra nos módulos estabelecidos por lei para a edificação urbana ou aproveitamento para fins agropecuários.” (SILVA, Antônio Marcelo. Contratações Administrativas. Op. cit., p. 47).

⁴⁶ BRASIL, Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

⁴⁷ BRASIL, Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

No caso do inciso I, a lei autoriza a alienação de “sobras” de áreas decorrentes de obras públicas que não podem ser aproveitadas pelo Poder Público, nem por terceiros, mas apenas pelo dono do imóvel vizinho, comumente chamado de proprietário de imóvel lindeiro.

Importante pontuar que para caracterizar essa situação prevista na lei, o imóvel deve ser inaproveitável isoladamente. Daí o motivo dos doutrinadores considerarem que esse procedimento visa atender, sobretudo, a função social do imóvel, haja vista que, sendo as sobras de área inaproveitável agregada a outro terreno, tornar-se-á maior e poderá se destinar a algum uso.

Outro fator importante é que o valor da alienação por investidura, em favor de proprietário de imóvel lindeiro, não deve superar o equivalente a R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais).

Salientando apenas que o posicionamento do ilustre Joel Menezes Niebuhr é no sentido de que essa limitação é inconstitucional, pois a limitação da alienação a um valor específico seria o mesmo que dizer que as áreas de valores superiores ficarão condenadas perpetuamente como inaproveitáveis, confrontando assim, o artigo XXIII, do artigo 5º, da Constituição Federal.

Solução interessante para essa suposta inconstitucionalidade traz o jurista Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, em seu livro *Contratação Direta sem Licitação*, vejamos:

“Se, contudo, ainda assim o valor ultrapassar o limite global estabelecido e houver apenas um possível interessado, ficará caracterizada a inviabilidade de competição, autorizando a venda direta na forma do art. 25, caput, da Lei nº 8.666/93. Embora ao art. 17 da lei tenha consagrado a Administração na alternativa para amparar o presente caso, tampouco qualquer óbice à utilização do rigor literal do art. 25, como referido.”⁴⁸

Vê-se que ultrapassando o limite de quarenta mil reais estabelecidos em lei, o Poder Público poderá utilizar-se de outra forma que afasta o procedimento licitatório, é a chamada inexigibilidade de licitação, que será mais bem estudada em capítulo próprio.

⁴⁸ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. p. 255.

Com relação ao inciso II, do § 3º, do artigo 17, da Lei nº 8.666/93, há ainda a investidura para imóveis anexos a usinas hidrelétricas.⁴⁹

O dispositivo que o conceitua, anteriormente transcrito, contempla situação excepcional, já que se destina às edificações residenciais erguidas durante a construção de usinas hidrelétricas.

A razão é que, anteriormente, quando eram construídas usinas hidrelétricas, normalmente elas eram erguidas longe do perímetro urbano. Por isso, construíam-se pequenos vilarejos para hospedar o pessoal que trabalhava na construção. No entanto, quando a construção da usina era finalizada, o pessoal voltava para sua localidade de origem e deixava somente os que continuariam trabalhando na manutenção da usina construída.

O dispositivo em comento pretendeu autorizar justamente a alienação direta desses imóveis construídos anexos às usinas hidrelétricas.

Dentre os requisitos para oficializar esse procedimento estão: que a alienação seja feita exclusivamente para os possuidores diretos, ou na falta destes, para o Poder Público; que o imóvel seja destinado à moradia; que o imóvel tenha sido construído anexo a usinas hidrelétricas; que o imóvel seja dispensável pela Administração Pública, e que não possa ser utilizado para qualquer utilidade; e, por fim, que o imóvel **não** integre a categoria dos bens reversíveis ao final da concessão.

Esta última parte do dispositivo é severamente criticada pelos doutrinadores, já que afirmam que está totalmente “fora de órbita” no dispositivo.

Marçal Justen Filho afirma que:

“A redação retrata equívoco. Distinguem-se os bens aplicados à prestação do serviço público concedido em reversíveis e não reversíveis. Dizem-se reversíveis aqueles que, encerrada a concessão, deverão manter-se no patrimônio público. Não reverterem para o poder concedente os bens de que o particular se vale na prestação do serviço e que, encerrada a concessão, integrar-se-ão no pleno domínio do particular. Enfim e para sintetizar, encerrada a concessão, os bens reversíveis passam ao domínio público e os

⁴⁹ BRASIL, Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

não reversíveis ficam na propriedade do particular. Ora, a regra comentada impõe que a investidura apenas abrangerá os bens não reversíveis. Isso é um despropósito, eis que essa categoria de bens passará ao domínio do particular, sendo inviável transferir compulsoriamente (...). Disso tudo se extrai que a redação é equivocada, tendo sido incluída indevidamente a palavra “não”. Tem de supor-se que a investidura do inc. II somente se aplica a bens que integrem a categoria dos reversíveis ao final da concessão.”⁵⁰

No mesmo sentido, assegura Joel Menezes de Niebuhr:

“(...) a parte final do inciso II do § 3º do artigo 17 exige que o imóvel objeto da investidura não integre a categoria dos bens reversíveis ao final da concessão. Essa parte do dispositivo situa-se completamente fora do lugar, dado que, se o bem não for reversível, não o será de domínio público, pelo que a Administração é impedida de aliená-lo, pois, sobretudo, se trata de coisa que não lhe pertence. Ademais, no decorrer também não pode aliená-lo, uma vez que ainda de propriedade do concessionário.”⁵¹

Em síntese, apenas é possível a investidura neste caso se o bem imóvel integrar a categoria dos bens reversíveis ao final da concessão, isto é, que finda a concessão, ele volte para o patrimônio do Poder Público para que possa ser alienado.

2.5 VENDA DE BEM PÚBLICO IMÓVEL E MÓVEL

A alínea e, do inciso II, do artigo 17, da lei nº 8.666/93 também dispensa a licitação para **venda de imóvel a outro órgão ou entidade da Administração Pública**, de qualquer esfera do governo.

Essa possibilidade se justifica no fato de que ambas as entidades buscam atender o interesse público em suas operações, razão pela qual o legislador propiciou-lhes um tratamento diferenciado autorizando a compra direta também neste caso.

⁵⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. p. 224.

⁵¹ NIEBUHR, Joel de Menezes. p. 250.

O mestre Marçal Justen Filho lembra que:

*“(...) somente se pode admitir a alienação sem licitação entre entidades integrantes da Administração Pública quando essa for a solução mais vantajosa para a realização das funções estatais.”*⁵²

Diante desse entendimento, tem-se que existindo outros interessados em formularem proposta mais vantajosa para a Administração o dispositivo em comento não constituirá fundamento para a venda do bem público imóvel.

No que diz respeito à possibilidade de **venda de bens públicos móveis**, previu o legislador no inciso II, do artigo 17 da Lei nº 8.666/93, as seguintes situações:

*“Art. 17 (...)
II – (...)
c) venda de ações, que poderão ser negociadas em bolsa, observada a legislação específica;
d) venda de títulos, na forma da legislação pertinente;
e) venda de bens produzidos ou comercializados por órgãos ou entidades da Administração Pública, em virtude de suas finalidades;
f) venda de materiais e equipamentos para outros órgãos ou entidades da Administração Pública, sem utilização previsível por quem deles dispõe.”*⁵³

Acertadamente, verifica-se que nas duas primeiras hipóteses, a Lei nº 8.666/93 permitiu a venda de bens móveis apenas de forma genérica, como deve ser.

Sendo assim, para que se efetive a venda de ações e de títulos sem licitação, é necessário observar, em cada caso, a legislação específica pertinente, seja no âmbito federal, estadual, municipal ou distrital.

Com relação à alínea e, o texto do dispositivo fala por si, vez que como uma forma de incentivo os bens produzidos ou comercializados pelo Poder Público poderão ser adquiridos sem licitação.

⁵² JUSTEN FILHO, Marçal. p. 226.

⁵³ BRASIL, Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Op. cit.. Acesso em: 17 nov. 2010.

Por fim, no tocante a alínea f, será permitida a venda sem licitação de materiais e equipamentos para outro órgão ou entidade da Administração Pública, com única exigência de que tais bens não tenham utilização previsível por quem deles dispõe. Razão pela qual se autoriza sua venda sem licitação para que o comprador lhe dê um fim útil.

2.6 ALIENAÇÃO DE IMÓVEIS RESIDENCIAIS

Será também permitida a compra direta na situação prevista na alínea f, do aludido inciso I, do artigo 17, da Lei nº 8.666/93:

*“Art. 17 (...)
f) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública;”⁵⁴*

Note-se que o dispositivo autoriza a compra direta apenas para os **imóveis residenciais** destinados ou utilizados no âmbito de **programas habitacionais** ou de **regularização fundiária de interesse social** desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública.

Discorrendo sobre a incidência do aludido dispositivo no plano fático, Marçal Justen Filho leciona que:

“A alusão a “programas habitacionais” indica a existência de investimentos de valor relevante realizados pelo poder público para edificação de residências destinadas a camadas carentes da população.”⁵⁵

Continua:

⁵⁴ BRASIL, Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Op. cit.. Acesso em: 17 nov. 2010.

⁵⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. p. 226.

“Já a referência a regularização fundiária pressupõe a legitimação da ocupação de áreas, de modo a assegurar um título jurídico para o sujeito que detém área pública. Ressalte-se que o dispositivo exige que tal regularização fundiária seja vinculada ao “interesse social”, cláusula que apresenta relevo significativo.”⁵⁶

Sobre a importância da presença de tais pressupostos, salienta Jesse Torres Pereira Júnior:

“Esses parâmetros, bem assim a configuração de cada uma daquelas espécies de transmissão de propriedade ou da posse de imóveis da Administração federal, constituem o objeto da Lei nº 9.636/98, cujos preceitos funcionam como premissa necessária, portanto, da aplicação da Lei nº 8.666/93 para viabilizar a contratação direta, que padecerá de desvio de finalidade, passível de invalidação e apuração de responsabilidades, se não der a devida atenção aqueles preceitos.”⁵⁷

Desse modo, a alienação de imóveis residenciais só será permitida com fundamento na alínea f, inciso I, do artigo 17, da Lei nº 8.666/93 se o comprador pertencer a algum programa habitacional ou projeto de regularização fundiária, pois do contrário, a alienação sem licitação padecerá de desvio de finalidade.

2.7 LEGITIMAÇÃO DE POSSE DE BEM IMÓVEL

A licitação também será dispensada nos “procedimentos de legitimação de posse de que trata o art. 29 da Lei nº 6.383, de 7 de dezembro de 1976, mediante iniciativa e deliberação dos órgãos da Administração Pública em cuja competência legal inclua-se tal atribuição”.⁵⁸

Tal possibilidade visa viabilizar, independentemente de licitação, a legitimação de posse de terras públicas da União Federal cujo ocupante **tenha tornado a terra produtiva,**

⁵⁶ Idem.

⁵⁷ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. p. 226.

⁵⁸ BRASIL, Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

seja com o seu trabalho isoladamente ou em conjunto com a sua família, limitado a 100 (cem) hectares e, desde que o possuidor não seja proprietário de nenhum imóvel e comprove a morada permanente e a cultura efetiva, pelo prazo mínimo de 1 (um) ano.⁵⁹

2.8 ALIENAÇÃO DE IMÓVEIS COMERCIAIS

A dispensa de licitação para alienar os bens públicos imóveis também se aplica para os casos de:

“alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis de uso comercial de âmbito local com área de até 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) e inseridos no âmbito de programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública;”⁶⁰

Verifica-se que são três os requisitos para a alienação de bens imóveis de uso comercial, a saber: que a área não ultrapasse o limite de 250 m²; que ela esteja inserida em programas de regularização fundiária; e que o programa desenvolvido por órgãos ou entidades da Administração Pública.

2.9 ALIENAÇÃO DE IMÓVEIS RURAIS DA AMAZÔNIA LEGAL

⁵⁹ BRASIL. Lei n° 6. 383/76. **Art. 29** - O ocupante de terras públicas, que as tenha tornado produtivas com o seu trabalho e o de sua família, fará jus à legitimação da posse de área contínua até 100 (cem) hectares, desde que preencha os seguintes requisitos: **I** - não seja proprietário de imóvel rural; **II** - comprove a morada permanente e cultura efetiva, pelo prazo mínimo de 1 (um) ano. § 1º A regularização da ocupação de que trata este artigo consistirá no fornecimento de uma Licença de Ocupação, pelo prazo mínimo de mais quatro anos, findo o qual o ocupante terá a preferência para aquisição do lote pelo valor mínimo estabelecido em planilha referencial de preços, a ser periodicamente atualizada pelo INCRA, utilizando-se dos critérios relativos à ancianidade da ocupação, às diversificações das regiões em que se situar a respectiva ocupação e à dimensão de área. § 2º - Aos portadores de Licenças de Ocupação, concedidas na forma da legislação anterior, será assegurada a preferência para aquisição de área até 100 (cem) hectares, nas condições do parágrafo anterior, e, o que exceder esse limite, pelo valor atual da terra nua. § 3º - A Licença de Ocupação será intransferível inter vivos e inegociável, não podendo ser objeto de penhora e arresto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6383.htm>. Acesso em: 20 de Nov 2010.

⁶⁰ BRASIL, Lei n° 8.666, de 21 de junho de 1996.

No tocante a possibilidade de alienação de imóveis rurais da Amazônia Legal, dispõe a última alínea do inciso II, do artigo 17 do mesmo diploma legal que:

*“alienação e concessão de direito real de uso, gratuita ou onerosa, de terras públicas rurais da União na Amazônia Legal onde incidam ocupações até o limite de 15 (quinze) módulos fiscais ou 1.500ha (mil e quinhentos hectares), para fins de regularização fundiária, atendidos os requisitos legais;”*⁶¹

Como se percebe pelo texto do dispositivo acima transcrito, a alienação somente será possível sob esse fundamento para fins de regularização fundiária e desde que as áreas ocupadas não ultrapassem o limite de 1.500 hectares.

É de se notar que são muitos os casos a utilização da licitação não asseguraria a contratação mais vantajosa para o Poder Público, circunstância que fez com que o legislador dispensasse a sua utilização autorizando a contratação direta nos casos taxativos previstos no artigo, ora objeto de análise.

⁶¹ BRASIL, Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

3 CAPÍTULO 3 – LICITAÇÃO DISPENSÁVEL

Tal como antecipado acima, em algumas situações a legislação faculta à Administração Pública realizar ou não a licitação, para tal, considera razões de relevante interesse público e circunstâncias previamente definidas em lei como ensejadoras da dispensa do procedimento licitatório.

Ante de outras considerações, cumpre ressaltar que o ente público deve obediência rigorosa às situações previstas em lei para dispensar a licitação ao contratar, resultando inoportuna a utilização de sua discricionariedade para inventar hipóteses com o intuito de afastar a licitação.

Dito isto, insta lembrar que, além do rol exaustivo do artigo 17, da Lei nº 8.666/93, há ainda aquele disposto no artigo 24, do mesmo diploma jurídico. Neste, o legislador previu uma lista taxativa em que a licitação, embora possível, pode, a critério do administrador público, ser dispensada.

A primeira dessas hipóteses diz respeito à dispensa de licitação em razão do pequeno valor e será mais bem detalhada no tópico que segue:

3.1 DISPENSA EM RAZÃO DO PEQUENO VALOR

Segundo determina o artigo 24, inciso I e II, da Lei nº 8.666/93, a licitação é dispensável: I) para obras e serviços de até R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizados conjunta ou concomitantemente; e II) para compras ou outros serviços de até R\$ 8.000,00 (oito mil reais), e para alienações, nos casos previstos no artigo 17, do mesmo diploma, desde que não se refiram a parcelas do

mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma única vez.

62

Em atenção ao que dispõe o parágrafo único do mesmo dispositivo, o limite de valor será dobrado para as compras, as obras e os serviços contratados por consórcios públicos, sociedades de economia mista e empresa pública, bem assim por autarquias e fundações qualificadas, na forma da lei, como Agências Executivas.

A justificativa para dispensar a licitação **em razão do pequeno valor** encontra seu sustentáculo no princípio da economicidade. Isso porque o processo licitatório, qualquer que seja a sua modalidade, gera custos para a Administração Pública, custos estes que decorrem dos gastos com as despesas fixas do Poder Público ou da própria publicidade dos atos administrativos que o procedimento exige.

O mestre Joel Menezes Niebuhr Justifica que *“a dispensa precisa se fundar em interesse público, que seria sacrificado ou prejudicado se houvesse licitação.”*⁶³

Ensina ainda que a desproporção entre os custos e os benefícios decorrentes da realização da licitação *“deveria nortear a discricionabilidade do legislativo, a quem compete determinar o patamar de valor que autoriza a dispensa, sob pena de desvio de poder.”*⁶⁴

Não obstante o dispositivo autorizar a compra direta para valores que não ultrapassem determinado patamar econômico continua sendo vedado, porém, o que se conhece por fragmentação de despesa, ou seja, a realização de várias contratações fracionadas para afastar a licitação.

Isso implica dizer que, possuindo o objeto do contrato a mesma natureza e podendo ser adquirido de uma única vez, não poderá o administrador público fracionar a licitação para se furta do procedimento licitatório.

⁶² BRASIL, Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1996.

⁶³ NIEBUHR, Joel de Menezes. 2008. p. 419.

⁶⁴ NIEBUHR, Joel de Menezes. p. 261.

A propósito, não se confunde o parcelamento legal (art. 23, § 1º, Lei nº 8.666/93) com o fracionamento ilegal de despesa (art. 23, § 5º, Lei nº 8.666/93), pois ao passo que o primeiro é permitido, este último é terminantemente vedado pelo ordenamento jurídico-administrativo.

A respeito dessa vedação, leciona o ilustre Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

*“Continua, porém, sendo vedado o chamado “fracionamento de despesa”, como tal entendida a conduta do administrador que, pretendendo definir a modalidade de licitação inferior à devida ou deixar de realizar a licitação - com fundamento no art. 24, I e II -, reduz o objeto para alcançar valor inferior e realiza várias licitações ou dispensas para o mesmo objeto.”*⁶⁵

Desse modo, como forma de evitar o fracionamento de despesa, figura tristemente bastante presente na seara administrativa, o Tribunal de Contas da União recomenda que:

*“O TCU recomenda, como forma de evitar a fragmentação de despesa, a realização de prévio planejamento para todo o exercício, licitando de forma racionalizada, e em conjunto, materiais de uma mesma espécie, cujos fornecedores potenciais sejam os mesmos, conforme o art. 15, § 7º, II e 23, § 2º da Lei nº 8.666/93. Processo TC – nº 475.169/96-4, Decisão nº 753/98 – TCU. Ministro Relator: Carlos Átila Álvares, publicado no DOU de 16.11.98, seção 1, p.49-50.”*⁶⁶

Diante dessa recomendação, conclui-se que para que a Administração Pública funcione de forma racionalizada ela deve realizar um planejamento de tudo que irá precisar para o ano todo, de modo a contratar diretamente apenas aqueles bens, serviços ou obras que a Administração não puder prever integralmente para o exercício orçamentário.

Outra questão que merece comentários acerca da dispensa em razão do pequeno valor refere-se à possibilidade de alterar os contratos firmados, com fundamento nos incisos I e II, do artigo 24, da Lei nº 8.666/93.

Assim, não obstante o artigo 65 do mesmo estatuto legal não excluir os contratos oriundos de dispensa em razão do valor para permitir a alteração contratual, logo se recorda

⁶⁵ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. 2000, p. 148.

⁶⁶ Idem, p. 144.

que a modificação no valor de um contrato oriundo de dispensa de licitação poderia descaracterizar o motivo que autorizou o seu firmamento.

A questão é digna de longos comentários, mas aqui, filia-se a posição do mestre Joel Menezes Niebuhr que defende a ideia de que o contrato só poderá ser modificado quando comprovado que a Administração não se dispunha de meios para prever a alteração contratual quando do firmamento do contrato.

3.2 DISPENSA EM RAZÃO DE SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS

A primeira das hipóteses que dispensa a licitação por força de situações excepcionais está prevista no inciso III, do artigo 24, da lei de licitações e contratos administrativos e se justifica nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem.

Primeiro, com relação à **guerra**, reproduz-se a definição do jurista Hely Lopes Meirelles: “*guerra é o estado de beligerância entre duas ou mais nações, devendo ser declarada, no Brasil, por ato do Presidente da República, na forma constitucional (CF, art. 84, XIX).*”⁶⁷

Acerca desse estado de guerra, a doutrina não é unânime para considerar dispensada a licitação. Parte entende que a contratação direta somente deve ser utilizada se o estado real de guerra inviabilizar de tal forma a competição restando apenas à contratação direta. E a outra parte entende que basta a declaração formal da guerra pelo Presidente da República para ficar autorizada a contratação, sem licitação, qualquer que seja o objeto e independentemente do valor.

Filiando-se a segunda corrente leciona o jurista Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

*“Pode, contudo, seja por qualquer razão, não advir o conflito armado, invasão ou expedição de tropas militares; basta, porém a declaração formal para autorizar o uso do dispositivo, porque até o estado de guerra, ainda que sem efetivo conflito, já é suficiente para alterar o modo extraordinário a atividade administrativa.”*⁶⁸

⁶⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. p. 279.

⁶⁸ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. p. 323.

Vê-se que a posição do jurista é no sentido de que, independentemente do estado real de guerra, a contratação direta com base nesse dispositivo estará autorizada, bastando apenas que o requisito formal tenha sido cumprido, isto é, que a guerra tenha sido declarada pelo Presidente da República.

Em sentido contrário, o jurista Joel Menezes de Niebuhr ensina que:

*“... deve haver nexo de causalidade entre a dispensa e o estado de guerra. Nem todos os contratos devem ser firmados mediante dispensa: apenas os afetados pelo estado de guerra, cuja realização da licitação pública daria azo ao perecimento de interesse público.”*⁶⁹

No mesmo sentido é a lição do ilustre Marçal Justen Filho:

*“... quando, porém, a contratação não sofrer qualquer prejuízo em decorrência da demora nem comprometer a segurança nacional, aplicar-se-á o regime normal de licitação”.*⁷⁰

Note-se que ambos os doutrinadores entendem que a dispensa de licitação somente estará justificada com base no dispositivo em comento se o estado real de guerra inviabilizar de tal forma a competição, restando apenas à contratação direta.

Segundo, com relação à **grave perturbação da ordem** define o jurista Hely Lopes Meirelles:

*“grave perturbação da ordem é a comoção interna generalizada ou circunstância a uma região, provocada por atos humanos, tais como revolução, motim, greve que paralisa ou retarda atividades ou serviços essenciais a comunidade”*⁷¹

Acerca dessa situação leciona o mestre Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

⁶⁹ NIEBUHR, Joel de Menezes. p. 441.

⁷⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. p. 305.

⁷¹ MEIRELLES, Hely Lopes. p. 280.

“Há momentos em que as greves se sucedem, tornando-se fato rotineiro, mesmo quando afetam serviços essenciais, mas isso não é suficiente para justificar a dispensa de licitação: é preciso que se caracterize grave perturbação da ordem. Eventuais tumultos, dificuldades de tráfego, fechamento de comércio por curto espaço de tempo não justificam a dispensa, ainda que tenha tornado notaria a paralisação ou a perturbação da ordem.”⁷²

Com isso, tem-se que deve haver um nexo de causalidade entre a dispensa e a grave perturbação da ordem, haja vista que não é qualquer procedimento que autoriza a contratação direta, mas apenas aqueles em que a licitação implicar prejuízos para o interesse público.

A segunda situação excepcional que autoriza a dispensa de licitação é aquela oriunda de casos de emergência ou de calamidade pública, expressamente prevista no inciso IV, do artigo em comento:

“Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos”⁷³

Diante de tal dispositivo, é possível afirmar que a contratação direta será realizada quando ficar claramente caracterizada a urgência no atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens públicos ou particulares.

Essa emergência capaz de tornar legítima a dispensa do procedimento licitatório deve apoiar-se em situação fática proveniente de ato imprevisível ou, se previsível, que não possa ser evitado.

⁷² FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. p. 325.

⁷³ BRASIL, Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1996. 2010.

A respeito ensina o douto Marçal Justen Filho:

*“No caso específico das contratações diretas, emergência significa necessidade de atendimento imediato a certos interesses. Demora em realizar a prestação produziria risco de sacrifício de valores tutelados pelo ordenamento jurídico. Como a licitação pressupõe certa demora para seu trâmite, submeter a contratação ao processo licitatório propiciaria a concretização do sacrifício a esses valores”.*⁷⁴

Dito isto, oportuno mencionar, que o Tribunal de Contas da União dá um parâmetro importante para definir o que de fato se considera emergência. Posiciona-se no seguinte sentido: se a contratação emergencial ultrapassar o lapso temporal de 30 (trinta) dias da ocorrência do fato que a justifica, não se considerará que existiu emergência, posto que em 30 (trinta) dias teria sido possível realizar ao menos um convite, que suprisse ao menos parte da necessidade.

Sabe-se, contudo, que esse dado é válido apenas para a esfera federal, no entanto, não se pode desconsiderar que é um importante parâmetro, porque, em tese, define o que se entende por contratação emergencial em tempo razoável.

É fundamental destacar ainda que descabida a contratação direta nos casos de emergência fabricada, situação em que a Administração deixa de adotar no tempo devido as providências necessárias para a realização de licitação previsível.

Em questão sobre a matéria, por exemplo, já restou consignado pelo Tribunal de Contas da União:

*“Acórdão 1705/2003 Plenário
Determina que realize as licitações com a antecedência necessária, de modo a evitar situações em que o atraso do início dos certames licitatórios seja a causa para as contratações com fulcro no artigo 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993.”*⁷⁵

Vê-se que o aludido Tribunal orienta que as licitações sejam realizadas com a antecedência necessária, de modo a evitar que o atraso para a sua realização seja a causa da

⁷⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. p. 292.

⁷⁵ UNIÃO, Tribunal de Contas. 2010.

contratação direta por emergência, haja vista que a demora na realização do procedimento licitatório não justifica a contratação emergencial por incidir em falta de planejamento.

Ainda nesse sentido, o acórdão nº 267/2001, do aludido Tribunal de Contas da União:

*“Acórdão 267/2001 Primeira Câmara
Falta de planejamento do administrador não é capaz de justificar a
contratação emergencial.”⁷⁶*

Este posicionamento se justifica porque a Administração Pública ao obedecer à sequência de atos relativos a um procedimento licitatório, em especial por respeito aos princípios constitucionais de legalidade, igualdade e publicidade de seus atos, se sujeita ao fator “tempo”, para produzir os efeitos desejados.

Reconhece-se, todavia, que, por vezes, o decurso desse prazo pode inviabilizar o atendimento do interesse público, acarretando possíveis prejuízos a bens e pessoas. Em tais casos, não pode o administrador público permanecer inerte diante de fatos que reclamam providências que serviriam para rebater e conter as situações emergenciais.

Esta é a lição de Vera Lúcia Machado D'Avila reproduzida pela ilustre Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“O enfoque, portanto, delimitador da definição de emergência e urgência, parece convergir ao aspecto 'tempo', ou seja, à verificação de que a via normal de decurso de um procedimento licitatório, sem que medidas efetivas sejam imediatamente adotadas pelo administrador, pode transformar-se em resultado danoso às coisas e pessoas, comprometendo a segurança das mesmas.”⁷⁷

Verifica-se que a contratação direta decorrente do permissivo do art. 24, inciso IV da Lei nº 8.666/93, para que encontre respaldo legal, deverá se basear em justificativas tanto quanto necessárias sobre a situação emergencial, além de claramente sinalizar que a contratação direta constitui o meio único e viável para atender, naquele momento, a necessidade pública.

⁷⁶ UNIÃO, Tribunal de Contas. 2010.

⁷⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. D'AVILA, Vera Lucia Machado. p. 91, 1998.

Como bem esclarece o dispositivo em comento, a dispensa nesses casos será admissível tão somente para a aquisição de bens ou serviços necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para parcelas de obras e serviços que possam ser concluídos no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos.

A dispensa de licitação fundada em emergência deverá visar à eliminação dos riscos de prejuízos, atendendo, contudo, as limitações impostas pela lei, sobretudo, quanto à vedação de prorrogação do instrumento contratual.

Portanto, a contratação direta nos casos de emergência deve ser utilizada pela Administração quando restarem presentes todos os pressupostos constantes do art. 24 da Lei nº 8.666/93, sendo, ainda necessário, o cumprimento de procedimentos simplificados estabelecidos no art. 26 do mesmo diploma legal.⁷⁸

Nos ensinamentos do ilustre Marçal Justen Filho, são dois os pressupostos para a dispensa da licitação por emergência:

a) Demonstração concreta e efetiva da potencialidade do dano

Por esse pressuposto, a Administração deve demonstrar de forma concreta e efetiva a situação de emergência, sendo insuficiente a mera demonstração de emergência em tese ou teórica. Isto é, necessária a elaboração de ampla justificativa enumerando dados e fatos que, no conjunto, embasem com segurança a decisão de dispensar a licitação com amparo no art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93.⁷⁹

Além disso, conforme ensinamentos do ilustre doutrinador, o dano ou prejuízo em potencial sobre bens e pessoas, deve ser analisado com cautela, pois não é qualquer prejuízo que autoriza a Administração contratar diretamente com o particular. O dano deve ser

⁷⁸ BRASIL, Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1996.

⁷⁹ Idem.

analisado sob a ótica de sua possível irreparabilidade, leia-se: caso específico, pois se assim não for, determina a lei o trâmite regular do procedimento licitatório.

b) Demonstração de que a contratação é via adequada e efetiva para eliminar o risco

A dispensa de licitação por emergência somente será admissível se a contratação direta for meio hábil e suficiente para debelar o risco de dano. Nesse sentido, nasce a obrigação da Administração compor o nexo de causalidade entre a contratação pretendida e a supressão do risco de prejuízos a bens e pessoas.

Em comentário sobre o tema, afirma Marçal Justen Filho:

“Em última análise, aplica-se o princípio da proporcionalidade. A contratação deverá ser o instrumento satisfatório de eliminação do risco de sacrifício dos interesses envolvidos. Mas não haverá cabimento em promover contratações que ultrapassem a dimensão e os limites da preservação e realização dos valores em risco.”⁸⁰

Assim, como exaustivamente exposto, a contratação direta com base na dispensa de licitação por emergência terá assegurada a sua licitude, desde que demonstrado concreta e efetivamente o dano o qual pretende combater, bem como a comprovação de que a contratação é via adequada para diminuir ou eliminar o risco.

Ressalte-se ainda, que a dispensa por emergência do procedimento licitatório regular tem caráter excepcional, de modo que o seu uso inadequado caracteriza ofensa ao princípio da moralidade pública, ensejando, inclusive, sanções no âmbito administrativo, civil e criminal.

A terceira situação excepcional que dispensa a licitação ocorrerá “quando não acudirem interessados na licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas.”⁸¹

⁸⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. 2005, p. 293.

⁸¹ BRASIL, Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1996.

Quando acontece essa situação ocorre o que se chama de **licitação deserta**. Neste caso, a dispensa de licitação é justificável porque a Administração não pode prejudicar o interesse público diante da tentativa frustrada de licitação em que não apareceu ninguém.

A jurista Maria Sylvia Zanella Di Pietro lembra que para que a licitação deserta autorize a dispensa de licitação são necessários três requisitos:

“(...) a realização de licitação em que nenhum interessado tenha apresentado a documentação exigida na proposta; que a realização de novo procedimento seja prejudicial à Administração; que sejam mantidas, na contratação direta, todas as condições constantes do instrumento convocatório.”⁸² (sic)

Assim, preenchidos estes requisitos, quais sejam: a inexistência de interessado na licitação realizada pela Administração; o prejuízo da Administração se repetido o procedimento licitatório; e a manutenção das mesmas condições constantes no edital, a licitação poderá ser dispensada.

A quarta situação excepcional que dispensa o procedimento licitatório diz respeito à contratação remanescente de obra, serviço ou fornecimento em consequência de rescisão contratual, desde que atendida à ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive, quanto ao preço, devidamente corrigido.

Perceba-se que a contratação é condicionada ao atendimento da ordem de classificação da licitação anterior, bem como a aceitação do licitante em manter as mesmas condições pactuadas com o licitante vencedor, inclusive quanto ao preço. *“O objetivo disso é refutar negociata às custas do interesse público.”⁸³*

Assim, rescindido um contrato poderá a Administração Pública, com fundamento no artigo 24, inciso XI, da Lei nº 8.666/93, dispensar a licitação para firmar o contrato diretamente com o segundo colocado na licitação e, na impossibilidade deste, com os demais licitantes na exata ordem de sua respectiva classificação.

⁸² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. p. 370.

⁸³ NIEBUHR, Joel de Menezes. p. 477.

Uma atenção maior deve ser dada, porém, quando o contrato rescindido for oriundo de licitação realizada sob a modalidade pregão, pois em razão da inversão das fases de habilitação e proposta existente nesta modalidade é necessário que o licitante apresente todos os documentos de habilitação exigidos no instrumento convocatório.

A quinta situação excepcional que autoriza a dispensa de licitação ocorrerá quando a União tiver que intervir no domínio econômico para regular os preços ou normalizar o abastecimento, hipótese explicada pelo jurista Diógenes Gasparini da seguinte forma:

*“contrata-se sem licitação a aquisição de certo produto para pô-lo no mercado e, desse modo, forçar a queda ou a regularização do preço ou para obrigar os particulares a desovarem seus estoque e normalizar o abastecimento”*⁸⁴

A explanação acima transcrita fica fácil de ser visualizada quando certo produto é vendido com elevadíssimo preço no mercado. Nesta situação, a União poderá intervir no domínio econômico atipicamente e adquirir mais produtos e colocá-lo a venda para, com isso, forçar a sua queda e regularizar o seu preço, independentemente de licitação.

O mesmo poderá ocorrer para obrigar o particular a desovar seu estoque para normalizar o abastecimento.

Note-se que a União poderá contratar sem licitação, desde que para regular os preços ou normalizar o abastecimento.

Invocando os doutos ensinamentos do mestre Joel Menezes Nieburh, duas finalidades devem ser obedecidas:

*“A primeira finalidade demanda que a Administração adquira produtos ofertados em excesso no mercado, com o propósito de que os preços alcancem padrões razoáveis, viabilizando o desenvolvimento das respectivas atividades econômicas. A segunda finalidade requer a venda de produtos à população, em razão da falta deles no mercado, o que teria o condão de causar comoção social.”*⁸⁵

⁸⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. p. 370.

⁸⁵ NIEBUHR, Joel de Menezes. p. 458.

A sexta situação excepcional que faculta ao gestor público dispensar a licitação ocorrerá quando acontecer o fato tipificado no inciso VII, do aludido artigo 24, da Lei nº 8.666/93, que determina:

“(...) VII - quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional ou forem incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes, casos em que, observado o parágrafo único do art. 48 desta Lei⁸⁶ e, persistindo a situação, será admitida a adjudicação direta dos bens ou serviços, por valor não superior ao constante do registro de preços, ou dos serviços;”⁸⁷

Verifica-se da leitura do dispositivo acima que a dispensa com fundamento no inciso VII, do artigo 24, da Lei nº 8.666/93 se assemelha muito com a dispensa oriunda de uma licitação fracassada, prevista no inciso V do mesmo dispositivo.

Todavia, diferencia-se desta porque no caso do inciso VII, o fracasso se deu **ou** em razão dos altíssimos preços apresentados repetidamente pelos proponentes, **ou** porque os preços apresentados eram incompatíveis com aqueles fixados pelos órgãos oficiais competentes.

O mestre Joel Menezes Niebuhr justifica esta hipótese no seguinte sentido:

“Não é porque se procedeu à licitação que a Administração se exime de controlar os preços propostos e, sobretudo, de tomar todas as providências disponíveis para a consecução do interesse público.”⁸⁸

Noutro giro, a Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ressalta a consequência da compra de bens por preços superiores ao do mercado, *ipsis litteris*:

“(...) cabe lembrar que a compra de bens por preço superior ao de mercado caracteriza uma das hipóteses de nulidade que enseja a propositura de ação

⁸⁶ Atual parágrafo 3º. Quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas, a Administração poderá fixar aos licitantes o prazo de 8 (oito) dias úteis para a apresentação de nova documentação ou de outras propostas escoimadas das causas referidas neste artigo, facultada, no caso do convite, a redução deste prazo para 3 (três) dias úteis.

⁸⁷ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993

⁸⁸ NIEBUHR, Joel de Menezes. p. 472.

popular (art. 4º, V, b, da Lei nº 4.717, de 29-6-65), e que, de acordo com o § 2º do artigo 25 da Lei nº 8.666/93, enseja responsabilidade solidária do fornecedor e do agente público responsável.”⁸⁹

Note-se que é dever da Administração zelar pelo interesse público, um dos meios para que isso ocorra é controlar os preços que são oferecidos pelos proponentes, pois do contrário, se esse controle não for efetuado e a Administração adquirir produtos ou serviços por preços muito superiores aqueles disponíveis no mercado, tal aquisição poderá ser anulada e ser objeto de ação popular, respondendo solidariamente o agente público responsável e também o fornecedor.

A sétima situação excepcional que autoriza a dispensa do procedimento licitatório ocorrerá quando houver a possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em Decreto do Presidente da República⁹⁰, depois de ouvido o Conselho de Defesa Nacional.

Tem-se que por se tratar de assunto relativo à segurança nacional, apenas o Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional, cuja posição será apenas opinativa, terá competência para realizar a dispensa de licitação com fundamento no inciso IX.

Sob esse espectro é de se salientar que o risco de abalar a segurança nacional deve ser real, isso implica dizer que, in casu, o Presidente da República e o Conselho de Defesa Nacional devem analisar minuciosamente se determinado ato ou fato realmente poderá colocá-la em risco.

Não obstante o conceito de segurança nacional ser indeterminado, o brilhante jurista Joel Menezes Niebuhr leciona que:

⁸⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. p. 371.

⁹⁰ Joel Menezes Niebuhr consigna o seguinte: “Em obediência a isso, o Presidente da República editou o Decreto nº 2.298, de 4 de agosto de 1997, enumerando casos que podem ensejar a dispensa por motivo de segurança nacional.” (NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 489.)

“Para o regime jurídico da dispensa, a expressão segurança nacional deve ser vinculada a assuntos de Estado, que demandem sigilo, sob pena de perecimento dos interesses públicos. A necessidade de tratamento sigiloso é o único motivo para afastar a licitação pública, que pressupõem, como o próprio nome indica, a publicidade de todos os seus atos.”⁹¹

Pelas informações acima explanadas tem-se que somente os assuntos relacionados à segurança nacional que demandarem sigilo poderão ser utilizados como fundamento para a dispensa da licitação, pois do contrário, não haverá justificativa plausível para afastar o procedimento licitatório.

A oitava situação excepcional responsável por permitir o afastamento da licitação ocorrerá na aquisição de bens ou serviços nos termos de acordo internacional específico, aprovado pelo Congresso Nacional, quando as condições ofertadas forem manifestadamente vantajosas para o Poder Público.

A jurista Maria Sylvia Zanella Di Pietro leciona nos seguintes termos:

“Trata-se de hipótese nova de dispensa somente possível quando estiver presente todos os requisitos do dispositivo: (a) que se trata de contrato de compra ou de prestação de serviços; (b) que haja acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional; (c) que as condições ofertadas sejam manifestadamente vantajosas para o Poder Público, o que deve ser devidamente justificado e demonstrado;”⁹²

O primeiro requisito ressaltado pela ilustre doutrinadora ratifica o posicionamento de que a dispensa só caberá para contratar bens ou serviços, ficando desde logo afastada a sua utilização para obras ou alienações.

O segundo requisito reforça a ideia de que é necessário acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional, conforme estatuem o artigo 49, inciso I, e 84, inciso VIII, ambos da Carta Magna.

⁹¹ NIEBUHR, Joel de Menezes. p. 487.

⁹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. p. 371.

E o terceiro exige que as condições sejam manifestadamente vantajosas para Administração, afinal, o interesse público não pode ser frustrado em hipótese nenhuma.

Esse dispositivo se justifica porque é natural que o Estado tenha interesse em estreitar suas relações com os países estrangeiros e muitas vezes, essa proximidade ocorre em virtude de questões comerciais.

Brilhantemente, o jurista Joel Menezes Niebuhr, mais uma vez, discorre sobre o assunto, vejamos:

“(...) no intuito de visar a objetivo mais amplo, de natureza política, o Estado toma medida comercial de natureza administrativa, firmando acordos envolvendo a contratação de bens com empresas estrangeiras. A questão é que esse tipo de acordo estaria frustrado se o Estado não pudesse contratar tais empresas estrangeiras diretamente, porque não haveria instrumentos para assegurar que elas efetivamente firmariam o contrato então acordado.”⁹³

Como se vê, a dispensa visa assegurar os acordos estrangeiros firmados com a Administração Pública, dando-lhe eficácia e permitindo o estreitamento das relações com os países estrangeiros.

A nona situação excepcional destina-se a compras de até oito mil reais para abastecer navios, embarcações, unidades aéreas ou tropas e seus meios de deslocamento quando em estada eventual de curta duração em portos, aeroportos ou localidades diferentes de suas sedes, por motivo de movimentação operacional ou de adestramento, quando a exiguidade dos prazos legais puder comprometer a normalidade e os propósitos das operações (inciso XVIII do art. 24, com redação dada pela Lei nº 8.666/93).

A décima situação excepcional que autoriza a dispensa regular da licitação está prevista no inciso XVII, do artigo em comento, e dispõe que:

“Art. 24 (...) XXVII – na contratação da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em

⁹³ NIEBUHR, Joel de Menezes. p. 525.

áreas com sistema de coleta de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública.”⁹⁴

Note-se que a dispensa com fundamento neste inciso tem caráter eminentemente social, pois tem como escopo beneficiar associações ou cooperativas conhecidas como catadores de papel ou lixo, em que trabalham pessoas que possuem baixíssima renda, cujo sustento é auferido dos resíduos sólidos e a comercialização deles para reciclagem.

Igualmente, a dispensa incentiva a reciclagem favorecendo, com isso, o meio ambiente. Uma atenção deve ser dada para este inciso, pois o ele exige que as cooperativas ou associações possuam equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde.

Esta exigência é justificável porque visa evitar o que resíduos não recicláveis sejam abandonados em lugares inadequados ou cause mal as pessoas por não utilizarem equipamentos adequados para a reciclagem.

E por fim, a última hipótese de dispensa de licitação em razão de situação excepcional, prevista no inciso XVIII, do artigo 24. Relaciona-se com a aquisição de bens ou serviços, produzidos ou prestados no país, que envolvam cumulativamente alta complexidade tecnológica e defesa nacional, mediante parecer de comissão instituída pela autoridade do órgão contratante.

Mister salientar que a lei de licitações e, em especial, os dispositivos que tratam da dispensa do procedimento licitatório sempre foram alvos de deveras críticas pelos estudiosos do assunto. E, com este inciso não foi diferente. Uma das razões para tal está relacionada às expressões alta tecnologia e defesa nacional, haja vista que não existe definição para ambas.

Em termos simplistas, o mestre Joel Menezes Niebuhr define tais expressões nos seguintes termos:

⁹⁴ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

“Em síntese, alta tecnologia denota tecnologia complexa, avançada, que de certa forma, seja inovadora. Defesa nacional é algo que se proponha a afastar invasores externos, que defenda a soberania nacional.”⁹⁵

Nada obstante tais definições serem concedidas pelo jurista, o mesmo salienta que a dispensa com fundamento neste inciso dependerá sempre das especificidades de cada caso. Isso porque o legislador exigiu parecer de comissão designada pela autoridade máxima do órgão competente. Assim, incumbe a essa comissão analisar minuciosamente os detalhes do contrato a ser firmado com fundamento neste dispositivo, “apontando e justificando a alta tecnologia aplicada e em que medida o objeto visado contribuirá para a defesa nacional”.⁹⁶

3.3 DISPENSA EM RAZÃO DO OBJETO

Além das hipóteses que dispensam o regular procedimento licitatório em razão de situações excepcionais, há ainda aquelas que permitem a contratação direta levando-se em conta o objeto a ser contratado.

Dentre tais situações está o **inciso X, do artigo 24, da Lei nº 8.666/93**, que determina que:

*“Art. 24. É dispensável a licitação: (...)
X - para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da Administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia;”⁹⁷*

Note-se que, para que a compra ou a locação direta do imóvel encontre respaldo no dispositivo em comento é necessário que o imóvel atenda aos seguintes requisitos: se destine ao atendimento das finalidades principais da Administração; seja avaliado previamente, por

⁹⁵ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. Op. cit., p. 510.

⁹⁶ Idem.

⁹⁷ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Op. cit. Acesso em: 17 nov. 2010.

pessoa ou comissão nomeada para tal, a fim de que se apure a compatibilidade do preço com o valor de mercado.

Tais requisitos justificam o afastamento do procedimento licitatório, ao passo que a sua presença acarreta não deixa outra escolha à Administração, a não ser a contratação direta.

Na dicção do dispositivo tem-se que o imóvel deve ser o único capaz de atender a finalidade da Administração. Logo, existindo mais de um imóvel com as mesmas características, a contratação direta não terá lugar, situação em que a Administração Pública deverá proceder à realização normal do procedimento licitatório.

Um ponto importante que deve ser observado diz respeito a interpretação desses pressupostos, vez que é sabido que os mesmos levam a inviabilidade de competição e, portanto, a hipótese de inexigibilidade, razão pela qual os doutrinadores são unânimes no sentido de que tal dispositivo deveria estar disposto no artigo 25, que trata da inexigibilidade, e não no artigo 24, que dispõe sobre a dispensa de licitação.

Aliás, essa interpretação já foi adotada pelo próprio Tribunal de Contas da União, ao apreciar questão similar, vejamos:

“10. O artigo 24, inciso X, da Lei de Licitações estabelece ser dispensável a licitação ‘para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípua da Administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia’.
*11. Verifica-se, portanto, que a utilização desse dispositivo só é possível quando se identifica um imóvel específico cujas instalações e localização sinalizem que ele é o único que atende o interesse da administração.”*⁹⁸
(Acórdão nº 444/2008, Plenário, rel. Min. Ubiratan Aguiar)

Como se percebe da interpretação do item 11, do acórdão acima transcrito, a utilização desse dispositivo para justificar a contratação direta só é possível se o imóvel for o único que atende o interesse da administração, enquadrando-se, portanto, na hipótese prevista no artigo 25, I, da Lei nº 8.666/93.

⁹⁸ AGU. Acórdão nº 444/2008.

Outra hipótese que autoriza a contratação direta em razão do objeto está prevista no **inciso XII, do artigo 24, da lei de licitações:**

*“Art. 24. É dispensável a licitação: (...)
XII - nas compras de hortifrutigranjeiros, pão e outros gêneros perecíveis, no tempo necessário para a realização dos processos licitatórios correspondentes, realizados diretamente com base no preço do dia”⁹⁹*

Vê-se que a dispensa se justifica na condição perecível do produto a ser adquirido. Registre-se, entretanto, que tais produtos não podem ser *ad aeternum* pelo simples fato de serem perecíveis. O mesmo inciso que permite a compra direta destes também determina que ela seja realizada apenas no tempo necessário para a realização do processo licitatório correspondente.

Nesse sentido, o jurista Jessé Torres Pereira Júnior destaca que a aquisição direta somente será possível, com fundamento nesse dispositivo, se concorrerem as seguintes condições:

*“a) provisoriedade (até que se ultime a correspondente licitação);
b) gêneros perecíveis (o objeto é exclusivamente este – qualquer outro torna inaplicável o permissivo);
c) preço do dia (inaceitável preço indexado, devendo consultar-se a cotação da chamada “bolsa de alimentos”, no dia da aquisição), requisito de mais fácil consecução em economia de moeda estável.”¹⁰⁰*

O primeiro requisito determina que a aquisição direta tenha caráter temporário, perdurando apenas no tempo necessário para se ultimar a licitação. O segundo afasta de imediato qualquer outro produto que não seja perecível. E o terceiro limita a aquisição pelo preço do dia, consultado mediante cotação no dia da aquisição.

Aliando-se a ideia de que a contratação deste dispositivo não é dispensável em decorrência do objeto, mas sim em razão de situação emergencial de imprevisibilidade, o jurista Joel de Menezes Niebuhr ensina que:

⁹⁹ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

¹⁰⁰ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. 2007. p. 312.

“(...) a letra da lei é clara ao dispor que a compra a ser efetuada se adstringe ao tempo necessário para a realização da licitação pública correspondente. Ou seja, diante da demanda por gêneros perecíveis não programados, é lícito comprá-los valendo de dispensa, mas somente na quantidade a ser consumida durante o tempo necessário para se ultimar a licitação pública.”¹⁰¹

Valendo-se das palavras do mestre Joel de Menezes Niebuhr, apenas os produtos perecíveis não programados é que poderão ser adquiridos diretamente. Isso, porque, o planejamento, é algo que sempre deve acompanhar os atos administrativos, por isso, sempre que surgir a necessidade de adquirir produtos perecíveis, a Administração deverá planejar para proceder a licitação e, somente, enquanto esta não estiver ultimada é que os aludidos produtos perecíveis poderão ser adquiridos sem licitação.

Em razão do objeto, a licitação também poderá ser dispensada quando ocorrer a hipótese descrita no **inciso XV, do artigo 24, da lei de licitações**, que determina que:

*“Art. 24. É dispensável a licitação: (...)
XV - para a aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que compatíveis ou inerentes às finalidades do órgão ou entidade.”¹⁰²*

O inciso acima alude duas hipóteses distintas: a aquisição e a restauração de obras de arte e objetos históricos. Na primeira delas, é necessário justificar a necessidade e o interesse em adquirir, comprar o bem. Na segunda hipótese, “deverá ser evidenciada a qualificação do profissional prestador de serviço que torne a competição inviável.”¹⁰³

É certo que não é comum ver a Administração Pública comprar uma obra de arte ou adquirir um bem com finalidade cultural. No entanto, isso é perfeitamente possível, e, ocorrendo, a aquisição ou restauração poderá ser realizada com fundamento na dispensa de licitação.

¹⁰¹ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. Op. cit., p. 510.

¹⁰² BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Op. cit. Acesso em: 17 nov 2010.

¹⁰³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. Op. cit., p. 332.

Registre-se, entretanto, que em ambos os casos, o bem deve ser original, comprovado mediante certificado de autenticidade. Igualmente, é imprescindível que a sua aquisição ou restauração se destine aos fins da Administração Pública, como por exemplo, às artes ou à preservação histórica, integrando algum museu, fundação cultural e etc.

Também poderá ser dispensada a licitação, em razão do objeto, para a aquisição de componentes ou peças de origem nacional ou estrangeira, necessários à manutenção de equipamentos durante o período de garantia técnica, junto ao fornecedor original desses equipamentos, quando tal condição de exclusividade for indispensável para a vigência da garantia.

Esta hipótese está prevista **no inciso XVII, do artigo 24, da lei de licitações** e se justifica porque visa assegurar a permanência da garantia de um bem adquirido anteriormente, que seria perdida se a peça fosse adquirida por outro fornecedor.¹⁰⁴

É necessário, entretanto, que essa condição esteja expressamente estabelecida como condição para a manutenção da garantia, pois do contrário, perderia o objeto, e a contratação direta não ficaria autorizada.

O **inciso XIX, do artigo em comento**, dispõe ainda que o procedimento regular de licitação será dispensado nas compras de materiais de uso pelas Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante parecer de comissão instituída por decreto.¹⁰⁵

Registre-se que apesar de esta hipótese estar prevista no inciso XIX, do artigo em comento, ela se enquadra numa das hipóteses de inexigibilidade de licitação, pois é certo que a padronização de materiais que conduziria a um único fornecedor.

Advirta-se que este dispositivo só poderá ser utilizado para contratar diretamente os bens destinados a estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres. Além disso, a contratação deve ser precedida de parecer de comissão instituída por decreto.

¹⁰⁴ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

¹⁰⁵ Idem.

A propósito, insta mencionar que além desta, há outras hipóteses previstas no artigo 24 da lei de licitações que permitem a dispensa de licitação para as Forças Armadas diante de casos excepcionais, como exemplo, a dispensa por motivos ligados a segurança nacional, bem como por razões de emergência ou calamidade pública, haja vista que ambos estão ligados à defesa da ordem e do território.

A licitação também poderá ser dispensada na hipótese prevista no inciso XXI, para a aquisição de bens destinados exclusivamente à pesquisa científica e tecnológica com recursos concedidos pela CAPES, FINEP, CNPq ou outras instituições de fomento a pesquisas credenciadas pelo CNPq para esse fim específico.¹⁰⁶

Também está autorizada a dispensa de licitação na contratação realizada por Instituição Científica e Tecnológica (ICT) ou por agência de fomento para a transferência de tecnologia e para o licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida.

Por fim, a licitação em razão do objeto poderá ser dispensada na aquisição de bens e contratação de serviços para atender aos contingentes militares das Forças Singulares brasileiras empregadas em operações de paz no exterior, necessariamente justificadas quanto ao preço e à escolha do fornecedor ou executante e ratificadas pelo Comandante da Força.

3.4 DISPENSA EM RAZÃO DA PESSOA

Em razão da pessoa, a licitação também poderá ser dispensada na hipótese prevista no inciso VIII, do artigo 24, nos seguintes termos:

*“Art. 24. É dispensável a licitação: (...)
VIII – para a aquisição por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior a vigência desta lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.”¹⁰⁷*

¹⁰⁶ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

¹⁰⁷ Idem.

Registre-se que esta situação só poderá ser utilizada pelos Entes Federativos e as suas autarquias e fundações de direito público, desde que presentes os seguintes requisitos:

a) que o contratado seja órgão ou entidade da Administração Pública, o que abrange todas as entidades referidas no inciso 6º, inciso XI, da Lei nº 8.666/93;

b) que esse órgão ou entidade tenha sido criado com o fim específico de fornecer bens ou serviços do objeto contratado;

c) que o contratante e o contratado sejam do mesmo nível de governo, já que ninguém vai criar um ente para prestar serviços ou fornecer bens para pessoas jurídicas de outra esfera de governo;

d) que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.

Outra hipótese que dispensa a licitação está prevista no inciso XIII, que dispõe que:

*“Art. 24. É dispensável a licitação: (...)
XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos;”¹⁰⁸*

O dispositivo em apreço refere-se a dois tipos de instituição: primeiro, às destinadas à pesquisa, ao ensino ou ao desenvolvimento institucional; segundo, às dedicadas à recuperação de presos.

Não obstante a definição de instituição ser um tanto quanto genérica, a sua aceção exclui a possibilidade de contratação com pessoa física, além disso, o dispositivo traz expressamente a exigência de que a instituição deve ser brasileira e sem fins lucrativos, bem como ser destinada a pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional, ou ainda, instituição dedicada à recuperação do preso.

Oportunamente, colaciona-se a lição de Marçal Justen Filho, nos seguintes termos:

¹⁰⁸ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

“O fim buscado pela instituição deverá abranger pesquisa, ensino, desenvolvimento institucional ou a recuperação do preso. A fixação do objeto deve ser estabelecida de modo formal, no instrumento que discipline seu funcionamento. Daí a referência à determinação dos fins por via regimental ou estatutária.”¹⁰⁹

A somar com essa lição, o mestre Joel Menezes Niebuhr ensina, ainda, que:

“(…) se a dispensa é para entidades dedicadas à pesquisa, ao ensino, ao desenvolvimento institucional ou à recuperação do preso, evidentemente que o contrato a ser celebrado precisa guardar pertinência a tais finalidades. Ou seja, o contrato deve ter por objeto a pesquisa, o ensino ou algo prestante ao desenvolvimento institucional ou à recuperação social do preso.”¹¹⁰

Acresce ainda que:

“(…) a instituição precisa dedicar-se à área objeto do contrato, que deve se relacionar com um dos objetivos enunciados no dispositivo supracitado e revelar experiência nela.”¹¹¹

Desse modo, a contratação direta com fundamento nesse dispositivo só será possível se preenchidos os requisitos acima delineados aliada a condição de trazer expressamente no objeto do contrato as finalidades que justificam o firmamento do contrato sem licitação.

Outra hipótese que dispensa a licitação refere-se à previsão contida no inciso XVI, que assim dispõe:

*“Art. 24. É dispensável a licitação: (...)
XVI - para a impressão dos diários oficiais, de formulários padronizados de uso da Administração e de edições técnicas oficiais, bem como para a prestação de serviços de informática a pessoa jurídica de direito público interno, por órgãos ou entidades que integrem a Administração Pública, criados para esse fim específico;”¹¹²*

¹⁰⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. p. 326.

¹¹⁰ NIEBUHR, Joel de Menezes. p. 516-517.

¹¹¹ Idem, p. 517.

¹¹² BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Essa hipótese se inclui dentre aquelas dispensadas em razão da pessoa porque é destinada a pessoa jurídica de direito público interno que contrate com órgão ou entidade que integre a Administração Pública.

Para a melhor elucidação dessa hipótese, oportunamente, recorre-se aos ensinamentos do jurista Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, que assim enumera os requisitos para a contratação direta, com fundamento neste dispositivo, *verbis*:

“Para que se opere legitimamente a contratação direta, é necessário: a) que o contratante seja pessoa jurídica de direito público interno; b) que o contratado seja órgão ou entidade que integre a Administração Pública; c) que o contratado tenha sido criado para o fim específico do objeto pretendido pela Administração contratante; d) que o objeto da contratação seja: d.1. serviços gráficos: - impressão de diários oficiais; - impressão de formulários padronizados de uso da Administração; - impressão de edições técnicas oficiais; d.2. serviços de informática.”¹¹³

Como se vê o jurista Jorge Ulisses Jacoby Fernandes é preciso ao delimitar os requisitos necessários para a contratação direta com base nesse dispositivo. Seus ensinamentos põe fim a eventuais discussões acerca da matéria, determinando que a contratação direta só terá lugar se preenchidos os requisitos necessários.

Há ainda a situação prevista no inciso XX, que dispensa a licitação, nos seguintes termos:

*“Art. 24. É dispensável a licitação: (...)
XX - na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.*

O jurista Joel Menezes Niebuhr brilhantemente tece os seguintes comentários acerca dessa hipótese, *verbis*:

¹¹³ FERNANDES, J. U. Jacoby. 2009. p. 462-463.

“Essa hipótese de dispensa está adstrita à prestação de serviços ou ao fornecimento de mão-de-obra, transparecendo a intenção do legislador de integrar no mercado de trabalho os portadores de deficiência física. Por consequência o contrato deve ser executado por portadores de deficiência física e não por terceiros, o que frustraria visível elemento teleológico inserto no dispositivo.

Para ultimar o processo de dispensa, é necessário que a associação não tenha fins lucrativos e que seja considerada idônea. Além disso, o preço a ser pago deve ser compatível com o praticado no mercado, sem que se admitam valores aviltantes.”¹¹⁴

Desse modo, a contratação direta só terá lugar se o contratado for portador de alguma deficiência física, que a associação não tenha fins lucrativos, seja idônea, bem como ofereça preço compatível com o praticado no mercado.

A licitação poderá ser dispensada ainda na hipótese do inciso XXII, *ipsis litteris*:

“XXII - na contratação do fornecimento ou suprimento de energia elétrica com concessionário, permissionário ou autorizado, segundo as normas da legislação específica;”¹¹⁵

Registre-se que antes da privatização do fornecimento de energia elétrica, quem prestava esse serviço era o próprio Poder Público, por isso as despesas com energia elétrica prescindiam de licitação e eram enquadradas no artigo 25, caput, da lei de licitações.

Com a privatização desse setor de serviço público, na grande maioria das cidades continuou a existir um único fornecedor, logo, a licitação continuou sendo inexigível, razão pela qual o dispositivo inserido pela Lei nº 9.648, de 1998 não tem razão de existir, já que a exclusividade do fornecedor é motivo que, por si só, já afasta a licitação por inexigibilidade.

Saliente-se, contudo, que havendo mais de um fornecedor não haverá motivo para afastar a utilização da licitação, circunstância que acarretará o procedimento normal de licitação.

¹¹⁴ NIEBUHR, Joel de Menezes. p. 519.

¹¹⁵ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993

Outra hipótese que dispensa a licitação está relacionada a previsão do inciso XXIII, que dispõe que:

“Art. 24. É dispensável a licitação: (...)

XXIII - na contratação realizada por empresa pública ou sociedade de economia mista com suas subsidiárias e controladas, para a aquisição ou alienação de bens, prestação ou obtenção de serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;”¹¹⁶

Essa hipótese de dispensa é aplicável somente para as empresas públicas e sociedades de economia mista e não se estende aos Entes Federativos, União, Estados, Municípios e Distrito Federal.

Como condição para a sua contratação direta com fundamento nessa situação, O Tribunal de Contas da União estabeleceu os seguintes requisitos:

“Pelo exame do inciso XXIII do art. 24, verifica-se que foram elencados os requisitos que devem ser observados, quais sejam:

- a) Contratante: deve ser empresa pública ou sociedade de economia mista;*
- b) contratado: subsidiária ou controlada da contratante;*
- c) objeto: aquisição ou alienação de bens, prestação ou obtenção de serviços;*
- d) preço: compatível com o mercado”¹¹⁷(Acórdão nº 127/2007, 2ª C., rel. Min. Benjamin Zymler)*

Outrossim, o jurista Joel Menezes Niebuhr justifica essa hipótese nos seguintes termos:

“Essas empresas foram adquiridas, mediante autorização legislativa, justamente para servir de instrumento à atividade da empresa adquirente. Conquanto elas sejam pessoas distintas, pode-se dizer que sejam integradas, pelo que é inviável a licitação pública para a contratação firmada entre elas, sob pena de frustrar as finalidades da lei que autorizou a aquisição da subsidiária ou controlada.”¹¹⁸

¹¹⁶ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

¹¹⁷ TCU. Acórdão 127/2007.

¹¹⁸ NIEBUHR, Joel de Menezes. p. 484.

Outra hipótese que dispensa a licitação está prevista no inciso XXIV, que assim estabelece:

*“Art. 24. É dispensável a licitação: (...)
XXIV - para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão.”¹¹⁹*

Para melhor entendimento desta hipótese que viabiliza a contratação direta, imprescindível lembrar que organizações sociais são entidades privadas, sem fins lucrativos, cujas atividades se destinam à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, conforme dispõe a Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998.

Aliada a essa definição inerente às organizações sociais, insta salientar, ainda, que a hipótese em apreço só afigura-se possível se antecedida do firmamento de um contrato de gestão com o Poder Público devidamente licitado.

Preenchidos esses requisitos a organização social poderá ser contratada pelo Ente Público sem licitação para prestar os serviços contemplados no contrato de gestão.

Por fim, a dispensa a licitação ocorrerá na situação prevista no inciso XXVI, que determina que:

*“Art. 24. É dispensável a licitação: (...)
XXVI – na celebração de contrato de programa com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação.”¹²⁰*

Sobre a hipótese em apreço, oportunas são as colocações do jurista Joel Menezes Niebhur:

¹¹⁹ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

¹²⁰ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

“(...) a dispensa ora em comento é absolutamente impertinente e sem sentido. Ocorre que o contrato de programa, muito embora chamado de contrato, desenha natureza de convênio. Ora, no contrato de programa os interesses não são contrapostos; ao contrário, os interesses são comuns. Assim sendo, eles por sua própria natureza jamais deveriam ser precedidos de licitação. Repita-se que a licitação é uma disputa, uma competição. Nos contratos de programa não há o que se disputar, não há objeto de competição. Dessa forma, não haveria de se falar de dispensa de licitação, dado que a licitação, de qualquer maneira, não se põe. É inútil prescrever a dispensa de licitação para situações em que a licitação, já por natureza e de plano, não é obrigatória. Não há o que se dispensar.”¹²¹

¹²¹ NIEBUHR, Joel de Menezes. p. 506.

4 CAPÍTULO – LICITAÇÃO INEXIGÍVEL

O dispositivo legal que fundamenta a inexigibilidade de licitação é o artigo 25 da Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, lei esta comumente chamada de lei de licitações e contratos administrativos.

O *caput* deste dispositivo é incisivo ao estabelecer que “é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição”.

Pelo seu teor percebe-se que é a inviabilidade de competição, o requisito justificador para afastar a licitação com fundamento no supracitado artigo.

Denota-se pontuar, contudo, que a definição do que vem a ser inviabilidade de competição é objeto de interpretações distintas, já que o legislador **não** tratou de defini-la, apenas elencou três situações exemplificativas, que se concretizadas, caracterizam a inviabilidade de competição e, por via de consequência, a inexigibilidade de licitação.

Em interpretação literária, a inviabilidade reside na impossibilidade de se realizar algo, *in casu*, na impossibilidade de realizar a licitação. Com isso, em um primeiro momento, tem-se que sempre que houver inviabilidade de competição, a licitação poderá ser afastada.

Igualmente, mesmo que a contratação não se amolde aos incisos pré-estabelecidos, basta que situação alheia torne inviável a competição, isto é, impossibilite a competição para justificar a inexigibilidade.

Outro ponto bastante polêmico reside na divergência quanto à necessidade ou não desta inviabilidade para justificar a inexigibilidade dos incisos do artigo em comento. Alguns juristas defendem que qualquer das situações previstas nos incisos do aludido dispositivo, por si só, justifica a inexigibilidade, independentemente da existência ou não inviabilidade de competição. Outros se aliam a ideia de que mesmo nas situações previstas pelo legislador, obrigatoriamente, estas devem estar acompanhadas da inviabilidade prevista no *caput* do dispositivo.

Com a devida vênia da primeira interpretação, é a segunda que tem sido acolhida com mais frequência pelos Tribunais e, um dos motivos está no fato de que as hipóteses que

afastam a licitação devem ser interpretadas de modo restritivo, a luz do que ordena o caput do artigo 37, da Constituição Federal.

Não é exaustivo salientar que o rol que trata da inexigibilidade é meramente exemplificativo, isso significa que, o legislador não excluiu outras situações que podem tornar a competição inviável.

Em outras palavras, o Gestor Público é quem ficou responsável por verificar de acordo com as circunstâncias fáticas se há ou não a inviabilidade de competição para acolher ou afastar o procedimento licitatório regular.

Nesse sentido leciona o ilustre Jessé Torres Pereira Júnior, *in litteris*:

“(...) havendo viabilidade de competição, é exigível a licitação, impondo-se à autoridade verificar, mesmo em face das hipóteses descritas nos incisos, se a competição, nas circunstâncias do caso concreto, é ou não viável; não sendo, não haverá o que licitar; sendo, deve licitar, logo, a inexigibilidade presumida nas hipóteses da lei admite prova factual em contrário quanto à viabilidade da competição, daí ser juris tantum;”¹²²

Verifica-se que mesmo diante das situações elencadas pelo legislador, a inviabilidade de competição é o fator fundamental para justificar a inexigibilidade do procedimento licitatório e deve ser devidamente justificada.

A propósito, quando a inviabilidade decorrer das hipóteses previstas nos incisos I, II e III do artigo em comento, a contratação sem licitação será possível, nos seguintes casos, respectivamente: se o fornecedor for exclusivo; se o serviço a ser contratado puder ser definido como sendo de natureza singular, comprovado mediante notória especialização; e, por fim, se destinado a contratação de artista consagrado pela crítica especialidade ou pela opinião pública.

4.1 FORNECEDOR EXCLUSIVO

¹²² PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. p. 340.

A primeira das hipóteses previstas pelo legislador diz respeito a contratação por inexigibilidade de licitação em razão da exclusividade do fornecedor, oportunamente, colaciona-se o dispositivo o artigo 25, inciso I, da Lei nº 8.666/93, que assim dispõe:

“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;”¹²³

Percebe-se que o legislador previu que, diante de um único produtor, empresa ou representante comercial capaz de fornecer determinado produto para a Administração Pública ocorrerá a inviabilidade de competição e, por essa razão, o afastamento do procedimento licitatório.

Esta hipótese é, por excelência, a que melhor caracteriza a inexigibilidade, vez que existindo apenas um fornecedor capaz de proporcionar o objeto pretendido, desnecessária e inútil seria a realização da licitação.

De igual posicionamento partilha Marçal Justen Filho:

“Se existe apenas um único produto em condições de atender à necessidade estatal, não há sentido em realizar licitação. Seria um desperdício de tempo realizar a licitação.”¹²⁴

Igualmente leciona o mestre Joel Menezes Niebuhr, *in litteris*:

“(...) o fundamento da inexigibilidade para a contratação de fornecedor exclusivo reside no fato de que só ele dispõe do bem que a Administração Pública pretende, caindo por terra a competitividade, uma vez que outros fornecedores são afastados da disputa, pura e simplesmente porque não têm em mãos o que ela quer contratar.”¹²⁵

¹²³ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

¹²⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. p. 343.

¹²⁵ NIEBUHR, Joel de Menezes. p. 324.

Registre-se que, em todos os casos, essa exclusividade deverá ser comprovada mediante atestado do órgão competente.

Ocorre que, nem sempre será fácil identificar a exclusividade de determinado fornecedor.

O ilustre Hely Lopes Meirelles com o intuito de auxiliar nessa definição distinguiu exclusividade industrial da exclusividade comercial, rotulando aquela como sendo de produtor privativo no país e esta de vendedores e representantes na praça. Acrescentou ainda que:

“Quando se trata de produtor, não há dúvida possível: se só ele produz determinado material, equipamento ou gênero, só dele a Administração pode adquirir tais coisas; quando se trata de vendedor ou representante comercial já ocorre a possibilidade de existirem vários no país e, neste caso, considera-se a exclusividade na praça de comércio, que abranja a localidade da licitação. O conceito de exclusividade está, pois, relacionado com a área privativa do vendedor ou do representante do produtor.”¹²⁶

Note-se que para definir o que se considera vendedor ou representante exclusivo é necessário verificar qual a área do vendedor ou representante comercial. A mesma verificação não se estende para o produtor porque não haverá outro para com ele ser comparado.

Outrossim, o nobre jurista utiliza um importante critério para identificar a exclusividade do fornecedor. Ele leva em conta qual seria a modalidade de licitação cabível, se não houvesse a previsão de inexigibilidade. Vejamos:

“Para a Administração, a exclusividade do produtor é absoluta e afasta sumariamente a licitação em qualquer de suas modalidades, mas a do vendedor e do representante comercial é na praça, tratando-se de convite; no registro cadastral, no caso de tomada de preços; no País, na hipótese de concorrência. Considera-se, portanto, vendedor ou representante comercial exclusivo, para efeito de convite, o que é único na localidade; para tomada de preços, o que é único no registro cadastral; para concorrência, o que é único no país.”¹²⁷

¹²⁶MEIRELLES, Hely Lopes. 2010. p. 296-297.

¹²⁷ Idem, p. 296-297.

Outra exigência expressa no dispositivo está relacionada à vedação de preferência por marca.

Sobre esse aspecto é indiscutível que as regras basilares da licitação vedam esse tipo de preferência, no entanto, o tribunal de Contas da União já se posicionou em sentido contrário, conforme se constata da decisão proferida no acórdão nº 636/2006, *ipsis litteris*:

*“A indicação de marca na licitação deve ser precedida da apresentação de justificativas técnicas que demonstrem de forma clara e inafastável, que a alternativa adotada é a mais vantajosa e a única que atende às necessidades da Administração.”*¹²⁸ (Acórdão nº 636/2006, Plenário, rel. Min. Valmir Campelo)

Sob outro prisma, o jurista Hely Lopes Meirelles que já partilhou do mesmo entendimento, atualmente adota posicionamento contrário, conforme se depreende das lições abaixo transcritas:

*“Ao cuidar da exclusividade do produtos a lei veda a preferência por marca. Nas edições anteriores, o Autor defendia a possibilidade de escolha de marca desde que, em processo regular de padronização ou uniformização, a Administração demonstrasse cabalmente as vantagens econômicas, técnicas ou administrativas do uso do produto de determinada marca. Neste caso a continuidade da marca poderia ser conveniente, justificando a inexigibilidade da licitação. Todavia, a lei não mais permite a dispensa de licitação para produtos padronizados, salvo quando destinados ao apoio logístico das Forças Armadas, excluídos os materiais de uso pessoal e administrativo. Nestas condições, o raciocínio do Autor só pode prevalecer quando a escolha da marca, devidamente justificada, visa garantir a uniformização de produtos estratégicos destinados ao apoio logístico dos meios navais aéreos e terrestres.”*¹²⁹

4.2 SERVIÇO DE NATUREZA SINGULAR

Quanto à previsão do inciso II do artigo 25 da lei de licitações, previu o legislador que:

¹²⁸ TCU. Acórdão 636/2006.

¹²⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. p 297.

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

(...)

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; ”¹³⁰

Vê-se que o teor da norma viabiliza a contratação sem licitação para os casos arrolados no artigo 13, da Lei nº 8.666/93.

Além disso, o inciso objeto de análise traz dois pressupostos para autorizar o afastamento da licitação por inexigibilidade, a saber: a notória especialização e a singularidade do serviço a ser contratado.

Nos termos parágrafo 1º do artigo 25 da lei de licitações, “considera-se de notória especialização profissional ou a 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.”

Quanto à definição do que vem a ser serviço de natureza singular, mais uma vez, o legislador deu margem à subjetividade do Administrador Público para conceituá-la, pois não tratou de defini-la, se não bastasse, a jurisprudência e a doutrinária não é unânime para defini-la.

É compreensível que, em um primeiro momento, a definição de singularidade conduz ao entendimento de que se assemelharia aquilo que pode ser individualizado ou que é restrito, exclusivo, único.

Contrario sensu, há juristas de renome nacional que defende o posicionamento de que esta interpretação está equivocada.

¹³⁰ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

O motivo para tal é mais bem elucidado pelo renomado Joel Menezes Niebuhr, *ipsis litteris*:

“A rigor, a hipótese de inexigibilidade prevista no inciso II do artigo 25 da Lei nº 8.666/93 não depende da exclusividade do contratado. A inexigibilidade é cabível ainda que várias pessoas tenham condições técnicas para executar o contrato. O pressuposto da inexigibilidade do inciso I do artigo 25 é diverso do pressuposto do inciso II. O inciso I requer exclusividade. O inciso II, apenas singularidade”¹³¹

No mesmo sentido, leciona o atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, Eros Roberto Grau, em artigo publicado sobre o tema, *verbis*:

“Singulares são porque apenas podem ser prestados, de certa maneira e com determinado grau de confiabilidade, por um determinado profissional ou empresa... Ser singular o serviço, não significa seja ele necessariamente o único.”¹³²

Não obstante essa interpretação não ser unânime, ela já foi acolhida também pelo próprio Tribunal de Contas da União ao apreciar questão similar:

“(...) Se ‘singular’ significasse ‘único’, seria o mesmo que ‘exclusivo’, e portanto o dispositivo seria inútil, pois estaria redundante o inc. I imediatamente anterior. ... Essa excepcionalidade não significa que o serviço deva ser inédito, ou exclusivo, mas peculiar, inconfundível, ou seja, que haja necessidade de empregar técnica incomum para obtenção de resultado também incomum, não ordinário.” (TCU, acórdão nº 736/2002)

Desse modo, a contratação fundada na hipótese do inciso II, do artigo em comento, encontra respaldo na doutrina brasileira, independentemente da exclusividade do fornecedor.

Registre-se, contudo, que a presunção de inviabilidade de licitação, mesmo nos casos expressos do artigo 25, é apenas relativa, circunstância que deixa margem para qualquer prova em contrário.

¹³¹ NIEBUHR, Joel de Menezes. p. 294.

¹³² GRAU, Eros Roberto. In RDP 99/70.

4.2.1 Profissional Consagrado

Por fim, há ainda, a inexigibilidade decorrente da contratação de serviços artísticos.

A própria Constituição Federal prescreve ao Estado o dever de promover a cultura, que é realmente essencial para o desenvolvimento da identidade nacional, para a educação e, no mínimo, para o lazer.

Assim sendo, é comum que a Administração Pública procure contratar serviços como pinturas, esculturas, espetáculos musicais para fomentar essas atividades.

Quando tais serviços forem contratados será possível que a contratação se justifique na inexigibilidade de licitação.

Prescreve o artigo 25, II, que a licitação é inexigível para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou por intermédio de empresário exclusivo, desde que o artista seja consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Percebam que o legislador fixou a conjunção alternativa ‘ou’, por essa razão a Administração poderá contratar famoso cantor que não é consagrado pela crítica especializada, mas apenas pela opinião pública, e vice-versa.

Note-se que esta hipótese é muito semelhante à anterior, pois objetivando a contratação de um serviço artístico, logo, a competição pode ser insuscetível de competição, sobretudo, quando contratado profissional já consagrado, que imprima singularidade ao objeto do contrato.

Ademais, lembra o mestre Marçal Justen Filho que a consagração do artista em face da opinião pública ou da crítica especializada se justifica, nos seguintes termos:

“(...) se destina a evitar contratações arbitrárias, em que uma autoridade pública pretenda impor preferências totalmente pessoais na contratação de pessoa destituída de qualquer virtude.”¹³³

¹³³ JUSTEN FILHO, Marçal. p. 380.

Com isso é possível notar que é possível a contratação de artistas sem licitação com fundamento no artigo 25, III, da Lei nº 8.666/93. No entanto, assim como em todos os outros dispositivos que autorizam o afastamento da licitação, alguns requisitos devem ser observados, neste caso, a consagração do artista, o que torna a competição inviável e, a licitação, inexigível.

5 CAPÍTULO – CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA CONTRATAÇÃO SEM LICITAÇÃO FORA DAS SITUAÇÕES PREVISTAS EM LEI

Ao longo da elucidação das hipóteses que permitem a mitigação da exigibilidade de licitação, seja por dispensa ou por inexigibilidade, foi dito, algumas vezes, que o afastamento do procedimento licitatório só poderá ser feito em estrita obediência às hipóteses previstas em lei.

Assim sendo, o processo de licitação somente poderá ser afastado se existir alguma previsão legal que agasalhe o seu afastamento, ou, ao menos, justifique-o, como é o caso da inviabilidade de competição.

Desse modo, se alguém deixar de observar os mandamentos expressos em lei para afastar a licitação, justificando a contratação na inexigibilidade ou dispensa, quando assim não puderem ser caracterizadas, o responsável e os demais envolvidos poderão ser responsabilizados na esfera civil, penal e administrativa.

A corroborar com essa afirmação estabelece o artigo 82 da Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, *in litteris*:

*Art. 82. Os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos desta Lei ou visando a frustrar os objetivos da licitação sujeitam-se às sanções previstas nesta Lei e nos regulamentos próprios, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar.*¹³⁴

O jurista Marçal Justen Filho, em comentário a esse dispositivo, tece importantes comentários, vejamos:

*“O art. 82 evidencia que o Direito reprime não apenas as condutas dos particulares, mas também dos agentes da Administração Pública. O agente administrativo que infringir seus deveres legais ou propiciar, por ação ou omissão, o prejuízo aos interesses fundamentais e a frustração da tutela à licitação deverá ser punido. Sujeita-se à responsabilização civil, penal e administrativa.”*¹³⁵

¹³⁴ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

¹³⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. p. 876-877.

A responsabilização administrativa decorre da conclusão obtida em procedimento administrativo instaurado pelo Ente Público e a responsabilização civil pode almejar a reparação do dano ocasionado com a conduta que ocasionou dano ao erário.

Ainda na esfera civil, o agente público e o particular envolvido podem responder por ato de improbidade administrativa, bem como serem alvos de ação popular.

Com relação a responsabilização na esfera penal, a lei de licitações estabeleceu mais de 10 (dez) tipos penais que visaram proteger os princípios e procedimentos que devem nortear a licitação pública. Dentre eles destaca-se a previsão contida no artigo 89 da Lei nº 8.666/93, que determina como conduta incriminadora o ato de "*dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade*".

A pena prevista para quem praticar esta conduta é de detenção, pelo período de 3 (três) a 5 (cinco) anos, além da aplicação de multa.

Como forma equiparada, dispõe o parágrafo único do artigo 89 da Lei nº 8.666/93, que estará sujeita à mesma pena aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.

Sandro Luiz Nunes, em artigo publicado sobre o tema, delimita como objeto jurídico do crime tipificado no artigo 89 da lei de licitações, o seguinte:

“O tipo penal visa proteger "a moralidade administrativa e a lisura nas licitações", segundo Diogenes Gasparini ^[17]. No mesmo diapasão, caminha Vicente Greco Filho quando aduz que a norma visa proteger "em geral, é a moralidade administrativa e, em termos específicos, é a estrita excepcionalidade dos casos de inexigibilidade ou dispensa de licitação" ^[18]. Além da proteção à moralidade administrativa, indiretamente, a norma penal visa proteger o patrimônio público, apesar de a norma não exigir dano ao patrimônio para fins de consumação do crime. Neste sentido, Jesse Torres Pereira Junior, ensina que o art. 89 busca proteger "a administração pública, pela especial vertente de proteção a seu

*patrimônio e no desvelo pela preservação do princípio da moralidade, que deve presidir a prática de seus atos"*¹³⁶

É por essa razão que, se não houver espaço para a inexigibilidade ou para a dispensa, e o administrador público insistir nessa conduta, responderá por crime contra a Lei de Licitações, podendo ser apenado de 3 (três) a 5 (cinco) anos de detenção e multa.

¹³⁶ NUNES, Sandro Luiz. 2010.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao término deste estudo, verifica-se que são muitas as situações que viabilizam o afastamento da licitação pública, esta importante ferramenta de controle da aplicabilidade dos princípios constitucionais nas contratações realizadas pela Administração Pública.

É preciso reafirmar, contudo, que o procedimento licitatório somente poderá ser afastado nas situações expressamente previstas pelo legislador, vez que a interpretação das hipóteses autorizadoras da dispensa ou da inexigibilidade de licitação deve ser realizada de forma restritiva, sempre!

Um parâmetro que contribui para a interpretação restritiva dessas hipóteses reside no fato de que, enquanto as hipóteses de inexigibilidade são exemplificativas, os casos de dispensa são exaustivos. Isto é, enquanto a inexigibilidade decorre da inviabilidade de competição, a dispensa é uma faculdade conferida pela lei ou por expressa enumeração, sempre sendo possível cogitar-se da competição.

Igualmente, enquanto na inexigibilidade a licitação é inviável, derivando da realidade (situação fática), na dispensa, a princípio, a licitação seria realizável, mas o legislador, por sua vontade, ofereceu determinada margem de discricionariedade ao administrador.

Tais situações, expostas detalhadamente ao longo deste trabalho, é que são responsáveis por viabilizarem a chamada contratação direta, um procedimento menos burocrático, que de tão simplista, reduz consideravelmente a aplicação de diversos princípios e mandamentos constitucionais da licitação pública, com a expressa autorização da legislação infraconstitucional.

Particularmente, não sou contra o afastamento da licitação pública, mas penso que ele só deveria ocorrer quando não restasse alternativa para a Administração, seja em razão exclusividade do fornecedor, decorrente da inviabilidade de competição, ou por urgência, ou ainda, calamidade pública, devidamente justificada.

Apesar das diversas críticas acerca da redação da lei que viabiliza esse procedimento menos burocrático, e ainda, das várias ações diretas de inconstitucionalidade que permeiam

essa mesma lei, sua redação continua em plena vigência, e à disposição, de todos aqueles que aproveitam de sua redação dúbia para deturpar aquilo que a Carta Magna estabeleceu.

É claro que a lei de licitações não foi omissa quanto às consequências jurídicas da contratação direta sem licitação. Ela previu penas de detenção para aqueles que afastarem o procedimento licitatório fora das situações previstas em lei.

Todavia, tal punição raramente é aplicada, pois são tantas as hipóteses que afastam o procedimento licitatório que aqueles que andam a margem da lei sempre encontram uma saída para justificar seus atos.

Na Administração Pública, ainda que seus agentes sejam, em sua grande maioria, pessoas que buscam atender aos anseios de toda a sociedade, também há aqueles que percorrem os corredores dos órgãos públicos atrás do lucro fácil, pessoas que querem obter vantagens indevidas a qualquer preço, fraudando licitações, corrompendo agentes públicos ou estes se deixando corromper.

Sem o menor constrangimento, agentes públicos e particulares dia-a-dia estão a assaltar os cofres públicos, e os jornais estão aí para bem ilustrar esta situação perversa por que passamos.

Todos sabem que praticam atos ilegais, mas como não há sangue, não há violência aparente, não há o clamor social buscando impor aos responsáveis a aplicação imediata de pena.

A par este elemento, nota-se que a crença na impunidade faz que muitos enveredem pelo caminho do crime, deixando de lado o interesse público na escolha da melhor contratação, pois visam se locupletar indevidamente à custa do erário e dos cidadãos que lutam para encher as burras do Tesouro.

Diante das diversas irregularidades observadas em licitações públicas, ressaltamos a importância de uma efetiva atuação do Poder Judiciário quando convocado a se manifestar, bem como uma ampla fiscalização a ser realizada pelos Tribunais de Contas. Rogo que estas atuações sejam cada dia mais atuantes e, de regra, que sejam mais contemporâneas aos atos praticados, de modo a se prevenir a prática de atos prejudiciais aos interesses da sociedade.

Além do controle externo, há também necessidade de fortalecer um eficiente e rigoroso controle interno no âmbito dos órgãos públicos, notadamente, nos Municípios que, muitas vezes, insistem em não implementar condições efetivas e reais de pleno desenvolvimento das atividades de fiscalização a ser exercido pelo sistema de controle interno.

7 BIBLIOGRAFIA

_____. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. *Direito administrativo brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

_____. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

_____. *Contratação direta sem licitação: dispensa de licitação: inexigibilidade de licitação: comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão: procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 17 ago. 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Licitação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 17 ago. 2011.

BRAZ, Petrônio. *Direito municipal na constituição*. 7. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Dialética, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; D'AVILA, Vera Lucia Machado. *Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos*. 3. ed. São Paulo. Malheiros, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23.^a ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação: modalidades, dispensa e inexigibilidade de licitação*. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. São Paulo: Dialética, 2003.

NUNES, Sandro Luiz. *Dispensar ou inexigir licitação indevidamente*. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12623/dispensar-ou-inexigir-licitacao-indevidamente>>.

Acesso em: 03 set. 2011.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública*. 7.^a ed. ver. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SALOMÃO, Lídia. *A origem da licitação pública*. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/cursoonline.asp?id_titulo=14163&id_curso=1186&pagina=2>.

Acesso em: 06 jul. 2011.

SILVA, Ivanildo Severino. *Licitação dispensada, dispensável e inexigível*. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/19899/1/licitacao-dispensada-dispensa-de-licitacao-e-inexigibilidade-de-licitacao--apontamentos/pagina1.html#ixzz0trkgtelm>>.

Acesso em 15 jul. 2011.

TORRES, Henrique Abi-Ackel. *Contratação direta*. Disponível em: <<http://www.auditoriageral.mg.gov.br/component/content/152?task=view>>.

Acesso em 06 ago. 2011.

UNIÃO, Tribunal de Contas. *Licitações e contratos - orientações básicas -*. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/licitacoes_contratos/LICITACOES_CONTRATOS_3AED.pdf>.

Acesso em: 17 ago. 2011.