



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS  
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM GESTÃO  
E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

**OSMANDO FORMIGA NEY**

**INEXIGIBILIDADE E DISPENSA DE LICITAÇÃO:  
ABORDAGEM GERAL A RESPEITO DE CONTRATAÇÕES DIRETAS  
EM FACE DA LEI Nº 8.666/1993**

**SOUSA - PB  
2011**

**OSMANDO FORMIGA NEY**

**INEXIGIBILIDADE E DISPENSA DE LICITAÇÃO:  
ABORDAGEM GERAL A RESPEITO DE CONTRATAÇÕES DIRETAS  
EM FACE DA LEI Nº 8.666/1993**

**Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Gestão e Administração Pública, do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Gestão e Administração Pública.**

**Orientadora: Professora Ana Carolina Kruta de Araújo Bispo.**

**SOUSA - PB  
2011**

OSMANDO FORMIGA NEY

**INEXIGIBILIDADE E DISPENSA DE LICITAÇÃO**

**Abordagem geral a respeito de contratações diretas em face da Lei nº  
8.666/1993**

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof.<sup>a</sup> Rubasmate dos Santos Sousa (Orientadora)

---

Prof. \_\_\_\_\_

---

Prof. \_\_\_\_\_

SOUSA-PB  
2011

Dedico:

A Deus responsável pela minha saúde e maior realizador deste trabalho; a minha esposa Simone e aos meus filhos Yan e Igor, fontes inspiradoras do mesmo esforço; e a todos aqueles que contribuíram direta e indiretamente para a consolidação do presente trabalho.

## RESUMO

A presente obra monográfica busca, primeiramente, de uma forma simplória, estabelecer conceitos basilares que norteiam os institutos das licitações em seus vários aspectos. A pesquisa buscou delimitação do tema proposto nas principais distinções entre as contratações diretas em face da Lei nº 8.666/1993, seus procedimentos e possíveis punições aos agentes causadores de fraudes a regra geral de licitar. A fundamentação teórica da presente baseou-se primeiramente na Constituição Federal de 1988, como não poderia ser, na Lei de Licitações e Contratos Administrativos e por fim em diversas súmulas e jurisprudências do Tribunais de Justiça e de Contas do Brasil. Ao nosso humilde ponto de vista as contratações diretas são casos excepcionais as regras gerais de licitar, por isso, além da profunda e fiel observância ao procedimentos/regras dispostos em lei devem possuir norte no princípio constitucional da moralidade e principalmente no bom senso do administrador público.

**Palavras-chave: Licitação – Contratações Diretas – Inexigibilidade - Dispensa**

## ABSTRACT

This monograph seeks work, first in a establish basic concepts that guide the institutes of bids in its various aspects. The research sought demarcation of the proposed topic in the main distinctions between the direct contracting in the face of Law No. 8666/1993, its procedures and possible punishments the causative agents of the fraud rule of bidding. The theoretical basis of this was based primarily on the Constitution of 1988, as it would be, in the Law of Tenders and Contracts Administration and finally in various overviews and case law of courts of justice and Auditors of Brazil. In our humble point of view the direct hiring exceptional cases are the general rules for bidding, therefore, beyond the deep and faithful adherence to procedures / rules in the law must be prepared in the north constitutional principle of morality and especially the sense of public administrator .

**Keywords:** Bidding - Direct Contracts - Inexigibilidade - Waiver

# SUMÁRIO

Introdução .....	11
------------------	----

## CAPITULO I

1. ASPECTOS INICIAIS DA LICITAÇÃO .....	13
---	----

1.1. Origem da palavra Licitação.....	13
---------------------------------------	----

1.2. Conceito de Licitação.....	13
---------------------------------	----

1.3. Competência Legislativa de Licitações e Contratos Administrativos.....	14
---	----

1.4. Natureza Jurídica da Licitação.....	16
--	----

1.5. Princípios que regem a Licitação: Gerais e Específicos.....	16
--	----

CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE AS MODALIDADES DE LICITAÇÕES .....	23
---	----

1.6. Modalidades de Licitações.....	23
-------------------------------------	----

1.7. Tipos de Licitações e Critérios de Julgamentos.....	25
--	----

1.8. Previsão orçamentária.....	25
---------------------------------	----

## CAPITULO II

2. LICITAÇÃO DISPENSADA, DISPENSÁVEL, PROIBIDA E INEXIGÍVEL: DISTINÇÕES .....	27
---	----

2.1. Licitação Dispensada (art. 17, I e II, lei nº 8.666/93) .....	28
--	----

2.2. Licitação Dispensável (art. 24, lei nº 8.666/93) .....	31
---	----

2.2.1. Dispensa em razão do valor do objeto a ser contratado (art. 24, inciso I e II) .....	32
---	----

2.2.2. Dispensa em casos de guerra ou grave perturbação (art. 24, inciso III) .....	37
---	----

2.2.3. Dispensa em casos de emergência ou calamidade pública (art. 24, inciso IV) .....	37
---	----

2.2.4. Dispensa em casos de licitação deserta ou fracassada (art. 24, inciso V) .....	39
---	----

2.2.5. Dispensa em casos de intervenção da União no domínio econômico (art. 24, inciso VI).....	39
---	----

2.2.6. Dispensa em casos de preços abaixo das propostas (art. 24, inciso VII) .....	40
2.2.7. Dispensa em casos de entidades especiais (art. 24, inciso VIII) .....	41
2.2.8. Dispensa em casos de compra ou locação de imóvel destinado a fim público (art. 24, inciso X).....	42
2.2.9. Dispensa em casos de remanescente de obra, serviço ou fornecimento (art. 24, inciso XI).....	43
2.2.10. Dispensa em casos de compras de gêneros alimentícios perecíveis (art. 24, inciso XII).....	43
2.2.11. Dispensa em casos de aquisição de bens ou serviços nos termos de acordo internacional.....	44
2.2.12. Dispensa em casos de contratar diretamente com outras entidades da Administração .....	44
2.2.13. Dispensa em casos de aquisição de componentes ou peças em garantia (art. 24, inciso XVII).....	45
2.2.14. Dispensa em casos de abastecimento de navios, unidades aéreas ou tropas (art. 24, inciso XVIII).....	46
2.2.15. Dispensa em casos de compra de materiais de uso pelas Forças Armadas (art. 24, inciso XIX).....	46
2.2.16. Dispensa em casos de contratações especiais.....	47
2.3. Licitação Proibida.....	49
2.4. Licitação Inexigível (art. 25, lei nº 8.666/93) .....	49
2.4.1. Inexigibilidade por fornecedor exclusivo (art. 25, inciso I) .....	51
2.4.2. Inexigibilidade por serviços técnicos especializados (art. 25, inciso II) .....	53
2.4.3. Inexigibilidade por serviços profissionais do setor artístico (art. 25, inciso III).....	50
2.5. Distinções entre as dispensas e inexigibilidade.....	58

### CAPITULO III

3. O PROCESSO DE CONTRATAÇÃO DIRETA SEM LICITAÇÃO E A RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES.....	61
---	----

CONCLUSÃO.....	65
----------------	----



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	67
----------------------------------	----

## INTRODUÇÃO

Neste proêmio é de bom grado esclarecer que o tema proposto, abordagem geral a respeito de contratações diretas em face da Lei nº 8.666/1993, constitui importante matéria do ramo do Direito Administrativo e cada vez mais requer preparo e bom senso por parte do agente público.

O ordenamento jurídico brasileiro consagrou a licitação como regra para contratação, por parte da Administração direta ou indireta, de particulares. Assim, é de se concluir que, em se tratando de contrato administrativo, a contratação direta deve ser a exceção, ocorrendo apenas nos restritos casos autorizados pela lei.

O presente trabalho tratará especificamente dos casos em que o Poder Público está autorizado a contratar diretamente, ou seja, sem a realização do procedimento licitatório.

Durante transcorrer dos capítulos buscaremos, delimitar conceitos, institutos e noções preliminares das modalidades de licitações, contratações diretas, procedimentos adotados para validades destes atos administrativos públicos e por fim possíveis punições aos agentes causadores dos prejuízos e malefícios ao erário público em razão de fraudes a processos licitatórios.

No primeiro capítulo buscaremos, de forma bastante sintética, esclarecer aspectos iniciais das licitações, tais como: conceitos, competências legislativas, princípios adotados, modalidades, tipos, previsões orçamentárias e critérios de julgamentos.

No segundo capítulo ingressaremos no foco, desta feita mais específico, das contratações diretas, tais como as licitações dispensáveis, dispensadas e as inexigibilidades, distinções, abordando ponto a ponto de cada artigo e/ou inciso legislativo.

Por fim, no último capítulo, analisaremos os, procedimentos e responsabilidades dos agentes públicos que executam as dispensas e inexigibilidades de licitações.

É possível introduzir ao leitor que de maneira alguma buscaremos esgotar o presente, nem tampouco, modificar conceitos por anos alicerçados

por grandes doutrinadores da área administrativa, porém, não podemos deixar de apresentar nosso ponto de vista para as situações de contratações diretas nas Licitações Públicas.

Buscamos, através de estudos bibliográficos, adaptar a interpretação dos textos normativos, de modo a harmonizá-los à evolução do tema em si, sem contudo olvidar a doutrina que firma opiniões sobre o assunto.

## CAPÍTULO 1

### ASPECTOS INICIAIS DA LICITAÇÃO

#### 1.1 Origem da palavra Licitação

Remota dos etimologistas que o vocábulo licitação <sup>1</sup> é originário do latim *licitatio*, que significa a "venda por lances". É uma atividade desenvolvida na formulação de lances, ou seja, nada mais é que o ato de licitar, na arrematação, hasta pública, visando à adjudicação.

#### 1.2 Conceito de Licitação

Neste proêmio definimos licitação como processo administrativo formal voltado à seleção da proposta mais vantajosa para a melhor contratação desejada pela Administração Pública e necessária ao atendimento do interesse coletivo.

Devemos observar que o procedimento licitatório não limita apenas e tão-somente a procurar pelo melhor preço, mas sim pela melhor proposta, ou

---

<sup>1</sup> A título de curiosidade, é de se ressaltar que antes da Reforma Administrativa de 1967, o termo empregado para licitação era concorrência pública. Outrossim, na Lei n.º 4.401/64, promulgada três anos antes do Decreto-lei n.º 200/67, encontramos, pela primeira vez, o vocábulo licitação como sinônimo de concorrência. De outro lado, registre-se que o Decreto-lei n.º 200/67 apenas se referia à Administração Direta e às autarquias, enquanto que o Estatuto das Licitações em vigor (Lei n.º 8.666/93) contempla também as fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Todavia, a Emenda Constitucional n.º 19, de 04.06.98, modificou novamente o quadro das entidades abrangidas pela Lei n.º 8.666/93, quando estabeleceu que lei própria estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços e disporá sobre licitação e contratação.

seja, significa dizer que a Administração busca a maior qualidade da prestação e o maior benefício econômico.

No entender do eminente Carlos Leopoldo Dayrell, em seu conceito, ressaltou a necessidade de obtenção de benefício público:

*"O processo que deve recorrer a Administração para obter materiais, obras ou serviços, ou ainda, para alienar bens, nas melhores condições de proveito público, mediante consulta a diversos interessados (Direito Público, 2ª. ed., São Paulo: RT, 2002, p. 14)".*

Por fim, é nítido perceber que a licitação visa garantir a moralidade dos atos administrativos e dos procedimentos da Administração Pública e também a valorização da livre iniciativa pela igualdade no oferecimento das oportunidades de prestar serviços, bem como de comprar ou vender ao Poder Público.

### **1.3 Competência Legislativa de Licitações e Contratos Administrativos**

As normas gerais acerca de licitações e contratos administrativos estão contidas na Lei Federal nº 8.666/1993, bem como na Constituição Federal de 1988 que consagra princípios e regras fundamentais acerca da organização do Estado.

De acordo com o art. 22, inc. XXVII, da CF/88<sup>2</sup>, compete privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação.

Por outro lado, a Constituição também reservou competência legislativa para cada esfera política legislar sobre normas específicas acerca da matéria, respeitadas as normas gerais previstas na Lei nº 8.666/1993. Portanto, o já aludido inciso XXVII do art. 22 trata da competência privativa da União para

---

<sup>2</sup> Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

dispor *apenas* sobre as normas gerais que serão de observância obrigatória para as demais esferas do governo.

Nesse sentido, Odete Medauar faz um alerta:

*"A competência da União para fixar normas gerais de licitação e contrato possibilita que Estados, Municípios e Distrito Federal legislem sobre normas específicas, para seus respectivos âmbitos de atuação. O problema está na separação precisa entre normas gerais e normas específicas. De regra, Estados e Municípios ou editam leis sem dispositivos que contrariem a lei da União, ou não editam lei específica e pautam suas licitações por aquela" (Direito Administrativo Moderno, 8ª. ed., São Paulo: RT, 2004, p. 214).*

A Lei de Licitações vincula os três poderes das entidades políticas: Executivo, Legislativo e Judiciário. Assim é porque os órgãos dos Poderes Legislativos e Judiciários também desenvolvem atividades administrativas, embora em menor grau, razão pela qual ficam vinculados ao cumprimento da Lei nº 8.666/1993.

É precípuo esclarecer que é certo também que a Administração Indireta encontra-se vinculada ao cumprimento das normas gerais sobre licitações com pequenas variações observadas à situação jurídica própria de cada entidade indireta.

Em relação às empresas públicas e sociedades de economia mista, a Emenda Constitucional nº 019/1998 deu nova redação ao art. 173 da CF<sup>3</sup>, que passou a prever que essas entidades da Administração Indireta, exercentes de atividade econômica, passariam a sujeitar-se a estatuto próprio no tocante às licitações, observados os princípios gerais da Administração Pública.

A intenção certamente era aliviar as restrições contidas na Lei nº 8.666/1993 e compatibilizar as contratações realizadas no âmbito dessas entidades com a prática empresarial. Entretanto, enquanto não for editado o

---

<sup>3</sup> Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

referido estatuto próprio para essas entidades, a matéria invariavelmente continuará sob a disciplina da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, ressalvadas as exigências incompatíveis, é claro, com as características de sua atuação.

Assim, por exemplo, em uma sociedade de economia mista que opera em regime similar aos bancos da iniciativa privada, não se exigirá licitação para promover a venda de produtos e serviços bancários à população em geral. Trata-se da própria atividade-fim para a qual a entidade foi criada, nesse caso, de atuar na excepcional exploração de atividade econômica, conforme permitido pelo texto constitucional.

#### **1.4 Natureza Jurídica da Licitação**

Sobre a natureza jurídica da licitação diverge doutrina se acaso seria procedimento ou verdadeiro processo administrativo.

Para resolver essa questão há de se considerar que processo é espécie do gênero procedimento e o próprio art. 38, da Lei nº 8.666/1993 demonstra esse aspecto, realçando a relação gênero/espécie, e caracterizando a licitação como processo, devido a sua inerente beligerância.

A propósito do assunto, Odete Medauar afirma que:

*"A licitação é um processo administrativo porque, além da sucessão de atos e fases, há sujeitos diversos, os licitantes, interessados no processo, que dele participam, perante a Administração, todos, inclusive esta, tendo direitos, deveres, ônus, sujeições" (ob. cit., p. 214).*

#### **1.5 Princípios que regem a Licitação: Gerais e Específicos**

O Direito Administrativo é um ramo particularmente repleto de princípios, pois a proteção dos interesses da coletividade deve estar sempre norteando as

atitudes da administração. Ao selecionar particulares para prestação de serviços, a administração não pode nunca se escusar da observação desses princípios, seja por questão de moralidade, seja por questão de legalidade, pois os princípios das licitações, mais que uma questão moral é uma questão legal.

A Constituição Federal consagrou vários princípios norteadores da administração pública quando em seu art. 37, *caput*<sup>4</sup>, além disso, o art. 3º da Lei 8.666/1993<sup>5</sup>, traz uma gama de princípios serem seguidos pela Administração na consecução da probidade administrativa. Entretanto, existem alguns princípios específicos que acentuam as peculiaridades próprias do procedimento licitatório, em especial, do formalismo, da competitividade, do julgamento objetivo, da vinculação ao instrumento convocatório, do sigilo das propostas, da isonomia e da adjudicação compulsória.

Do conjunto de princípios que regem a licitação decorre o direito de todo cidadão de acompanhar o desenvolvimento do certame, incluindo a fiscalização e lisura através dos instrumentos jurídicos adequados: ação popular, direito de petição, habeas data e até mesmo mandado de segurança.

De forma sintética abordaremos os seguintes princípios:

### **Princípio da Supremacia e Indisponibilidade do Interesse Público.**

É de perceber, embora não esteja expressamente disposto na Lei nº 8.666/1993, que o princípio da *supremacia do interesse público sobre interesses particulares* está implícito nas próprias regras do Direito Administrativo e configura-se como um dos princípios de observância obrigatória. Intimamente ligado ao princípio da supremacia encontra-se o da *indisponibilidade do interesse público*, tendo em vista que ao administrador é

---

<sup>4</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade moralidade, publicidade e eficiência.

<sup>5</sup> Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.



dada a tarefa de zelar pelos interesses da coletividade, assim, não se pode dispor destes em detrimento da proteção aos dos particulares.

### **Princípio da Legalidade**

É de bom grado lembrar que disciplina a nossa Constituição, em seu art. 5º, II, que "*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.*", trata-se, *in casu*, de norma-princípio voltada exclusivamente ao particular.

Ao particular, como visto, é possível fazer ou deixar de fazer tudo aquilo que a lei não vedar, se não há lei proibitiva; porém, à Administração só é dado o direito de agir de acordo com o determinado permissivamente em lei.

Dessa forma, por mais simples que seja o ato que venha praticar a Administração, este deve está baseado e protegido por uma norma (*lato sensu*), caso contrário não terá eficácia. A título de conhecimento vale ressaltar ainda as Súmulas nº 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal – STF<sup>6</sup>.

### **Princípio da Moralidade**

Esse princípio, expressamente representado tanto na Constituição Federal quanto na Lei nº 8.666/1993, é alvo de crítica por parte da doutrina, posto que, alguns doutrinadores não o reconhecem posto ser um princípio vago e impreciso, ou que acaba por ser absorvido pela legalidade.

Ao nosso entender, *data maxima venia*, o princípio da moralidade se constitui em importante norte para o Administrador Público, pois a administração não pode tomar postura que desabone boa conduta de seus

---

<sup>6</sup> STF - Súmula nº 346: A Administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos. 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.

atos. Aliás, é tão clara essa separação entre legalidade e moralidade que, sendo ato atentatório aos princípios da moralidade, mesmo que esteja revestido de legalidade, este não deve ser tomado, pois a moralidade seria pressuposto de validade do ato.

O princípio da moralidade, para ser exigível, não precisaria ser transcrito em norma constitucional, pois deve ser visto como atributo ínsito e necessário à atuação de qualquer pessoa.

### **Princípio da Impessoalidade**

O princípio da impessoalidade, referido na Constituição, nada mais é que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal.

Trata-se esse princípio, na verdade, de verdadeiro corolário do princípio da legalidade. Sua observância será de primordial valia quando o ato visado for de ordem discricionária.

Toda vez que o administrador pratica algum entorce na legislação para abranger uma situação por ela não colhida ou para deixar de abarcar uma outra naturalmente inclusa no modelo legal está desviando da trilha da legalidade. É neste desvio, portanto, que verificaremos, no mais das vezes, a impessoalidade na conduta do gestor público.

### **Princípio da Igualdade**

Tal preceito está insculpido no preâmbulo da Carta de 1988, determina a competição entre os licitantes de forma igualitária. É princípio de extrema importância para a lisura da licitação pública, significa, ao nosso sentir, que

todos interessados em contratar com a Administração devem competir em igualdade de condições, sem que a nenhum se ofereça vantagem não extensiva a outro.

E a própria Lei das Licitações traz em seu bojo dispositivos<sup>7</sup> que vedam prática de atos atentatórios à igualdade entre os competidores.

### **Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade**

Pelo princípio da razoabilidade, a Administração, no uso da discricionariedade, deverá obedecer a critérios aceitáveis na prática de seus atos.

A respeito dessa liberalidade do administrador público, não significa, como é evidente, que lhe seja outorgado o poder de agir ao saber exclusivo de seu âmbito, de seus humores, paixões pessoais, excentricidade ou critérios personalíssimos e muito menos significa liberar a Administração para manipular a regra de direito de maneira a sacar efeitos não pretendidos nem assumidos pela lei aplicada, ou seja, se um ato for praticado sem devida prudência e sensatez necessária ao administrador, aquele será perfeitamente inválidável, visto ser eivado de nulidade.

Quanto ao segundo princípio, preceitua que as competências administrativas somente poderão tornar-se válidas quando exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que sejam realmente demandados para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas.

### **Princípios da Motivação e da Publicidade**

---

<sup>7</sup> Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e 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. §1º. É vedado aos agentes públicos: I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato; II - estabeleça tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras.

O princípio da motivação determina que a Administração exponha os fundamentos de fato e de direito de suas decisões, pois, somente através dos atos motivados é que se pode verificar se as condutas administrativas estão atendendo aos princípios legais. É de lembrar que apesar de não estar expressamente contido no art. 37, *caput*, da Constituição, foi abarcado pela Lei nº 8.666/1993.

Com relação à publicidade, seu fim é permitir, além da participação de todos os interessados, que se fiscalize os atos de licitação.

Neste sentir próprio art. 7º, § 8º, da Lei de Licitações<sup>8</sup>, garante a qualquer cidadão ter acesso ao procedimento licitatório para tomar conhecimento dos quantitativos das compras e/ou serviços bem como de seus preços. Assim, não há licitação sigilosa conforme norma extraída da Lei 8.666/93<sup>9</sup>, artigos 3º, § 3º, e 43, § 1º.

### **Princípios da Economicidade e Eficiência**

Sendo fim da licitação a escolha da proposta mais vantajosa, deve o administrador estar incumbido de honestidade ao cuidar coisa pública, não dispendendo, ao seu talante, recursos desnecessários. Relaciona-se com o princípio da moralidade bem como da eficiência, este inserido no texto constitucional pela Emenda n.º 019/98.

Como já exposto, o princípio da eficiência foi recentemente introduzido em nosso texto constitucional, tendo influência direta sobre os casos de contratação direta.

---

<sup>8</sup> Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência: § 8º Qualquer cidadão poderá requerer à Administração Pública os quantitativos das obras e preços unitários de determinada obra executada.

<sup>9</sup> 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. § 3º A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura; Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos: § 1º A abertura dos envelopes contendo a documentação para habilitação e as propostas será realizada sempre em ato público previamente designado, do qual se lavrará ata circunstanciada, assinada pelos licitantes presentes e pela Comissão.

## **Princípio do Julgamento Objetivo**

O princípio do julgamento objetivo é decorrência lógica do anterior. Impõe-se que a análise das propostas se faça com base no critério indicado no ato convocatório e nos termos específicos das mesmas.

Por esse princípio, obriga-se a Administração a se ater ao critério fixado no ato de convocação, evitando o subjetivismo no julgamento. Está substancialmente reafirmado nos arts. 44 e 45 do Estatuto Federal Licitatório<sup>10</sup>.

Nesse passo, tem a doutrina entendido como princípio correlato ao do julgamento objetivo o da vedação à oferta de vantagens. A oferta de vantagens é prática espúria e pode até constituir crime, conforme tipificação trazida no art. 92 da Lei nº 8.666/1993<sup>11</sup>.

## **Princípio da probidade administrativa**

Um dos primeiros e basilares princípios expressos na Lei de Licitações Públicas, a probidade administrativa consiste na honestidade de proceder ou na maneira criteriosa de cumprir todos os deveres que são atribuídos ou acometidos ao administrador por força de lei.

Neste sentir, correlato ao princípio da probidade administrativa, temos no art. 43, § 1º, da Lei de Licitações o princípio do sigilo das propostas<sup>12</sup>. Por fim, observa-se que visa este princípio a competitividade entre os concorrentes, bem como a manutenção da probidade durante o processo.

---

<sup>10</sup> Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou no convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei; Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelo órgão de controle.

<sup>11</sup> Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos convocatórios, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei.

<sup>12</sup> Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos: 1 - abertura dos envelopes contendo a documentação para habilitação e as propostas será realizada sempre em ato público previamente designado, do qual se lavrará ata circunstanciada, assinada pelos licitantes presentes e pela Comissão.

## **Princípio da vinculação ao instrumento convocatório**

Esta norma-princípio encontra-se disposta no art. 41, caput, da Lei nº 8.666/93<sup>13</sup>, na verdade trata-se de um princípio essencial cuja inobservância enseja nulidade do procedimento, ou seja, é o princípio básico de toda licitação.

O edital, nesse caso, torna-se lei entre as partes. Este mesmo princípio dá origem a outro que lhe é afeto, o da inalterabilidade do instrumento convocatório. De fato, a regra que se impõe é que, após publicado o edital, não deve mais a Administração promover-lhe alterações, salvo, se assim exigir o estrito interesse público.

## **CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE AS MODALIDADES DE LICITAÇÕES**

### **1.6 - Modalidades de Licitações**

As modalidades de licitação são expressas na lei, o que significa dizer que nenhuma outra, além delas, pode ser criada pela Administração, por isso, tal proibição impede também que as modalidades sofram combinações entre si, o que equivaleria a criar nova hipótese. Nesse sentido o art. 22, §8º da Lei de Licitações é expresso: *"É vedada a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação das referidas neste artigo."*

As modalidades mais conhecidas de licitação são a Concorrência, a Tomada de Preços e o Convite que objetivam a contratação de obras, serviços e compras, sendo delimitadas conforme o valor estimado para a licitação de

---

<sup>13</sup> Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

acordo com o previsto no art. 23 da Lei nº 8.666/1993. Já as modalidades concurso e leilão têm objetivos próprios e diferenciados.

A licitação sob a modalidade **concorrência** é a escolhida para licitações de grande vulto envolvendo obras, serviços e concessões de maior valor. Essa modalidade é a que apresenta maior rigor formal e exige ampla divulgação.

A **tomada de preços** é a modalidade de licitação indicada para contratos de vulto médio que admite a participação de interessados previamente cadastrados, ou que atendam a todas as exigências para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas.

O **convite** é modalidade de licitação mais desburocratizada, geralmente utilizada para contratações de menor valor. É a única modalidade em que o instrumento convocatório não é o edital e sim a carta-convite onde são estabelecidas, sucintamente, as regras da licitação.

Restam ainda na Lei nº 8.666/93 as modalidades de concurso e leilão.

O **concurso** é modalidade reservada para a escolha de trabalhos intelectuais (técnicos, científicos ou artísticos), mediante a instituição de prêmio ou remuneração aos vencedores. Não se confunde com o concurso público para contratação de servidores. Nesta modalidade o que se busca é selecionar um projeto de cunho eminentemente intelectual. Já o **leilão** é a modalidade utilizada para alienação de bens inservíveis para a Administração Pública ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, com critério de julgamento nesta modalidade obrigatoriamente deve ser o de maior lance.

O **pregão** é a modalidade de maior destaque atualmente na Administração Pública, tendo ganhado força através da regulamentação pela Lei nº 10.520/2002, destinada à aquisição de bens e serviços comuns, cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital por meio de especificações usuais no mercado. Nessa modalidade, é obrigatório o critério do menor preço no julgamento das propostas. A particularidade especial do pregão reside na adoção parcial do princípio da oralidade quanto à manifestação da vontade dos licitantes. Outra característica marcante do pregão é a inversão na ordem das fases de habilitação e julgamento das propostas.

Por fim, a modalidade de **consulta** é admitida somente para contratação realizada no âmbito das agências reguladoras, sendo vedada para obras e serviços de engenharia. O objeto da consulta consiste, basicamente, na elaboração de pareceres técnicos, projetos, entre outros trabalhos de natureza intelectual e bens infungíveis.

### **1.7 – Tipos de Licitações e Critérios de Julgamentos**

Não se confundem as "modalidades" e os "tipos" de licitação, uma vez que estes dizem respeito especificamente ao critério de julgamento das propostas e devem ser previamente estabelecidos no instrumento convocatório: *Menor preço* (usual); *melhor técnica* (o material mais eficiente, mais rentável, melhor); *melhor técnica e preço* (preço mais vantajoso e melhor técnica); e, por fim, *maior oferta* (oferta em leilão).

### **1.8. Previsão orçamentária**

No que concerne a abertura da licitação a Administração deverá vincular-se a dois requisitos básicos: a) objeto caracterizado; b) recursos financeiros necessários ao pagamento.

O objeto deverá ter avaliadas sua utilidade e necessidade, devidamente justificadas, e deverá haver uma previsão dos recursos financeiros necessários ao pagamento. Para isso, é necessário que se tenha uma noção aproximada do valor que se pretende contratar.

Com o advento da Lei de Responsabilidade Fiscal, já não basta, pois, a indicação orçamentária de que trata o artigo 14, da Lei Federal nº 8.666/93<sup>14</sup>,

---

<sup>14</sup> Art. 14. Nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa.



haja vista que é requisito o efetivo saldo financeiro em caixa para o adimplemento das obrigações contraídas.

## CAPÍTULO 2

### LICITAÇÃO DISPENSADA, DISPENSÁVEL E INEXIGÍVEL: DISTINÇÕES

Neste proêmio, expurgando a regra geral, temos casos em que existi a ausência de necessidade de licitar, onde a doutrina estabelece distinções entre licitação dispensada, dispensável e inexigível, seguindo em termos gerais os critérios que são utilizados pela Lei nº 8.666/1993.

Entretanto, alerte-se que nem sempre será possível diferenciar os termos licitação "dispensada" e "dispensável" como se fossem conceitos referentes a situações de natureza distintas, sendo admissível seu uso como sinônimos por diversas ocasiões.

Por isso é que parte da doutrina trata das hipóteses de licitação "dispensada" e "dispensável" sob a mesma rubrica embora se refiram, em certo aspecto, a diferentes artigos de lei (arts. 17 e 24 da Lei nº 8.666/93, respectivamente).

Na verdade, a chamada "licitação dispensada" se aplica basicamente às hipóteses de alienação de bens pertencentes à Administração e está sempre condicionada à existência de interesse público, como já afirmou as situações a que se refere estão disciplinadas exclusivamente no art. 17 da Lei de Licitações. Por outro lado, a "licitação dispensável" verifica-se em situações em que, embora teoricamente seja viável a competição entre os particulares, o procedimento licitatório afigura-se inconveniente ao real e imediato interesse público, isso ocorre porque, em determinados casos, surgem circunstâncias especiais, previstas em lei, que facultam não realização da licitação pelo administrador.

Dentre as hipóteses previstas no art. 24 da mencionada Lei, destacam-se a dispensa em razão do baixo valor; pelo advento de situações excepcionais, como guerra, grave perturbação da ordem pública, calamidades;

nas hipóteses de licitação deserta ou fracassada; na contratação do fornecimento ou suprimento de energia elétrica com concessionário, permissionário ou autorizado; na aquisição de peças durante o período de garantia; dentre outras.

Em relação à "licitação inexigível", informa o art. 25 da Lei nº 8.666/1993 que esta ocorrerá sempre que houver inviabilidade de competição, nesta, vale ressaltar que o conceito de viabilidade da competição não é simplisticamente reconduzível à mera existência de uma pluralidade de sujeitos em condições de executar atividade.

Por isso existem inúmeras situações em que a competição é inviável não obstante existirem inúmeros particulares habilitados a executar a atividade objeto da referida contratação.

## **2.1 LICITAÇÃO DISPENSADA (ART. 17, I e II, LEI nº 8.666/93)**

Em um conceito rasteiro, licitação dispensada é aquela em que a própria lei a declarou como tal, pode-se dizer que é a forma de dispensa de licitação em que o juízo de discricionariedade é diminuto, tanto que somente em certos casos, previstos no art. 17, §§ 2º e 4º da Lei de Licitações, a lei exige a motivação do afastamento da competição.

Tal espécie de contratação direta ocorre nas hipóteses elencadas nos incisos I e II do art. 17 da Lei de Licitações, que se referem à alienação de bens móveis e imóveis pela Administração.

Como já exposto, as hipóteses de licitação "dispensada" se referem exclusivamente às hipóteses de alienação de bens pela Administração Pública, porém, a abrangência do dispositivo é amplo, atingindo todas modalidades de transferência voluntária do domínio de um bem ou direito.

O *caput* do art. 17 da Lei de Licitações prevê requisitos que autorizam a alienação, entre eles, a existência de interesse público, avaliação prévia, procedimento licitatório e autorização legislativa no caso de bens imóveis.

Entretanto, as exceções à regra geral da licitação constam dos incisos do referido dispositivo legal. Justamente por esse motivo que Marçal Justen Filho alerta que:

*"O art. 17 é eivado de sério defeito de técnica legislativa. O dispositivo cuida de dois temas diversos e inconfundíveis. Disciplina, conjuntamente, os requisitos para alienação de bens e direitos da Administração e as hipóteses de dispensa de licitação" (ob. cit., p. 171/172).*

Outro aspecto interessante desse dispositivo é que rigorosamente uma lei federal não poderia dispor sobre alienação de bens públicos estaduais, municipais e distritais sob pena de ofender a forma federativa de Estado e, assim, o próprio texto constitucional.

Dai se conclui que as regras do art. 17 vinculam especialmente à União que pode dispor legislativamente sobre o destino dos próprios bens que lhe pertencem.

Entretanto, considerando especificamente o permissivo do inc. XXI do art. 37 da CF, é possível produzir interpretação conforme a Constituição no sentido de que as normas gerais poderiam dispor sobre hipóteses de dispensa de licitação para a alienação.

Por outro lado, é importante salientar que nas situações descritas a seguir como sendo de licitação "dispensada", não poderá o administrador realizar o procedimento licitatório, uma vez que a própria lei a dispensou, tratando-se de verdadeira "inexigibilidade".

Nesse sentido, informa a doutrina de Romeu Felipe Bacellar Filho:

*"[...] a própria Lei, em seu art. 17, determina, independentemente de juízo de valor, compulsoriamente, a dispensa da licitação. Por esta razão, entende-se que houve uma impropriedade terminológica no art. 17, pois nos casos ali elencados verifica-se a impossibilidade de competição, de modo que a solução única é não licitar, o que faz da licitação dispensada uma verdadeira licitação inexigível. Assim, entende-se que a licitação dispensada é inexigível" (Direito Administrativo, 2ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 114/115).*

As hipóteses de dispensa de licitação para alienação de bens imóveis estão relacionadas no art. 17, inc. I. e dizem respeito ao seguinte: dação em pagamento (inc. I, a), doação (inc. I, b), permuta (inc. I, c), investidura (inc. I, d), venda intra-estatal (inc. I, e) e titulação de terras por interesse social e outras alienações (inc. I, f). O rol é taxativo e não exemplificativo, isto é, não poderá ser ampliado pelo administrador para outras situações aqui não-contempladas.

Na hipótese da dação em pagamento, a Administração se libera de uma dívida sem desembolsar dinheiro, através da transferência do domínio de um imóvel. Assim é que a licitação é dispensada em função da impossibilidade de selecionar a proposta mais vantajosa.

Entretanto, note-se que se credores diversos tiverem interesse de extinguir seus créditos mediante o mesmo procedimento, qual seja, da dação em pagamento, estarão presentes os requisitos autorizadores da licitação que deverão ser observados nessa hipótese.

Também será dispensada a licitação na doação exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera do governo.

A permuta é admitida quando for por outro imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da própria Administração Pública, cujas necessidades reais de instalação e localização condicionem a escolha.

Da mesma forma, a alienação onerosa de bens praticada entre entidades integrantes da Administração Pública dispensa o procedimento licitatório.

Por fim, a última hipótese de dispensa de licitação de bens imóveis diz respeito a "titulação de terras por interesse social e outras "alienações". A situação abrange as diversas modalidades de transferência da posse de bens públicos para programas habitacionais de interesse social e nas operações vinculadas à reforma agrária.

A regra é propositalmente ampla de modo a atender os diversos programas sociais promovidos pelo Governo visando beneficiar extratos da população brasileira de baixa renda.

Entretanto, a Administração Pública não está autorizada a simplesmente escolher arbitrariamente os beneficiários das transferências. Deverão ser concedidas oportunidades equivalentes a todos os potenciais interessados.

Em relação às hipóteses de dispensa de licitação para alienação de bens móveis da Administração, as situações autorizadas estão previstas no art. 17, inc. II e se referem a: doação (inc. II, a), permuta (inc. II, b), venda de ações em bolsa de valores (inc. II, c), venda de títulos públicos (inc. II, d), venda de mercadorias como atividade operacional (inc. II, e) e alienações intra-estatais (inc. II, f). Essas seis hipóteses de dispensa de licitação para a alienação de bens móveis não requerem maiores comentários por serem facilmente compreendidas.

Em relação ao item "c" do inciso II, que trata da venda de ações através de bolsas de valores, não significa, em última análise, simplesmente dispensar o procedimento licitatório, mas sim sujeitar a alienação a um procedimento distinto.

No caso da venda de títulos públicos, a justificativa para a dispensa é que essa negociação efetiva-se diretamente, através da qual se torna operacional a política monetária.

E no caso da letra "e" do mesmo inciso, que alude à venda de mercadorias como atividade operacional, o tema está relacionado às operações de compra e venda praticadas pelas entidades da Administração Indireta no exercício de suas atividades, razão pela qual não poderiam se sujeitar ao princípio da licitação, como já visto.

Por fim, além dessas hipóteses de licitação dispensada, previstas na Lei nº 8.666/93, existe a dispensa prevista no art. 2.º, §1.º, inc. III, da Lei nº 11.107/2005. Esse dispositivo prevê que o consórcio público celebrado entre a União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios para a realização de objetivos de interesse comum poderá, para cumprimento desses objetivos, ser contratado pela Administração Direta ou Indireta, dos entes da Federação consorciados, "dispensada" a licitação.

## **2.2. LICITAÇÃO DISPENSÁVEL (ART. 24, LEI nº 8.666/93)**

O art. 24 da Lei nº 8.666/93, com as modificações que lhe seguiram, foram inseridos situações em que é "dispensável" a licitação. Importante ressaltar que são hipóteses taxativas, não podendo o administrador ampliar discricionariamente o rol já elencado pelo legislador.

A propósito, nesse sentido, colaciona-se doutrina de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

*"Não é permitido qualquer exercício de criatividade ao administrador, encontrando-se as hipóteses de licitação dispensável previstas expressamente na lei, numerus clausus, no jargão jurídico, querendo significar que são apenas aquelas hipóteses que o legislador expressamente indicou que comportam dispensa de licitação" (ob. cit., p. 289).*

Ademais, por se tratar de norma de caráter geral, a legislação local (estadual ou municipal) não poderá acrescentar qualquer outra hipótese.

Neste contexto passemos a examinar as hipóteses mais significativas do extenso rol previsto na legislação correlata à matéria.

### **2.2.1. Dispensa em razão do valor do objeto a ser contratado**

Inicialmente existe dispensa em razão do valor do objeto a ser contratado. Neste caso, o valor do contrato não poderá exceder a dez por cento do valor fixado para a modalidade de convite para serviços, compras, obras e serviços de engenharia (art. 24, I e II).

*"Art. 24. É dispensável a licitação:  
I - para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso I, do artigo anterior, 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 realizadas conjunta e concomitantemente; (limite: R\$ 15.000,00)*

*II - Para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II, do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizado de uma só vez (limite: R\$ 8.000,00)".*

Registre-se, primeiramente, que, nestes casos, foi dado um tratamento distinto às sociedades de economia mista, empresas públicas e agências executivas, quando lhes foi permitido utilizar-se da dispensa em valores de até 20% (vinte por cento) dos limites previstos nas alíneas "a", dos incisos I e II, do art. 23, da mencionada Lei.

Os doutrinadores justificam estas hipóteses de dispensa de licitação pelo fato do custo de um procedimento licitatório ser superior ao benefício que dele poderia ser extraído. Não se admite o fracionamento de contratações que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente e que conduza à dispensa de licitação.

A dispensa em razão do reduzido valor do contrato se justifica somente em razão do princípio da economicidade que deve nortear todos os atos administrativos.

Nesse sentido, o mestre Marçal Justen Filho explica o seguinte: "*A pequena relevância econômica da contratação não justifica gastos com uma licitação comum*" (ob. cit., p. 236).

Outra questão envolve a modificação do valor em momento posterior à contratação direta e que conduza à superação do limite previsto no art. 24, I e II, acima referido. Assim se têm entendido que eventual alteração que vise equilibrar a equação econômico-financeira do contratado não desnatura os valores originariamente previstos ou imaginados pelo administrador.

O que se deve evitar são as alterações previsíveis, ou seja, que poderiam ser estimadas com certa antecedência.

Não se admite que a Administração utilize a contratação direta em razão do reduzido valor do contrato e, em seguida, se valha do expediente de elevação do preço contratual.



A esse respeito, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes faz a seguinte observação:

*"Se o administrador utiliza-se do artifício de ajustar o contrato com dispensa de licitação para depois aletrá-lo, fazendo crescer o objeto do contrato nos limites permitidos do art. 65 §1.º, e, em decorrência, extrapola o valor do limite que o inciso I do art. 24 autoriza, sua conduta pode ser tipificada como crime, ensejando a punição sob esse aspecto, além da anulação do contrato e recomposição do erário, caracterizando-se também prejuízo" (ob. cit., p. 293).*

Relativamente aos dispositivos legais acima, existe uma discussão doutrinária a respeito de qual é o período (se anual ou mensal) que deve ser observado para a utilização do limite permitido para dispensa de licitação, sem que haja burla à Lei de Licitações.

Este assunto é bastante polêmico, tendo sido inclusive objeto de consulta por parte da douta Controladoria Geral do Estado do Rio Grande do Norte, onde, opinou no sentido de que a lei não fixou o período para a utilização do limite, no entanto a Administração poderia fixá-lo, através de orientação normativa, a fim de evitar a ocorrência de dispensas irregulares, conforme se tem verificado nas inúmeras decisões do Tribunal de Contas da União, onde há orientação para que a Administração efetue planejamento adequado das compras de forma a deixar de proceder a aquisições para objetos iguais em curto espaço de tempo, assim como evitar a realização, sob a alegação de urgência.

Neste diapasão, merece citar, outrossim, decisão do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, no seguinte teor:

*"É casuística a análise para caracterização de fracionamento de despesa, inexistindo previsão legal quanto ao número de dispensas que deverá acontecer no mês ou no exercício financeiro. É mister que se observe o disposto nos incisos I e II do art. 24 da Lei Federal n.º 8.666/93, com a alteração dada pela Lei 8.883/94, de modo que se fique claramente demonstrada a impossibilidade de se realizar a aquisição do bem ou serviço de uma única vez. Mas uma dispensa de licitação em pequenos intervalos de tempo e para os mesmos fins é indício de*

*fracionamento, cabendo ao Tribunal de Contas no uso de suas prerrogativas legais decidir a respeito na apreciação do caso concreto".*

Na doutrina, há divergência quanto a este aspecto, existindo doutrinadores que entendem que tal limite para a dispensa de licitação é anual. Neste sentido, encontramos o posicionamento do ilustre Carlos Pinto Coelho Motta, senão vejamos:

*"Tenho entendido que tais limites para a chamada dispensabilidade de licitação, tanto para compras e serviços como para obras e serviços de engenharia, valem para todo o exercício financeiro, permitindo-se entretanto o parcelamento do fornecimento ou da execução. Significa que o limite de valor, para objetos similares, só pode ser utilizado para fins de dispensa uma vez em cada exercício. As razões desse entendimento são as seguintes: em primeiro lugar, os prazos do art. 39, parágrafo único, para licitação simultânea ou sucessiva, não mais se aplicam ao art. 24, I, como era definido pela redação originária da Lei n.º 8.666/93. A Lei n.º 8.883/94, alterando o referido parágrafo único do art. 39, excluiu expressamente a aplicabilidade do limite da dispensa em intervalos temporais definidos para licitação simultânea ou sucessiva (30 e 120 dias. Em segundo lugar, não há nenhum outro dispositivo, seja na Lei n.º 8.666/93, seja na Lei n.º 4.320/64, que autorize a aplicação do limite de dispensa para objeto similar por vezes sucessivas no mesmo exercício financeiro. Se não há autorização expressa, conclua-se pela vedação legal".*

Enquanto isso existem também doutrinadores que abominam a fixação de um prazo temporal para a utilização do limite da dispensa. Dentre eles, há o ensinamento do administrativista Ivan Barbosa Rigolin, ao escrever artigo sobre casos polêmicos de licitação, o qual pedimos licença para transcrevê-lo, *ipsis litteris*:

*"Os fantasmas e as aparições abantesmáticas e flogísticas de entes misteriosos, que afirmam que alguém teria dito a alguém que somente uma vez por mês poderia ser realizada compra de até R\$ 7.999,99, ou contratado serviço de engenharia de até R\$ 14.999,99, ou que apenas dentro de um ano é que tais limites poderiam ser exercitados, ou dentro de um semestre, ou apenas dentro de condições muito particulares, tais e quais, assim ou assado - essa tremenda empulhação, exemplo de moralismo fácil e próprio de discurso de formatura de colegiais, com forte coeficiente de hipocrisia indisfarçável de fariseus a quem*

*aparentemente falta o que fazer - fariseus desempregados talvez - não tem o mais longínquo propósito nem a mínima causação jurídica direta, indireta, oblíqua, transversa, próxima ou remota, nem explicação alguma, por mais inventiva. Se a lei quis que oito mil ou quinze mil reais fossem o limite da licitação dispensada sem maiores exigências ou condicionamentos, então pode ser adquirido o bem, ou contratado o serviço de valor que dispense licitação quantas vezes forem necessárias, sempre que preciso, em um século, um ano, uma semana, um lustro ou um mês lunar dos fenícios. Basta que a Administração proceda naturalmente, sem forçar necessidades em verdade inexistentes, sem "picar" ou fragmentar, artificial ou artificiosamente, suas necessidades efetivas, apenas para, maliciosamente, burlar a regra geral da licitabilidade necessária, e seu procedimento será rigorosamente legítimo, se utilizar o inc. I ou o inc. II, do art. 24, da Lei de Licitações, repetidamente, em dado espaço de tempo. Assim como lhe era permitido valer-se indiscriminadamente - se de fato isso lhe era necessário no seu dia-a-dia - dos limites financeiros anteriores ao atuais que foram dados pela lei n.º 9.648, de 27 de maio de 1998, também hoje é rigorosamente lícito à mesma Administração Pública valer-se repetidamente dos limites atuais. Nada mudou, exceto os valores. Quem espalha boatarias sobre matéria que desconhece ou que inventa para o momento, como alguma limitação certa ao uso dos incisos I e II, do art. 24, deveria a esta altura do desenvolvimento da ciência jurídica saber que não existe o bicho papão com que, amiúde, zelosas mães amedrontam seus filhos de berço, refratários a ingerir a papinha oferecida".*

Neste liame, *data maxima venia* dos renomados administrativista acima referidos, ousou discordar do entendimento esposado pelas duas correntes anteriormente expostas, na forma integral de cada uma delas.

A meu ver, se mesclarmos as duas teses, encontraríamos um resultado mais plausível. E explico o por que. No dispositivo legal que prevê o limite para utilização da dispensa, não há nenhuma determinação para que tal limite seja anual, bem como não há referência sobre o assunto em nenhuma outra norma que trata de licitação.

De outro lado, se a Administração começar a se utilizar da dispensa de licitação, repetidas vezes, para aquisição de objetos similares, com base no limite previsto no art. 24, da Lei n.º 8.666/93, acabará fugindo da regra constitucional, que é o dever de licitar.

Desta feita, acredito que seja mais verossímil elaborar uma orientação normativa fixando um prazo, devendo este prazo ser anual, excepcionando-se

as situações imprevisíveis, não passíveis de planejamento, desde que devidamente justificadas, tendo em vista que o planejamento de uma licitação deve englobar todo o exercício financeiro.

### **2.2.2. Dispensa em casos de guerra ou grave perturbação**

Outra hipótese de contratação direta geralmente muito comentada pela doutrina é a **guerra ou grave perturbação** (art. 24, III).

Nessas situações, foi autorizado ao administrador público dispensar a licitação quando o atendimento do interesse público se encontrar de tal maneira em evidência que a tramitação burocrática e as atípicas condições do comércio possam levar à frustração do próprio interesse público que se pretenda ver atendido.

### **2.2.3. Dispensa em casos de emergência ou calamidade pública**

É dispensável a licitação nos casos de emergência ou calamidade pública (art. 24, IV). A noção de emergência ou calamidade pressupõe o atendimento inadiável de um interesse público com o nítido objetivo de evitar dano potencial à coletividade.

*"IV - Nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízos 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".*

Nestes termos considera-se como situação de emergência, asseguradora da regular dispensa de procedimento de licitação, aquela que precisa ser atendida com urgência, objetivando a não ocorrência de prejuízos, não sendo comprovada a desídia do administrador ou falta de planejamento, todavia, já por calamidade pública, entendam-se aquelas desgraças que atingem, de repente, grande número de cidadãos, como, por exemplo, podemos citar a seca, as inundações, peste, guerra, incêndio, terremoto, vendaval.

Ocorre que o dispositivo em questão vêm sendo mal interpretado o que acaba por ocasionar sua equivocada utilização.

Entende-se que a dispensa justifica-se apenas em situações de excepcionalidade caracterizadas pela absoluta anormalidade e imprevisibilidade. Assim é preciso afastar da hipótese a emergência ficta ou decorrente de omissão ou incúria do agente público.

Isso ocorre porque a Administração, por vezes, deixa de tomar tempestivamente as providências necessárias à realização de licitação que se afigura perfeitamente previsível. Tal conduta deve levar o administrador incauto à responsabilização administrativa, civil e penal, porque frustradora do dever de licitar.

Para justificar a dispensa da licitação nesses casos de emergência ou calamidade, incumbe à Administração avaliar a presença de dois requisitos: *a demonstração concreta e efetiva da potencialidade do dano e a justificativa de que a contratação direta é a via adequada e efetiva para eliminar o risco.* Ademais, a contratação direta deverá objetivar apenas a eliminação do risco de prejuízo, não podendo a execução do contrato superar 180 dias, vedada a prorrogação.

O ínclito Jessé Torres Pereira Júnior, ao comentar o referido dispositivo, cujo entendimento é compartilhado pela doutrina dominante, afirma que:

*"Já na vigência da Lei 8.666/93, o Tribunal de Contas da União definiu que além da adoção das formalidades previstas no art. 26 e seu parágrafo único da Lei 8.666/93, são pressupostos da aplicação do caso de dispensa preconizados no art.24, inciso IV, da mesma lei: a1) que a situação adversa, dada como de emergência ou de calamidade pública, não se tenha originado, total ou parcialmente da falta de planejamento, da desídia*

*administrativa ou da má gestão dos recursos disponíveis, ou seja, que ela não possa, em alguma medida, ser atribuída à culpa ou dolo do agente público que tinha o dever de agir para prevenir a ocorrência de tal situação; a2) que exista urgência concreta e efetiva do atendimento a situação decorrente do estado emergencial ou calamitoso, visando afastar risco de danos a bens ou à saúde ou à vida das pessoas; a3) que o risco, além de concreto e efetivamente provável, se mostre iminente e especialmente gravoso; a4) que a imediata efetivação, por meio de contratação com terceiro, de determinadas obras, serviços ou compras, segundo as especificações e quantitativos tecnicamente apurados, seja o meio adequado, efetivo e eficiente de afastar o risco iminente detectado”.*

#### **2.2.4. Dispensa em casos de licitação deserta ou fracassada**

A hipótese do inc. V do art. 24 trata da licitação deserta ou fracassada.

A licitação será dispensável quando não acudirem interessados à licitação anterior e a repetição do procedimento redundar em prejuízo para a Administração, mantidas mesmas condições.

O que ocorre é que nenhum particular demonstrou interesse em contratar com a Administração sequer atendendo à convocação de apresentar propostas. Não é o caso em que os candidatos tenham sido desclassificados por não terem cumpridos os requisitos do edital. Neste caso, sendo o fato contornável, deve a Administração realizar nova licitação.

Por fim, a contratação tem de ser efetivada em condições idênticas àquelas da licitação anterior, não podendo o administrador criar facilidades visando facilitar a contratação direta.

#### **2.2.5. Dispensa em casos de intervenção da União no domínio econômico**

A intervenção da União no domínio econômico é a hipótese de dispensa de licitação prevista no inc. VI do art. 24 da Lei nº 8.666/93.

Tal contratação direta se justifica em razão na atuação do Estado na defesa da ordem econômica e deve ser interpretada em consonância com os artigos 170 a 181 da Constituição Federal.

Na hipótese, a contratação é instrumento de intervenção no domínio econômico e não objetiva especificamente realizar a contratação mais vantajosa. Por isso, somente atuar para regular preços ou normalizar o abastecimento é que a licitação será dispensável.

#### **2.2.6. Dispensa em casos de preços abaixo das propostas**

O inc. VII consagra diversas regras que autorizam a contratação direta, especialmente quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional, ou incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes.

Isso porque uma licitação não pode conduzir a um resultado radicalmente oposto àquele que era esperado, qual seja a escolha da proposta mais vantajosa.

Em cada caso, a Administração, ao proceder à licitação, deverá verificar o preço ofertado e sua compatibilidade com os preços de mercado. Sendo as ofertas superiores aos preços de mercado ou incompatíveis com os fixados por órgãos oficiais, a contratação será vedada.

A dispensa de licitação se admite desde que a Administração localize alguém disposto a contratar por valor inferior àquele que foi obtido na licitação anterior.

Uma questão que é trazida à discussão por boa parte da doutrina em razão dessa hipótese de dispensa diz respeito à licitação e os cartéis.

De acordo com Jorge Ulisses Jacoby Fernandes,

*"Esse inciso põe em confronto um dos procedimentos mais bem regulados do Direito Administrativo e sua relação com a agregação informal e criminosa de industriais e comerciantes,*

*objetivando inviabilizar a competição e a livre concorrência pretendida pelo processo licitatório" (ob. cit., p. 352).*

A cartelização visando suprimir a livre concorrência afigura-se como uma das mais odiosas formas de abuso de poder econômico.

A Lei nº 8.666/93 tipificou a conduta como crime no art. 96, *in verbis*:

*Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente:*

*I - elevando arbitrariamente os preços;*

*II - vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada;*

*III - entregando uma mercadoria por outra;*

*IV- alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida;*

*V - tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato:*

*Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.*

Nesta situação, ficando caracterizado que todos os ofertantes cotaram preços abusivos, a Administração poderá contratar diretamente e, além disso, deverá responsabilizar os licitantes com a declaração de idoneidade, com fulcro no art. 87, IV, c/c art. 88, II e III, da Lei nº 8.666/93, sem prejuízo da responsabilização criminal cabível.

### **2.2.7. Dispensa em casos de entidades especiais**

Pelo inc. VIII do art. 24 está autorizada a contratação direta entre a pessoa de direito público e a entidade por ela criada, cujo objeto seja a prestação de serviços públicos, o que abrange tanto o serviço público propriamente dito como as atividades de "suporte" administrativo.

Para isso, seriam necessários os seguintes requisitos: I - o contratante seja pessoa jurídica de direito público interno; II - o contratado seja órgão ou entidade que integre a Administração Pública; III - o contratado tenha sido



criado para o fim específico do objeto pretendido pela Administração contratante; IV - a criação do órgão ou entidade contratada tenha ocorrido antes da vigência da Lei nº 8.666/93; V - o preço praticado seja compatível com o mercado. Interessante observar que parte da doutrina tem afirmado que as referidas entidades devem disponibilizar os serviços contratados exclusivamente à pessoa estatal contratante não podendo em contrapartida atender o público em geral, o que inviabilizaria a contratação direta.

O dispositivo também não abrange contratações diretas com as executoras de serviços públicos mediante delegação, como ocorre em relação aos concedidos, permitidos e autorizados.

#### **2.2.8. Dispensa em casos de compra ou locação de imóvel destinado as finalidades públicas**

É dispensável a licitação para compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da Administração (art. 24, X).

*"X - para 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 praticado seja compatível com o praticado no mercado, segundo avaliação prévia";*

Neste caso, a Administração tem que observar dois requisitos previamente, ou seja, comprovar que aquele imóvel atende as necessidades de instalação e de localização e que o preço é condizente com o praticado no mercado. Enfim, deve haver justificativa de que aquele imóvel é o mais adequado ao serviço que a Administração quer executar.

Por outro lado, deve a Administração providenciar a avaliação prévia do imóvel, pois não será válida contratação se preço praticado for incompatível com as condições de mercado.

Na verdade, a aquisição ou locação de imóvel destinado à utilização específica ou em localização determinada acarreta verdadeira hipótese onde há inviabilidade de competição, ou seja, de inexigibilidade de licitação (art. 25), por isso, registre-se que há doutrinadores que entendem que este é um caso de inexigibilidade tratado pela lei como dispensa.

### **2.2.9. Dispensa em casos de necessidade de complementar obra, serviço ou fornecimento**

Pode a Administração Pública dispensar a licitação quando houver necessidade de complementar obra, serviço ou fornecimento anterior (art. 24, XI). Essa hipótese pressupõe realização de licitação anterior, de que resultou contratação que veio ser rescindida pela Administração.

Em vez de se promover nova licitação, a Administração poderá convocar os demais licitantes, na ordem de classificação, convidando-os a executar o remanescente.

O Professor José dos Santos Carvalho Filho traz a seguinte hipótese:

*"Se, por exemplo, o objeto era a construção de um posto médico, e o contratado não conseguiu concluí-la, a Administração, depois de rescindir o ajuste, pode fazer a contratação direta" (ob. cit., p. 226).*

### **2.2.10. Dispensa em casos de compras de hortifrutigranjeiros, pão e outros gêneros perecíveis**

A possibilidade de contratação direta prevista no inc. XII do art. 24 aproxima-se à figura do contrato provisório ou emergencial nas compras de hortifrutigranjeiros, pão e outros gêneros perecíveis, no tempo necessário para

a realização dos processos licitatórios correspondentes, realizadas diretamente com base no preço do dia.

Note-se que a contratação direta desses produtos perecíveis está limitada ao tempo necessário para a realização do processo licitatório.

Para Diógenes Gasparini, citado por Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

*"são quatro os requisitos para essa hipótese de dispensa de licitação, a saber: a) que se trate de gênero alimentício; b) que seja perecível; c) que esteja instaurado o procedimento licitatório para sua aquisição; d) que se faça com base no preço do dia" (ob. cit., p. 406).*

#### **2.2.11. Dispensa em casos de aquisição de bens ou serviços nos termos de acordo internacional**

É também dispensável a licitação para aquisição de bens ou serviços nos termos de acordo internacional específico (art. 24, inc. XIV).

Tal situação se justifica na medida em que há acordos internacionais que possibilitam condições vantajosas para a aquisição de bens e serviços. Para tanto, é necessário que o acordo internacional seja aprovado pelo Congresso Nacional, incorporando-se ao direito interno em nível hierárquico idêntico ao das leis ordinárias.

Entretanto, o ajuste pode ser considerado ilegal caso as condições não se revelem manifestamente vantajosas para Administração, restando fraudada a situação de dispensa de licitação.

#### **2.2.12. Dispensa em casos de contratar diretamente com outras entidades da Administração**

O inc. XVI do art. 24 prevê a hipótese de contratar diretamente com outras entidades da Administração Pública para a impressão de diários

oficiais, formulários padronizados, e edições técnicas oficiais, além da prestação de serviços de informática.

Nesses casos, há necessidade de íntima integração entre o prestador do serviço e a Administração contratante.

Neste sentido Marçal Justen Filho anota que:

*"no tocante a serviços de informática, há questões que envolvem sigilo, segurança e domínio de tecnologia como condições inafastáveis de realização do bem comum" (ob. cit., p. 257).*

Quanto aos serviços gráficos, é preciso observar o seguinte: revistas, boletins e outros informativos que não possuem caráter de edição oficial sujeitam-se normalmente ao procedimento licitatório. Isso ocorre porque as publicações prestigiadas com a dispensa de licitação são justamente aquelas que veiculam matéria de caráter oficial, com assuntos inerentes ao interesse da Administração e dos administrados, cuja leitura apresenta até mesmo caráter compulsório para certos segmentos.

Por fim, somente o legislador é que poderá determinar o que é publicação oficial ou não, fazendo uso de critérios previamente estabelecidos no instrumento adequado para tanto.

### **2.2.13. Dispensa em casos de aquisição de componentes ou peças necessárias em garantia**

Outra hipótese freqüente de dispensa de licitação é para a aquisição de componentes ou peças necessárias à manutenção de equipamentos durante o período de garantia técnica (art. 24, inc. XVII). A situação perfeitamente justificável, uma vez que se afigura absolutamente necessária para viabilizar os serviços de manutenção de equipamentos junto ao fornecedor durante a validade da garantia técnica.

#### **2.2.14. Dispensa em casos de abastecimento de navios, embarcações, unidades aéreas ou tropas**

A hipótese de dispensa prevista no inc. XVIII do art. 24 leva em consideração a necessidade de abastecimento de navios, embarcações, unidades aéreas ou tropas e seus meios de deslocamento, quando houver estada eventual de curto período em portos, aeroportos ou locais diversos de sua sede. O deslocamento deverá ocorrer de operação ou adestramento no âmbito da atividade militar.

#### **2.2.15. Dispensa em casos de compra de materiais de uso pelas Forças Armadas**

É dispensável a licitação para compra de materiais de uso pelas Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo (art. 24, inc. XIX).

A situação foi criada com o objetivo de atender a necessidade de padronização de materiais utilizados no âmbito das Forças Armadas. A padronização só será justificada quando constituir-se em condição de eficiência da atuação militar e deverá contar com parecer de comissão instituída por decreto para essa finalidade. Parte da doutrina afirma que tal situação seria de inexigibilidade de licitação, dada a inviabilidade de competição.

Entretanto, José dos Santos Carvalho Filho pondera que:

*"a inviabilidade de competição não é natural, ms, ao contrário, foi instituída internamente pela Administração por motivos de ordem institucional" (ob. cit., p. 234).*

Por essa razão a referida hipótese continua sendo caso de dispensa e não de inexigibilidade de licitação.

### 2.2.16. Dispensa em casos de contratações especiais

Na contratação de associação de portadores de deficiência física (inc. XX) ou com associações ou cooperativas de catadores de materiais recicláveis (inc. XXVII) o objetivo é o mesmo: dispensar a licitação por conta de razões de nítido interesse social.

Assim também ocorre na contratação de instituição brasileira que tenha por objetivo a pesquisa, o ensino ou o desenvolvimento institucional, ou que exerça a atividade de recuperação social do preso (inc. XIII).

*"contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino, do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à representação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos" (inciso XIII, do art. 24, da Lei n.º 8.666/93).*

Nota-se que para contratação direta com base nesta norma, a Administração precisa verificar se a instituição possui notória reputação ético-profissional; se tem como finalidade a pesquisa, ensino ou o desenvolvimento institucional, técnico, científico ou tecnológico e se a mesma não tem fins lucrativos.

A respeito do assunto, já existe a Súmula n.º 02 da Consultoria Zênite, publicada no ILC n.º 24, de fevereiro de 1996, citada pelo notável professor Renato Geraldo Mendes:

*"Configura-se a hipótese do inciso XII do art. 24, da Lei n.º 8.666/93 quando o objeto do contrato a ser celebrado consistir na pesquisa, no ensino, ou no desenvolvimento institucional, não bastando apenas que se trate de instituição que se dedique às referidas atividades".*

É importante ressaltar, ainda, que a instituição não deve ser contratada, como alguns administradores pretendem, para desempenhar atividades fins da

Administração, sob pena de haver burla à exigência constitucional do concurso público.

Nessas hipóteses, embora se tenha criado uma disparidade jurídica no universo dos licitantes, o que se busca é o resguardo de outros valores igualmente tutelados pelo ordenamento.

Outra situação semelhante ocorre na celebração de contrato de prestação de serviços com as organizações sociais para atividades contempladas no contrato de gestão (inc. XXIV). Cria-se, assim, uma espécie de "função social do contrato administrativo".

O inc. XXI traz regra bastante específica, dispensando a licitação na aquisição de bens para pesquisa científica, estando relacionado especialmente com a atividade universitária. A inclusão dessa hipótese de dispensa tem fundamento no art. 218 da Constituição Federal, pelo qual compete ao Estado promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.

A licitação é dispensada para a contratação de fornecimento de energia elétrica (inc. XXII). Entende-se que se justifica a escolha da norma quando considerado todo o conjunto da legislação reguladora do assunto "energia elétrica", especialmente pelas Leis nº 8.987/95 e 9.074/95.

A questão é que o regime de desestatização procurou afastar o monopólio na prestação de serviços públicos de natureza econômica, deixando o administrador livre para a possibilidade de escolha daquele com quem pretende contratar.

Entretanto, é certo que deverá ser selecionada a proposta que melhor atenda ao interesse público, considerando a qualidade do serviço e o preço cobrado.

Outra questão que se impõe atualmente é a contratação do fornecimento de gás natural, pois o que ocorre é que o regime jurídico do fornecimento de gás natural não é idêntico ao do de energia elétrica. No caso, a configuração do monopólio estadual quanto ao fornecimento de gás canalizado encerra a discussão a respeito da questão, especialmente considerando o disposto no art. 25, §2.º da Constituição Federal.

Recentemente, a Lei nº 10.973/2004 passou a prever a dispensa de licitação nos casos de contratação firmada por instituição científica e tecnológica ou por agência de fomento (inc. XXV, art. 24). Essa hipótese tem cabimento quando o objeto do ajuste for a transferência de tecnologia ou o licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida, assim considerada invenção, modelo de utilidade, desenho industrial, programa de computador ou qualquer outro desenvolvimento tecnológico do qual possa resultar o surgimento de novo produto ou aperfeiçoamento de natureza tecnológica.

### **2.3. LICITAÇÃO PROIBIDA**

A antiga Lei de Licitações era o Decreto-lei nº 2.300/1986 que trazia em seu bojo o que a doutrina costumava chamar de *licitação proibida* ou *vedação de licitação*. O § 1º do art. 23 do mencionado diploma determinava a proibição de licitação, quando esta, a juízo do Presidente da República, fosse capaz de comprometer a segurança nacional. A licitação era totalmente obstada, pois sobre a ela repousava uma presunção *juris et juris* de inconveniência administrativa e lesão ao interesse público nacional.

Atualmente, tal previsão normativa está enquadrada como hipótese de dispensa de licitação (art. 24, IX, da Lei nº 8.666/93), desfigurando-se totalmente o regramento anterior.

Embora se tenha suprimido a única hipótese conhecida de licitação vedada, nada obsta que o administrador estabeleça uma situação idêntica, bastando que se identifique um real e emergencial interesse público.

### **2.4. LICITAÇÃO INEXIGÍVEL (ART. 25, LEI nº 8.666/93)**



Por fim, a Lei nº 8.666/1993 cuida ainda das hipóteses de impossibilidade jurídica de licitação em seu art. 25, o qual reúne situações descritas genericamente como de inviabilidade de competição, exemplificativamente arroladas em seus três incisos. Em tais circunstâncias, ocorre que a doutrina e a própria Lei de Licitações denominou "inexigibilidade" de procedimento licitatório.

Vale ressaltar que sempre que inexistir viabilidade de competição poderá efetivar-se a contratação direta por meio de inexigibilidade, ainda que não se configurem as situações expressamente constantes do elenco do artigo acima referido, ou seja, o rol do não é taxativo.

Acerca do tema, assim se manifestou o Tribunal de Contas do Estado do Paraná:

*"Os casos de inexigibilidade de licitação não se exaurem nas disposições legais, as quais consignam, apenas exemplificativamente, algumas situações" (Processo TC/PR 4707-02.00/93-5, publicado no informativo de Licitações e Contratos – ILC, nº 53, jul./98, Curitiba: Zênite, p. 649).*

#### **2.4.1. Inexigibilidade por fornecedor exclusivo (art. 25, inciso I)**

Neste mister, a primeira hipótese contemplada pelo art. 25, inciso I, que trata da inexigibilidade de licitação diz respeito ao "fornecedor exclusivo", situação que revela a ausência de alternativas para a Administração Pública realizar o procedimento licitatório.

*"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;*

Assim ocorre, obviamente, porque se existe apenas único produto em condições de bem atender às necessidades do Poder Público, não há qualquer sentido em realizar a licitação.

Entretanto, é bom observar que a lei veda expressamente a preferência por marcas, devendo a Administração identificar o produto subjetivamente no instrumento convocatório.

É importante asseverar que, muitas vezes, a Administração se utiliza erroneamente desta norma legal, posto que a contratação direta para enquadrar-se neste dispositivo deve se referir a uma compra e não a prestação de serviços, e necessita ter a comprovação da exclusividade através de uma declaração emitida pelos órgãos competentes.

Nessa linha, a propósito, há orientação do Tribunal de Contas da União, citada pelo professor Renato Geraldo Mendes: *"A prestação de serviços não se inclui no inciso I do art. 25, portanto contratação de serviços com fundamento no preceito é ilegal"*.

Outrossim, é preciso ter cautela na análise da exclusividade do objeto que se busca adquirir, procurando verificar se o mesmo possui uma individualidade tal que se torna único na espécie, não podendo ser substituído por outro equivalente.

Outra questão a ser suscitada é a dimensão territorial da exclusividade.

Esta pode variar conforme a modalidade de licitação escolhida, isto é, se for concorrência, a exclusividade deverá ser em todo o território nacional; se for tomada de preços, deverá ser no registro cadastral mantido pela entidade; e se a modalidade eleita for o convite, a exclusividade deverá ser na praça em que se realizaria a licitação.

Nesse sentido é a doutrina do Professor José dos Santos Carvalho Filho, de clareza insofismável, conforme se vê:

*"Se a licitação for do tipo convite, considerar-se-á a exclusividade na localidade da futura contratação; se for tomada de preços, levar-se-á em consideração a exclusividade no registro cadastral; e se for concorrência, exclusivo é o que for*

*único no país" (Manual de Direito Administrativo, 17ª. ed., São Paulo: Lúmen Juris, 2007, p. 236, grifo do próprio autor).*

Em relação às concorrências internacionais, é certo que o assunto não é pacífico e a decisão de contratar o fornecedor nacional único deverá ter em consideração o princípio da razoabilidade e a preocupação com os demais princípios fundamentais que regem a administração.

Dessa forma, parece claro que uma contratação de pequeno valor não poderá receber o mesmo tratamento reservado a um grande empreendimento, por exemplo.

Com essa preocupação, o mestre Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, com sutileza que lhe é peculiar, cita o seguinte parecer em seu livro (*ob. cit.*):

*"[...] o que a justificativa de fls. 8-9 atesta é que a (...) não tem similar nacional, mas não demonstra a mesma certeza em relação ao mercado internacional. Poderia o equipamento, com as mesmas características, ser produzido ou comercializado por outra empresa fora do Brasil" (Parecer da Dra. Márcia Walquíria Batista dos Santos, publicado no Boletim de Licitações e Contratos – BLC nº 5/94, São Paulo: NDJ, p. 209).*

A forma de comprovação da exclusividade foi estabelecida pela lei como sendo através de atestado que pode ser emitido por órgão de registro do comércio local, bem como sindicatos, federações, confederações e entidades equivalentes.

A inviabilidade de competição poderá ser evidenciada, portanto, através de documentação emitida por instituição confiável e idônea como forma de controlar a existência de exclusividades de representantes. Neste contexto a expressão entidades equivalentes têm causado certa preocupação ao administrador público em razão da imprecisão do termo.

Em princípio, estariam abrangidas por esta expressão genérica as associações que congreguem empresários de um mesmo ramo comercial.

Nesse sentido, TCU aceitou atestado de exclusividade da ASSEPRO – Associação das Empresas Brasileiras de Software e Informática no Processo TC nº 004.415/98-1.

Finalmente, a exclusividade também pode ser comprovada através de contrato de exclusividade de distribuição, representação, licenciamento e consulta ao INPI – Instituto Nacional de Propriedade Industrial, que é a autarquia federal responsável pela averbação e registro dos contratos de transferência de tecnologia e da expedição de cartas-patentes e registro de marcas.

Embora tal solução não esteja expressamente contemplada na Lei de Licitações, essa alternativa têm sido bastante utilizada na prática licitatória, partindo-se da premissa de que a exclusividade do produtor é absoluta e a do representante comercial ou distribuidor é relativa.

#### **2.4.2. Inexigibilidade por serviços técnicos especializados (art. 25, inciso II)**

O segundo caso em tela mostrado pelo artigo 25, inciso II, alude às hipóteses de contratações de **serviços** entendidos como **técnicos especializados**.

*"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;*

*§1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.*

Para que incida a inexigibilidade de licitação neste caso é necessário que o serviço possua natureza singular, isto é, seja visivelmente diferenciado em relação aos serviços da mesma natureza prestados por outros profissionais

do ramo idêntico, e que seja prestado por profissional ou empresa de notória especialização.

Nesse ponto, vale destacar a doutrina de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes: "*Singular é a característica do objeto que o individualiza, distingue dos demais. É a presença de um atributo incomum na espécie, diferenciador*" (ob. cit., p. 588).

Por outro lado, Marçal Justen Filho ressalta que a especialização diz respeito ao profissional a ser contratado:

*"A especialização consiste na titularidade objetiva de requisitos que distinguem o sujeito, atribuindo-lhe maior habilitação do que a normalmente existente no âmbito dos profissionais que exercem a atividade"* (ob. cit., p. 281).

Portanto, entende-se que a singularidade diz respeito ao serviço e a especialização é do profissional a ser contratado.

O art. 13 da Lei de Licitações enumera os serviços que considera como técnicos profissionais especializados:

*Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:*

*I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;*

*II - pareceres, perícias e avaliações em geral;*

*III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;*

*IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;*

*V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;*

*VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;*

*VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico.*

*§ 1º Ressalvados os casos de inexigibilidade de licitação, os contratos para a prestação de serviços técnicos profissionais especializados deverão, preferencialmente, ser celebrados mediante a realização de concurso, com estipulação prévia de prêmio ou remuneração.*

*§ 2º Aos serviços técnicos previstos neste artigo aplica-se, no que couber, o disposto no art. 111 desta Lei.*

*§ 3º A empresa de prestação de serviços técnicos especializados que apresente relação de integrantes de seu corpo técnico em procedimento licitatório ou como elemento de justificção de dispensa ou inexigibilidade de licitação, ficará*

*obrigada a garantir que os referidos integrantes realizem pessoal e diretamente os serviços objeto do contrato.*

É de lembrar que os serviços de publicidades não se incluem no referido artigo.

E dentre os serviços técnicos enumerados no art. 13, do Regulamento Licitatório, os casos mais rotineiros na Administração Pública são de treinamento e aperfeiçoamento de pessoal, devendo, antes da contratação de empresa para ministrar cursos, o administrador se certificar se existe a singularidade do serviço, se a empresa possui notória especialização, bem como se o preço proposto está compatível com o praticado no mercado.

O Egrégio Tribunal de Contas União<sup>15</sup> tem determinado que somente se realize a contratação direta, com base na notória especialização do profissional contratado, quando houver inviabilidade de competição, e desde que configurada, simultaneamente, singularidade do objeto e a notoriedade na execução do serviço específico desejado.

Nesta esteira merece especial atenção a questão da contratação de serviços de advocacia. Inicialmente, vale lembrar que a atuação profissional da advocacia exige, além do notório saber técnico-jurídico, também o conhecimento das praxes administrativas da Instituição. Assim é que, como regra, a melhor solução é a contratação de advogados através de concurso público, hipótese em que o interesse público seria melhor atendido.

Ademais, o concurso permitiria a avaliação do conhecimento técnico-científico dos candidatos e excluiria a contratação de pessoas destituídas de condições mínimas de desempenho na defesa jurídica do ente estatal. Todavia, a Administração poderá recorrer à contratação de profissionais alheios aos seus quadros em virtude da natureza singular de determinado serviço advocatício em causas ou litígios especializados. O que não pode haver é a terceirização indiscriminada dos serviços de advocacia por meio da contratação direta de escritórios de advocacia.

Nesse sentido, leva-se a baila a posição do TCU consubstanciada na **Súmula nº 39:**

---

<sup>15</sup> Decisão nº 103/98, rel. Min. Humberto Guimarães Souto, publicado no DOU de 30.03.98, Seção I, p. 72-2.

*"A dispensa de licitação para contratação de serviços com profissionais ou firmas de notória especialização, de acordo com alínea "d" do art. 126, §2º, do Decreto-lei 200, de 25.02.67, só tem lugar quando se trate de serviço inédito ou incomum, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, um grau de subjetividade, insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação."*

Nesse sentido também é a doutrina de Rogério Ponzi Seligman:

*"Os serviços jurídicos da Administração Pública, análise jurídica de seus atos e contratos e patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas, detêm caráter permanente. Somente se justificará a contratação dos serviços particulares de advocacia, nos moldes da Lei nº 8.666/93, quando da impossibilidade de utilização do corpo de procuradores do ente público, seja pela sua insuficiência ou incapacidade ou em virtude de situação singular."*

Tal entendimento encontra ressonância nos julgados do Tribunal de Contas da União, a exemplo do voto do Min. Lincoln Magalhães da Rocha, no processo TC 575.395/92-3, que ressalta não ser impeditivo à contratação de advogado particular o fato de o ente público contar com quadro próprio de advogados, desde que a natureza e as características de singularidade e de complexidades desses serviços sejam de tal ordem que evidencie que não poderão ser normalmente executados pelos profissionais de seus próprios quadros.

No mesmo rumo já assentou o Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina no pré-julgado nº 873, segundo qual, quanto à contratação de advogado ou serviços jurídicos, mostra-se recomendável que haja o correspondente cargo efetivo no quadro de servidores do ente público, em face da natureza de atividade administrativa permanente e contínua, com provimento mediante concurso público, sendo cabível a contratação de profissional do ramo do direito, desde que devidamente justificada para atender específicos serviços (administrativo ou judicial) que não possam ser realizados pela assessoria jurídica dada a sua complexidade e especificidade.

### 2.4.3. Inexigibilidade por serviços profissionais do setor artístico (art. 25, inciso III)

Por fim, o ar. 25 fala ainda da contratação de "profissionais do setor artístico".

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

*III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.*

Ora, tal hipótese demonstra uma absoluta inviabilidade de competição, posto que, seria impossível haver comparação entre as performances artísticas de diversos profissionais do setor de forma a tornar viável a abertura de eventual procedimento licitatório.

Neste sentido afirma Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

*"artista, nos termos da lei, é o profissional que cria, interpreta ou executa obra de caráter cultural de qualquer natureza, para efeito de exibição ou divulgação pública, através de meios de comunicação de massa ou em locais onde se realizam espetáculos de diversão pública" (ob. cit., p. 615).*

Portanto, dada a natureza da atividade artística não se afigura possível estabelecer certos parâmetros de comparação que detenham a característica da objetividade que exige o procedimento licitatório tradicional, porém, é requisito inafastável estabelecido pela lei é que o artista a ser contratado seja "consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública".

A respeito disso, Marçal Justen Filho alerta que:

*"tal medida se destina a evitar contratações arbitrárias, em que uma autoridade pública pretenda impor preferências*



*totalmente pessoais na contratação de pessoas destituída de qualquer virtude. Exige-se que ou a crítica especializada ou a opinião pública reconheçam que o sujeito apresenta virtudes no desempenho de sua arte" (ob. cit., p. 284).*

Por fim, verifica-se que esse dispositivo apresenta certo limite discricionário, autorizando o administrador a optar pela escolha que melhor atenda ao interesse público em razão das próprias características da performance artística desejada.

De maneira geral, portanto, a interpretação extraída do art. 25 da Lei de Licitações inegavelmente revela uma margem de discricionariedade conferida ao administrador para realizar determinadas contratações sem necessidade de procedimento licitatório.

Na verdade, a inviabilidade de competição envolve a impossibilidade de obter a melhor proposta através de uma licitação, mas isso não equivale a liberar o administrador a realizar qualquer escolha que lhe aprouver, pois, em seu discricionarismo, tem o dever de avaliar todas as alternativas disponíveis e escolher aquela que se afigurar como a que melhor atende ao interesse.

## **2.5. DISTINÇÕES ENTRE AS DISPENSAS E INEXIGIBILIDADES**

É de lembrar, como toda a regra possui sua exceção, que o Estatuto de Licitações e Contratos permite como ressalvas à obrigação de licitar, a contratação direta através de processo de dispensa e inexigibilidade de licitação, desde que preenchidos os requisitos previstos na lei.

A par disso, um dos temas mais tormentosos do Direito Administrativo gravita em torno da dispensa e inexigibilidade. Acerca do assunto, todo cuidado é devido pelo operador do Direito que atua na área, uma vez que a Constituição Federal estabelece como regra a obrigatoriedade de licitação para obras, compras, serviços e alienações da Administração Pública.

Nesse sentido, dispõe o já conhecido art. 37, inc. XXI, do texto constitucional:

*"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, a qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações".*

Entretanto, em algumas situações previamente estabelecidas por lei, a regra geral de licitar cede espaço ao princípio da economicidade ou outras razões que revelem nítido interesse público em casos em que a licitação é dispensada ou considerada inexigível.

De acordo com o Prof. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes isso ocorre por que:

*"O princípio constitucional da licitação, como todas as regras de Direito, não têm valor absoluto, devendo ser coordenado com os outros princípios do mundo jurídico" (Contratação Direta sem Licitação, 5ª. ed., Brasília Jurídica, 2004, p. 178).*

A dispensa de licitação é a possibilidade de celebração direta de contrato entre a Administração e o particular, nos casos estabelecidos no art. 24, da Lei 8.666/93, já inexigibilidade de licitação ocorre quando há inviabilidade de competição, melhor dizendo, é impossível promover-se a sua competição, tendo em vista que um dos contendores reúne qualidades tais que o tornam único, exclusivo, *sui generis*, inibindo os demais pretendentes participantes, conforme norma devidamente explicitada no art. 25 da mesma Lei.

Nesta ótica observamos que a lei enumerou expressamente as hipóteses de dispensa de licitação, sendo este rol taxativo, já no caso de inexigibilidade saliente-se que o rol normativo do art. 25, diferencia-se da

dispensa, uma vez que tem natureza apenas exemplificativa, segundo posicionamento uníssono da doutrina pátria.

Neste sentido, as lições do renomado Jessé Torres Pereira Júnior:

*"As hipóteses de dispensabilidade do art. 24 constituem rol taxativo, isto é, a Administração somente poderá dispensar-se de realizar a competição se ocorrer uma das situações previstas na lei federal. Lei estadual, municipal ou distrital, bem assim regulamento interno da entidade vinculada não poderá criar hipótese de dispensabilidade".*

Além disso, ressalte-se que, nestes casos relacionados pela legislação, há a discricionariedade da Administração na escolha da dispensa ou não do certame, devendo sempre levar em conta o interesse público. Muitas vezes, o administrador opta pela dispensa, posto que, os custos necessários à licitação ultrapassarão benefícios que dela poderão advir.

Desta forma, devemos concluir que nos casos de dispensa, previstos em lei, o administrador tem faculdade de licitar ou não, enquanto que na inexigibilidade, há impossibilidade de ser realizado o procedimento de competitividade para aquisição da proposta mais vantajosa.

## CAPÍTULO 3

### O PROCESSO DE CONTRATAÇÃO DIRETA SEM LICITAÇÃO E A RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES PÚBLICOS

De início é de esclarecer que a contratação direta não pode ser feita sem observância de rigoroso procedimento formal como condição de sua regularidade e eficácia.

Os procedimentos normais das dispensas e inexigibilidades apresentam fases próprias, diferenciadas em relação aos demais procedimentos administrativos regulados por lei.

É evidente que os processos de dispensa e de inexigibilidade de licitação não exigem o cumprimento de etapas formais imprescindíveis em regular processo de licitação, entretanto, devem obediência aos vários princípios constitucionais impostos à Administração Pública.

Por outro lado, os processos devem ser muito bem instruídos, e além dos documentos de habilitação e regularidade fiscal da empresa, devem ser comprovados nos autos a caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso; a razão da escolha do fornecedor ou executante; e a justificativa do preço, nos termos do parágrafo único do art. 26.

A Administração deve justificar presença dos pressupostos da ausência de licitação e também indicar o fundamento da escolha de um determinado contratante e de uma específica proposta em detrimento de outras que poderiam estar presentes.

Vale destacar a importância da justificativa do preço, pois a validade da contratação depende da verificação da razoabilidade do preço que será desembolsado; o contrato celebrado deverá ser praticado em condições econômicas similares com as adotadas pelo particular para o restante de sua atividade profissional, e por fim, não se admite, em qualquer situação, ainda

que emergencial, que a Administração Pública efetive contratação por valor desarrazoado.

Neste sentir o mestre Marçal Justen Filho afirma que isso ocorre por que:

*"a contratação direta não significa eliminação de dois postulados consagrados a propósito da licitação. O primeiro é a existência de um procedimento administrativo. O segundo é a prevalência dos princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público" (ob. cit., p. 229).*

De fato, o art. 26 da Lei nº 8.666/1993 exige fundamentação pormenorizada para a maioria dos casos de dispensa de licitação e, em todos os casos de inexigibilidade, além de estabelecer como condição obrigatória para a eficácia do ato de dispensa ou inexigibilidade que ele seja comunicado, dentro de 03 (três) dias, a autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 05 (cinco) dias, *in verbis*:

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

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

- I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;*
- II - razão da escolha do fornecedor ou executante;*
- III - justificativa do preço;*
- IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.*

A conclusão do procedimento de forma correta é verdadeira condição de eficácia dos atos praticados pelo administrador nessa hipótese. Portanto, ao final, mesmo que o contrato já tenha sido assinado e formalizado, enquanto

não concluídos todos os procedimentos delineados no aludido art. 26, o mesmo não pode produzir efeitos válidos, isto porque, o objetivo da Lei é de evitar fraudes abusos nas hipóteses de dispensa e inexigibilidade de Licitação.

Por esse motivo, o art. 25, §2º, da Lei alude à figura do superfaturamento como causa de vício da contratação e posterior punição penal.

*Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: § 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.*

Nesta mesma linha de posicionamento já se pronunciou o TCU:

*"... é ilegal a inexistência nos autos da razão da escolha do fornecedor e da justificativa do preço do bem adquirido." (TCU. Processo nº 825.028/95-7. Decisão nº 035/1996 – 1ª Câmara)*

Demais disso, deve ser publicado no Diário Oficial do Estado o termo de dispensa ou de inexigibilidade de licitação, no prazo legal, como condição de eficácia do ato.

No que diz respeito a responsabilidade dos administradores públicos, das penas aplicáveis a estes, previstas na Lei de Licitações e que interessam especificamente ao tema proposto, podemos citar a norma expressa do art. 89, que estabelece expressamente:

*"Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade: Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa".*

Desta feita, o administrador deve ter muita cautela ao dispensar uma licitação, tendo em vista que o agente público será punido não somente quando

contratar diretamente sem amparo na previsão legal, mas também quando deixar de observar as formalidades exigíveis para os processos de dispensa e inexigibilidade de licitação.

O ilustre Professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, escritor de um livro que trata da contratação direta, já citado anteriormente durante o transcorrer desta simplória obra, afirma que após a vigência deste dispositivo legal, há maior preocupação do Administrador nos processos relativos à dispensa e inexigibilidade de licitação, senão vejamos:

*"Parece efetivamente que o art. 89 da Lei 8.666/93 situa-se na linha evolutiva do aperfeiçoamento da Administração Pública, pois, não raro, as justificativas da contratação direta eram elaboradas posteriormente à celebração do contrato, à sua execução e, às vezes, só após a ação dos órgãos de controle, onde passavam a desafiar a criatividade dos órgãos jurídicos das entidades públicas. O fato é que, com o advento desse diploma legal, passou a haver maior preocupação com os procedimentos que devem ser adotados para que a contratação direta seja regular".*

De outro modo, é evidente que se o fornecedor ou prestador de serviços concorrer para a ilegalidade também deverá ser aplicada pena semelhante à atribuída ao administrador.

Infelizmente já virou rotina nos noticiários do Brasil às diversas punições, em especial dos Tribunais de Contas dos Estados, aos gestores que dispensam licitações de forma irregular.

## CONCLUSÃO

O tema de contratações diretas constitui matéria tormentosa no Direito Administrativo e cada vez mais requer preparo e bom senso por parte do agente público, por isso, é que princípios básicos do regime jurídico-administrativo devem ser levados em consideração.

O princípio da obrigatoriedade da licitação tem fundamento constitucional e obriga a todos os órgãos e entidades da Administração Pública Direta e Indireta a realizarem o procedimento competitivo com o objetivo de contratar a proposta mais vantajosa.

Entretanto, em algumas hipóteses previamente estabelecidas pela lei, a licitação deixa de existir, cedendo lugar à contratação direta, por dispensa ou inexigibilidade, nestes casos, tratam-se de situações que, pelas suas próprias características, não se compatibilizam com a demora do processo.

Evidentemente que a contratação direta, em última análise, visa atender melhor ao interesse público justamente por conta da excepcionalidade das situações contempladas nessa hipótese, em razão disto, é que se autoriza abrir uma fenda no princípio da obrigatoriedade da licitação.

Não obstante, o administrador deverá ficar adstrito às hipóteses legais de dispensa e inexigibilidade, de modo que a exceção não passe a ser a regra geral, assim, o agente público não poderá fugir da obrigatoriedade de licitar elastecendo demais os termos utilizados pelo legislador ou esquecendo alguns dos requisitos que autorizam a contratação direta.

Vale aqui a observação do Ministro Ivan Luz do TCU, citado por Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, sobre questão: *"as exceções devem ser adotadas com muita cautela para que não prolifere a corrupção estimulada pelas preferências imotivadas"* (ob. cit., p. 190).

É possível concluir que a contratação direta não deve ser a regra e, nesse sentido, é imperioso observar fielmente os preceitos contidos na Lei nº 8.666/93 e na legislação correlata, com as recomendações formuladas pelo



Tribunal de Contas da União e dos Estados, inclusive procedimentos de suas publicações, sob pena de responsabilidade dos seus causadores.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. *Direito Administrativo*, 12a. ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*, 2ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 17a. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CRETELLA JÚNIOR. José. *Licitações e Contratos do Estado*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DELGADO, José Augusto. *Princípios aplicados à licitação*. In UFSC: <http://www.ufsc.br>, 02 set. 2001.

DI PIETRO. Maria Sílvia Zanella. *Direito Administrativo*. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação Direta sem Licitação*, 5ª. ed., Brasília Jurídica, 2004.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. *Direito administrativo didático*. São Paulo: Forense, 1981.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 12ª ed., São Paulo: Dialética, 2008.

LIMA. Hidelbrando de. *Pequeno Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa*. 11ª ed. GAMMA; 1971.

MACHADO D'AVILA. Vera Lúcia. **Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos**. 2<sup>a</sup> ed. Rev. e Ampl. São Paulo: Malheiros, 1995.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**, 8<sup>a</sup>. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17<sup>a</sup> ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

MEIRELLES. Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 22<sup>a</sup> ed. Malheiros: São Paulo, 1997.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 7<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações & contratos**. 7<sup>a</sup> ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.