

VANESSA CARINA ZANIN

**CONTRATAÇÃO DIRETA SEM LICITAÇÃO E CARACTERIZAÇÃO DA
EMERGÊNCIA FICTA**

**CURITIBA
2004**

VANESSA CARINA ZANIN

**CONTRATAÇÃO DIRETA SEM LICITAÇÃO E CARACTERIZAÇÃO DA
EMERGÊNCIA FICTA**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Pedro Henrique Xavier.

**CURITIBA
2004**

TERMO DE APROVAÇÃO

VANESSA CARINA ZANIN

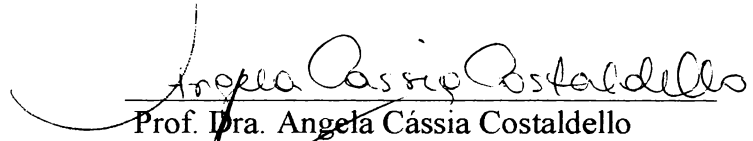
CONTRATAÇÃO DIRETA SEM LICITAÇÃO E CARACTERIZAÇÃO DA EMERGÊNCIA FICTA

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito, Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

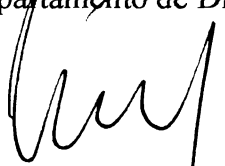
Orientador:



Prof. Pedro Henrique Xavier
Departamento de Direito Público, UFPR.



Prof. Dra. Angela Cássia Costaldello
Departamento de Direito Público, UFPR.



Prof. Rogério Distéfano
Departamento de Direito Público, UFPR.

Curitiba, 29 de outubro de 2004.

*Dedico este trabalho a Deus, à
minha família, constante
incentivadora e motivadora, e ao
meu amor, doce companheiro de
todas as horas.*

Agradeço a meu orientador Pedro Henrique Xavier, pela dedicação e oportunidade, à minha família, pelo incentivo em todos os momentos; ao meu querido Guilherme, que sempre me apóia e compreende; às minhas amigas, pela paciência, em especial à Thalita, que sempre me estimula a continuar seguindo em frente.

SUMÁRIO

RESUMO.....	v
INTRODUÇÃO.....	1
1. CONCEITO DE LICITAÇÃO.....	2
2. PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM A LICITAÇÃO.....	6
3. OBRIGATORIEDADE DE LICITAÇÃO.....	8
4. CONTRATAÇÃO DIRETA.....	12
4.1 PROCEDIMENTO DA CONTRATAÇÃO DIRETA.....	14
5. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO.....	20
6. DISPENSA DE LICITAÇÃO.....	29
6.1. LICITAÇÃO DISPENSADA E DISPENSÁVEL.....	29
6.2. LICITAÇÃO DISPENSADA DO ARTIGO 17.....	32
6.3 DISPENSA DE LICITAÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 24.....	36
7. EMERGÊNCIA FICTA.....	49
8. SUPERFATURAMENTO NA CONTRATAÇÃO DIRETA.....	55
CONCLUSÃO.....	57
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	60

RESUMO

Pretende-se com esta monografia analisar a contratação direta, ou seja, sem a anterior licitação, realizada pela Administração Pública. Parte-se inicialmente do conceito de licitação, analisando sua previsão legal, tanto constitucional, quanto pela lei ordinária. Em seguida são explicitados os princípios que norteiam a licitações, trazendo também a divergência existente na doutrina quanto o estabelecimento destes princípios. O estudo da obrigatoriedade de realizar o procedimento licitatório antecedente aos contratos administrativos também está compreendido neste trabalho. A contratação direta, como exceção ao dever geral de licitar é analisada na seqüência, verificando-se as peculiaridades de seu procedimento. É examinada a inexigibilidade de licitação, na qual as hipóteses de inexigibilidade previstas na lei merecem especial destaque. Prosseguindo na idéia da contratação direta, a dispensa de licitação é o objeto do ponto seguinte. Neste, além das hipóteses legais, traz-se a discussão realizada pelos doutrinadores administrativistas quanto a existir diferença entre licitação dispensada e dispensa de licitação ou não. Mais detalhadamente ocorre o exame da hipótese de dispensa referente a emergência ou calamidade pública, na qual é observada a ocorrência da emergência ficta ou fabricada. Finalmente, encerrando o trabalho é questionado o superfaturamento que pode ocorrer na contratação direta e suas conseqüências.

INTRODUÇÃO

A Administração Pública, para atender suas necessidade e alcançar os objetivos pretendidos, necessita contratar pessoas para realizar obras, disponibilizar serviços, bem como adquirir e vender produtos e bens. Essa atuação estatal deve sempre ser norteadada pelos princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público. *Esses princípios condicionam a Administração, na busca de seus fins, ao oferecimento de oportunidade de contratarem com o Poder Público a todos os interessados que satisfaçam os requisitos pré-estabelecidos.*

Dessa forma, a Constituição Federal previu a necessidade de realizar licitação antecedendo os contratos firmados pelas administrações públicas direta, autárquica e fundacional da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Assim, a licitação é a regra para a Administração Pública. No entanto, observa-se que a própria Carta Magna facultou, para alguns casos previstos em lei, a contratação direta. Essas são hipóteses em que a licitação formal seria impossível ou frustraria a *própria consecução dos interesses públicos, autorizando-se, por isso, a adoção de outro procedimento.*

A Lei n. 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos) regulamentou a facultatividade prevista constitucionalmente ao estabelecer hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação.

A presente monografia tem por objetivo analisar a contratação direta realizada pela Administração Pública, examinando detalhadamente os casos de inexigibilidade e dispensa de licitação. Maior aprofundamento ocorre na dispensa por emergência ou calamidade pública, em função da verificação, na prática, da existência da *emergência ficta ou fabricada, desvirtuadora da hipótese legal.* Além disso, é relevante o estudo do superfaturamento na contratação direta, outro fato lastimável, mas, infelizmente, de ocorrência corriqueira.

1. CONCEITO DE LICITAÇÃO

O Poder Público, como toda pessoa física ou jurídica, para satisfação de suas necessidades e alcance de seus objetivos, precisa realizar obras, contratar serviços ou adquirir produtos. No entanto, não pode agir da mesma forma que as pessoas de direito privado, uma vez que a Administração Pública, em sua atividade, é norteadada pelos princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público. Assim, para alcançar os seus fins, deve a Administração oferecer a todos os interessados que satisfaçam alguns requisitos fundamentais, oportunidade de realização de negócios¹. Esta contratação com particulares deve ser orientada pelo interesse público.

Como lembra SIDNEY BITTENCOURT “enquanto os particulares dispõem de ampla liberdade para contratar, a Administração Pública, ao contrário, para fazê-lo, é obrigada a adotar um procedimento preliminar determinado com rigor pela Constituição Federal”².

Por esse motivo, a Constituição Federal Brasileira estabeleceu a exigibilidade de Licitação precedendo os contratos das administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 37, XXI) e das empresas públicas e sociedades de economia mista (art. 173, § 1º, III).

A Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, com alterações promovidas pelas Leis n. 8.883/94, 9.648/98 e 9.854/99, institui as normas a serem seguidas nas licitações e nos contratos do Poder Público. O parágrafo único, do artigo 1º, da referida Lei reitera a disposição constitucional de que se subordinam ao regime de licitações todas as entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito

¹ TOLOSA FILHO, Benedicto de. *Licitação: comentários, teoria e prática: Lei n° 8.666/93*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 2.

² BITTENCOURT, Sidney. *Curso Básico de Licitações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 2001, p. 21

Federal ou Municípios. CARLOS ARI SUNDFELD³ enfatiza que entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e as fundações por ele instituídas ou mantidas igualmente são obrigadas a licitar.

Interessante observar que a Emenda Constitucional n. 19, de 04 de junho de 1998, com a alteração provocada na redação dos artigos 22, inciso XXVII e 173, § 1º, inciso III, da Constituição Federal, estabeleceu um regime jurídico de licitação “despido de formalidades mas não de responsabilidade nem de controle, prestação de contas e fiscalização, incidente sobre as empresas estatais que não desenvolvam serviço ou função pública, mas apenas explorem atividade econômica necessária à preservação da segurança nacional ou de relevante interesse coletivo”⁴.

No tocante a definição de licitação, observa PAULO JOSÉ VILLELA LOMAR que nos últimos quarenta anos a doutrina jurídica brasileira empenhou-se na elaboração de um conceito jurídico de licitação de significação circunscrita ao âmbito do Direito Administrativo. O referido esforço culminou em um conceito unânime entre os administrativistas, no sentido de enfatizar a idéia de que licitar é, antes de mais nada, realizar um procedimento formal objetivando a seleção da proposta mais vantajosa à Administração Pública⁵.

No mesmo sentido ensina o professor MARÇAL JUSTEN FILHO que “Licitação significa um procedimento administrativo formal, realizado sob o regime de direito público, prévio a uma contratação, pelo qual a Administração seleciona com quem contratar e define as condições de direito e de fato que regularão essa relação jurídica futura”.⁶

JOSÉ CRETELLA JÚNIOR define licitação, de modo bastante pormenorizado, como o procedimento administrativo prévio complexo, do qual se utiliza a Administração quando, desejando celebrar contrato com o particular, referente a compras, alienações, obras, trabalhos, fornecimentos ou serviços, seleciona, entre

³ SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo: de acordo com as leis 8.666/93 e 8.883/94*. São Paulo: Malheiros Editores, 1994, p. 35.

⁴ LOMAR, Paulo José Villela, In: MUKAI, Toshio, coord. *Curso avançado de licitações e contratos públicos*. 1º ed. São Paulo: J. de Oliveira, 2000, p. 13.

⁵ *Idem. Ibidem.*

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 38.

diversas propostas, aquele que melhor atenda ao interesse público, baseando-se, para tanto, em critério objetivo, fixado de antemão, em edital, a que se deu ampla publicidade⁷.

Como procedimento, a licitação desenvolve-se por meio de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, propiciando igual oportunidade a todos os interessados e atuando como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos⁸.

CELSON ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO⁹, modificando parcialmente o enfoque do conceito, disciplina que “a licitação visa garantir duplo objetivo: proporcionar às entidades governamentais possibilidades de realizarem o negócio mais vantajoso e assegurar aos administrados ensejo de disputarem a participação nos negócios que as pessoas administrativas entendam de realizar com os particulares”.

Assim, o procedimento licitatório anterior aos contratos celebrados pela Administração Pública assegura o respeito ao princípio da igualdade entre os interessados em firmar contrato com esta, impedindo o tratamento diferenciado a particulares e propicia optar pela melhor proposta para o próprio interesse público, conforme preceitua o artigo 3º, caput, da Lei de Licitação e Contratos Administrativos¹⁰.

MARIA SILVIA ZANELLA DI PIETRO¹¹ discorre que no Direito Administrativo, a licitação equivale a uma oferta dirigida a toda uma coletividade de pessoas que preencham os requisitos legais e regulamentares constantes do edital, que é a lei interna da licitação. À Administração cabe escolher a proposta que seja mais conveniente para resguardar o interesse público, dentro dos requisitos fixados no ato convocatório.

A competência para legislar sobre as normas gerais de licitação e contratação é privativa da União, de acordo com o artigo 22, inciso XXVII, da Constituição

⁷ CRETILLA JÚNIOR, José. *Licitações e contratos do estado*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 6.

⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 247.

⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos de Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 373.

¹⁰ TANAKA, Sônia Yuriko. In: GARCIA, Maria, coord. *Estudos sobre a lei de licitações e contratos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 18.

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 299-300.

Federal de 1988, que acaba com eventual controvérsia a respeito da competência legislativa sobre este assunto, significando que Estados e Municípios podem exercer competência legislativa suplementar em matéria de licitação, conforme o artigo 24, § 2º e artigo 30, inciso II, da Magna Carta. Se houvesse alguma dúvida sobre esse assunto, esta seria dirimida pelo artigo 118, da Lei n. 8.666/93, que determina que “Os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as entidades da Administração indireta deverão adaptar suas normas sobre licitações e contratos ao disposto nesta Lei”.

A licitação é a regra fundamental e sua ausência somente se admite por exceção, nos casos indicados na Lei supra citada. Assim, “a licitação é o antecedente necessário do contrato administrativo; o contrato é o conseqüente lógico da licitação”.¹² Hoje, pode-se dizer que ela é um verdadeiro princípio da Administração Pública.

¹² MEIRELLES, Hely Lopes. *op. cit.*, p. 246.

2. PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM A LICITAÇÃO

Da lição de ADILSON ABREU DALLARI extrai-se que há certos princípios que operam sobre a Administração Pública fazendo com que esta fique obrigada a efetuar licitações. Há ainda outra série de princípios que informam as licitações que eventualmente forem efetuadas, tornando obrigatórias para a Administração, no curso do procedimento daquelas, a adoção de tais e quais medidas, a prática de certos e determinados atos administrativos, sem o que não se teria verdadeiramente uma licitação, ou pelo menos, sem cuja obediência o procedimento ficaria gravado de algum vício capaz de acarretar-lhe nulidade¹³. Além disso, sendo os princípios fontes mediatas ou subsidiárias do direito administrativo, poderão ser invocados para resolver eventual lacuna do ordenamento jurídico¹⁴.

No entender de CARLOS PINTO COELHO MOTTA¹⁵ a Constituição Federal, em seu artigo 37, submete a Administração Pública aos clássicos princípios do Direito Administrativo: Legalidade, Impessoalidade, Moralidade e Publicidade, os quais norteiam a totalidade da atividade administrativa, sendo que os dispositivos das leis infraconstitucionais específicas apenas indicam as formas e caminhos de sua realização.

A indicação dos princípios que norteiam o procedimento licitatório não é unívoca na doutrina, parte dela apresenta-os de maneira concisa, enquanto outros elaboram um rol mais detalhado destes princípios.

ABREU DALLARI fala em três princípios: igualdade entre os licitantes - que corresponde à transferência do princípio da isonomia para o âmbito interno da licitação; publicidade - necessária para se evitar fraudes aos princípios da isonomia e

¹³ DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos Jurídicos da Licitação*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 20

¹⁴ *Idem*, p. 22.

¹⁵ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos: Lei n. 8.666/93*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 29.

igualdade; rigorosa observância das condições estabelecidas no instrumento de abertura – que garante tratamento isonômico e proporciona condições para um julgamento o mais objetivo possível das propostas.¹⁶

No mesmo sentido BANDEIRA DE MELLO entende que os princípios cardeais da licitação poderiam ser resumidos nos três anteriormente citados, com o acréscimo do princípio da possibilidade do disputante fiscalizar o atendimento dos princípios anteriores e do princípio da competitividade, que embora não especificado pela lei n. 8.666/93 é da essência da licitação¹⁷.

Mais detalhadamente ZANELLA DI PIETRO trabalha os princípios da igualdade – visa permitir a escolha da melhor proposta, como também assegurar igualdade de direitos a todos os interessados em contratar; da legalidade – é de suma importância, em matéria de licitação, uma vez que esta constitui um procedimento inteiramente vinculado à lei; da impessoalidade – no sentido que deve a administração pautar-se em critérios objetivos em suas decisões, sem levar em consideração condições pessoais dos licitantes; da moralidade e da probidade – exige da Administração comportamento que além de lícito seja compatível com a moral, os *bons costumes*, as *regras de boa administração* e as *regras de justiça e equidade*; da publicidade – assegura a possibilidade de todos fiscalizarem a legalidade da licitação; da vinculação ao instrumento convocatório – refere-se tanto à Administração quanto aos licitantes e trata-se de princípio essencial cuja inobservância enseja nulidade do procedimento; do julgamento objetivo – o julgamento das propostas apresentadas deve ser feito conforme os critérios estabelecidos no edital; da adjudicação compulsória – garante que a Administração não pode, concluído o procedimento, atribuir o objeto da licitação a outrem que não o vencedor; e da ampla defesa – este princípio deve ser observado em qualquer tipo de processo administrativo em que haja litígio.¹⁸

¹⁶ DALLARI, Adilson Abreu. *op.cit.*, p. 21-22.

¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *op. cit.*, p. 379.

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *op. cit.*, p. 302.

3. OBRIGATORIEDADE DE LICITAÇÃO

O artigo 37, caput e inciso XXI, da Magna Carta determina a obrigatoriedade de licitação antecedente aos contratos para as pessoas de Direito Público, bem como também para as entidades de suas administrações indiretas ou fundacionais, compreendidas nestas últimas as autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações governamentais.

O artigo 1º da Lei n. 8.666/93 estatui que suas normas aplicam-se aos três Poderes e que a elas estão sujeitos os órgãos da Administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. A mesma lei, em seu artigo 119 e no parágrafo único, dispõe que sociedades de economia mista, empresas e fundações públicas, bem como entidades direta ou indiretamente controladas pelas pessoas jurídicas de capacidade política, editarão regulamentos próprios sujeitos às disposições da lei em apreço¹⁹.

A Emenda Constitucional 19/98, que como anteriormente referido alterou o artigo 22, inciso XXVII, da Constituição Federal, fez surgirem dúvidas quanto a aplicabilidade da licitação às sociedades de economia mista e empresas públicas. O professor BANDEIRA DE MELLO faz uma distinção entre as sociedades de economia mista e empresas públicas prestadoras de serviços públicos, que continuariam a ser regidas pela Lei n. 8.666/93 e as sociedades de economia mista e empresas públicas exploradoras de atividade econômica, que passarão a ser regidas por lei a ser criada conforme o mencionado nos artigos 22, inciso XXVII, e 173, § 1º, do texto constitucional. DIOGENES GASPARINI explica que a Emenda Constitucional 19/98 não retirou ninguém da obrigatoriedade de realizar o procedimento licitatório,

¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *op. cit.*, p. 380-381.

apenas facultou a instituição de procedimento diferenciado. No entanto, os atos tipicamente comerciais ligados ao desempenho das atividades-fins das pessoas jurídicas acima referidas não estão abrangidos por esta obrigatoriedade, uma vez que a licitação corresponde à medida incompatível com os fins por elas buscados, “assim, basta que o interessado satisfaça as respectivas normas de serviço dessas empresas para que o contrato celebrado seja legítimo.”²⁰

O artigo 2º da Lei de Licitações e Contratos Administrativos traz expressamente a obrigatoriedade de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas na própria lei, para as contratações com terceiros de obras, serviços (inclusive de publicidade), compras, alienações, concessões, permissões e locações da *Administração Pública*. O mesmo artigo, em seu parágrafo único, define contrato como todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

Para LÚCIA VALE FIGUEIREDO²¹ atualmente não há mais que se falar na questão da obrigatoriedade, uma vez que a Constituição é expressa. Desse modo, a regra é a licitação, salvo as exceções legais.

JOÃO CARLOS MARIENSE ESCOBAR discorre que mesmo se não houvesse texto legal que o determinasse, a Administração seria obrigada a licitar, apenas e tão-somente como consequência do princípio constitucional da isonomia²².

Igual idéia apresenta ABREU DALLARI ao afirmar que ainda que não haja uma expressa previsão legal exigindo a licitação, mesmo assim o Poder Público está obrigado a licitar, como decorrência direta da Constituição, cujos princípios são indubitavelmente imperativos²³.

²⁰ GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 421.

²¹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 447.

²² ESCOBAR, João Carlos Mariense. *Licitação: Teoria e prática*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 24.

²³ DALLARI, Adilson Abreu. *op. cit.*, p. 18.

TOSHIO MUKAI afirma que o dever de licitar que se impõe à Administração Pública pode ser explicado pelos princípios da igualdade dos administrados perante a Administração e o da indisponibilidade do interesse público²⁴.

De acordo com a lição de VERA LÚCIA MACHADO D'AVILA a regra é a realização do procedimento licitatório, pois ao ofertar a todos os interessados oportunidade igual em oferecer seus bens e serviços ao Estados, ou seja, contratar com a Administração, são respeitados os princípios da isonomia e da impessoalidade. E quando a Administração escolhe a proposta mais vantajosa está respeitando o princípio da moralidade.²⁵

Conforme o ensinamento de HELY LOPES MEIRELLES:

“a expressão *obrigatoriedade de licitação* tem um duplo sentido, significando não só a compulsoriedade da licitação em geral como, também, a da *modalidade prevista em lei para a espécie*, pois atenta contra os princípios de moralidade e eficiência da Administração o uso da modalidade mais singela quando se exige a mais complexa, ou o emprego desta, normalmente mais onerosa, quando o objeto do procedimento licitatório não a comporta”.²⁶

Para SUNDFELD a licitação é necessária sempre que uma entidade governamental, ao estabelecer com um particular certa colaboração remunerada, ou propiciar-lhe o desfrute de um bem ou serviço público, criar para este um benefício pessoal direto insuscetível de ser concedido a todos os interessados aptos²⁷.

Nas palavras de JUSTEN FILHO: “Fica estabelecida a licitação como regra fundamental. A ausência de licitação somente se admite por exceção, nos casos indicados em lei”.²⁸

Segundo ABREU DALLARI, “é evidente que afirmar a exigibilidade como regra geral não significa afirmar exigibilidade absoluta, mesmo porque, em certos casos, a licitação poderia ser até material ou juridicamente impossível”.²⁹

²⁴ MUKAI, Toshio. *Direito administrativo sistematizado*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 242.

²⁵ D'AVILA, Vera Lúcia Machado. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 101.

²⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *op. cit.*, p. 252-253.

²⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. *op. cit.*, p. 40.

²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 39.

²⁹ DALLARI, Adilson Abreu. *op. cit.*, p. 47.

A realização de qualquer licitação depende da ocorrência de certos pressupostos, segundo o entendimento de BANDEIRA DE MELLO. A ausência destes faria com que o certame licitatório não alcançasse as finalidades em vista das quais foi concebido. Tais pressupostos podem ser agrupados em três ordens: lógicos – pluralidade de objeto e de ofertantes; jurídicos – a licitação deve constituir meio apto, ao menos em tese, para a Administração acudir ao interesse que deve prover; fático – existência de interessados em disputá-la³⁰.

Assim, “todas as vezes que o objeto necessitado puder ser obtido de mais de uma pessoa (física ou jurídica), ou todas as vezes que o objeto a ser oferecido puder interessar a mais de uma pessoa, os órgãos e entidades obrigados a licitar deverão, em princípio, realizar previamente o competente certame licitatório”³¹.

Em outras palavras, tudo o que as pessoas públicas, governamentais, e suas subsidiárias, obrigadas a licitar, puderem obter de mais de um ofertante, ou o que elas oferecem interessar a mais de um dos administrados, há de ser, pelo menos em tese, escolhida por proposta em processo licitatório como a mais vantajosa para a Administração Pública.³²

³⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *op. cit.*, p. 382-383.

³¹ TANAKA, Sonia Yuriko. *op. cit.*, p. 19

³² GASPARINI, Diogenes. *op. cit.*, p. 413

4. CONTRATAÇÃO DIRETA

A Magna Carta acolheu a presunção (absoluta) de que prévia licitação produz a melhor contratação – entendida como aquela que assegura a maior vantagem possível à Administração Pública, com observância do princípio da isonomia. Mas a própria Constituição se encarregou de limitar a presunção absoluta estabelecida, facultando a contratação direta nos casos previstos por lei.³³

SONIA YURIKO TANAKA lembra que em todos os diplomas disciplinadores da licitação que se sucederam na história legislativa brasileira, o legislador sempre consignou hipóteses em que afastava a exigência de licitar³⁴.

JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR ensina que:

“há situações em que a Administração recebe da lei o comando para a contratação direta (hipóteses do art. 17, I e II); há outras em que a Administração recebe da lei autorização para deixar de licitar, se assim entender conveniente ao interesse do serviço (art. 24); hipóteses há em que a Administração defronta-se com inviabilidade fática para licitar, anuindo a lei em que é inexigível fazê-lo (art. 25); e há um caso em que à Administração é defeso licitar, por expressa vedação da lei. Estes quatro grupos de situações constituem exceções ao dever geral constitucional de licitar (art. 7º, § 5º)”³⁵

Como já foi dito, a exigência, como regra geral, de licitação prévia para contratações da Administração Pública está calcada nos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público. No entanto, existem hipóteses em que a licitação formal seria impossível ou frustraria a própria consecução dos interesses públicos. Nesses casos, autoriza-se a Administração a adotar um outro procedimento, em que formalidades são suprimidas ou substituídas por outras. Isso, contudo, não se dá de forma discricionária, pois o próprio legislador determinou as hipóteses em que se

³³ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 230.

³⁴ TANAKA, Sônia Yuriko. *op. cit.*, p. 26.

³⁵ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei de licitações e contratações da Administração Pública*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 166.

aplicam os procedimentos licitatórios simplificados e definiu os casos de não-incidência do regime formal de licitação.³⁶

Para VALLE FIGUEIREDO há uma nítida distinção entre a livre eleição do contratante pela Administração Pública e a contratação direta, pois enquanto a primeira constitui liberdade total para a escolha discricionária da Administração, a segunda é faculdade concedida à Administração em determinadas hipóteses.³⁷

JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES discorre que nos casos delineados pela Lei n. 8.666/93, em que a licitação foi dispensada ou considerada inexigível, pelo menos no plano teórico, o legislador entendeu haver confronto entre o princípio jurídico da licitação e outros valores igualmente tutelados pela ordem jurídica, sendo que estes foram considerados mais importantes.³⁸

A despeito da contratação se dar diretamente, ou seja, não antecedida pelo procedimento licitatório, esta deve obedecer aos princípios jurídicos fundamentais (vantajosidade e igualdade ou isonomia).

O professor JUSTEN FILHO disciplina que a contratação direta se submete a um procedimento administrativo prévio, como regra, no qual a observância de etapas e formalidades é imprescindível, só sendo dispensada em casos de emergência tão grave que a demora, embora mínima, pusesse em risco a satisfação do interesse público.

Destaca o mesmo autor que nas etapas internas iniciais a atividade administrativa será idêntica, seja ou não a futura contratação antecedida de licitação. Diferenciam-se os dois tipos de procedimento, no momento de definir as fórmulas para contratação, pois, constatando-se a inaplicabilidade das regras acerca da licitação, a atividade administrativa interna, em vez de elaborar o ato convocatório da licitação e instaurar a fase externa apropriada, desembocará na contratação direta. Definido o cabimento da contratação direta, deve a Administração pesquisar a melhor solução, observando sempre os princípios da isonomia (compatibilizado com as peculiaridades da contratação direta) e da supremacia e indisponibilidade do interesse público. Desse modo, a melhor solução deve ser buscada, respeitando, na medida do possível, o

³⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 229-230.

³⁷ FIGUEIREDO, Lúcia Valle, *op. cit.*, p. 448.

³⁸ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. Brasília: Brasília Jurídica, 1997, p. 92.

amplo acesso dos interessados à disputa pela contratação. Por isso tudo, não seria absurdo afirmar que a contratação direta é uma modalidade extremamente anômala de licitação.

O autor supra citado discorre que a contratação direta não autoriza a atuação arbitrária da Administração, que, ao escolher um sujeito específico e com ele contratar, deve expedir decisão administrativa razoável e fundar-se em critérios compatíveis com a isonomia. Para tanto, é necessária a presença de alguns requisitos: ausência de sigilo; condições equivalentes de participação; oportunidades equivalentes de disputa; seleção de melhor proposta e indisponibilidade do interesse público; obtenção de melhor contratação possível e registro de preços; motivação do ato; regulamentação da contratação direta.³⁹

ZANELLA DI PIETRO ressalta que a Administração dispõe de discricionariedade para a escolha do contratado, nos casos de contratação direta, sem licitação. No entanto, não está dispensada de atender aos requisitos que decorrem, implícita ou explicitamente, da lei, nem de motivar adequadamente a sua escolha.⁴⁰

4.1 PROCEDIMENTO DA CONTRATAÇÃO DIRETA

A contratação direta não significa total ausência de procedimento licitatório, mas sim, envolve um procedimento especial e simplificado para a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública. Assim, há um encadeamento ordenado de atos objetivando a escolha da melhor proposta e o contratante mais adequado. Além disso, há formalidades prévias que devem ser observadas, bem como os princípios fundamentais da atividade administrativa devem ser respeitados⁴¹.

³⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 229-233.

⁴⁰ DI PIETRO, Maria Sylvania. In: *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 106.

⁴¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 229-230.

SUNDFELD lembra que “a contratação direta – é dizer, com dispensa ou inexigibilidade – prescinde do procedimento licitatório, por óbvio. Mas não de procedimento administrativo.”⁴²

O procedimento da contratação direta está regulado no artigo 26, da Lei n. 8.666/93, que há de ser observado sob pena de invalidade da avença e da caracterização do “crime de deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade”, previsto na segunda parte do artigo 89, da referida lei.

Com esse normativo, a Lei colocou em igualdade de tutela o dever de licitar com a obrigação de a Administração Pública seguir, pontualmente, os procedimentos fixados para a realização da contratação direta.⁴³

JACOBY FERNANDES lembra que o procedimento da contratação direta não exige processos autônomos de dispensa e inexigibilidade, desse modo “os processos de compra, obras, serviços e alienações da Administração que concluírem pela dispensa ou inexigibilidade de licitação, serão instruídos com os elementos ali indicados.”

O mesmo autor destaca que o procedimento da dispensa e inexigibilidade apresenta fases próprias, atípicas dos outros procedimentos administrativos disciplinados pela Lei de Licitações e Contratos Administrativos, e sua conclusão, de forma correta, foi estabelecida como condição de eficácia dos atos pelo legislador. Desse modo, o contrato somente pode produzir efeitos válidos sob a ordem jurídica quando acabados os procedimentos delineados no artigo 26, da referida lei.⁴⁴

No artigo 26 está previsto a obrigatoriedade do administrador justificar a contratação sem licitação. A justificativa para a contratação sem licitação deverá ser cabal, contendo demonstração suficiente da necessidade do procedimento excepcional⁴⁵.

JUSTEN FILHO discorre que a Administração tem que justificar não apenas a presença dos pressupostos da ausência de licitação, ou seja, que a situação se

⁴² SUNDFELD, Carlos Ary. *op. cit.*, p. 62.

⁴³ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *op. cit.*, p. 353-354.

⁴⁴ *Idem*, p. 356.

⁴⁵ ESCOBAR, João Carlos Mariense. *op. cit.*, p. 92.

enquadra em um dos casos de dispensa ou inexigibilidade previstos pela lei, mas deve indicar os fundamentos da escolha de um determinado contratante e de uma específica proposta. Além disso, deverá ser comprovada e documentada a presença dos requisitos legais que autorizam a contratação direta.⁴⁶

MÁRCIA WALQUIRIA BATISTA DOS SANTOS discorre que ao elaborar a justificativa em que deixará clara a situação de dispensa ou inexigibilidade, deverá haver precisão no enquadramento da hipótese, pois se houver imprecisão, trocando-se a dispensa pela inexigibilidade e vice-versa, ensejará ilegalidade, passível de invalidar todo o procedimento⁴⁷. No mesmo sentido é o entendimento de MACHADO D'AVILA para quem o administrador não pode utilizar indistintamente conceitos diversos entre si (licitação dispensada, dispensável e inexigível), sob pena de nulidade do procedimento adotado.⁴⁸

Além da necessidade do despacho motivado do agente competente, com exceção das hipóteses de dispensa de licitação por baixo valor, essa decisão para ser eficaz deve ser submetida à ratificação da autoridade superior e em seguida publicada. A ratificação propicia o controle hierárquico da legalidade e da conveniência ou oportunidade do ato enquanto que a publicação tem por objetivo permitir o controle externo e difuso das decisões administrativas.⁴⁹ Nas palavras de PEREIRA JÚNIOR “além da motivação expressa o ato que autoriza a aquisição direta há de ser submetido à autoridade superior, para ratificação e publicação (...), sem o que não produzirá efeito. Vale dizer, o ato existirá e poderá estar íntegro (plano da existência e validade), mas, no plano da eficácia, penderá de ratificação e publicação para que a Administração possa contratar.”⁵⁰ TANAKA lembra que esses efeitos que estão condicionados pela ratificação e publicação são efeitos perante terceiros, enquanto que perante às partes contratuais, o contrato passa a ter eficácia a partir de sua assinatura.⁵¹

⁴⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 291

⁴⁷ SANTOS, Márcia Walquiria Batista. In: *Temas polêmicos sobre licitações e contratos administrativos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 108.

⁴⁸ D'AVILA, Vera Lúcia Machado. In: *Temas polêmico sobre ...* p. 102.

⁴⁹ SUNDFELD, Carlos Ary. *op. cit.*, p. 62.

⁵⁰ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres, *op. cit.*, p. 209.

⁵¹ TANAKA, Sonia Yuriko. *op. cit.*, p. 61.

Da leitura do referido artigo 26 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos extrai-se que a autoridade superior deve ser comunicada no prazo de 3 (três) dias corridos e em 5 (cinco) dias corridos a decisão precisa ser ratificada e publicada na imprensa oficial. Só então poderá ser celebrado o contrato “que, embora não estando precedido de licitação, deverá observar os requisitos legais que regem obras e serviços, compras e alienações previstos nos artigos 7º, 14 e 17, da Lei n. 8.666/93.”⁵²

O parágrafo único, do já referido artigo 26, dispõe que o processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, será instruído, no que couber, com os elementos da caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa (inciso I); razão da escolha do fornecedor ou executante (inciso II); justificativa de preço (inciso III) e documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados (inciso IV).

ZANELLA DI PIETRO discorre que sendo a escolha da proposta mais vantajosa para a Administração um dos objetivos da licitação, na contratação, mesmo nos casos de dispensa e inexigibilidade, a autoridade deve ser cuidadosa na escolha do contratado. Daí a exigência de justificativa na qual deve a autoridade demonstrar a presença dos requisitos legais estabelecidos para a hipótese de dispensa em que se fundamenta e também justificar a escolha do contratado.⁵³

Quanto a imposição da caracterização da situação emergencial ou calamitosa prevista no inciso I, do parágrafo único, do artigo 26, esta não se trata de repetição da previsão constante no *caput* do artigo, como a primeira vista pode parecer. Na verdade, o legislador enfatizou parcialmente os requisitos do inciso IV, do artigo 24, pela necessidade de que sejam evidenciados também os fatos que normalmente ficam como notórios em uma comunidade, mas com o tempo, ou num amplo contexto deixam de ser perceptíveis. Assim, numa situação emergencial, o Administrador tem a obrigação de evidenciar os motivos do seu convencimento quanto a necessidade de contratação

⁵² ESCOBAR, João Carlos Mariense. . *op. cit.*, p. 92-93.

⁵³ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Temas polêmicos. op. cit.*, p. 105-106

direta, devendo caracterizar a emergência ou calamidade e não apenas limitar-se a declarar uma situação emergencial.⁵⁴

A obrigatoriedade prevista no inciso II, do referido artigo, trata-se de uma novidade auspiciosa segundo PEREIRA JÚNIOR. Conforme seu ensinamento esta previsão que impõe a Administração dar as razões de haver escolhido tal ou qual fornecedor ou executante, nos casos em que mais de uma empresa teria condições para fornecer ou executar o objeto, acaba por obrigar:

“A Administração a promover, mesmo em hipótese de dispensa de licitação, um levantamento sobre as condições de mercado que, nada obstante seu informalismo e rapidez, servirá ao princípio da licitação e criará vinculação a razões de fato, deduzidas expressamente e cujo eventual falseamento poderá conduzir à invalidade da aquisição, por vício de motivo ou desvio de finalidade, a par de responsabilização do agente que as afirmou.”⁵⁵

Por sua vez, a previsão de justificativa de preço, contida no inciso III, acima citado, é imperativa em todas as contratações realizadas pela Administração Pública. A professora ZANELLA DI PIETRO lembra que o preço deve estar em consonância com os praticados no mercado, sob pena de responsabilidade solidária do fornecedor ou prestador de serviço e do agente público, nos termos do artigo 25, § 2º, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos⁵⁶. Acrescenta JACOBY FERNANDES que se o administrador elencar no processo os preços encontrados e contratar o menor, será dispensável justificar o preço.⁵⁷ Observa-se que a questão do superfaturamento será analisada em capítulo específico.

São modalidades de contratação direta a dispensa e a inexigibilidade de licitação e diferenciam-se porque, na primeira, a competição é plenamente viável, porém inconveniente para a Administração Pública (a Lei faculta a dispensa), ficando inserida na competência discricionária da Administração, e, na segunda, a competição é inviável ou impossível, pois só existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração.

⁵⁴ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *op. cit.*, p. 362.

⁵⁵ PEREIRA JÚNIOR. *Jessé Torres. op. cit.*, p. 211.

⁵⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Temas polêmicos. op. cit.*, p. 106.

⁵⁷ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *op. cit.*, p. 364.

Outros autores, como BATISTA DOS SANTOS, destacam ainda que a Administração, na intenção de contratar com terceiros, deverá verificar, primeiramente, se é caso de licitação, ou se esta é dispensada, dispensável ou inexigível, ou seja, estabelecem uma terceira hipótese autorizadora de contratação direta, a licitação dispensada. Esta ocorre nos casos decorrentes da própria Lei n. 8.666/93, em seu artigo 17, incisos I e II, ou seja, são casos de dispensa determinados por lei⁵⁸. Este assunto será melhor analisado no capítulo sobre dispensa de licitação.

O professor JUSTEN FILHO aponta outra distinção: “Em suma, a inexigibilidade é uma imposição da realidade extranormativa, enquanto a dispensa é uma criação legislativa. Como decorrência direta, o elenco de causas de inexigibilidade contido na lei tem cunho meramente exemplificativo. Já os casos de dispensa são exaustivos, o que não significa afirmar que estão todos na Lei 8.666”.⁵⁹ Do ponto de vista lógico, a Lei deveria ter tratado da inexigibilidade antes da dispensa e, portanto, no presente trabalho, far-se-á esta alteração.

⁵⁸ SANTOS, Márcia Walquiria Batista. *In: Temas Polêmicos. op. cit.*, p. 107-108.

⁵⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 271.

5. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

O artigo 25⁶⁰ da Lei n. 8.666/93 se refere, genericamente, à inviabilidade de competição e, em especial, aos casos em que o fornecedor é exclusivo (inc. I), e em que o contratado é o único que reúne as condições necessárias à plena satisfação do objeto do contrato (incs. II e III).

TANAKA discorre que em todos os casos em que a competição for inviável, inexigível será a licitação, sendo que o elenco apresentado no artigo 25, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, é meramente exemplificativo.⁶¹

Nas palavras de PEREIRA JÚNIOR: “A competitividade é da essência da licitação, seguindo-se ser esta exigível sempre que presente a possibilidade daquela; licitação inexigível equivale a licitação impossível; é inexigível porque impossível; é impossível porque não há como promover-se a competição”⁶².

Para GASPARINI nas hipóteses enumeradas, o legislador já se encarregou de declarar a inviabilidade da competição, e, sempre que aquelas ocorrerem a licitação

⁶⁰ Importante se faz a transcrição do artigo em questão, assim:

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 serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

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

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

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

⁶¹ TANAKA, Sônia Yuriko. *op. cit.*, p. 55.

⁶² PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *op. cit.*, p. 194.

é inexigível, podendo a entidade, em princípio obrigada a licitar, realizar diretamente o negócio de seu interesse. Além destas hipóteses, outras poderão surgir e autorizar a pessoa, em tese obrigada a licitar, a contratar diretamente, como no caso em que uma única pessoa possui o único ou todos os bens existentes⁶³.

Entendimento análogo possui BANDEIRA DE MELLO, para quem os incisos I a III do artigo 25 estabelecem, apenas, uma prévia e já resolvida indicação de hipóteses nas quais ficam antecipadas situações de inviabilidade da disputa, nos termos ali enumerados, sem exclusão de casos não catalogados, mas igualmente possíveis.⁶⁴

Conforme o posicionamento de LÚCIA VALLE FIGUEIREDO E SÉRGIO FERRAZ na inexigibilidade a licitação em princípio não pode ser realizada, eis que a própria lei elevou certas circunstâncias à categoria de presunções consistentes em hipóteses nas quais se considera, *a priori*, que a contratação direta é a via mais adequada à realização do interesse público, mas circunstâncias ditadas pelo interesse público, suficientemente robustas para o afastamento da presunção relativa acima estabelecida, poderão impor a realização da licitação.⁶⁵ Assim, “a gênese da inexigibilidade é a impossibilidade da competição, o que, por si só, afasta a possibilidade de invocação dos princípios da moralidade e da igualdade.”⁶⁶

De mesmo entendimento é a doutrina de PEREIRA JUNIOR, para quem “a lei descreve hipóteses que, além de ilustrativas, somente caracterizam a inexigibilidade se, no caso concreto, a competição for inviável; sendo viável, a licitação é de rigor, posto que o traço distintivo entre a exigibilidade e a inexigibilidade é a viabilidade de estabelecer-se, ou não, a disputa”.⁶⁷

Compartilha também este posicionamento JACOBY FERNANDES ao estabelecer que mesmo quando se caracterizar um dos casos tratados nos incisos do artigo 25, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, se for viável a

⁶³ GASPARINI, Diogenes, *op. cit.*, p. 335

⁶⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *op. cit.*, p. 388.

⁶⁵ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. FERRAZ, Sérgio. *Dispensa e inexigibilidade de licitação*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 36.

⁶⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Ferraz, Sérgio. *op. cit.*, p. 41.

⁶⁷ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *op. cit.*, p. 194.

competição, a licitação é exigível, porque não foi preenchido o requisito fundamental descrito no *caput* do artigo em análise (inviabilidade de competição).⁶⁸

Por outro lado, poderão ocorrer hipóteses em que é inviável a competição, mas o caso descrito não se enquadra em nenhuma das situações previstas pelo legislador nos incisos do artigo 25. Nestas hipóteses o fundamento legal será o próprio *caput* do artigo 25.⁶⁹

De acordo com a lição de BANDEIRA DE MELLO somente são licitáveis os objetos que possam ser fornecidos por mais de uma pessoa, uma vez que a licitação supõe disputa, concorrência, ao menos potencial entre os ofertantes. Desse modo, há inviabilidade lógica deste certame quando o objeto pretendido é singular, sem equivalente perfeito; quando só há um ofertante que dispõe de todos os objetos de perfeita equivalência. Assim, os casos cogitados não se enquadram na dispensa, uma vez que somente se pode dispensar alguém de um dever possível, tratando-se na verdade de casos de inexigibilidade de licitação. Complementa o autor dizendo que só se licitam bens homogêneos, intercambiáveis, equivalentes, não sendo possível a licitação de coisas desiguais.⁷⁰

O professor JUSTEN FILHO entende que a inviabilidade de competição trata-se de um gênero que comporta diferentes modalidades ou, mais precisamente, de uma consequência, que pode ser produzida por diferentes causas, as quais consistem nas diversas hipóteses de ausência de pressupostos necessários à licitação. O autor enumera essas causas como sendo: ausência de alternativas – existe uma única solução e um único particular em condições de executar a prestação; ausência de “mercado concorrencial” – embora possam existir diferentes alternativas para a satisfação do interesse público, não há ofertas permanentes de contratação, uma vez que os particulares em condições de satisfazer a necessidade da Administração Pública não se dispõem a participar de uma competição de natureza licitatória, ou seja, não competem entre si formulando proposta; ausência de objetividade na seleção do objeto – existem diferentes alternativas, mas a natureza personalíssima da atuação do particular

⁶⁸ FERNANDES. Jorge Ulisses Jacoby. *op. cit.*, p. 299.

⁶⁹ *Idem, Ibidem.*

⁷⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *op. cit.*, p. 383-384.

(envolve fatores intelectuais, artísticos, criativos, etc) impede julgamento objetivo, não havendo sentido na competição; ausência de definição objetiva da prestação a ser executada – o particular assume a obrigação cujo conteúdo somente se definirá ao longo da própria execução, sendo a avaliação do desempenho apenas aferível em face da execução propriamente dita do contrato.

O autor supracitado classifica as causas de inviabilidade de competição em dois grandes grupos, tendo por critério a sua natureza. No primeiro deles a inviabilidade de competição deriva de circunstâncias atinentes ao sujeito a ser contratado e no segundo decorre da natureza do objeto a ser contratado.⁷¹

Para SUNDFELD, em termos lógico, a inviabilidade de licitação decorre ou da singularidade do objeto pretendido, ou da unicidade de fornecedor, ou ainda da especificidade da operação.⁷²

A modalidade mais evidente de inviabilidade de competição é prevista no inciso I do artigo 25 da Lei n. 8.666/93, o qual se refere à ausência de alternativas para a Administração Pública, uma vez que há somente um único produto em condições de atender a necessidade estatal, não há sentido em realizar licitação. O professor JUSTEN FILHO lembra que há uma série de questões implicadas na hipótese, questões estas que não se limitam à situação prevista no inciso supra referido. Assim, devem ser analisadas: a determinação do objeto – necessidade de verificação acerca das diversas soluções técnico-científicas disponíveis para atender o interesse público, a fim de se conduzir à seleção da melhor alternativa; a vedação a preferência por marcas – as avaliações realizadas pelo Poder Público devem ser rigorosamente objetivas, não se admitindo que preferências subjetivas, fundadas em critérios opinativos, venham influenciar tais avaliações. No entanto, a indicação da marca como mero elemento acessório é permitida; ausência de pluralidade de alternativas de contratação – podem ter como hipóteses geradoras a existência de uma única solução técnica, de representante exclusivo, de monopólio, a padronização, a ausência circunstancial de interessados, ou ainda, a dimensão territorial da questão; as modalidades contratuais abrangidas no inciso I – somente alude o inciso a compras e apenas no caso de

⁷¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 270-271

⁷² SUNDFELD, Carlos Ari. *op. cit.*, p. 43.

representante exclusivo, admitindo-se a ampliação para contratos que envolvam serviços (ou obras), pois o núcleo da questão está na ausência de alternativas para a Administração e não na natureza jurídica do contrato de compra e venda; a comprovação da ausência de alternativas – esta comprovação admite os mais diversos meios de prova, desde que idônea e satisfatória; o problema do atestado – criticada pelo professor acima referido para quem “trata-se de formalidade destituída de qualquer seriedade, inútil para a Administração Pública”, pois não incumbe ao Registro de Comércio controlar a existência de exclusividade de representantes.⁷³

No que tange ao produtor ou vendedor exclusivo (inc. I), diz-se que seria inútil licitar o que não é passível de competição de preço ou de qualidade. LOPES MEIRELLES distingue a exclusividade industrial da exclusividade comercial, sendo que aquela é do produtor privativo no país e esta é a dos vendedores e representantes na praça. Para a Administração, a exclusividade do produtor é absoluta e afasta sumariamente a licitação em qualquer uma de suas modalidades, pois se somente ele produz um determinado material, equipamento ou gênero, somente deste se pode adquiri-los. No entanto, quando se trata de um vendedor ou representante comercial há a possibilidade da existência de vários no país, devendo ser considerada a exclusividade na praça de comércio, que abranja a localidade da licitação. Desse modo, o conceito de exclusividade depende da área privativa do comerciante, considerando-se vendedor ou representante comercial exclusivo, para efeito de convite o que é único na localidade, para a tomada de preço o único no registro cadastral e para a concorrência o que é único no país.⁷⁴

O inciso II prevê outra causa de inviabilidade de competição, consistente na *inexistência de mercado de serviços concorrencial*. Assim, o inciso é aplicável aos contratos de prestação de serviços, nos quais a inviabilidade da competição ocorrerá desde que atendidos os requisitos, que devem ser examinados quanto ao objeto do contrato: tratar-se de serviço técnico; tratar-se de um dos casos enumerados no artigo 13 da mesma lei (estabelece o que são serviços técnicos especializados para os fins da Lei n. 8.666/93); apresentar determinada singularidade - que inviabilize a competição

⁷³ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 273-277.

⁷⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *op. cit.*, p. 265.

entre os diversos profissionais técnicos especializados; não se enquadrar em serviço de publicidade e divulgação. Quanto ao contratado: possuir o profissional habilitação pertinente; possuir o profissional ou empresa especialização na realização do objeto pretendido; ser a especialização notória; e que esta esteja relacionada com a singularidade pretendida pela Administração.⁷⁵

O § 1º, do referido inciso II, define o que é a notória especialização do profissional ou da empresa, reduzindo a discricionariedade administrativa, ao exigir os critérios de que o trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

O parágrafo em questão limita as escolhas arbitrárias ou inadequadas à satisfação do interesse público. Isso porque, a complexidade do objeto a ser executado exige que somente pessoas de alta qualificação sejam escolhidas pelo Poder Público. Para tanto, a lei estabeleceu o requisito da notória especialização que conjuga dois fatores, a especialização e a notoriedade. O primeiro consiste na titularidade objetiva de requisitos que distingam o contratado, atribuindo-lhe maior habilitação do que a média dos profissionais do ramo. O segundo corresponde ao reconhecimento da qualificação do profissional na comunidade. Quanto a exigência da atuação do particular ser considerada como indiscutivelmente a mais adequada à plena satisfação do objeto do contrato, JUSTEN FILHO critica dizendo que essa fórmula verbal é exagerada e deve ser interpretada em termos, permeada pelo princípio da razoabilidade, devendo ser considerada a relação de custo-benefício para a Administração⁷⁶.

Embora conste apenas desse dispositivo, nada impede a generalização do conceito de objeto singular para todos os casos de inexigibilidade. Em todos os casos de inviabilidade de competição, há um objeto singular. A singularidade consiste na impossibilidade de encontrar o objeto que satisfaça o interesse público dentro de um gênero padronizado, com uma categoria homogênea, ou seja, não podem ser substituídos por outro de mesma espécie, qualidade e quantidade.⁷⁷ Singular é a

⁷⁵ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *op. cit.*, p. 325-326.

⁷⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 280-281.

⁷⁷ *Idem.* p. 272.

característica do objeto que o individualiza, distingue dos demais. É a presença de um atributo incomum na espécie, diferenciador⁷⁸. Assim, a natureza singular para JUSTEN FILHO resulta da combinação de dois elementos, entre si relacionados. O primeiro refere-se a excepcionalidade da necessidade a ser satisfeita. O segundo é a ausência de viabilidade de seu atendimento pela atuação de um profissional especializado padrão, sujeita a verificação do mercado.⁷⁹

ZANELLA DI PIETRO entende que a natureza singular do serviço foi inserida na lei com a intenção de se acrescentar um requisito, deixando claro que não basta tratar-se de um dos serviços previstos no artigo 13, sendo necessário que a complexidade, a relevância e os interesses públicos em jogo tornem o serviço singular.⁸⁰

Tratando do mesmo tema BANDEIRA DE MELLO discorre que para configurar-se hipótese de inexigibilidade de licitação não basta que se esteja diante de um dos serviços arrolados no artigo 13. Além disso, é necessário que, tendo natureza singular, a singularidade nele reconhecível seja indispensável para o bom atendimento do interesse administrativo posto em causa. Onde, é preciso que seu desempenho demande uma qualificação incomum.⁸¹

Ainda comentando o inciso II o professor JUSTEN FILHO ensina que a seleção do contratado, como nos demais casos de inexigibilidade, envolve critérios que tendem a ser subjetivos, que devem ser explicados, mas não comportam avaliação objetiva, vez que a contratação não ocorre pela escolha de uma proposta, mas muito mais de uma pessoa (profissional)⁸².

Note-se que, segundo LOPES MEIRELLES, o legislador tornou expressa a inaplicabilidade da inexigibilidade para os serviços de publicidade e divulgação, pondo fim a dúvidas suscitadas anteriormente, devido a abusos cometidos pela

⁷⁸ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *op. cit.*, p. 328.

⁷⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 280.

⁸⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *op. cit.*, p. 321.

⁸¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *op. cit.*, p. 392.

⁸² JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 280.

Administração, que contratava estes serviços sem licitação, alegando que implicavam numa grande dose de criatividade.⁸³

Opondo-se a esse raciocínio o professor JUSTEN FILHO tece crítica na vedação à contratação direta de serviços de publicidade e divulgação, pois, segundo ele, não há possibilidade de julgamento objetivo nessa área. O critério decisivo da seleção acaba sendo a criatividade, que envolve avaliação meramente subjetiva. Como solução o professor referido diz que melhor seria promover a contratação direta, obrigando a Administração a justificar suas escolhas.⁸⁴

No inciso III, o que se objetiva é a prestação de serviço artístico. A arte também é um objeto que muitas vezes, pelas especificações de determinadas características fundamentais poderá deter natureza singular.⁸⁵ A atividade artística consiste em uma emanção direta da personalidade e da criatividade humanas, não sendo possível verificar identidade de atuações.⁸⁶

Normalmente não compete ao Estado contratar profissionais do setor artístico. No entanto, há casos em que o interesse público se relaciona com o desempenho artístico propriamente dito, utilizando-se dos préstimos de um artista para atender certa necessidade pública. Nesses casos, torna-se inviável a seleção através de licitação, por não haver um critério objetivo de julgamento. Portanto, caracteriza-se a inviabilidade de competição, resultando na contratação direta, por inexigibilidade de licitação.⁸⁷ O que legitima a contratação direta, neste caso, é o reconhecimento da crítica especializada no ramo artístico do profissional ou sua consagração popular. Para o perfeito enquadramento da hipótese em questão, é necessário considerar a crítica local, regional ou nacional, conforme o vulto da pretendida contratação. Assim, “se a contratação circunscreve-se no limite do convite, não terá menor sentido exigir que seja de âmbito nacional a consagração artística do profissional.”⁸⁸

⁸³ MEIRELLES, Hely Lopes. *op. cit.*, p. 267.

⁸⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 282.

⁸⁵ TANAKA, Sônia Yuriko. *op. cit.*, p. 60.

⁸⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 283.

⁸⁷ *Idem.* p. 283-284.

⁸⁸ ESCOBAR, João Carlos Mariense. *op. cit.*, p. 90.

JUSTEN FILHO acrescenta que o requisito da consagração em face da opinião pública ou da crítica especializada se destina a evitar contratações arbitrárias, em que a autoridade pública pretenda impor preferências pessoais na contratação de pessoa destituída de qualquer virtude.⁸⁹

O § 2º do artigo 25 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos reprime o abuso na contratação direta, seja nos casos de inexigibilidade, seja naqueles de dispensa. A Administração tem o dever de buscar sempre a vantajosidade para o interesse público, através do melhor contrato possível, mesmo nos casos em que não couber licitação. Assim sendo, referido parágrafo estabelece as sanções para os casos de superfaturamento que abrangem tanto o agente público responsável quanto o fornecedor ou o prestador de serviços. O assunto será mais detalhadamente tratado no capítulo específico sobre o superfaturamento na contratação direta.

⁸⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 284.

6. DISPENSA DE LICITAÇÃO

Além dos casos em que a licitação é inexigível pela inviabilidade de competição, existem casos em que a competição é possível, mas a licitação se mostra inconveniente ao interesse público. Trata-se dos casos em que os benefícios não justificariam os custos advindos do procedimento licitatório, tais como custos econômicos, de tempo e outros verificáveis no caso concreto. Nestes casos, exaustivamente previstos na lei, admite-se a dispensa de licitação.

Antes de adentrar mais profundamente no tema da dispensa de licitação, é interessante o debate sobre a distinção entre licitação dispensável e dispensada.

6.1. LICITAÇÃO DISPENSADA E DISPENSÁVEL

A questão referente a existir distinção entre as hipóteses em que há dispensa de licitação é controvertida na doutrina. Alguns autores entendem ser a previsão do artigo 17 de casos de licitação dispensada, enquanto o artigo 24 prevê hipóteses de licitação dispensável. Outra parte da doutrina não vê vantagens em estabelecer tal *distinção*.

LOPES MEIRELLES distingue licitação dispensada e dispensável. No primeiro caso, estaria aquela que a própria lei declarou dispensada, como ocorre nos casos do artigo 17, incisos I e II, da Lei n. 8666/93. Dispensáveis seriam os casos do artigo 24, da mesma Lei, nos quais a Administração pode dispensar a licitação se assim lhe convier.⁹⁰

⁹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *op. cit.*, p. 260.

JACOBY FERNANDES discorre que “é imperioso reconhecer que, em termos práticos, essa divisão apresenta vantagens, pois há conseqüências diversas para cada hipótese”. Como principal distinção entre licitação dispensada e as dispensas de licitação, afirma o autor repousar no sujeito ativo que promove a alienação, figurando no primeiro caso a Administração no interesse de ceder parte de seu patrimônio, alienar bens e prestar serviços. Já nas hipóteses do artigo 24, a situação é oposta, estado a Administração, a princípio, na condição de compradora ou tomadora dos serviços. Além disso, argumenta o jurista que na licitação dispensada não é necessário observar as formalidades do artigo 26, da Lei n. 8.666/93, o que representa uma simplificação.⁹¹

GASPARINI, no mesmo sentido, entende que a licitação dispensada distingue-se da licitação dispensável e da inexigível uma vez que nestas hipóteses a exclusão da obrigação de licitar exige prévio ato da Administração Pública, que deseja realizar determinado negócio e encontra-se numa situação de dispensabilidade ou de inexigibilidade. No caso de licitação dispensada, por sua vez, há desnecessidade de qualquer ato da Administração Pública para liberar-se da obrigação de licitar. Outra distinção apontada pelo autor refere-se ao fato de que na licitação dispensada não há necessidade de justificativa, salvo quanto aos §§ 2º e 4º do artigo 17, conforme prescrição do artigo 26. Por outro lado, na licitação dispensável, excetuando-se os incisos I e II do artigo 24, o atendimento a imposição de justificativa prevista no artigo 26 é obrigatória, sob pena de nulidade do ato de liberação e responsabilidade penal.⁹²

Segundo o ensinamento de PEREIRA JÚNIOR o artigo 17 prevê hipóteses peculiares de dispensa, diversas daquelas dispostas no artigo 24. Nestas a licitação é dispensável, no sentido de que se entrega à decisão da autoridade pública competente dispensar ou não o certame, quando o caso configurar umas das hipóteses tipificadas nos incisos do artigo 24. No artigo 17, por outro lado, a licitação já está dispensada pela lei, descabendo a discricionariedade administrativa.⁹³

⁹¹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *op. cit.*, p. 107.

⁹² GASPARINI, Diogenes. *op. cit.*, p. 424.

⁹³ PEREIRA JÚNIOR, jessé Torres. *op. cit.*, p. 125.

ZANELLA DI PIETRO trata como sendo de dispensa, tanto os casos do artigo 17, incisos I e II, quanto os do artigo 24. Distingue-os, no entanto, pelo fato de os casos do artigo 17, incisos I e II, escaparem à discricionariedade administrativa, por estarem já determinados por lei.⁹⁴

JUSTEN FILHO não considera de maior utilidade a distinção entre licitação dispensada e dispensável, pela qual o artigo 17 conteria situações em que a licitação foi dispensada pelo próprio legislador, e o artigo 24 autorizaria a dispensa de licitação por parte do administrador. Segundo ele, em ambos os casos, o legislador autoriza a contratação direta, autorização esta, que não é vinculante para o administrador, cabendo a ele optar entre realizar ou não a licitação. Não fosse assim, o artigo 17 conteria hipóteses de vedação de licitação. Assim sendo, estando presentes os requisitos para a realização do certame é possível que este venha a ocorrer mesmo diante das hipóteses do artigo em questão. O mesmo autor entende, ainda, que a natureza jurídica da dispensa prevista no artigo 17 não é distinta da contida no artigo 24, destacando que nos casos do inciso I, excetuando-se a alínea “e” e do inciso II, alíneas “a”, “b” e “f”, são qualificáveis como hipóteses de inexigibilidade.⁹⁵

No mesmo sentido está a lição de BANDEIRA DE MELLO que trata indistintamente os casos previstos no artigo 17 e no artigo 24 sob o título de “os casos qualificados pela lei como licitação dispensável”.⁹⁶

Independentemente do posicionamento adotado, a análise mais detalhada da dispensa de licitação prevista no artigo 17 da Lei n. 8.666/93 é interessante.

6.2. LICITAÇÃO DISPENSADA DO ARTIGO 17⁹⁷

⁹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *op. cit.*, p. 311.

⁹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 234.

⁹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *op. cit.*, p. 385-388.

⁹⁷ Igualmente importante a transcrição do artigo:

Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

I - quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da Administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos:

a) dação em pagamento;

O professor JUSTEN FILHO ataca profundamente o artigo acima transcrito dizendo ser este eivado de sério defeito de técnica legislativa, pois o artigo trata de dois assuntos diversos e inconfundíveis. Disciplina, conjuntamente, os requisitos para alienação de bens e direitos da Administração e as hipóteses de dispensa de licitação. *Continua, o autor, expondo que “para tornar mais simples a interpretação, pode-se dizer que as exigências sobre a alienação propriamente dita constam do caput do art. 17 e do texto propriamente dito dos incisos I e II. Já as alíneas desses dois incisos disciplinam as hipóteses de dispensa de licitação para alienação”.*

O supra referido professor ensina, sobre a abrangência objetiva do dispositivo, que a alienação é expressão de aceção ampla, sendo o termo utilizado para abranger todas as modalidades de transferência voluntária do domínio de um bem ou direito. Inseridos neste conceito estão as manifestações típicas, que são os contratos de venda e de doação, devendo ser observado que a sujeição ao direito privado nunca é integral, *sob vários aspectos tais contratos se submetem ao direito público. Além desses, a concessão de uso de bens imóveis e as locações, que embora não se enquadrem no conceito de alienação, estão abrangidas nas regras correspondentes eis*

b) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo;

c) permuta, por outro imóvel que atenda aos requisitos constantes do inciso X do art. 24 desta lei;

d) investidura;

II - quando móveis, dependerá de avaliação prévia e de licitação, dispensada esta nos seguintes casos:

a) doação, permitida exclusivamente para fins e uso de interesse social, após avaliação de sua oportunidade e conveniência sócio-econômica, relativamente à escolha de outra forma de alienação;

b) permuta, permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública;

c) venda de ações, que poderão ser negociadas em bolsa, observada a legislação específica;

d) venda de títulos, na forma da legislação pertinente;

e) venda de bens produzidos ou comercializados por órgãos ou entidades da Administração Pública, em virtude de suas finalidades;

f) venda de materiais e equipamentos para outros órgãos ou entidades da Administração Pública, sem utilização previsível por quem deles dispõe.

§ 1º Os imóveis doados com base na alínea b do inciso I deste artigo, cessadas as razões que justificaram a sua doação, reverterão ao patrimônio da pessoa jurídica doadora, vedada a sua alienação pelo beneficiário.

§ 2º A Administração poderá conceder direito real de uso de bens imóveis, dispensada licitação, quando o uso se destina a outro órgão ou entidade da Administração Pública.

§ 3º Entende-se por investidura, para os fins desta lei, a alienação aos proprietários de imóveis lindeiros de área remanescente ou resultante de obra pública, área esta que se tornar inaproveitável isoladamente, por preço nunca inferior ao da avaliação e desde que esse não ultrapasse a 50% (cinquenta por cento) do valor constante da alínea a do inciso II do art. 23 desta lei.

§ 4º A doação com encargo poderá ser licitada, e de seu instrumento constarão, obrigatoriamente, os encargos, o prazo de seu cumprimento e cláusula de reversão, sob pena de nulidade do ato.

que envolvem a transferência pelo Poder Público da posse e de faculdades de uso e fruição quanto a bens públicos. Não obstante, inserida na regra está a previsão da doação com encargo.⁹⁸

Os requisitos gerais para a alienação dos bens da Administração Pública, conforme observa JACOBY FERNANDES, são estabelecidos pelo *caput* do artigo 17, quais sejam: existência de interesse público devidamente justificado; avaliação prévia; licitação. Explica o autor que ao erigir o interesse público como um dos requisitos gerais da alienação dos bens da Administração, nada mais fez o legislador do que enfatizar o alicerce fundamental de toda atividade administrativa. Quanto a avaliação prévia esclarece que são meios técnicos de apuração do valor de quaisquer bens, inclusive direitos e obrigações, devendo ser realizada por técnico devidamente habilitado. O essencial, em qualquer avaliação, é que o valor fixado pelo perito corresponda à realidade e à finalidade da perícia, apoiando-se em dados objetivos, comprovados e ponderado tecnicamente no laudo.⁹⁹

O presente trabalho tem por objetivo a análise da contratação direta sem licitação, desse modo, não se deterá a fazer maiores comentários sobre os pressupostos de admissibilidade da alienação de bens, partindo-se para o exame dos pressupostos da dispensa de licitação prevista no artigo 17, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

O professor JUSTEN FILHO comenta que o núcleo normativo mais consistente do artigo 17 vincula-se às hipóteses de dispensa de licitação. As normas constantes nas alíneas dos dois incisos do artigo, bem como a maior parte dos parágrafos disciplinam os pressupostos de dispensa de licitação para alienação de bens e direitos. *É interessante analisar os casos de dispensa de licitação para alienação de imóveis e móveis separadamente.*

O inciso I do artigo 17 arrola seis hipóteses básicas para alienação de imóveis sem licitação. A primeira delas é a dação em pagamento. Nessa, em que a Administração se libera de uma dívida pela transferência do domínio de um imóvel, a facilidade da extinção da dívida é presumida, sendo indispensável que a liquidação do

⁹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 171-173.

⁹⁹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *op. cit.*, p. 126-127.

imóvel, por via de licitação, não seja apta a produzir receitas mais elevadas. A segunda hipótese é a de doação, que é duramente criticada pelo autor acima mencionado, eis que induz a impossibilidade de doação de bens público para particulares. Isso porque, ultrapassa largamente a competência legiferante ordinária, sendo que uma lei federal não pode pretender disciplinar a utilização de bens e direitos de outros entes integrantes da Federação. Assim, a única interpretação possível é no sentido de que será dispensável a licitação para doação a órgão ou entidade da Administração Pública, mas, em caso de destinatário particular será obrigatória a realização do certame. O terceiro caso é o de permuta, ou seja, a aquisição do domínio de um imóvel por meio da transferência de outro imóvel. Os comentários cabíveis são os mesmos feitos a dação em pagamentos. A quarta ocorrência é a de investidura, conceituada no § 3º. Observa-se que o conceito de inaproveitabilidade previsto no inciso I, do § 3º, inclui a tutela à ecologia, ou seja, se puder utilizar a área para fins ecológicos deverá a Administração fazê-lo. JUSTEN FILHO comenta que o inciso II, do § 3º, prevê hipótese especialíssima e sua aplicação tende a ser reduzida para o futuro, pois se preocupa com o destino de edificações residenciais produzidas durante construção de usinas hidrelétricas. A quinta hipótese é a de venda intra-estatal, significando que a alienação onerosa de bens realizada entre entes pertencentes à Administração Pública dispensa licitação, porém, desde que essa seja a solução mais vantajosa para o interesse público. A sexta e última hipótese é a de titulação de terras por interesse social e outras “alienações”. Nesta modalidade dispensa-se a licitação aos atos do governo de transferência, definitiva ou provisória, de uso, posse ou domínio de bens imóveis destinados a programas de interesse social, referidos a habitação.

Por sua vez, o inciso II do artigo 17 prevê igualmente o número de seis hipóteses de dispensa de licitação para alienação de móveis. A primeira trata da doação, que impõe à Administração que verifique se a doação consiste na melhor opção para o interesse público. A segunda se refere a permuta, a quem cabe os comentários já deduzidos no parágrafo anterior. A terceira hipótese alude a venda de ações em bolsa de valores, que segundo o ensinamento de JUSTEN FILHO “o que não significa, em última análise, dispensar a licitação, mas sujeitar alienação a um

procedimento distinto, que também possui natureza licitatória”. Esta deverá ser precedida de ampla divulgação, para propiciar a participação de todos os que se interessarem. A quarta trata de venda de títulos públicos, que é uma negociação que se efetiva diariamente, sendo incompatível com as formalidades da licitação. A quinta disciplina a venda de mercadorias como atividade operacional, correspondendo a estas as operações de compra e venda praticadas pelos entes que compõem a Administração indireta no exercício de suas finalidades. Esses entes, ao atuarem no mercado devem adotar as práticas do mercado quanto à alienação de mercadoria e prestação de serviços. Finalmente, a sexta se refere às alienações intra-estatais, sendo essas as ocorridas entre pessoas da Administração Pública, tendo por objeto bens sem utilidade previsíveis. A alienação referida deve ser vantajosa para ambas as partes.¹⁰⁰

Ordena o § 1º do artigo 17 que a Administração somente doará imóvel para outro ente da Administração e, mesmo assim, só integrará o patrimônio dessa enquanto servir à finalidade que justificou a doação. No momento em que cessar as razões a reversão impõe-se, pela forma do distrato ou do contrato para a reversão do bem. JACOBY FERNANDES destaca que a eficácia integral desse dispositivo encontra-se suspensa, para todas as esferas de governo, devido a decisão liminar do Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn n. 927-3).¹⁰¹

Para o caso de doação com encargo disciplinado pelos § 4º e § 5º do referido artigo 17, a alteração produzida pela Lei n. 8.883/94 veio a fixar a regra geral de ser devida a licitação nesse caso, admitindo a dispensa se houver interesse público. PEREIRA JÚNIOR comenta que com isso inverteu-se a orientação da Lei n. 8.666/93, que considerava facultativa a licitação. Segundo seu entendimento a alteração foi conveniente, mas o espaço de discricionariedade outorgado ao administrador é incompatível com a natureza das hipóteses de dispensa por determinação da lei, mais se aproximando da categoria de dispensabilidade pelo arbítrio da Administração. Mitiga-se a amplitude da discricionariedade pela necessidade de motivação do ato de dispensa, que deverá demonstrar as razões de interesse público que a justificam, sendo indispensável a publicação.

¹⁰⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 177-183.

¹⁰¹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *op. cit.*, p. 136.

Como já foi dito nos casos de inexigibilidade, a invocação do interesse público não deve afastar os princípios da igualdade e da vantajosidade.

Concluída a exposição a cerca da dispensa de licitação disciplinada pelo artigo 17 da Lei n. 8.666/93, parte-se à análise dos casos de licitação dispensável previstos no artigo 24 do mesmo texto legal.

6.3 DISPENSA DE LICITAÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 24¹⁰²

¹⁰² Para o estudo da dispensa é didaticamente interessante a transcrição do artigo:

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;

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 realizada de uma só vez;

III - nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem;

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

V - quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas;

VI - quando a União tiver que intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento;

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

VIII - para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;

IX - quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional;

X - para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da Administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia;

XI - na contratação de remanescente de obra serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido;

XII - 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;

XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos;

XIV - para a aquisição de bens ou serviços nos termos de acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional, quando as condições ofertadas forem manifestamente vantajosas para o Poder Público;

O professor JUSTEN FILHO discorre que a dispensa de licitação ocorre em situações que, embora viável competição entre particulares, a licitação afigura-se objetivamente inconveniente ao interesse público. Isso porque segundo ele toda licitação envolve uma relação de custos e benefícios. Há custos econômicos, de tempo e outras espécies verificáveis no caso concreto. Em contrapartida, a licitação produz benefícios à Administração, consistentes em que esta, ao menos em tese, efetivará contratação mais vantajosa do que se a licitação não tivesse se realizado. No entanto, muitas vezes sabe-se de antemão que a relação custo-benefício será desequilibrada, pois os custos atinentes à licitação serão maiores que os benefícios que dela poderão advir. Logo, a realização da licitação acarretará o sacrifício do interesse público. Nestes casos impõe-se a contratação direta porque a licitação é dispensável. Observa ainda o autor que a invocação ao interesse público não afasta a relevância do

XV - para a aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que compatíveis ou inerentes às finalidades do órgão ou entidade.

XVI - para a impressão dos diários oficiais, de formulários padronizados de uso da Administração e de edições técnicas oficiais, bem como para a prestação de serviços de informática a pessoa jurídica de direito público interno, por órgãos ou entidades que integrem a Administração Pública, criados para esse fim específico;

XVII - para a aquisição de componentes ou peças de origem nacional ou estrangeira, necessários à manutenção de equipamentos durante o período de garantia técnica, junto ao fornecedor original desses equipamentos, quando tal condição de exclusividade for indispensável para a vigência da garantia;

XVIII - nas compras ou contratações de serviços para o abastecimento de navios, embarcações, unidades aéreas ou tropas e seus meios de deslocamento, quando em estada eventual de curta duração em portos, aeroportos ou localidades diferentes de suas sedes, por motivo de movimentação operacional ou de adestramento, quando a exigüidade dos prazos legais puder comprometer a normalidade e os propósitos das operações e desde que seu valor não exceda ao limite previsto na alínea "a" do inc. II do Art. 23 desta Lei;

XIX - para as compras de materiais de uso pelas Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante parecer de comissão instituída por decreto;

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

XXI - para a aquisição de bens destinados exclusivamente a pesquisa científica e tecnológica com recursos concedidos pela CAPES, FINEP, CNPq ou outras instituições de fomento a pesquisa credenciadas pelo CNPq para esse fim específico;

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

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

XXIV - para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão.

Parágrafo único. Os percentuais referidos nos incisos I e II deste artigo, serão 20% (vinte por cento) para compras, obras e serviços contratados por sociedade de economia mista e empresa pública, bem assim por autarquias e fundação qualificadas, na forma da lei, como Agências Executivas.

tratamento igualitário a todos os administrados, assim, deve o princípio da isonomia ser respeitado.¹⁰³

VALLE FIGUEIREDO e FERRAZ discorrem que na dispensabilidade a licitação é a início exigível. Todavia, o administrador, avaliando os princípios constitucionais vetoriais do instituto, a moralidade e a igualdade, em contraposição a certas circunstâncias em que a lei permite seu afastamento, pode decidir pela contratação direta, pois estão em jogo outros princípios relacionados ao interesse público e que merecem prioridade. Assim, nas palavras dos dois juristas “se a conveniência administrativa *in concreto* comprovada, aliada ao evidenciado interesse público específico, ambos concomitantemente encartáveis em uma das hipóteses do artigo 24 da Lei n. 8.666, apontarem excepcionalmente para a preferência à diretriz da contratação direta, a licitação *pode ser dispensada*, não se pondo em xeque ou em choque, então, os aludidos princípios de isonomia e de moralidade.”¹⁰⁴

Conforme a doutrina de SUNDFELD a lei contempla casos de dispensa, que são aqueles em que, embora viável o certame, no critério do legislador é inconveniente fazê-lo por diversas circunstâncias. Neles, a realização de licitação atenderia ao princípio da isonomia, permitindo disputa igualitária pelos negócios públicos, mas, desatenderia outros valores, também juridicamente tutelados. Atenta a essa possível contradição entre interesse dos particulares pela disputa, de um lado, e o interesse público, de outro, a Constituição, ao exigir a obrigatoriedade da licitação, no mesmo artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, expressamente admitiu que a lei a dispensasse.

O mesmo autor adverte que “para a incidência concreta da norma excepcionadora, mister a presença de situação fática tal a tornar fundada e razoável a não realização de licitação. Se o caso concreto não é daqueles onde se vislumbre a real inconveniência de licitação, a dispensa não se justifica, mesmo quando, à primeira vista, ele pareça enquadrar-se na descrição normativa tomada em abstrato”. Assim, somente se o interesse público for atingido com a dispensa a norma poderá incidir.¹⁰⁵

¹⁰³ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 234-235.

¹⁰⁴ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. FERRAZ, Sérgio. *op. cit.*, p. 36-40.

¹⁰⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. *op. cit.*, p. 58.

GASPARINI observa que o rol de hipóteses de dispensa de licitação é taxativo, não podendo, portanto, as entidades que devem observância a esse diploma legal ampliá-lo, excetuando-se a União, que por lei, pode alterá-lo, consignando novas hipóteses de dispensa de licitação.¹⁰⁶ PEREIRA JÚNIOR complementa que a Administração somente poderá dispensar-se de realizar o certame no caso de ocorrência de uma das situações previstas na lei federal, não podendo lei estadual, municipal ou distrital, bem como regulamento interno de entidade vinculada, criar outras hipóteses de dispensabilidade.

Continua o jurista dizendo que a dispensa de licitação tem como característica a reserva à Administração da discricionariedade para decidir, em face das circunstâncias do caso concreto, se dispensa ou não o certame. Mesmo em face de hipótese em que a dispensa é autorizada, a Administração pode optar por proceder a licitação, se tal entender superiormente ao interesse público.¹⁰⁷

A dispensa não se opera automaticamente, conforme discorre GASPARINI, ainda que os fatos se enquadrem em uma das hipóteses arroladas no artigo em questão. Isso porque, o artigo 24 apenas prescreve que a licitação é dispensável. Por conseguinte, à Administração Pública cabe a análise da conveniência e oportunidade da dispensa, uma vez que a entidade obrigada a licitar tem na dispensa uma faculdade, e não obrigação.

O referido autor ainda observa que para ser válida a dispensabilidade deve ocorrer o preciso enquadramento dos fatos em uma das hipóteses previstas pelo Estatuto Federal Licitatório. Em suas palavras: “ou os fatos se enquadram perfeitamente na hipóteses legal, e aí a Administração Pública está em condições de dispensar a licitação, ou não se enquadram, e então a licitação é indispensável”.¹⁰⁸

Muitos autores classificam as hipóteses de dispensa de licitação segundo critérios como o pequeno valor, situações excepcionais, destinação do contratado, etc., sendo que há muitas opiniões divergentes quanto ao agrupamento dos incisos do supra citado artigo. Traz-se a classificação de importantes autores administrativistas.

¹⁰⁶ GASPARINI, Diogenes. *op. cit.*, p. 431.

¹⁰⁷ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *op. cit.*, p. 166.

¹⁰⁸ GASPARINI, Diogenes. *op. cit.*, p. 431.

Segundo ZANELLA DI PIETRO, as hipóteses de dispensa podem ser divididas em quatro categorias: em razão do pequeno valor; em razão de situações excepcionais; em razão do objeto; e em razão da pessoa.

Em razão do pequeno valor, é dispensável a licitação nos casos dos incisos I e II, do artigo 24. De acordo com o parágrafo único do mesmo artigo, os percentuais referidos nestes incisos serão 20% para compras, obras e serviços contratados por sociedades de economia mista e empresa pública, bem assim por autarquia e fundação qualificadas, na forma da lei, como Agências Executivas. A partir desta norma, houve a ampliação das possibilidades de dispensar licitações em razão do valor por parte de tais entidades.

Quanto às situações excepcionais, a dispensa é possível em certas situações em que a demora do procedimento licitatório é incompatível com a urgência da celebração do contrato, quando sua realização contrariar interesse público, ou quando houver comprovado desinteresse dos particulares no objeto do contrato. Incluem-se nessa categoria os incisos III, IV, V, VI, VII, IX, XI, XIV e XVIII, do artigo 24.

O objeto é o fator determinante para dispensa de licitação nas hipóteses dos incisos X, XII, XV, XVII, XIX e XXI do referido artigo 24. Em contrapartida, os incisos VIII, XIII, XVI, XX, XXII e XXIV do mesmo artigo representam casos de dispensa de licitação em razão da pessoa.¹⁰⁹

VALLE FIGUEIREDO e FERRAZ classificam as causas ensejadoras de dispensabilidade de licitação pelos seguintes critérios: pequeno valor da contratação, em que se enquadram as hipóteses dos incisos I e II do artigo 24, da Lei n. 8.666/93; situações excepcionais ou particulares, em que se identificam os incisos III a VII e IX do referido artigo; peculiaridades da pessoa contratada ou mediadora, que são os casos tratados pelos incisos VII, XIII, XIV e XX; peculiaridades do objeto que se busca obter, enquadram-se aí os incisos X a XII e XV a XIX do artigo em questão.¹¹⁰

O professor JUSTEN FILHO sistematiza as hipóteses de dispensa de licitação segundo o ângulo de manifestação do desequilíbrio na relação custo/benefício

¹⁰⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *op. cit.*, p. 312-319.

¹¹⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. FERRAZ, Sérgio. *op. cit.*, p. 39-40.

do seguinte modo: quanto ao custo econômico, quanto ao custo temporal, quanto à ausência de potencialidade de benefício, e quanto à destinação da contratação.

O custo econômico se refere aos incisos I e II do artigo 24, em que o pequeno vulto da contratação não justifica os gastos de um procedimento licitatório. Não há, portanto, vantagem econômica da licitação em face do reduzido conteúdo econômico do contrato que ela pretende realizar.

O segundo caso se insere nas hipóteses em que a própria demora inerente ao processo licitatório levaria à ineficácia da contratação ou sacrifício do interesse comum. Os incisos III, IV, XII e XVIII, do citado artigo, possuem estas características.

Fala-se em ausência de potencialidade de benefício nos casos em que não haverá nenhum benefício para a Administração Pública decorrente da licitação. São as hipóteses dos incisos V (licitação deserta), VII (licitação fracassada), VIII, XI, XIV, XVII e XXIII, do artigo 24.

Há que se tratar, ainda, dos casos em que a contratação não é norteadada pelo critério da vantagem econômica, porque o Estado busca realizar outros fins, ou seja, o objetivo da Administração Pública não é a escolha da proposta mais vantajosa. Dispensa-se a licitação, então, em virtude da destinação da contratação nas hipóteses dos incisos VI, IX, X, XIII, XV, XVI, XIX, XX, XXI e XXIV, do mesmo artigo 24.

Além disso, segundo o professor JUSTEN FILHO, a hipótese do inciso XXII não se subordina perfeitamente a nenhum dos casos por tratar-se, muito mais, de ausência de licitação em vista da aplicação dos princípios da legislação específica acerca de um serviço público cujas características são totalmente singulares. Ele entende que tal situação se assemelha ao caso de inexigibilidade.¹¹¹

A relação das hipóteses de dispensa de licitação, como lembra PEREIRA JÚNIOR, sempre começa com as que se configuram pelo valor do objeto, que a lei estabeleceu inferior ao limite mínimo a partir do qual a licitação é devida. Na hipótese no inciso I, do artigo 24, da Lei n. 8.666/93, é facultada à Administração dispensar a licitação para contratar obras e serviços de engenharia de valor equivalente a até 10% do valor fixado como teto na modalidade convite, em relação a objeto da mesma

¹¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 235.

natureza (art. 23, I, a). O mesmo autor comenta que não se admite o parcelamento da execução com a finalidade de fraudar a obrigatoriedade de realizar o certame.¹¹² JUSTEN FILHO explica que “é perfeitamente válido promover fracionamento de contratações. Não se admite, porém, que o fracionamento conduza à dispensa de licitação. É inadmissível que se promova dispensa de licitação fundando-se no valor de contratação que não é isolada. Existindo pluralidade de contratos homogêneos, de objeto similar, considera-se seu valor global”.¹¹³

O inciso II, por sua vez, refere-se à dispensa de licitação nos casos de compras e serviços de engenharia, além dos casos de alienações, previstas no artigo 17. Para PEREIRA JÚNIOR esta última previsão levará a autoridade administrativa à perplexidade, pois ao incluí-las no rol da dispensa do artigo 24, gera situação superposta àquela de que cuida o artigo 17, em que a licitação está dispensada pela lei. Já no artigo 24, a licitação é dispensável pelo administrador. Continua propondo uma questão “configurando-se hipótese prevista no art. 17 e no art. 24, II, a autoridade terá a licitação como dispensada pela lei, *tout court*, ou poderá preferir realizar a licitação, se nisto residir o interesse público, considerando-a apenas dispensável?” Como solução argumenta que a conciliação dos dois dispositivos legais, de mesma hierarquia, é possível por exclusão: se a licitação for dispensada, tanto o artigo 17 quanto o artigo 24, inciso II, serão atendidos, mas se a licitação for realizada, restará descumprida a regra do artigo 17. Assim, “a solução estará na contratação direta, sem licitação, invocado o amparo de ambas as disposições legais”.¹¹⁴ Igualmente neste inciso é vedado o parcelamento, como acima explicitado.

O inciso III do artigo 24 trata de caso de Guerra ou grave perturbação da ordem. Este inciso destina-se exclusivamente ao uso da União, sendo necessária a decretação de Estado de Sítio ou Estado de Defesa, privativa do Presidente da República, prevista nos artigos 136 e 137, da Constituição Federal. Essas circunstâncias acarretam, por si só, a irregularidade do funcionamento normal de todas as atividades, tanto públicas quanto privadas, e assim, justificam a autorização para a

¹¹² PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *op. cit.*, p. 166-167.

¹¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 236.

¹¹⁴ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *op. cit.*, p. 167.

contratação direta, sem licitação. Essa contratação direta somente deve ser realizada quando houver necessidade da obtenção de materiais indispensáveis à defesa da segurança nacional e quando não houver possibilidade de realização do certame licitatório, satisfazendo, por esta via, de pronto, o interesse público.¹¹⁵

A emergência ou calamidade pública são as causas ensejadoras de dispensa de licitação previstas no inciso IV, do artigo 24, da Lei de licitações e contratos administrativos. Tal hipótese será o tema da discussão do capítulo seguinte, assim, deixar-se-á sua integral análise para aquela oportunidade.

A ausência de interessados é o objeto do inciso V. Conforme a doutrina de JUSTEN FILHO esta hipótese se aperfeiçoa pela presença de quatro elementos. O primeiro é a ocorrência de licitação anterior, concluída infrutiferamente. O segundo é que a licitação anterior tenha sido frustrada pela ausência de interessados na sua participação. O terceiro é o risco de prejuízo se a licitação vier a ser repetida. Por fim, a contratação tem de ser efetivada em idênticas condições àquelas da licitação anterior, pois a contratação direta é autorizada no pressuposto de inexistirem outros interessados em realizar a contratação nas condições estabelecidas no ato convocatório anterior. O referido professor destaca a necessidade de fixação de valores máximos a que a Administração se dispõe a desembolsar, a qual funciona como evidência objetiva da manutenção da identidade das condições. Saliencia ainda, que a aplicação do inciso V pressupõe a validade e regularidade da licitação anterior.¹¹⁶

A intervenção da União no domínio econômico é o tema do inciso VI. Somente a União pode intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento, podendo fazê-lo por meio de aquisições e alienações de gêneros e produtos, inclusive no Exterior, que dispensarão a prévia licitação dada a índole peculiar da intervenção. A norma em questão é inaplicável a Estados e Municípios uma vez que são incompetentes para intervirem no domínio econômicos, de acordo com os artigos 170 e seguintes da Magna Carta.¹¹⁷

¹¹⁵ TANAKA, Sônia Yuririko. *op. cit.*, p. 31-32.

¹¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 243.

¹¹⁷ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *op. cit.*, p. 176.

O inciso VII estabelece a hipótese de dispensa de licitação no caso de propostas com preços superiores aos praticados no mercado ou aos fixados pelos órgãos oficiais. VALLE FIGUEIREDO e FERRAZ disciplinam que nesta hipótese “a Administração, em razão da acusada patologia, ‘atua no varejo’ celebrando diretamente as contratações particulares que dêem atendimento ao interesse público, caso os licitantes, no prazo de 8 (oito) dias a partir da ciência da declaração da Administração de que considera os preços excessivos, não os reformulem no patamar aceitável.” Lembram ainda os autores que, por evidente, deve a contratação direta ser efetuada dentro dos preços legais ou de mercado.¹¹⁸

Já o inciso VIII refere-se a operações entre pessoas jurídicas de direito público interno. Essa dispensa, para TANAKA, justifica-se em razão das pessoas envolvidas na transação. Autoriza-se contratar diretamente com qualquer órgão ou entidade que integre a Administração Pública, independentemente de sua esfera, quer federal, estadual ou municipal, desde que tenha sido criado com o fim específico de produzir bens ou prestar serviços desejados pela pessoa jurídica contratante e que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.¹¹⁹

Risco para a segurança nacional é disciplinado na hipótese de dispensa de licitação do inciso IX, do artigo 24. Segundo VALLE FIGUEIREDO e FERRAZ segurança nacional compreende tanto a defesa da soberania, como a manutenção da ordem pública interna e a defesa do Estado, sendo que a figura da dispensabilidade de licitar pode ser declarada por qualquer autoridade da Administração Pública, mesmo no âmbito estadual ou municipal, quer da Administração direta, quer da indireta. Continua a autora dizendo que exatamente em razão da segurança pública, não poderá a contratação de sistemas de segurança, por exemplo, ser objeto da publicidade que a licitação exige.¹²⁰

Nos casos de compra ou locação de imóvel, previstos pelo inciso X, do artigo 24, a ausência de licitação deriva da impossibilidade de o interesse público ser satisfeito por meio de outro imóvel, que não aquele selecionado. As características do

¹¹⁸ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. FERRAZ, Sérgio. *op. cit.*, p. 52-53.

¹¹⁹ TANAKA, Sônia Yuriko. *op. cit.*, p. 39.

¹²⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. FERRAZ, Sérgio. *op. cit.*, p. 53.

imóvel escolhido são tão relevantes que a Administração não tem outra escolha, não sendo possível a competição entre particulares no caso em que aquela necessita de imóvel para destinação peculiar ou em determinada localização. No entanto, é necessário haver compatibilidade de preço com os parâmetros do mercado.¹²¹ JACOBY FERNANDES comenta que esta hipótese corresponde a inexigibilidade de licitação, pois, se apenas um imóvel satisfaz o interesse da Administração, estará caracterizada a inviabilidade jurídica da competição.¹²²

O inciso XI prevê hipótese de dispensa de licitação quando houver contratação do remanescente. Essa hipótese pressupõe a realização de licitação anterior, de que resultou contratação que veio a ser rescindida pela Administração. JUSTEN FILHO ensina que em vez de realizar novo procedimento licitatório, a Administração poderá convocar os demais licitantes, na ordem de classificação, convidando-os a executar o remanescente. A contratação se fará de acordo com o remanescente que resta a ser executado. Lembra ainda o autor que o Poder Público não é obrigado a adotar a solução prevista neste inciso, podendo preferir a realização de nova licitação.¹²³

O caso tratado pelo inciso XII é o de compras eventuais de perecíveis. PEREIRA JÚNIOR comenta que a hipótese é de plena vinculação. A lei autoriza a contratação sem licitação quando e somente se presentes as condições de provisoriedade - no sentido de até que se ultime a correspondente licitação; gêneros perecíveis; preço do dia, devendo-se consultar a cotação da chamada “bolsa de alimentos” no dia da aquisição.¹²⁴

O inciso XIII prevê dispensa para contratação com instituição sem fins lucrativos. Segundo PEREIRA JÚNIOR neste inciso a Lei Licitatória cumpre a ordem do artigo 218 da Constituição Federal que determina que cabe ao Estado promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas. Desse modo, impõe-se a dispensabilidade pela previsão do § 4º, do preceito

¹²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 250-251.

¹²² FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *op. cit.*, p. 218.

¹²³ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 251.

¹²⁴ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *op. cit.*, p. 185.

constitucional, que impõe o dever de apoiar e estimular as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia, formação e aperfeiçoamento de recursos humanos.

125

A contratação segundo Acordos Internacionais é o tema a que se refere a hipótese de dispensa do inciso XIV. JUSTEN FILHO discorre que sob certo ângulo, seria desnecessária esta previsão, pois os contratos internacionais, uma vez ratificados pelo Congresso Nacional incorporam-se ao direito interno, equivalendo a lei ordinária. *A existência deste dispositivo se justifica para eliminar qualquer dúvida inclusive quanto à vigência de regras especiais sobre contratações diretas contidas em tratados internacionais anteriores à Lei de licitações e contratos administrativos.*

Por sua vez o inciso XV refere-se à aquisição e restauração de obras de arte. O professor supra citado ensina que o dispositivo alude a duas hipóteses distintas que são a aquisição e a restauração. Na primeira o interesse público deverá ser justificado. Na restauração, que envolve atividades técnicas especializadas, deverão existir critérios objetivos para a seleção do profissional contratado, sendo que a qualificação profissional deste deverá ser evidenciada, tornando inviável a competição. Por esse motivo, *a hipótese se enquadraria melhor na inexigibilidade de licitação.*¹²⁶

O inciso XVI relaciona-se com contratos com órgãos ou entidades da Administração Pública, criadas para fim específico. No caso em tela, quando a Administração criar entidades com o fim específico de impressão dos diários oficiais, de formulários padronizados, de edições técnicas oficiais e prestação de serviço de informática poderá ser dispensada a licitação antecedente ao contrato.¹²⁷

A previsão de contratações acessórias para manutenção de garantias autoriza a dispensa, conforme o inciso XVII. Nessa, a Administração efetiva a compra direta de componentes ou peças, vinculados a equipamentos já adquiridos. Essa contratação direta só é autorizada se for condição para manutenção da garantia ao equipamento

¹²⁵ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *op. cit.*, p. 185-186.

¹²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 256-257.

¹²⁷ TANAKA, Sônia Yuriko. *op. cit.*, p. 45.

imposta pelo fornecedor, sendo esta restrição válida quando a utilização de peças ou componentes de outra origem produzir desgaste ou prejuízo ao equipamento.¹²⁸

VALLE FIGUEIREDO e FERRAZ apontam que as hipóteses de dispensa previstas nos incisos XVIII e XIX do artigo 24, são casos de inexigibilidade. O parâmetro padronização – critério objetivo, por si só, já justifica o engano da Lei n. 8.666/93. A figura tratada nestes incisos, segundo os autores, só incide com referência aos bens de natureza estritamente militar, não sendo possível sua incidência para os objetos de uso pessoal ou administrativo.¹²⁹

O inciso XX traz caso de dispensa para contratação com associação de portadores de deficiência. A hipótese, conforme ensina PEREIRA JÚNIOR, compõe-se com a diretriz do artigo 23, inciso IV, da Magna Carta, pois a contratação direta de associação que presta serviço ou forneça mão-de-obra de portadores de deficiência físicas contribui para sua integração socioeconômica. Deve a Administração tomar cautelas quanto ao caráter beneficente da associação e ao preço do serviço contratado, que deve compatibilizar-se com o de mercado.

A aquisição de bens para pesquisa científica tem previsão no inciso XXI. Segundo o autor acima referido a autorização da contratação direta de bens destinados a pesquisa científica apenas cumpre o comando constitucional do artigo 218. A admissibilidade da dispensa depende de dois requisitos: exclusividade da destinação do bem à pesquisa científica e tecnológica; os recursos financeiros que responderão pela contratação devem originar-se de uma das entidades referidas, quer vinculadas à Administração Pública quer às entidades oficiais de fomento credenciadas pelo Conselho Nacional de Pesquisas, o que autoriza a celebração de convênios com recurso repassados por essas entidades.¹³⁰

O inciso XXII disciplina a dispensa no caso de contratação de energia elétrica e gás. JUSTEN FILHO explana que a regra surgiu em virtude da reforma introduzida no setor elétrico, por meio de diversos diplomas legais. Explica o autor que a distribuição da energia é reconhecida como serviço público, mas com crescente

¹²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 258.

¹²⁹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. FERRAZ, Sérgio. *op. cit.*, p. 67.

¹³⁰ PEREIRA FILHO, Jessé Torres. *op. cit.*, p. 191-192.

abertura à competição, o que é incrementada por meio de atividades específicas de comercialização. Neste quadro é que deve ser vista a regra de dispensa de licitação. Com a eliminação da exclusividade de concessionários de distribuição de energia elétrica, produz-se pluralidade de potenciais fornecedores. Quanto a questão do gás natural, o referido professor discorre que o regime jurídico do fornecimento de gás natural é de direito privado, não sendo este um serviço público. Dessa forma, “o acréscimo foi destituído de compatibilidade com a Constituição, tal como se passaria se uma lei pretendesse isentar do regime licitatório as contratações administrativas versando sobre um determinado produto disponível no mercado. Se, portanto, houver uma pluralidade de fornecedores de gás natural, a Administração deverá adotar procedimento licitatório para obter as melhores condições possíveis”.

No inciso XXIII a hipótese de dispensa prevista é para contratação no âmbito da Administração indireta. O supra citado professor estabelece que este dispositivo retrata o mesmo princípio do inciso VIII: “as contratações entre entidades autônomas, mas interligadas não se sujeita a licitação.” A regra se aplica tanto para as entidades exercentes de atividade econômica quanto para as entidades prestadoras de serviço público.¹³¹

Finalmente, o inciso XXIV refere-se à contratação com organização social. O professor JUSTEN FILHO ensina que organização social é a qualificação dada à pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, podendo ser tanto associação quanto fundação, exigindo-se que o objeto social se relacione à atividade dirigidas ao ensino, à pesquisa científica e ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde.¹³² O mesmo autor ensina que na seleção das organizações sociais para prestação do contrato de gestão, quando houver possibilidade de competição, será exigível a licitação, ou pelo menos, procedimento específico antecedente a contratação direta com possibilidade de disputa. Quando esta não for possível estar-se-á diante de um caso de inexigibilidade de licitação.¹³³

¹³¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 262-265.

¹³² *Idem, ibidem.*

¹³³ *Idem*, p. 265-267.

7. EMERGÊNCIA FICTA

O artigo 24 da Lei n. 8.666/93 estabelece em rol exaustivo as hipóteses de dispensa de licitação. O inciso IV traz a hipótese de dispensa no caso de emergência ou calamidade.

JACOBY FERNANDES explica que para a hipótese ser autorizadora de dispensa de licitação deve haver absoluta impossibilidade de atender ao interesse público se adotado o procedimento licitatório. Assim, a emergência requer a solução imediata, de tal modo que a realização do certame, com os prazos e formalidades que exige, pode causar prejuízo à empresa ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços ou bens, ou ainda, provocar a paralisação ou prejudicar a regularidade de suas atividades específicas.¹³⁴

Calamidade pública, na lição de GASPARINI, é a situação de perigo, generalizada ou particularizada a uma região, que resulta de eventos da natureza, tais como inundações, vendavais, secas e epidemias. É a situação caracterizada pela impossibilidade de atendimento adequado por parte da Administração Pública com a utilização dos meios e recurso que normalmente estão a seu dispor. Detectada a situação deve ser declarada pelo Executivo federal, estadual ou municipal. Somente após essa solene declaração, feita por decreto, está a entidade que seria obrigada a licitar, liberada dessa responsabilidade. A liberação, consoante esta regra, só será legítima em relação aos contratos e atos ligados ao estado de calamidade, com objetivo de combatê-lo ou minorar seus efeitos, e tão-só para aquisição dos bens necessários.¹³⁵

Comentando o inciso supra citado JUSTEN FILHO alerta para o fato de que a hipótese merece interpretação cautelosa, pois, na generalidade dos casos em que o Estado dispõe-se a contratar, é motivado a atuar para evitar um dano potencial. Toda e qualquer contratação administrativa retrata a necessidade e a conveniência de uma atuação conjugada entre o Estado e terceiros. Uma interpretação ampla deste inciso,

¹³⁴ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *op. cit.*, p. 177.

¹³⁵ GASPARINI, Diogenes. *op. cit.*, p. 436-437.

portanto, acarretaria a dispensa de licitação como regra geral. Assim, deve-se sempre lembrar que a obrigatoriedade de licitação é a regra geral, e sua ausência, a exceção.¹³⁶

ABREU DALLARI demonstra outra preocupação: a utilização de eventos como guerra, segurança nacional, calamidade pública, emergência e manutenção da ordem pública como simples pretextos para a dispensa de licitação quando ela fosse perfeitamente viável. Sobre o assunto, o autor escreve que “em matéria de licitação, a urgência não pode funcionar como palavra mágica, autorizadora de todos os abusos, garantindo imunidade ao controle judicial, tal como acontece com a imissão provisória de posse na desapropriação”. Mais adiante, o autor coloca, como solução ao problema, que “toda alegação de urgência deve ser devidamente motivada e instrumentada com a comprovação dos fatos que a houverem ensejado, para que possa haver efetivo controle administrativo ou judicial”.¹³⁷

Além da emergência e da calamidade, associadas à urgência, duas outras vinculações são levantadas, reduzindo o espaço discricionário do administrador: somente os bens necessários ao atendimento da emergência ou da calamidade poderão ser adquiridos sem licitação, o que afasta a dispensa do certame para a contratação de quaisquer outros objetos, ainda que vigente a situação de emergência ou calamidade; tratando-se de obras ou serviços, somente serão passíveis de aquisição direta aqueles cuja execução possa estar concluída em até 180 dias, consecutivos e ininterruptos, contados da emergência ou calamidade; de vez que estas podem prolongar-se, o termo *a quo* coincidirá com a data em que ocorreu o fato deflagrador da emergência ou calamidade.¹³⁸

No mesmo sentido VALLE FIGUEIREDO e FERRAZ impõem ainda que é necessária a verificação da situação emergencial no momento da contratação a ser efetuada, pois circunstâncias podem ocorrer transformando o que era emergencial em passível de ser contratado por licitação. Discorrem também que a calamidade pública é, de regra, temporária, constituindo abuso decretá-la em caráter permanente, e,

¹³⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 238-239.

¹³⁷ DALLARI, Adilson Abreu. *op. cit.*, p. 59.

¹³⁸ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *op. cit.*, p. 172.

mesmo durante a calamidade ou emergência, as contratações diretas devem limitar-se aos bens necessários estritamente ao atendimento da situação emergencial e das parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo estabelecido pelo inciso IV, do artigo 24.

Quanto a este prazo de 180 dias, escrevem os autores que ele se aplica, exclusivamente à contratação de obras e serviços capazes de serem incluídos nesse lapso, sendo que se previsivelmente for impossível submeter a obra e serviços a esse tempo, deverá ser realizada a licitação. O prazo de 180 dias não se aplica na aquisição direta de bens, necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa, continuando viável por toda a duração da situação excepcional.¹³⁹

Essas exigências visam suprimir os abusos na dispensa de licitação por suposta emergência, que ocorre com frequência, chegando os casos de dispensa de licitação a suplantarem os casos em que esta se realiza.

ZANELLA DI PIETRO ensina que o dispositivo constitui aplicação do princípio da razoabilidade, na medida em que exige uma relação entre os meios (dispensa de licitação) e os fins (atendimento de situação emergencial ou calamitosa).¹⁴⁰

Segundo GASPARINI a emergência, como hipótese de dispensabilidade de licitação, é caracterizada pela necessidade imediata ou urgente do atendimento do acontecido ou por acontecer, pois, qualquer medida posterior seria inútil. Em suas palavras “só o pronto atendimento pode evitar situações causadoras de prejuízos e salvaguardar a segurança das pessoas, obras, bens e equipamentos ou reduzir as conseqüências quando os fatos já aconteceram”.¹⁴¹

O Professor JUSTEN FILHO conceitua a emergência que, no caso específico das contratações diretas, significa necessidade de atendimento imediato a certos interesses. O retardo no atendimento da necessidade produziria risco de sacrifício de valores tutelados pelo ordenamento jurídico. Como a realização da licitação, devido ao seu trâmite, exige certa demora temporal, submeter a contratação ao processo

¹³⁹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. FERRAZ, Sérgio. *op. cit.*, p. 47-49.

¹⁴⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *op. cit.*, p. 314.

¹⁴¹ GAPARINI, Diogenes. *op. cit.*, p. 437.

licitatório propiciaria a concretização do sacrifício a esses valores. Neste contexto a contratação direta encontra-se perfeitamente justificada.

O mesmo autor estabelece como pressupostos da contratação direta nesta hipótese de dispensa de licitação a demonstração concreta e efetiva da potencialidade de dano e a demonstração de que a contratação é via adequada e efetiva para eliminar o risco. O primeiro requisito significa que a urgência deve ser concreta e efetiva, não autorizando a contratação direta a mera urgência teórica. Além disso, o prejuízo para autorizar a dispensa de licitação deve ser irreparável. Assim, cabe comprovar se a contratação imediata evitará prejuízos que não possam ser recompostos posteriormente. A segunda condição significa que a contratação direta somente será autorizada se evidenciado ser ela instrumento adequado e eficiente para eliminar o risco. Desse modo, se o risco de dano não for suprimido por meio desta contratação não é cabível a dispensa de licitação. Nas palavras de JUSTEN FILHO: “em última análise, aplica-se o princípio da proporcionalidade. A contratação deverá ser o instrumento satisfatório de eliminação do risco de sacrifício dos interesses envolvidos. Mas não haverá cabimento em promover contratações que ultrapassem a dimensão e os limites da preservação e realização dos valores em risco”.¹⁴²

Impõe-se, neste momento do trabalho, analisar a emergência ficta ou fabricada e distingui-la da emergência “real”.

Segundo VALLE FIGUEIREDO e FERRAZ, enquanto a emergência real é resultante do imprevisível, a emergência fabricada é decorrência da incúria ou inércia administrativa.¹⁴³

TANAKA entende que a emergência real é imprevisível e inevitável, enquanto a emergência ficta é aquele fabricada pela negligência da Administração.¹⁴⁴

PEREIRA JÚNIOR utiliza-se do ensinamento de Fernando Antônio Correa de Araújo, ex-Procurador-Chefe junto ao Tribunal de Contas do Rio de Janeiro, quanto ao tema: “Na prática, a situação de ‘emergência’ muitas vezes decorre da falta de planejamento administrativo ou de previsão para necessidades perfeitamente

¹⁴² JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 239-240.

¹⁴³ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. FERRAZ, Sérgio. *op. cit.*, p. 48.

¹⁴⁴ TANAKA, Sônia Yuriko. *op. cit.*, p. 33.

previsíveis”. É o que ocorre quando, por exemplo, determinado órgão governamental vai realizar uma festividade pública e, por planejamento falho, deixa de prever a compra de bens necessários à integridade das pessoas que prestigiarão o evento. Não há qualquer fato novo a induzir um estado de emergência, não podendo ser invocada a norma legal autorizadora da contratação direta. Na mesma situação enquadra-se o caso de hospital público que não mantém estoque de oxigênio para situações decorrentes da vida normal do estabelecimento, sendo que este é um dever do bom administrador.¹⁴⁵

Conforme a doutrina de JUSTEN FILHO a emergência ficta ocorre quando a Administração deixa de tomar tempestivamente as providências necessárias à realização da licitação previsível. Quando esse dever não é cumprido a Administração se vê diante de um dilema: fazer a licitação (e comprometer o atendimento de valores juridicamente tutelados) ou realizar a contratação direta, sob a invocação de emergência. Nesse caso, deve-se verificar se a emergência de fato existe e se a contratação é a melhor solução possível nas circunstâncias. O contrato poderá ser realizado, dispensando-se a licitação, mas pelo menor prazo e com o objeto mais limitado possível, visando afastar o risco de dano irreparável. Concomitantemente, dever-se-á desencadear a licitação indispensável. Discorre o referido autor que “a desídia administrativa não poderá redundar na concretização de danos irreparáveis ao interesse público, mas se resolverá por outra via. Comprovando-se que, mediante licitação formal e comum, a Administração teria obtido melhor resultado, o prejuízo sofrido deverá ser indenizado pelo agente que omitiu as providências necessárias.” Não obstante, o agente público que omitiu o desencadeamento da licitação deverá ser punido exemplarmente. Destaca ainda o autor que essa contratação direta ocorre, visto que o interesse público não pode ser sacrificado como consequência da desídia do administrador.¹⁴⁶

Quanto a essa solução de que a contratação direta deverá ser realizada, respondendo a autoridade omissa pela negligência, depois de devidamente apurados todos os fatos, concorda a maioria da doutrina administrativista nacional, como é o

¹⁴⁵ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *op. cit.*, p. 172.

¹⁴⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 240-241.

caso de Lúcia Valle Figueiredo e Sérgio Ferraz, Sônia Yuriko Tanaka, Diogenes Gasparini e Jorge Ulisses Jacoby Fernandes.

ZANELLA DI PIETRO leciona que quando estiverem presentes os requisitos estabelecidos pelo inciso IV, do artigo 24, da Lei n. 8.666/93, cabe dispensa de licitação, independentemente de culpa do servidor pela não realização do procedimento licitatório na época oportuna. Para ela “se a demora do procedimento puder ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, a dispensa tem que ser feita, porque o interesse público em jogo – a segurança – leva necessariamente a essa conclusão”.

Conclui a autora dizendo que a responsabilidade do servidor deverá ser apurada. Caso este tenha deixado de tomar as medidas necessárias à realização do procedimento da licitação no momento em que deveria fazê-lo, quer por desídia, quer por má fé, deverá ser punido na esfera administrativa, mediante o procedimento disciplinar adequado, e também na esfera criminal, por incidir em improbidade administrativa.¹⁴⁷

¹⁴⁷ DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. *Temas polêmicos. op. cit.*, p. 109.

8. SUPERFATURAMENTO NA CONTRATAÇÃO DIRETA

SUNDFELD trata do assunto do superfaturamento dizendo que o fato de a contratação direta realizar-se sem disputa não elimina o dever do administrador buscar o “melhor negócio”, devendo diligenciar para obter preço e condições adequadas. Lembra o autor que o artigo 25, § 2º, da Lei n. 8.666/93, estabelece que no caso de constatação de superfaturamento nas avenças celebradas com dispensa ou inexigibilidade, responderão solidariamente pelo dano à Fazenda o agente e o contratado.¹⁴⁸ JACOBY FERNANDES leciona que se considera autoridade responsável pela contratação, não apenas aquela que delibera sobre a contratação direta, como também a que a homologa.¹⁴⁹

PEREIRA JÚNIOR critica a localização do supra citado parágrafo, dizendo que este deveria constituir preceito autônomo ou parágrafo do artigo 26, pois se refere tanto às hipóteses de inexigibilidade quanto às de dispensabilidade de licitação, não havendo justificativa para sua inserção em artigo relacionado apenas com as primeiras. O mesmo autor ainda critica o fato de a lei não ter definido o superfaturamento, o que, para ele, *dificulta a aplicação da norma*.¹⁵⁰

A definição de superfaturamento, segundo COELHO MOTTA, pode ser entendido como sobrepreço ou preço além do mercado, que deverá ser comprovado em casos de inexigibilidade e dispensa de licitação pelos meios de que dispõe a Administração Pública (art. 43, IV).¹⁵¹ JUSTEN FILHO disciplina que o vocábulo superfaturamento não apresenta significado jurídico preciso, constituindo-se em terminologia mais encontrada na linguagem jornalística. Estabelece o autor que superfaturamento não quer significar preço “falso” nem lucro excessivo, mas sim uma

¹⁴⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. *op. cit.*, p. 63.

¹⁴⁹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *op. cit.*, p. 368.

¹⁵⁰ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *op. cit.*, p. 207.

¹⁵¹ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *op. cit.*, p. 137.

elevação injustificada do valor para execução de uma certa prestação. Pode-se entender, assim, que superfaturamento corresponde a contratação realizada por valores superiores aos de mercado, prevalecendo-se o particular da situação de contratar com a Administração Pública para estabelecer condições mais onerosas do que as vigentes no mercado privado, no sentido de elevação arbitrária de preços.¹⁵²

SUNDFELD entende que a escolha do contratado e de sua proposta deve ser feita com as devidas cautelas, inclusive com as negociações próprias de qualquer contrato, caso contrário o preço poderá ser superior ao do mercado. Dependendo das circunstâncias, poder-se-á vislumbrar aí falha funcional do agente responsável, que terá culposamente causado prejuízo ao Estado, sendo cabível, então, sua responsabilização pelo dano. Quanto ao contratado, este somente será responsabilizado se demonstrada a má-fé, a fraude, ou o conluio, na intenção de obter vantagem despropositada.¹⁵³

PEREIRA JÚNIOR observa ainda que o parágrafo trata da responsabilidade civil, visando à reposição aos cofres públicos do montante recebido a maior. A responsabilização do agente administrativo depende da concorrência de culpa e da infringência a deveres funcionais. Além disso, poderá haver responsabilização criminal cumulada, se ilegal a decisão que dispensou ou declarou inexigível a licitação, ou ainda, deixou de observar as formalidades pertinentes ao procedimento de contratação direta, conforme previsão do artigo 89, do referido texto normativo.¹⁵⁴

Segundo JACOBY FERNANDES o exame da conduta do agente público e a responsabilidade poderão ser apuradas: no própria órgão, em processo administrativo; pelas Cortes de Contas, em processo de tomada de contas especial, que é um tipo de procedimento administrativo instituído para apurar responsabilidades que geraram prejuízo ao erário, em consequência da conduta de agentes públicos; ou ainda em ação civil pública ou popular, no âmbito judicial, na qual a Administração ou o Ministério Público deverão provar o superfaturamento.¹⁵⁵

¹⁵² JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 288.

¹⁵³ SUNDFELD, Carlos Ari. *op. cit.*, p. 63-64.

¹⁵⁴ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *op. cit.*, p. 207.

¹⁵⁵ FERNANDES, Jorge Ulisses JACOBY. *op. cit.*, p. 268-369.

CONCLUSÃO

A Administração Pública, como anteriormente explicitado, para consecução de seus fins, precisa realizar obras, serviços, comprar e vender bens e produtos. Nessas contratações realizadas pelo Poder Público, que devem sempre ser norteadas pelos princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público, a regra é a realização de prévia licitação.

Isto pois, presume-se que o procedimento licitatório garante a escolha do negócio mais vantajoso para o interesse público, bem como assegura aos administrados a possibilidade de disputarem a participação nos negócios que as pessoas administrativas realizarem com os particulares, em respeito ao princípio da igualdade entre os interessados.

Assim, quer pela previsão constitucional (CF. art. 37, XXI), quer pela redação da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n. 8.666/93), conclui-se que a obrigatoriedade de licitação antecedendo os contratos administrativos é a regra. No entanto, esses mesmos textos legais prevêem casos de contratação direta. São casos em que a licitação formal seria impossível ou frustraria a própria consecução dos interesses públicos. Dessa forma, autoriza-se a Administração a adotar um outro procedimento, em que formalidades são suprimidas ou substituídas por outras, o que não ocorre de maneira discricionária, uma vez que o próprio legislador determinou as hipóteses em que se aplicam os procedimentos simplificados e definiu os casos em que o regime formal de licitação não incide.

No entanto, a contratação direta não significa total ausência de procedimento licitatório, mas sim, envolve um procedimento especial e simplificado para a seleção da proposta mais vantajosa à Administração Pública. Portanto, há formalidades prévias e princípios fundamentais da atividade administrativa que devem ser observados.

São modalidades de contratação direta a dispensa e a inexigibilidade de

licitação, sendo que se diferenciam pelo fato de que na primeira a competição é plenamente viável, todavia inconveniente ao interesse público, enquanto na segunda a competição é inviável ou impossível, pois só existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração Pública. Destarte, a inexigibilidade é uma imposição da realidade extranormativa, enquanto a dispensa é uma criação legislativa.

A inexigibilidade de licitação, como devidamente demonstrado ao longo do trabalho, ocorre quando a competição for inviável, pois, sendo a competitividade da essência da licitação, se aquela for impossível, será inexigível a licitação. Dessa maneira, as hipóteses previstas no texto legal são meramente exemplificativas, sendo perfeitamente possível que outras hipóteses possam surgir e autorizar a contratação direta.

Por outro lado, na dispensa a competição é possível, mas a licitação é inconveniente ao interesse público, pois outros valores juridicamente tutelados seriam desatendidos no caso de sua realização. Deste modo, de acordo com o trabalho elaborado, a inconveniência deste procedimento deve expressar-se no caso concreto, pois, somente assim, autoriza-se sua dispensa. As hipóteses de dispensa de licitação previstas na lei constituem um rol taxativo, não podendo as entidades subordinadas ao diploma legal ampliá-las.

Dentre as hipóteses de dispensa de licitação previstas pela Lei de Licitações e Contratos Administrativos, merece uma análise mais detalhada aquela prevista para o caso de emergência ou calamidade pública, devido a existência da emergência ficta ou fabricada. Essa emergência, constantemente invocada pelos administradores para autorizar a contratação direta, na realidade não se trata de uma emergência propriamente dita. Ela é causada pela incúria ou inércia do administrador e não por uma situação imprevisível e inevitável. Assim, a emergência fabricada ocorre quando o administrador deixa de tomar tempestivamente as providências necessárias à realização da licitação previsível. Decorrente dessa negligência apresenta-se a situação em que a Administração vê-se diante de um dilema: realizar o certame, correndo o risco de comprometer o atendimento de valores juridicamente tutelados, ou realizar a contratação direta, sob a invocação de emergência. A segunda alternativa mostra-se

como a melhor opção para a questão apresentada, pois, como ficou devidamente demonstrado na pesquisa realizada, o interesse público não poderá ser afetado pela negligência do administrador. Comprovando-se que, por meio de licitação, a Administração obteria resultado mais vantajoso, o agente administrativo que omitiu as providências devidas deverá indenizar os cofres públicos. Além disso, o servidor deverá ser punido exemplarmente, tanto na esfera administrativa, quanto na esfera criminal, por incidir em improbidade administrativa.

O *superfaturamento na contratação direta*, outro ponto de triste ocorrência prática, acontece quando o administrador não observa o dever de buscar o melhor negócio para a Administração. O superfaturamento, apesar de não possuir um significado jurídico preciso, fato criticado por parte da doutrina e explicitado no capítulo sobre o tema no trabalho, pode ser entendido como a elevação injustificada do valor para execução de uma certa prestação, ou a contratação realizada por preços superiores ao de mercado. Caso seja verificada a ocorrência deste superfaturamento, a autoridade responsável e o contratado responderão solidariamente pelo dano à Fazenda.

Diante do exposto, fica evidente que a contratação direta é exceção à regra da obrigatoriedade de licitação, devendo ser utilizada somente quando autorizada pela lei e necessária no caso concreto. Além disso, é imperativa sempre a observância do dever do administrador de buscar o negócio mais vantajoso à Administração Pública e, na medida do possível, o princípio da isonomia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos de Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo:Malheiros, 1999.

BITTENCOURT, Sidney. *Curso Básico de Licitações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Temas & Ideais, 2001.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Licitações e contratos do estado*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos Jurídicos da Licitação*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. RAMOS, Dora Maria de Oliveira. DOS SANTOS, Márcia Walquiria Batista. D'AVILA, Vera Lúcia Machado. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

ESCOBAR, João Carlos Mariense. *Licitação: teoria e prática*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. Brasília: Brasília Jurídica, 1997.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. FERRAZ, Sérgio. *Dispensa e inexigibilidade de licitação*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

LOMAR, Paulo José Villela, In: MUKAI, Toshio, coord. *Curso avançado de licitações e contratos públicos*. 1. ed. São Paulo: J. de Oliveira, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos: Lei n. 8.666/93*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

MUKAI, Toshio. *Direito administrativo sistematizado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei de licitações e contratações da Administração Pública*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo: de acordo com as leis 8.666/93 e 8.883/94*. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

TANAKA, Sônia Yuriko. In: GARCIA, Maria, coord. *Estudos sobre a lei de licitações e contratos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

TOLOSA FILHO, Benedicto de. *Licitação: comentários, teoria e prática: Lei n° 8.666/93*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.