



UNIVERSIDADE TIRADENTES – UNIT
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO – ARTIGO CIENTÍFICO

**DISPENSA E INEXIGIBILIDADE NO PROCESSO LICITATÓRIO: UMA
ANÁLISE CRÍTICA**

Priscilla Maria Cardoso Vieira Lins

Orientadora: Karina Ferreira Soares de Albuquerque

Aracaju

2015

PRISCILLA MARIA CARDOSO VIEIRA LINS

**DISPENSA E INEXIGIBILIDADE NO PROCESSO LICITATÓRIO: UMA
ANÁLISE CRÍTICA**

Trabalho de Conclusão de Curso – Artigo -
apresentado ao Curso de Direito da
Universidade Tiradentes – UNIT, como
requisito parcial para obtenção do grau de
bacharel em Direito.

Aprovado em ____/____/____.

Banca Examinadora

Karina Ferreira Soares de Albuquerque

Universidade Tiradentes

Professor Examinador

Universidade Tiradentes

Professor Examinador

Universidade Tiradentes

DISPENSA E INEXIGIBILIDADE NO PROCESSO LICITATÓRIO: UMA ANÁLISE CRÍTICA

Priscilla Maria Cardoso Vieira Lins¹

RESUMO

Dispensa e inexigibilidade no processo licitatório uma análise crítica é o tema deste artigo. O tema em si é de grande relevância, pois permite analisar as exceções do processo licitatório previstos nos artigos 24 e 25 da Lei 8666/93, que é a contratação direta através da dispensa ou inexigibilidade de licitação. O objetivo geral desse estudo foi analisar através do ordenamento jurídico e da doutrina as hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação, deixando clara a diferença entre essas duas espécies. Realizou-se revisão bibliográfica na legislação, doutrina, jurisprudência, livros, teses e dissertações. Inclui-se estudos que tratavam sobre o tema direito administrativo, licitações e contratos administrativos, contratação direta, dispensa e inexigibilidade de licitação. Conclui-se que a Lei de Licitações e Contratos Administrativos, para a realização das aquisições públicas de forma íntegra e eficiente, visa atender o interesse público, pois a contratação direta deve ser utilizada de forma restritiva, como uma exceção ao regramento constitucional de licitar.

Palavras-chave: Licitação. Dispensa. Inexigibilidade.

1 INTRODUÇÃO

Licitação, ou processo licitatório, é o conjunto de procedimentos administrativos para aquisição de bens ou serviços pela administração pública. Seu

¹ Graduando em Direito pela Universidade Tiradentes – UNIT. E-mail: priscillamcv@gmail.com

principal objetivo é escolher a melhor proposta através de critérios objetivos e impessoais para a celebração de contratos.

Por ensejar buscar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, a licitação apresenta um caráter competitivo, não devendo possuir cláusulas restritivas de competição sob pena de nulidade do edital da licitação, pois, quanto maior for o grau de competição, maior será a probabilidade de se encontrar a melhor proposta.

Entretanto, existem determinados casos em que a Administração Pública firma contratos sem a realização da licitação. São eles a dispensa de licitação ou sua inexigibilidade. Esses casos são comumente confundidos e criam uma insegurança a respeito a sua utilização e entendimento por parte dos cidadãos.

Baseado no exposto, este trabalho justifica-se pela relevância do tema e por trazer esclarecimentos sobre as hipóteses de contratação direta, que muitas vezes é realizado de forma irregular ou maculado por uma série de irregularidades, em face a condutas fraudulentas dos agentes públicos.

Este estudo tem como objetivo geral analisar através do ordenamento jurídico e da doutrina as hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação, deixando clara a diferença entre essas duas espécies de contratação direta.

Trata-se de uma pesquisa do tipo revisão bibliográfica cujas fontes de pesquisa serão aquelas admitidas na pesquisa jurídica de natureza bibliográfica na legislação, doutrina, jurisprudência, livros, teses e dissertações. Inclui-se estudos que tratavam sobre o tema direito administrativo, licitações e contratos administrativos, contratação direta, dispensa e inexigibilidade de licitação.

Este trabalho apresenta mediante o Capítulo I, os subtópicos relativos às considerações gerais das licitações, princípios que regem o processo licitatório e a obrigatoriedade de licitar. No Capítulo II será demonstrado as hipóteses legais de dispensa de licitação e no Capítulo III explicará a inexigibilidade de licitação e seus casos.

2 LICITAÇÃO

2.1 Considerações Gerais

A Administração Pública não pode contratar livremente, pautando-se nos princípios da moralidade administrativa e da igualdade de todos para contratar.

Gasparini (2012, p. 532) clarifica que:

A procura da melhor proposta para certo negócio é procedimento utilizado por todas as pessoas. Essa busca é, para umas, facultativa, e para outras, obrigatória. Para as pessoas particulares é facultativa. Para, por exemplo, as públicas (União, Estado-Membro, Distrito Federal, Município, autarquia) e governamentais (empresa pública, sociedade de economia mista, fundação), é, quase sempre, obrigatória, já que essas entidades algumas vezes estão dispensadas de licitar e em outras tantas a licitação é para elas inexigível ou mesmo vedada. A seleção da melhor proposta, feita segundo critérios objetivos previamente estabelecidos, ocorre entre as apresentadas por interessados que pretendem contratar com a entidade obrigada a licitar e que atenderem ao seu chamamento, promovido mediante instrumento convocatório disciplinador de todo o procedimento, denominado, por alguns, Lei interna da licitação e do contrato.

Assim sendo, a licitação nada mais é que um conjunto de procedimentos administrativos, pelo qual a Administração Pública utiliza, em busca da melhor proposta para contratação de compras ou de serviços, assegurando a igualdade de condições a todos os concorrentes.

Di Pietro (2014, p. 373) leciona:

A licitação como procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 instrui no artigo 37, inciso XXI, que ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas a condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Para Marinela (2015, p. 315):

Licitação é um procedimento administrativo destinado à seleção da melhor proposta dentre as apresentadas por aqueles que desejam contratar com a Administração Pública. Esse instrumento estriba-se na ideia de competição a ser travada, isonomicamente, entre os que

preenchem os atributos e as aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir.

Já para Oliveira (2015, p. 53), “licitação é o processo administrativo utilizado pela Administração Pública e pelas demais pessoas indicadas pela lei com o objetivo de selecionar a melhor proposta, por meio de critérios objetivos e impessoais, para celebração de contratos”.

Por fim, para Mello (2015, p. 532), licitação:

é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na ideia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preenchem os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir.

Destarte, licitação, após análise dos conceitos acima descritos, é a obtenção do contrato mais vantajoso conforme as necessidades públicas e a proteção dos direitos aos interessados na contratação com a administração pública.

2.2 Princípios da Licitação

O artigo 3 da Lei 8666/93 norteia quais os princípios que deve ser adotados na licitação. A maioria dos doutrinadores lecionam os princípios do processo licitatório como sendo: moralidade administrativa, livre concorrência, procedimento formal, publicidade de seus atos, competitividade, igualdade entre os licitantes, sigilo na apresentação de propostas, vinculação ao edital ou convite, julgamento objetivo e adjudicação compulsória ao vencedor.

Para Di Pietro (2014, p. 378):

O princípio da igualdade constitui um dos alicerces da licitação, na medida em que esta visa, não apenas permitir à Administração a escolha da melhor proposta, como também assegurar igualdade de direitos a todos os interessados em contratar. Esse princípio, que hoje está expresso no artigo 37, XXI, da Constituição, veda o estabelecimento de condições que impliquem preferência em favor de determinados licitantes em detrimento dos demais. Na parte final, o dispositivo deixa claro que o procedimento da licitação somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Esse princípio na Lei de Licitação é mencionado em dois momentos, um quando descreve os objetivos da licitação e outro como sendo um dos princípios expressamente previstos, sendo vedada qualquer discriminação entre os licitantes.

O princípio da publicidade de seus atos, segundo Di Pietro (2014, p. 385):

Diz respeito não apenas à divulgação do procedimento para conhecimento de todos os interessados, como também aos atos da Administração praticados nas várias fases do procedimento, que podem e devem ser abertas aos interessados, para assegurar a todos a possibilidade de fiscalizar sua legalidade.

A publicidade no certame é o direito de acesso aos elementos, divulgação dos editais e das decisões.

O conteúdo das propostas tem caráter sigiloso até a abertura dos envelopes e após a habilitação do licitante vencedor.

O princípio do julgamento objetivo, para Mello (2015, p. 547) “almeja, como é evidente, impedir que a licitação seja decidida sob o influxo do subjetivismo, de sentimentos, impressões ou propósitos pessoais dos membros da comissão julgadora”. A função desse princípio é afastar o discricionarismo na escolha das propostas, ou seja, os julgadores devem basear-se no critério objetivo estabelecido no edital.

O princípio da probidade administrativa para Di Pietro (2014, p. 385) “exige da Administração comportamento não apenas lícito, mas também consoante com a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade”.

O objeto da licitação é condição para sua legitimidade. O objeto do certame pode ser obra, compra, alienação, concessão, permissão e locação.

O procedimento licitatório deve ser formal, ou seja, deve estar vinculada às normas legais que regem em todos os seus atos e fases. O regulamento, o edital, o convite, assim como a lei devem ser observados.

Para o doutrinador Mello (2015, p. 547), o princípio da vinculação ao instrumento convocatório “obriga a Administração a respeitar estritamente as regras que haja previamente estabelecido para disciplinar o certame”. Esse princípio é o princípio básico de toda licitação.

O princípio da competitividade, é um dos mais importantes princípios, visto que a ausência de competição entre os concorrentes faz com que inexista a licitação.

Para Gasparini (2012, p.544), “nada, por esse princípio, deve comprometer, restringir ou frustrar a disputa entre os interessados em contratar com a entidade, em tese, obrigada a licitar, sob pena de inexistir a licitação”.

Para Di Pietro (2015, p. 388), segundo o princípio da adjudicação compulsória, “a Administração não pode, concluído o procedimento, atribuir o objeto da licitação a outrem que não o vencedor”.

Concluído o procedimento licitatório é vedado a Administração atribuir seu objeto a outrem que não o legítimo vencedor.

2.3 Obrigatoriedade de Licitação

O art. 37, XXI, da Carta Magna de 1988 dispõe sobre a obrigatoriedade do processo licitatório para as obras, serviços, compras e alienações, ressalvados os casos explicitados na Lei 8.666/93, os quais pode-se realizar contratações diretas. Nesse sentido, analisando o art. 22, XXVII, verifica-se que são obrigados a licitar, em todas as modalidades, as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, conforme disposto no art. 37, XXI da Constituição Federal de 1988; e as empresas públicas e sociedade de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III, da mesma legislação.

Cabe mencionar que o mesmo dispositivo constitucional que torna obrigatória a licitação também apresenta algumas exceções, as quais pode-se evitar esse procedimento administrativo para o atendimento do interesse público. São os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação, que serão analisados criticamente nas próximas seções dessa obra.

3 DISPENSA DE LICITAÇÃO

Conforme dito anteriormente, o processo licitatório apresenta algumas exceções previstas pela legislação. Esses desvios à regra estão destacados no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal de 1988, transcrito abaixo:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Nesse sentido, em determinadas situações a licitação será inviável por falta de competição ou será inoportuna para atender ao interesse público. Nesses casos, pode-se fazer uma contratação direta sem que seja realizada uma licitação. No entanto, segundo Oliveira (2015b, p. 51), “os casos de contratação direta não dispensam, em regra, a observância de um procedimento formal prévio, como a apuração e comprovação das hipóteses de dispensa ou inexigibilidade de licitação, por meio da motivação da decisão administrativa”.

A dispensa de licitação ocorre nos casos em que a licitação é viável, pois existe a possibilidade de competição entre dois ou mais interessados, porém, a norma brasileira elenca algumas situações em que o administrador público pode optar por evitar a licitação para atender ao interesse público de forma mais célere e eficiente em razão de conveniência e oportunidade.

Para Oliveira (2015b, p. 54):

A dispensa de licitação possui duas características principais: a) rol taxativo, pois as hipóteses de dispensa são exceções à regra da licitação; e b) discricionariedade do administrador, uma vez que a dispensa depende da avaliação da conveniência e da oportunidade no caso concreto, sendo admitida a realização da licitação.

Por ser elencado de forma taxativa, a dispensa de licitação deve ser analisada de forma restritiva, ocorrendo apenas quando ocorrer alguma das hipóteses previstas no Art. 24. Nesse sentido, Pereira Júnior (2012, p. 292) afirma que:

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

A seguir, serão demonstrados as hipóteses previstas no artigo 24 do Estatuto de Licitação (Lei 8666/93) que permitem a dispensa da licitação.

3.1 Valor Reduzido

A primeira hipótese de dispensa de licitação está prevista nos incisos I e II do Art. 24, transcrito a seguir:

- 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
- 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; (BRASIL, 1993)

Essa regra fundamenta-se no valor reduzido da futura contratação. Para atender aos princípios de economicidade e eficiência, deve-se evitar que os custos com o processo licitatório superem os benefícios que serão alcançados com a contratação. Nesse sentido, o limite para dispensa de licitação é de 10% do valor previsto no Art. 23, I, "a" e II, "a" da Lei 8.666/93, que, utilizando os valores vigentes, representaria R\$ 15.000,00 para contratação de obras e serviços de engenharia e R\$ 8.000,00 para outros serviços e compras.

Para Carvalho Filho (2015, p. 258), "o administrador, mesmo nesses casos, poderá realizar licitação, se entender mais conveniente para a Administração".

Vale a pena ressaltar que a legislação não autoriza a fragmentação das contratações para que possa ocorrer a dispensa de licitação. Embora a norma permita o particionamento das contratações, nos casos de contratações análogas, com objetos similares, deve-se levar o valor total das contratações. Esse não é um caso de obrigatoriedade, o administrador pode licitar ou não.

3.2 Situações Emergenciais

Outra caso de dispensa de licitação ocorre em situações emergenciais, quando o tempo necessário para a realização da licitação é incompatível com a urgência da contratação. Isto é disposto nos incisos III e IV da referida norma:

- 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; (BRASIL, 1993)

Para ser enquadrado no inciso III, que trata dos casos de guerra ou grave perturbação da ordem, deve-se declarar o Estado de Guerra (Art. 49, II e 84, XIX da CF/88), Estado de Defesa (Art. 136 da CF/88) ou Estado de Sítio (Art. 137 da CF/88).

Em relação ao estado de calamidade pública, deve-se analisar os casos concretos para decidir se a situação se enquadra nessa categoria. Nessa perspectiva, vale destacar que quando houver situações de emergência, a dispensa de licitação limita-se à contratação dos bens e serviços necessários à reparação dessa situação. Dessa forma, não se pode contratar qualquer outro bem ou serviço que não seja relevante para sanar essa situação emergencial.

3.3 Licitação Deserta e Frustrada

Licitações que não possuem interessados são denominadas “desertas”. Nesses casos, a norma apresenta uma espécie de dispensa de licitação quando:

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; (BRASIL, 1993)

Para ser enquadrado nessa inciso, a licitação deve atender aos seguintes pré-requisitos: ausência de interessados na licitação anterior; deve-se possuir uma motivação para não se repetir a licitação, ou seja, a repetição do processo licitatório traria prejuízo ao interesse público; e a manutenção das condições estabelecidas, visto que a alteração das condições caracterizaria um novo certame.

A licitação frustrada, em regra, não é hipótese de licitação dispensável. No entanto, uma exceção a essa regra ocorre quando os participantes apresentarem propostas com preços superiores aos praticados no mercado nacional ou forem

incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes. Nesses casos admite-se a dispensa da licitação.

É importante diferenciar licitação deserta de licitação frustrada (ou fracassada). A primeira, conforme explicado anteriormente, é uma licitação que não apresentou interessados em participar do processo. Já na segunda, existem participantes interessados, mas todos foram inabilitados ou desclassificados. A licitação frustrada, em regra, não é hipótese de licitação dispensável.

3.4 Intervenção no domínio econômico

Mais uma forma de dispensa de licitação é disposta no inciso VI (BRASIL, 1993): “quando a União tiver que intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento;”

O objetivo dessa espécie de dispensa é permitir que o Estado atue como agente regulador do mercado econômico, pois, segundo Oliveira (2015b, p. 57), deve-se “reprimir o abuso do poder econômico (dominação dos mercados, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos preços), na forma dos art. 173, § 4 e 174 da CF/88.”

Para Carvalho Filho (2015, p. 264) “esse caso de dispensa destina-se exclusivamente à União, porquanto é esta que tem competência para a intervenção no domínio econômico”. Como bem dito, cabe a União intervir no poderio econômico do Estado.

3.5 Contratação de Entidades Administrativas

Em relação à contratação de entidades administrativas, a norma apresenta três hipóteses de dispensa de licitação, presentes nos incisos VIII, XVI e XXIII (BRASIL, 1993).

O inciso VIII, é dispensável a licitação para a contratação de bens produzidos ou serviços prestados por pessoas jurídicas de direito público, desde que tenha sido criada para esse fim específico e que o preço da contratação seja similar ao praticado pelo mercado.

Já o inciso XVI dispõe que é dispensável a licitação para contratar pessoa jurídica de direito público, desde que criada para o fim específico, para imprimir diários oficiais, formulários padronizados de uso da administração, e edições técnicas oficiais, bem como a prestação de serviços de informática.

Por último, o inciso XXIII versa sobre a 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 compatíveis com o preço praticado pelo mercado.

Carvalho Filho (2015, p. 263) leciona:

O Estatuto, no entanto, impõe uma restrição: a dispensa de licitação alcança apenas os contratos de prestação de serviços firmados entre a organização social e o ente público ao qual se vinculou, não alcançando, portanto, contratos firmados com esferas diversas de governo.

Assim sendo, nos contratos em que um contratante seja pessoa jurídica de público e do outro, entidades da Administração direta ou indireta, no mesmo nível de governo, a contratação pode ser direta.

3.6 Segurança Nacional e Compra e Locação de Imóveis

Quando existir a possibilidade de comprometimento da segurança nacional, é autorizada a dispensa da licitação. Para isso, deve ser estabelecido um decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional (OLIVEIRA, 2015b).

Existe previsão legal para dispensa de licitação para compra ou locação de imóveis destinados ao atendimento das finalidades essenciais da administração pública, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado.

Nesse caso, para Oliveira (2015b, p.60) a dispensa deve ser justificada pelas características singulares do imóvel. Caso a administração possa exercer suas atividades em outro imóvel, não se deve optar pela dispensa da licitação.

3.7 Complementação do Objeto Contratual e Gêneros Perecíveis

O inciso X (BRASIL, 1993) dispensa a licitação para a contratação remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em razão de rescisão contratual, desde que seja atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, que deve ser devidamente corrigido.

Oliveira (2015b, p. 61) entende que para a contratação de gêneros perecíveis:

Dependem de três requisitos: a) gêneros perecíveis; b) provisoriedade: não pode ser habitual a contratação, mas apenas durante o tempo necessário para formalização da licitação; e c) preço do dia: preço praticado no mercado no dia da aquisição, tendo em vista que esses produtos, por suas características, apresentam preços voláteis.

Portanto, a norma, em seu inciso XII (BRASIL, 1993), dispensa a licitação para a contratação de gêneros perecíveis (hortifrutigranjeiros, pão, etc.), devido ao tempo necessário para realizar o processo licitatório. Essa contratação deve ser realizada diretamente com base no preço do dia.

3.8 Entidades sem Fins Lucrativos

A dispensa de licitação relacionadas com entidades sem fins lucrativos, segundo o autor Oliveira (2015b, p. 61-63), dividem-se em quatro hipóteses, e estão previstas no artigo 24, XIII, XX, XXIV e XXXIII, da Lei de Licitação.

A primeira dispõe sobre a possibilidade de contratar, mediante dispensa, instituição brasileira sem fins lucrativos e de inquestionável reputação, para exercer atividades de pesquisa, ensino, desenvolvimento institucional e recuperação social do preso.

A segunda versa sobre a contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade para prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço seja compatível com os valores praticados pelo mercado.

A terceira discorre sobre a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para as atividades contempladas nos contratos de gestão.

A quarta e última hipótese estabelece que a contratação de entidades privadas sem fins lucrativos, com fim de implantar cisternas ou outras tecnologias

sociais de acesso à água para consumo humano e produção de alimentos, para beneficiar as famílias rurais de baixa renda atingidas pela seca ou falta regular de água, podem ser feitas mediante dispensa de licitação.

3.9 Negócios Internacionais e Obras de Arte

Pode-se dispensar a licitação para adquirir bens ou serviços, nos termos de acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional, quando as condições ofertadas forem manifestamente vantajosas para a administração pública.

Bem como é permitido a dispensa do processo licitatório para aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que compatíveis ou inerentes às finalidades do órgão. Dessa forma, é permitido a dispensa para aquisição de obras de arte para museus públicos. No entanto, não é possível, através de dispensa de licitação, a aquisição de obras de arte para decoração do gabinete do Presidente da República.

3.10 Necessidade de Manutenção de Garantias e Forças Armadas

É permitido aquisição de componentes ou peças de origem nacional ou estrangeira, através de dispensa de licitação, desde que sejam necessários para a 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.

Existem três casos que se pode realizara dispensa de licitação no âmbito das Forças Armadas (OLIVEIRA, 2015b):

a) O primeiro diz respeito a necessidade de abastecimento de navios, embarcações, unidades aéreas ou tropas, quando em estada eventual de curta duração em portos, aeroportos ou localidades diferentes de suas sedes. Nesses casos, não se pode exceder o montante de R\$ 80.000,00, de acordo com o Art. 23, II, “a”, da mesma norma.

b) O segundo versa sobre as compras de material de uso pelas Forças Armadas, quando houver necessidade de padronização, mediante parecer de comissão instituída por decreto.

c) O último caso trata da contratação de bens e serviços para atender as Forças Singulares brasileiras empregadas em operação de paz no exterior. Para tanto, a escolha do contratado, bem como o preço, deve ser justificados e ratificados pelo Comandante da Força.

3.11 Bens Destinados à Pesquisa e Serviços Públicos Concedidos

Existe previsão legal para dispensa de licitação para aquisição de bens e insumos destinados exclusivamente à pesquisa científica. De acordo com o Art. 218 da CF/88, o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação. Por isso, existe a dispensa do processo licitatório visando promover essas atividades.

Já os serviços públicos concedidos para Oliveira (2015b, p. 65):

O Poder Público pode contratar diretamente, com dispensa de licitação, concessionários, permissionários ou autorizados, responsáveis pelo fornecimento ou suprimento de energia elétrica e gás natural (art. 24, XXII, da Lei 8.666/1993).

Ou seja, esses serviços são regulados pelo fornecimento e suprimento de energia elétrica ou gás natural, não admitindo nenhum outro.

3.12 Transferência de tecnologia e incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica

De acordo com o inciso XXV, a licitação se faz dispensável para contratação realizada por Instituição Científica e Tecnológica (ICT) ou por agência de fomento para a transferência de tecnologia e para o licenciamento de direito de uso ou exploração de criação protegida.

Já o inciso XXXI permite a dispensa de licitação para as contratações visando ao cumprimento do disposto nos artigos 3, 4, 5 e 20 da Lei 10.973/2004, Lei de incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo. Nesse sentido, a dispensa prevista nesse inciso abrange as seguintes hipóteses (OLIVEIRA, 2015b):

a) Segundo o art. 3 da Lei 10.973/2004, os Entes federados e as agências de fomento podem estimular e apoiar alianças estratégicas e o

desenvolvimento de projetos de cooperação envolvendo empresas nacionais, ICT e organizações de direito privado sem fins lucrativos voltadas para atividade de pesquisa e desenvolvimento, que objetivem a geração de produtos inovadores;

- b) O art. 4 da norma supracitada afirma que as ICTs poderão, mediante remuneração e por prazo determinado, nos termos de contrato ou convênio: I – “compartilhar seus laboratórios, equipamentos, instrumentos, materiais e demais instalações com microempresas e empresas de pequeno porte em atividades voltadas à inovação tecnológica, para a consecução de atividades de incubação, sem prejuízo de sua atividade finalística;” e II – “permitir a utilização de seus laboratórios, equipamentos, instrumentos, materiais e demais instalações existentes em suas próprias dependências por empresas nacionais e organizações de direito privado sem fins lucrativos voltadas para atividades de pesquisa, desde que tal permissão não interfira diretamente na sua atividade-fim, nem com ela conflite.”
- c) Já o art. 5. permite que a União e suas entidades participem minoritariamente do capital de empresa privada de propósito específico que vise ao desenvolvimento de projetos científicos ou tecnológicos para obtenção de produto ou processo inovadores.
- d) Por fim, o art. 20 autoriza que os órgãos e entidades da administração pública, em matéria de interesse público, contratem empresas, consórcios de empresas e entidades nacionais de direito privado sem fins lucrativos voltadas para atividades de pesquisa, de reconhecida capacitação tecnológica no setor, visando à realização de atividades de pesquisa e desenvolvimento, que envolvam risco tecnológico, para solução de problema técnico específico ou obtenção de produto ou processo inovador.

Por último, o inciso XXXII prevê dispensa para contratação em que houver transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde (SUS), no âmbito da Lei 8.080/90, conforme elencados no ato de direção nacional do SUS.

3.13 Contratos de Programa

Outra hipótese de dispensa de licitação está prevista no inciso XXVI (BRASIL, 1993), que versa sobre a celebração de contrato de programa com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consorcio público ou em convênio de cooperação. Segundo Oliveira (2015b, p. 67), “o contrato de programa se aproxima da figura do convênio, tendo em vista a persecução de interesses comuns pelos partícipes, razão pela qual não se impõe naturalmente a licitação.”

3.14 Catadores de materiais recicláveis e Alta complexidade tecnológica

O inciso XXVII, através da redação dada pela Lei 11.445 – Lei de Diretrizes Nacionais para o Saneamento Básico, estabelece que é dispensável a licitação para contratação da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, desde que efetuados por associações de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e da saúde pública (OLIVEIRA, 2015b).

Nota-se que ao prever a dispensar a licitação em prol das associações e cooperativas de catadores de materiais recicláveis, o legislador objetivou atender a dois objetivos: fomento social, através da inserção de pessoas de baixa renda no mercado de trabalho e o estímulo da coleta seletiva como forma de proteção ao meio ambiente.

Bem como é permitido dispensar a licitação para contratação de fornecimento de bens e serviços, produzidos ou prestados no País , que envolvam, cumulativamente, alta complexidade e defesa nacional. Para isso, o autor Oliveira (2015b, p. 67) clarifica que é necessário parecer de comissão especialmente designada pela autoridade máxima.

3.15 Assistência técnica e extensão rural

Segundo o inciso XXX (BRASIL, 1993), é permitido contratar diretamente, através da dispensa de licitação, as instituições ou organizações públicas ou privadas, com ou sem fins lucrativos, para a prestação de serviços de assistência técnica e extensão rural no âmbito do Programa Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural na Agricultura Familiar e na Reforma Agrária.

Ao dispensar a licitação para esse tipo de contratação, o legislador facilitou a implementação das novas políticas criadas pela Lei 12.188/2010: Política Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural para Agricultura Familiar e Reforma Agrária e Programa Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural na Agricultura Familiar e na Reforma Agrária.

3.16 Regras especiais de dispensa aplicáveis aos consórcios públicos, sociedades de economia mista, empresas públicas e agências executivas

Além de todas essas hipóteses de dispensa de licitação previstas nos incisos de I a XXXIII do art. 24 da Lei 8.666/93, a norma também dispõe sobre algumas regras especiais de dispensa de licitação aplicáveis aos consórcios públicos, sociedades de economia mista, empresas públicas e agências executivas.

O art. 24, §1 da referida lei aumenta os percentuais referidos nos incisos I e II do caput do artigo para 20% (vinte por cento) para compras, obras e serviços contratados pelas categorias de entidades supramencionadas (OLIVEIRA, 2015b). No entanto, deve-se atentar que o art. 24, §1 deve ser aplicado em conjunto com o art. 23, §8 nos casos de consórcios públicos que envolverem até três entes da Federação, e triplicados quando formado por maior número.

4 INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

A própria Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública – Lei 8666/93 – defini, no caput do artigo 25 que é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição.

Para Oliveira (2015b, p. 69) , “Inexiste, portanto, o pressuposto fático da licitação, que é justamente a possibilidade de competição entre dois ou mais

interessados, de forma a garantir tratamento isonômico aos interessados em contratar com o Poder Público”.

Analisando a definição acima transcrita, percebe-se que a inexigibilidade não é uma exceção da regra no processo licitatório, mas sim um caso onde se torna inviável a realização desse certame, visto que não o componente fundamental, qual seja, a competição.

As hipóteses de inexigibilidade estão elencadas no artigo 25 da Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública, nos incisos I, II, e III.

Segundo ainda o autor Oliveira (2015a, p. 1.138):

A inviabilidade de competição pode decorrer de duas situações distintas: impossibilidade fática de competição (ou impossibilidade quantitativa), tendo em vista que o produto ou o serviço é fornecido por apenas um fornecedor (ex.: fornecedor exclusivo); b) impossibilidade jurídica de competição (ou impossibilidade qualitativa), pois ausentes critérios objetivos para definir a melhor proposta, de modo que a licitação não teria o condão de estabelecer julgamento objetivo (ex.: contratação com artista).

A primeira hipótese elencada no artigo supracitado aponta que para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo é inexigível a licitação.

Um exemplo seria de um órgão público que para expandir a sua prestação de serviços à população, precisa adquirir mais equipamentos de tecnologia da informação. No entanto, para manter a compatibilidade com os equipamentos já existentes, os novos equipamentos devem atender a critérios (funcionalidades) que são fornecido por apenas um representante comercial exclusivo. Dessa forma é inexigível a licitação para a compra desses equipamentos.

Gasparini (2012, p. 612), leciona que:

Considera-se, em suma, fornecedor, empresa ou representante comercial exclusivo, no caso de convite, o que é único na localidade; no caso de tomada de preços, o que é único no registro cadastral; no caso de concorrência, o que é único no país.

Conforme mencionado anteriormente, é inexigível uma licitação nos casos em que não exista concorrência. Por isso, Gasparini considera inexigível a licitação na modalidade convite, a qual só haja um na localidade, na modalidade tomada de preço, a qual só haja um único registro cadastral, bem como na modalidade concorrência, a qual só haja um em todo o país.

Importante salientar a existência da Súmula 255/2010 do Tribunal de Contas da União, que dispõe:

Nas contratações em que o objeto só possa ser fornecido por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, é dever do agente público, responsável pela contratação, a adoção das providências necessárias para confirmar a veracidade da documentação comprobatória da condição de exclusividade.

Como demonstrado, pela súmula acima elencada, faz-se necessário que a Administração verifique a efetiva exclusividade fornecedores e prestadores de serviços, bem como apresente justificativa detalhada dos critérios técnicos e objetivos para a escolha desses.

A segunda hipótese de inexigibilidade no procedimento licitatório é para a contratação de serviços técnicos enumerados no artigo 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização.

A definição de serviços técnicos está descrito no artigo 13 da Lei 8666/93, *in verbis*:

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

- I – estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;
- II – pareceres, perícias e avaliações em geral;
- III – assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
- IV – fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras de serviços;
- V – patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
- VI – treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
- VII – restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

Além dos serviços técnicos arrolados neste dispositivo, a lei exige a singularidade do objeto da contratação, bem como a notória especialização.

Nesse sentido a Súmula 252/2010 do Tribunal de Contas da União instrui:

A inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos a que alude o inciso II do art. 25 da Lei no 8.666/93, decorre da presença simultânea de três requisitos: serviço técnico especializado, entre os mencionados no art. 13 da referida lei, natureza singular e notória especialização do contratado.

Para Justen Filho (2014, p. 420), a natureza singular “resulta da conjugação de dois elementos, entre si relacionados. Um deles é a excepcionalidade da necessidade a ser satisfeita. O outro é a ausência de viabilidade de seu entendimento por parte de um profissional especializado padrão”.

A notória especialização é um requisito para identificação das condições subjetivas do profissional a ser contratado.

Nesse sentido a Súmula 264/2011 do Tribunal de Contas da União pontifica:

A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos com pessoas físicas ou jurídicas de notória especialização somente é cabível quando se tratar de serviço de natureza singular, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação, nos termos do art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993.

Cumprir observar que há uma relação de confiança e, por isso o critério tende a ser discricionário, mas arbitrário nunca. A administração não está autorizada para escolhas arbitrárias ou inadequadas à satisfação do interesse público. A escolha deverá observar os critérios objetivos, quais sejam os de notoriedade e especialização.

A douta professora D Pietro (2015, p. 409), leciona que “com relação à notória especialização, o § 1º do artigo 25 quis reduzir a discricionariedade administrativa em sua apreciação”.

A terceira hipótese de inexigibilidade de licitação é a contratação profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

A última hipótese elencada no artigo 25 da Lei de Licitação é semelhante a segunda, visto que as duas imprimem singularidade ao objeto contratado.

Segundo Justen Filho (2014, p. 435):

Há casos em que a necessidade estatal relaciona-se com o desempenho artístico propriamente dito. Não se tratará de selecionar o melhor para atribuir-lhe um destaque, mas de obter os préstimos de um artista para atender certa necessidade pública. Nesses casos, torna-se inviável a seleção através de licitação, eis que não haverá critério objetivo de julgamento. Será impossível identificar um ângulo único e determinado para diferenciar as performances artísticas. Daí a caracterização da inviabilidade de competição.

Para Marinela (2015, p. 331), se em qualquer dessas hipóteses, “em que for possível a contratação direta, ficar comprovada a ocorrência de superfaturamento, devem ser responsabilizados 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.”

Importante ressaltar que pode existir outras hipóteses de inexigibilidade, muito embora não arroladas no artigo 25 da Lei 8666/93, desde que ausentes os pressupostos jurídicos ou fáticos condicionadores do processo licitatório. O rol deste dispositivo é meramente exemplificativo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme já mencionado, o princípio da obrigatoriedade da licitação tem previsão legal e obriga o governo Federal, Estadual ou Municipal, ou seja, todos os entes federativos a contratar mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes visando a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública. No entanto, o mesmo inciso do artigo citado faz ressalvas à alguns casos específicos na legislação. Nesses casos, devido às suas próprias características, pode-se evitar o processo licitatório e realizar a contratação direta através da dispensa ou inexigibilidade de licitação, previstos nos artigos 24 e 25 do Estatuto de Licitação.

A dispensa de licitação ocorrerá em casos em que a licitação é factível, visto que existe a possibilidade de concorrência entre dois ou mais interessados, ou seja, existe o pressuposto do princípio da competição, entretanto, existe previsão legal para a escolha da contratação direta visando atender ao interesse público de forma mais célere em razão de conveniência e oportunidade. Nesse sentido, o legislador elencou no artigo 24 da Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública diversas hipóteses que foram clarificados no Capítulo II desse trabalho.

Já a inexigibilidade de licitação acontecerá quando houver inviabilidade de competição. Ou seja, inexistente o pressuposto do princípio da competição, que é condição essencial para o processo licitatório. Dessa forma, pode-se considerar que a inexigibilidade não é uma exceção da regra da licitação, mas sim um caso onde se torna impossível a realização do processo, pois ausentasse um componente essencial: a concorrência. Todos os casos de inexigibilidade foram grafadas no artigo 25 da Lei 8.666/93, que dispõe sobre o processo licitatório, e foram elucidadas nesse obra.

Diante das considerações supra expendidas, o agente público deve-se atentar às disposições legais, presentes na Lei de Licitações e Contratos Administrativos,

para a realização das aquisições públicas de forma íntegra e eficiente, visando atender ao interesse público, pois a contratação direta deve ser utilizada de forma restritiva, como uma exceção ao regramento constitucional de licitar.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Lei n 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 1993.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 17ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 41ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Licitação Pública**. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

MUKAI, Toshio. **Licitações e Contratos Públicos**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2015a.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e Contratos Administrativos**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2015b.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Políticas Públicas nas Licitações e Contratações Administrativas**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Fórum, 2012.

Vade Mecum Saraiva /obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Lívia Céspedes e Juliana Nicoletti, - 17. Ed. Atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015.

NO-BID ACQUISITION AND SOLE-SOURCE ACQUISITION ON GOVERNMENT ACQUISITION PROCESS: A CRITICAL ANALYSIS

Priscilla Maria Cardoso Vieira Lins²

ABSTRACT

No-bid acquisition and sole-source acquisition, a critical analysis is the subject of this article. The theme itself is of great importance because it allows analyzing the exceptions of the government acquisition process provided in the articles 24 and 25 of law number 8.666/93, which is the no-bid contract by exemption from bidding process or impossibility of bidding process. The objective of this study was to analyze through the legal order and doctrine the assumptions of no-bid acquisition and sole-source acquisition, making clear the difference between these two species. We conducted a literature review in the legislation, doctrine, jurisprudence, books, theses and dissertations. This includes studies that dealt on the subject administrative law, Federal Acquisition Regulation, no-bid contract, exemption from bidding process and impossibility of bidding process. Therefore, the Federal Acquisition Regulation, to fulfill the public acquisitions with honesty and efficiency, must use the no-bid contract only restrictively, as an exception to the constitutional commandment.

Keywords: No-bid. Acquisition. Impossibility.

² Graduando em Direito pela Universidade Tiradentes – UNIT. E-mail: priscillamcv@gmail.com