

**KAREN YUMI ITABASHI**

**A CONTRATAÇÃO DIRETA NOS PROCESSOS  
LICITATÓRIOS**

**FACULDADE DE EDUCAÇÃO SÃO LUÍS  
NÚCLEO DE APOIO SANTA CRUZ  
JABOTICABAL – SP  
2012**

**KAREN YUMI ITABASHI**

**A CONTRATAÇÃO DIRETA NOS PROCESSOS  
LICITATÓRIOS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Educação São Luís, como exigência parcial para a conclusão do curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Administrativo.

Orientador Prof. Emerson Benedito Ferreira

**FACULDADE DE EDUCAÇÃO SÃO LUÍS  
NÚCLEO DE APOIO SANTA CRUZ  
JABOTICABAL – SP  
2012**

## **AGRADECIMENTOS**

Ao Professor Emerson, por sua dedicação e orientação.

Aos professores tutores, pela dedicação e disponibilidade nos momentos de orientação e esclarecimentos de dúvidas.

## RESUMO

A questão da contratação direta tem sido um dos pontos mais debatidos no âmbito do Direito Administrativo que são as licitações públicas. Isso porque o procedimento licitatório nada mais é do que uma forma eficaz de controlar o administrador na gerência dos recursos públicos, tratando-se de instrumento que, sem equivalente, resulta na melhor contratação possível. A exceção ao dever geral de licitar está nas situações em que o procedimento formal frustra ou impossibilita a realização adequada das atividades estatais, casos em que a Lei 8.666/93, com a permissão da Constituição Federal, autorizou a denominada contratação direta, em que formalidades são suprimidas ou substituídas por outras. Essa flexibilidade não é dotada de discricionariedade, estando o administrador público obrigado a observar as cautelas indispensáveis à proteção dos interesses tutelados pelo Estado, bem como os princípios constitucionais e específicos que regem a matéria, estes últimos explicitados no artigo 3º do Estatuto. Segundo a tradição brasileira, há duas modalidades de contratação direta, que são a dispensa e inexigibilidade de licitação, previstas nos artigos 24 e 25 da Lei 8.666/93, respectivamente. A licitação dispensável é toda aquela que a Administração pode dispensar se assim lhe convier, e inexigível é a licitação quando a disputa for inviável. A inexigibilidade deriva da natureza das coisas, enquanto a dispensa é originária da vontade do legislador, diferença essa que permite aferir que as hipóteses do artigo 25 são meramente exemplificativas, ao passo que as do artigo 24 são exaustivas. Embora deva ser vista como exceção, alguns administradores desonestos ou despreparados têm recorrido à contratação direta de forma indevida, cometendo flagrante desvio de finalidade.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>6</b>
<b>1. CONCEITO E FINALIDADES DA LICITAÇÃO</b>	<b>7</b>
<b>2. PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO</b>	<b>9</b>
<b>3. O DEVER GERAL DE LICITAR E SUAS EXCEÇÕES</b>	<b>15</b>
<b>4. DISPENSA DE LICITAÇÃO</b>	<b>18</b>
4.1. Contratação com valor reduzido	22
4.2. Contratação em caso de guerra ou grave perturbação de ordem	22
4.3. Contratação em situação emergencial ou de calamidade pública	23
4.4. Contratação em caso de ausência de interessados	25
4.5. Contratação para promover intervenção da União no domínio econômico	26
4.6. Contratação em hipóteses de propostas de valor excessivo	26
4.7. Contratação com pessoa da Administração Pública	27
4.8. Contratação compreensiva de risco para a Segurança Nacional	28
4.9. Compra ou locação de imóvel	29
4.10. Contratação do remanescente	29
4.11. Compras eventuais de perecíveis	30
4.12. Contratação específica com instituição sem fins lucrativos	31
4.13. Contratações vinculadas a acordos internacionais	32
4.14. Aquisição e restauração de obras de arte	33
4.15. Contratações especiais com a Administração Pública	33
4.16. Contratações acessórias para manutenção de garantia	34
4.17. Contratações de serviços para o abastecimento de navios, embarcações, aeronaves e tropas	35
4.18. Contratação para padronização de materiais de uso militar	36
4.19. Contratação com associação de portadores de deficiências	37
4.20. Aquisição de bens para pesquisa científica	38
4.21. Contratação de energia elétrica e gás	39
4.22. Contratação no âmbito da Administração Indireta	40
4.23. Contratação com organização social	41
4.24. Contratação de transferência de tecnologia e do direito de uso e exploração e criação	42

4.25. Contrato de programa	43
4.26. Contratação de catadores de materiais recicláveis	44
4.27. Fornecimento de objeto de alta complexidade e relevante para a defesa nacional	45
4.28. Fornecimento de objeto para atender operações de paz no exterior	46
<b>5. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO</b>	<b>48</b>
5.1. Fornecimento exclusivo	51
5.2. Serviços não avaliáveis objetivamente	52
5.3. Atividades artísticas	54
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>	<b>56</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>57</b>

## INTRODUÇÃO

Este trabalho procura apresentar as possibilidades de contratação direta de serviços ou bens por parte da Administração Pública, abordando a Lei 8.666/93, que estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos.

O instituto da licitação, consagrado pela Constituição da República de 1988 e materializado pela referida lei ordinária, é o procedimento administrativo vinculado por meio do qual a Administração, quando interessada em firmar contratos com terceiros, seleciona a proposta que lhe for mais vantajosa mediante competição entre os interessados.

A regra geral é realizar a licitação. Contudo, em determinadas hipóteses, é possível proceder à contratação direta. Trata-se de hipóteses em que o procedimento formal frustra ou impossibilita a realização adequada das atividades estatais.

A lei diversificou os casos em que a Administração pode ou deve deixar de realizar a licitação. Segundo a tradição brasileira, há duas modalidades de contratação direta, que são a dispensa e inexigibilidade de licitação.

O objetivo deste trabalho não é esgotar o tema, mas contribuir para a discussão mediante um levantamento doutrinário. A questão da contratação direta tem sido um dos pontos mais debatidos no âmbito do Direito Administrativo que são as licitações públicas.

Para a realização deste trabalho, utilizaram-se estudos jurídicos existentes, legislação nacional pertinente e jurisprudência relevante.

## **1. CONCEITO E FINALIDADES DA LICITAÇÃO**

No intuito de suprir as demandas sociais, a Administração Pública necessita valer-se de bens e serviços fornecidos por terceiros, estando, dessa forma, obrigada a firmar contratos para prestação de serviços, realização de obras, locação de imóveis, execução de serviços públicos e etc.

A Constituição Federal, para evitar escolhas impróprias, não deixou a critério exclusivo do administrador a escolha das pessoas a serem contratadas, prevendo, em seu art. 37, inciso XXI, a realização de procedimento preliminar à contratação:

ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, a qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (VADE MECUM, 2012, p. 24)

Assim, consiste a licitação em procedimento anterior ao contrato que permite que várias pessoas apresentem suas propostas, das quais uma será escolhida por ser mais vantajosa à Administração.

Segundo lição de Carvalho Filho (2007, p. 233/234):

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

A natureza jurídica é a de procedimento administrativo com fim seletivo. É, ainda, procedimento vinculado, porquanto ao administrador cabe observar rigorosamente as regras, já que somente assim será resguardado o direito dos interessados e a probidade na realização do certame.

Assim, dada a sua dupla finalidade, qual seja a obtenção do contrato mais vantajoso e resguardo dos direitos de possíveis contratados, a licitação objetiva prevenir eventuais condutas de improbidade por parte do administrador, o qual tem o dever de realizar o procedimento para que o contrato seja celebrado com o particular que oferecer a melhor proposta.

No tocante à legislação sobre licitação, a Constituição Federal preceitua, no art. 22, inciso XXVII (VADE MECUM, 2012, p. 17/18), a competência privativa da União Federal para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, observado o disposto no art. 37, XXI, (VADE MECUM, 2012, p. 24), e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, parágrafo 1º, III (VADE MECUM, 2012, p. 60).

Aos Estados, Distrito Federal e Municípios caberá o mero trabalho de adaptação das normas gerais fixadas por lei de iniciativa da União, não podendo a lei local confrontar-se com a lei federal.

Na órbita federal, a Lei reguladora das licitações é a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 – o denominado Estatuto das Licitações (VADE MECUM, 2012, p. 1481/1505).

A Lei 8.666/93 pode ser subsidiariamente aplicável a espécies de contratos regidos por normas próprias, como ocorre com os consórcios públicos (Lei 11.107/2005 - (VADE MECUM, 2012, p. 1702/1704)), com as concessões patrocinadas e administrativas contratadas sob o regime das parcerias público-privadas (Lei 11.079/2004 - (VADE MECUM, 2012, p. 1670/1675)) e com as concessões e permissões de serviços públicos (Lei 8.987/1995 - (VADE MECUM, 2012, p. 1527/1533)).

## 2. PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO

Nos termos do artigo 3º da Lei 8.666/93, são princípios norteadores fundamentais do procedimento de licitação: o da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo.

Pelo **princípio da legalidade**, o administrador não pode fazer prevalecer sua vontade pessoal, de modo que sua atuação deve atender ao que a lei impõe. Explicação concreta desse princípio encontra-se no art. 4º do Estatuto, segundo o qual:

Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta Lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos. (VADE MECUM, 2012, p. 1482)

Considerado o princípio basilar de toda a atividade administrativa o princípio da legalidade, no âmbito das licitações, impõe ao administrador a observância de todas as regras que a lei estabeleceu para o procedimento. Na realidade, nada mais é do que a aplicação do devido processo legal, segundo o qual se exige da Administração a escolha da modalidade certa de licitação, a estipulação objetiva dos critérios seletivos, a verificação dos requisitos de habilitação dos candidatos, dentre outros mandamentos legais.

O **princípio da moralidade** indica que o administrador se pautar por conceitos éticos, o que impõe, para a Administração e licitantes, um comportamento correto e

honesto. Segundo ensinamento de Bandeira de Mello (2000, p. 463), tal princípio encontra-se renovado na referência ao princípio da probidade administrativa, ressaltando-se aí que o certame deverá ser conduzido em estrita observância a pautas de moralidade, no que se inclui a defesa dos interesses de quem a promove e as exigências de lealdade e boa-fé no trato com os licitantes.

O princípio da probidade administrativa é, sem dúvida, de suma importância, pois assegura que a conduta da Administração esteja sempre voltada ao interesse público.

O **princípio da impessoalidade** exige que a Administração dispense igual tratamento a todo administrado que esteja na mesma situação jurídica, impedindo quaisquer favoritismos ou discriminações impertinentes. Tal princípio nada mais é do que uma forma de designar o princípio da igualdade de todos perante a Administração Pública.

A Constituição Federal, ao tratar da obrigatoriedade da licitação, preceitua no artigo 37, inciso XXI (VADE MECUM, 2012, p. 24), que o procedimento deve assegurar igualdade de condições a todos os concorrentes.

De um modo geral, assegura-se igualdade de condições a todos os interessados em contratar com a Administração, de modo que nenhum participante obtenha alguma vantagem em detrimento dos demais. Sem dúvidas, o princípio da legalidade está intimamente ligado ao da impessoalidade, já que ao oferecer igual oportunidade a todos os interessados, a Administração também estará conferindo tratamento impessoal.

Além do que prevê o art. 37, XXI (VADE MECUM, 2012, p. 24), do texto constitucional, o Estatuto, no § 1º do art. 3º, proíbe que o ato convocatório do certame admita, preveja, inclua ou tolere cláusulas ou condições capazes de frustrar ou restringir o caráter competitivo do procedimento licitatório e veda o estabelecimento de preferências ou distinções em razão da naturalidade, sede ou domicílio dos licitantes, bem como entre empresas brasileiras ou estrangeiras, ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o contrato.

Quanto ao tema, Hely Lopes (2003, p. 265/266) observa:

O desatendimento a esse princípio constitui a forma mais insidiosa de desvio de poder, com o que a Administração quebra a isonomia entre os licitantes, razão pela qual o Judiciário tem anulado editais e julgamentos em que se descobre a perseguição ou favoritismo

administrativo, sem nenhum objetivo ou vantagem de interesse público.

Já o **princípio da publicidade** informa que a licitação deve ser amplamente divulgada, possibilitando o conhecimento de suas regras a um maior número de pessoas. Impõe que os atos e termos da licitação sejam efetivamente expostos ao conhecimento de quaisquer interessados. Trata-se de um dever de transparência, em prol não apenas dos disputantes, mas de qualquer cidadão.

A Lei 8.666/93, no § 3º do art. 3º, assim estabelece: “A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas até a respectiva abertura” (VADE MECUM, 2012, p. 1482).

Outro exemplo da previsão do princípio da publicidade no Estatuto está no artigo 21, que exige a publicação dos avisos contendo o resumo dos editais na imprensa.

A exigência é de salutar importância, já que quanto maior a quantidade de pessoas cientes da sua realização, mais eficiente será a forma de seleção e conseqüentemente, mais vantajosa será a proposta vencedora.

Pelo **princípio da vinculação ao instrumento convocatório**, é vedado à Administração e aos licitantes o descumprimento das regras de convocação, isto é, as regras previstas para o procedimento devem ser rigorosamente observadas. Se a regra não for respeitada, o procedimento torna-se inválido, estando suscetível de correção na via administrativa ou judicial.

Conforme estatui o art. 41 do Estatuto, “A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada” (VADE MECUM, 2012, p. 1494). E o artigo 48, inciso I, acrescenta que será desclassificado o licitante que deixar de considerar o instrumento convocatório.

Esse princípio visa evitar alterações de critérios de julgamento, possibilitando maior segurança aos interessados. Nem se compreenderia que a Administração estabelecesse no edital a forma e o modo de participação dos licitantes e no decorrer do procedimento ou na realização do julgamento se afastasse do estabelecido, ou admitisse documentação e propostas em desacordo com o solicitado.

Assim, fixadas as regras do certame, tornam-se inalteráveis para aquela licitação durante todo o procedimento. Se no decorrer da licitação a Administração

verificar a sua inviabilidade, deverá invalidá-la e reabri-la em novos moldes, mas, enquanto vigente o edital ou convite, não poderá desviar-se de suas prescrições, quer quanto à tramitação, quer quanto ao julgamento.

O **princípio do julgamento objetivo**, corolário do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, significa que os critérios e fatores seletivos previstos no edital devem ser fielmente adotados para o julgamento. É o que estabelece o artigo 45 do Estatuto (VADE MECUM, 2012, p. 1495):

O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

Sobre a questão relativa à objetividade absoluta nos certames, Bandeira de Mello (1999, p. 464) observa:

Quando entram em causa qualidade, técnica, rendimento – muitas vezes indispensáveis para a aferição das propostas -, nem sempre será possível atingir-se o ideal da objetividade extrema, pois, quando os bens ou serviços são fortemente aparentados nestes atributos, a primazia de um ou de outro depende de apreciações irredutíveis a um plano excludente de opiniões pessoais.

O julgamento objetivo visa, portanto, afastar eventual discricionariedade na escolha das propostas, obrigando os julgadores a aterem-se ao critério prefixado pela Administração, com o que se reduz e se delimita a margem de valoração subjetiva, sempre presente em qualquer julgamento.

Além dos princípios básicos, o artigo 3º do Estatuto referiu-se aos princípios correlatos, isto é, aqueles que derivam dos princípios básicos e que com estes têm correlação em razão da matéria de que tratam. Tais princípios encontram-se dispersos na regulação disciplinadora das licitações. Segundo Carvalho Filho (2007, p. 223), são eles: princípio da competitividade, da indistinção, da inalterabilidade do edital, do sigilo das propostas, do formalismo procedimental e da vedação à oferta de vantagens.

Correlato do princípio da igualdade, o **princípio da competitividade** indica que a Administração não pode criar regras ou adotar medidas que comprometam ou restrinjam o caráter competitivo da licitação. Encontra-se previsto no artigo 3º, parágrafo 1º, I, do Estatuto (VADE MECUM, 2012, p. 1481):

“Art. 3º [...]

§ 1º. É vedado aos agentes públicos:

I – admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato.”

Assim, por esse princípio, deve o procedimento possibilitar a disputa entre os licitantes para que a seleção se faça da melhor forma possível.

Também correlato ao princípio da igualdade, o da **indistinção** significa que à Administração é vedado criar preferências ou distinções relativas à naturalidade, à sede ou ao domicílio dos licitantes. É o que dispõe o já citado artigo 3º, parágrafo 1º, I, do Estatuto.

O **princípio da inalterabilidade do edital**, conexo ao princípio da publicidade e ao da vinculação ao instrumento convocatório, encontra-se inscrito no já citado artigo 41 do Estatuto (VADE MECUM, 2012, p. 1494), segundo o qual a Administração vincula-se às regras que por ela foram editadas.

O **princípio do sigilo das propostas**, correlato ao princípio da probidade administrativa e da igualdade, impõe que as propostas sejam lacradas e abertas somente em sessão previamente marcada. Encontra-se previsto no art. 43, parágrafo 1º do Estatuto: “A abertura dos envelopes contendo a documentação para habilitação e as propostas será realizada sempre em ato público previamente designado, do qual se lavrará ata circunstanciada, assinada pelos licitantes presentes e pela Comissão” (VADE MECUM, 2012, p. 1494).

Trata-se de princípio consectário da igualdade entre os licitantes, já que ficaria em posição vantajosa o proponente que viesse a conhecer a proposta de seu concorrente antes da apresentação da sua.

A abertura da documentação ou das propostas ou a revelação de seu conteúdo antecipadamente, além de ensejar a anulação de seu procedimento, constitui também ilícito penal, com pena de detenção e multa (art. 94 - (VADE MECUM, 2012, p. 1502)).

O **princípio do formalismo procedimental** impõe a necessária observância às prescrições legais que regem em todos os atos e fases da licitação. Essas prescrições decorrem não só da lei, como também do regulamento, do caderno de

obrigações e até do próprio edital ou convite, que complementa as normas superiores.

Conexo com o princípio do julgamento objetivo, **o princípio da vedação à oferta de vantagens** traz a noção de que as regras de seleção devem ser adstritas aos critérios fixados no edital. É o que dispõe o artigo 44, § 2º, do Estatuto (VADE MECUM, 2012, p. 1495):

Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

§ 2º. Não se considerará qualquer oferta de vantagem não prevista no edital ou no convite, inclusive financiamentos subsidiados ou a fundo perdido, nem preço ou vantagem baseada nas ofertas dos demais licitantes.

É de salutar importância o conhecimento sobre os princípios norteadores da licitação, porquanto são eles que definem os contornos em que se deve situar o procedimento. Na maioria das vezes, a verificação da validade ou não dos atos do procedimento licitatório leva em consideração os princípios básicos ora previstos no artigo 3º do Estatuto, bem como os correlatos que se encontram dispersos na regulação disciplinadora das licitações.

### **3. O DEVER GERAL DE LICITAR E SUAS EXCEÇÕES**

Nos termos do artigo 37, caput e inciso XXI (VADE MECUM, 2012, p. 24), da Constituição Federal, estão obrigadas à licitação tanto as pessoas de Direito Público de capacidade política quanto as entidades de suas Administrações indiretas ou fundacionais, isto é: autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações governamentais. Admite-se que as empresas estatais que possuem personalidade jurídica de direito privado (sociedades de economia mista, empresas públicas e outras entidades controladas direta ou indiretamente pelo poder Público) possam ter regulamento próprio, mas ficam sujeitas às normas gerais da Lei 8.666/93 (art. 119 - (VADE MECUM, 2012, p. 1504).

Tal diversidade de tratamento é justificada pelo fato de as pessoas jurídicas de direito público estarem submetidas às normas de operatividade mais rígidas que as pessoas jurídicas de direito privado, que colaboram com o poder público. Estas, embora prestando serviços públicos ou realizando atividades econômicas de interesse público, operam em regime de direito privado, conforme reconheceu a própria Constituição Federal ao dispor que “A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias” (art. 173, § 2º - (VADE MECUM, 2012, p. 61).

Pelo princípio da obrigatoriedade, como visto, todos os destinatários do Estatuto estão obrigados a realizar o procedimento licitatório antes de contratarem obras e serviços. Isso porque a Constituição Federal acolheu a presunção de que a prévia licitação estabelece a melhor contratação, assegurando maior vantagem possível à Administração Pública.

Todavia, há hipóteses em que a licitação formal frustra ou impossibilita a realização adequada das atividades estatais. Em tais casos, autoriza-se a Administração a adotar outro procedimento, em que formalidades são suprimidas ou substituídas por outras. Essa flexibilidade não é dotada de discricionariedade.

Com efeito, somente a lei pode desobrigar a Administração, quer autorizando a dispensa de licitação, quando exigível, quer permitindo a substituição de uma modalidade por outra (art. 23, §§ 3º e 4º - (VADE MECUM, 2012, p. 1488)).

A contratação direta não significa que são inaplicáveis os princípios básicos que orientam a atuação administrativa, de modo que o administrador está obrigado a seguir um procedimento administrativo determinado, destinado a assegurar a prevalência dos princípios jurídicos fundamentais. Permanece o dever de realizar a melhor contratação possível, dando tratamento igualitário a todos os possíveis contratantes.

A lei diversificou os casos em que a Administração pode ou deve deixar de realizar a licitação. Segundo a tradição brasileira, há duas modalidades de contratação direta, que são a dispensa e inexigibilidade de licitação.

Há doutrinadores, no entanto, que fazem distinção entre licitação dispensada e dispensável. Segundo eles, a licitação dispensada é aquela que a própria Lei de Licitações ordena que não se realize o procedimento. Estão as hipóteses previstas no artigo 17, I e II, do Estatuto e referem-se a alguns casos específicos de alienação de bens públicos. A seu turno, a licitação dispensável é toda aquela que a Administração pode dispensar se assim lhe convier. Significa que embora viável, a Lei dispensa a sua realização. As hipóteses estão previstas no artigo 24 do Estatuto.

Sobre o tema, oportuna a lição de Justen Filho (2010, p. 300):

Não parece de maior utilidade a distinção entre licitação dispensada e dispensável. A diferença foi afirmada a propósito das hipóteses dos arts. 17 e 24, respectivamente. Segundo alguns, o art. 17 conteria situações em que a licitação foi dispensada pelo próprio legislador. Já o art. 24 traria autorização para dispensa de licitação por parte do administrador. Com todo o respeito, não se afigura procedente a distinção, a nosso ver. Em ambos os casos, o legislador autoriza contratação direta. Essa autorização legislativa não é vinculante para o administrador. Ou seja, cabe ao administrador escolher entre realizar ou não a licitação. Essa competência administrativa existe não apenas nos casos do art. 24. Aliás e se não fosse assim, o art. 17 conteria hipóteses de vedação de licitação. Significa reconhecer que é perfeitamente possível realizar licitação nas hipóteses do art. 17, desde que o administrador repute presentes os requisitos para tanto.

Na realidade, a distinção entre as hipóteses do art. 17 e do art. 24 relaciona-se com o fato de que o primeiro disciplina os casos de alienação de bens e direitos, enquanto o art. 24 contempla regras gerais sobre contratos envolvendo compras, obras e serviços.

Em síntese, pode-se afirmar que as hipóteses de dispensa pressupõem uma licitação exigível.

É inexigível a licitação quando a disputa for inviável. Havendo viabilidade de disputa é obrigatória a licitação, excetuados os casos de dispensa imposta por lei.

A inexigibilidade deriva da natureza das coisas, enquanto a dispensa é originária da vontade do legislador. Assim, resulta que as hipóteses de inexigibilidade, indicadas em lei, são meramente exemplificativas, ao passo que as de dispensa são exaustivas. É que somente a dispensa de licitação é criada por lei, de modo que a ausência de previsão legislativa impede o reconhecimento de dispensa de licitação.

#### **4 DISPENSA DE LICITAÇÃO**

Como visto, a dispensa de licitação verifica-se em situações em que, embora viável competição entre particulares, o certame afigura-se objetivamente incompatível com os valores norteadores da atividade administrativa.

Deveras, considerando que o procedimento licitatório envolve custos econômicos e de tempo, a dispensa decorre do reconhecimento por lei de que eles superam os benefícios que poderiam advir da licitação.

Nesse passo, as hipóteses de dispensa podem ser verificadas levando-se em conta o desequilíbrio na relação custo/benefício. Segundo ensinamento de Justen Filho (2010, p. 3010), esse desequilíbrio é verificado quando: a) o custo econômico for superior ao benefício advindo, b) a demora na realização da licitação puder acarretar a ineficácia da contratação, c) não existir potencialidade de benefício em decorrência da licitação e d) a contratação não for norteada pelo critério de vantagem econômica, já que o Estado busca realizar outros fins.

Dois aspectos devem ser analisados na dispensa da licitação. O primeiro refere-se à excepcionalidade, no sentido de que as hipóteses arroladas no artigo 24 apresentam situações que fogem à regra geral. O outro diz respeito à taxatividade das hipóteses, ou seja, os casos enumerados pelo legislador são taxativos, não podendo ser ampliados pelo administrador. As hipóteses legais, portanto, são as únicas cuja dispensa de licitação o legislador considerou mais conveniente ao interesse público.

O Estatuto assim prevê:

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; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

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; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

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; (Vide § 3º do art. 48)

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; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

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

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; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

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; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

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; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

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; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

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 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; (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

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; (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

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 exiguidade 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 inciso II do art. 23 desta Lei: (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

XIX - para as compras de material 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; (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

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. (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

XXI - para a aquisição de bens e insumos destinados exclusivamente à pesquisa científica e tecnológica com recursos concedidos pela Capes, pela Finep, pelo CNPq ou por outras instituições de fomento a pesquisa credenciadas pelo CNPq para esse fim específico; (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)

XXII - na contratação de fornecimento ou suprimento de energia elétrica e gás natural com concessionário, permissionário ou

autorizado, segundo as normas da legislação específica; (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

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. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

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. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

XXV - na contratação realizada por Instituição Científica e Tecnológica - ICT ou por agência de fomento para a transferência de tecnologia e para o licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida. (Incluído pela Lei nº 10.973, de 2004)

XXVI - na celebração de contrato de programa com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação. (Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005)

XXVII - na contratação da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública. (Redação dada pela Lei nº 11.445, de 2007).

XXVIII - para o fornecimento de bens e serviços, produzidos ou prestados no País, que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional, mediante parecer de comissão especialmente designada pela autoridade máxima do órgão. (Incluído pela Lei nº 11.484, de 2007).

XXIX - na aquisição de bens e contratação de serviços para atender aos contingentes militares das Forças Singulares brasileiras empregadas em operações de paz no exterior, necessariamente justificadas quanto ao preço e à escolha do fornecedor ou executante e ratificadas pelo Comandante da Força. (Incluído pela Lei nº 11.783, de 2008).

XXX - na contratação de instituição ou organização, pública ou privada, 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, instituído por lei federal. (Incluído pela Lei nº 12.188, de 2.010) Vigência

XXXI - nas contratações visando ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 4º, 5º e 20 da Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, observados os princípios gerais de contratação dela constantes. (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)

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

dada pela Lei nº 11.107, de 2005) (VADE MECUM, 2012, p. 1488/1490)

#### **4.1. Contratação com valor reduzido**

Os incisos I e II do artigo 24 estabelecem as hipóteses de dispensa pelo critério de valor: Nesses casos, o legislador estabeleceu que, até determinados limites de valor, poderá o administrador deixar de realizar a licitação, distinguindo duas faixas: uma para obras e serviços de engenharia e outra para serviços e compras. Os valores são atualizados permanentemente e publicados na imprensa oficial, como reza o artigo 120 e parágrafo único do Estatuto (VADE MECUM, 2012, p. 1505).

Mesmo nessas hipóteses, o administrador poderá realizar licitação se entender mais conveniente para a Administração. Trata-se de mera faculdade de não realizar o procedimento licitatório.

Todavia, é inadmissível que se promova dispensa da licitação fundando-se no valor da contratação que não é isolada. Se existir uma pluralidade de contratos homogêneos, de objeto similar, considera-se seu valor global, para fins de aplicação do art. 24, incisos I e II. Não se vedam contratações isoladas ou fracionadas, mas se proíbe que cada contratação seja considerada isoladamente, para o fim de determinação do cabimento da licitação ou da modalidade cabível.

Observando o princípio da motivação dos atos administrativos, a Lei 8.666/93 exige que sejam expressamente justificados os casos de dispensa previstos no artigo 24, inciso III e seguintes, cabendo ao administrador comunicar a situação de dispensa em três dias à autoridade superior, e a esta caberá ratificá-la e publicá-la na imprensa oficial em cinco dias, sob pena de ineficácia do ato. Tal justificação não é necessária nos casos citados do artigo 24, incisos I e II.

#### **4.2. Contratação em caso de guerra ou grave perturbação de ordem**

A licitação é dispensável em situações de flagrante excepcionalidade. Uma delas ocorre em casos de guerra ou grave perturbação de ordem, nos termos do art. 24, inciso III do Estatuto.

Essa dispensa decorre do fato de que a caracterização do estado de guerra impossibilita o exercício normal das funções públicas.

De acordo com o que estabelece o artigo 84 da Constituição Federal (VADE MECUM, 2012, p. 35/36), guerra é o conflito que põe em risco a soberania, sendo a sua declaração ato privativo do Presidente da República com autorização ou referendo do Congresso Nacional. A seu turno, a perturbação da ordem é a situação que afeta a paz e a ordem social e política, ocasionando as medidas de estado de defesa e estado de sítio, conforme preveem os artigos 136 e 137 da Carta Magna (VADE MECUM, 2012, p. 50).

No entanto, quando a contratação não sofrer qualquer prejuízo em decorrência da demora nem comprometer a segurança nacional, aplicar-se-á o regime normal de licitação.

#### **4.3. Contratação em situação emergencial ou de calamidade pública**

Outra hipótese de dispensa de licitação é aquela em que ocorre a **calamidade pública** que, na definição de Carvalho Filho (2007, p. 226) é a “situação, natural ou não, que destrói ou põe em risco a vida, a saúde ou os bens de certos agrupamentos sociais. Em geral a calamidade pública decorre de acontecimentos naturais, como alagamentos, chuvas, transbordamento de rios e etc.”.

A lei previu, também, a dispensa nos casos de **emergência**. Em ambos os casos, as situações devem caracterizar-se pela urgência de atendimento. Nessas hipóteses, os contratos não podem ser prorrogados e somente podem abranger os bens necessários ao atendimento da situação calamitosa ou emergencial, devendo as obras e serviços ser concluídos no prazo máximo de 180 dias.

O Estatuto, no artigo 24, inciso IV, refere-se, pois, aos casos em que o decurso de tempo necessário ao procedimento licitatório normal impediria a adoção de medidas indispensáveis para evitar danos irreparáveis.

Assim, para a contratação direta fundada em tais hipóteses, incumbe à Administração analisar a presença de dois requisitos: a) a demonstração concreta e efetiva da potencialidade do dano e b) a demonstração de que a contratação é o meio adequado e efetivo para eliminar o risco.

No tocante ao primeiro requisito, tem-se que a urgência deve ser concreta e efetiva. Não se trata de uma urgência teórica, mas sim de uma situação concreta existente que exija o atendimento imediato por parte da Administração, com risco de sacrifício de valores tutelados pelo ordenamento jurídico. Já o segundo requisito exige a comprovação de que o risco de dano possa ser suprimido através da contratação. Deve estar presente a relação de causalidade entre a contratação e a supressão do risco de dano.

É cediço que no Brasil, por ser um país de enormes carências, há constantes e permanentes situações de urgências e emergências. No entanto, não basta alegar a emergência, é preciso demonstrar que a contratação se afigura como instrumento efetivo de atendimento a tais carências.

Na lição de Justen filho (2010, p. 305) “A dispensa da licitação e a contratação imediata representam uma modalidade de atividade acautelatória dos interesses que estão sob a tutela estatal”.

Em suma, cabe à Administração demonstrar não apenas a necessidade da contratação, mas também a sua utilidade.

Importante questão que se coloca quanto à dispensa de licitação refere-se às situações, dadas como de emergência ou de calamidade pública, que tenham se originado, total ou parcialmente, da desídia administrativa, ou seja, que possam ser atribuídas à culpa ou dolo do agente público. Mesmo nesses casos justifica-se a contratação pelo fato de que não é possível sacrificar interesses tutelados pelo Estado em consequência de ato falho do administrador. Havendo o risco de lesão a interesses, a contratação deve ser realizada, punindo-se o agente que não adotou as medidas necessárias.

Portanto, a contratação direta também é possível quando a situação de emergência verificada decorrer de falta de planejamento, de desídia administrativa ou da má gestão dos recursos públicos, porquanto a inércia do agente público, culposa ou dolosa, não pode vir em prejuízo do interesse público maior a ser tutelado pela Administração.

#### **4.4. Contratação em caso de ausência de interessados**

Conforme ensinamentos de Justen filho (2010, p. 312), a hipótese do artigo 24, inciso V, do Estatuto se aperfeiçoa com a presença de quatro elementos: a) a realização de licitação anterior, concluída infrutiferamente; b) a ausência de interessados em participar da licitação anterior, o que provocou a frustração do certame; c) o risco de prejuízos se a licitação vier a ser repetida e; d) a necessidade de a contratação ser efetivada em condições idênticas àquelas da licitação anterior.

Assim, a contratação direta tem de ser efetivada quando não acudirem interessados à licitação anterior e a realização do procedimento puder ocasionar prejuízo para a Administração, mantidas as condições preestabelecidas.

É consabido que a realização de nova licitação geralmente causa prejuízos à Administração, visto que acarreta a demora na contratação e alteração de preço de bens e serviços.

O desinteresse é verificado quando nenhum particular assume a postura de querer a contratação, sequer atendendo à convocação, ou então quando aqueles que se apresentaram forem comprovadamente inidôneos. Em tais casos, ocorre a chamada licitação frustrada ou deserta. Não é o caso em que os candidatos são desclassificados por inobservância do edital, já que sendo o fato contornável, a licitação é realizada regularmente.

Nos termos do já citado inciso V, para haver a dispensa da licitação, é necessário que as condições básicas preestabelecidas sejam mantidas. Isso porque a contratação direta é autorizada no pressuposto de inexistirem interessados em realizar a contratação nas condições estabelecidas no ato convocatório anterior. As alterações das condições importaria ofensa aos princípios da legalidade e isonomia.

O dispositivo em questão deve ser aplicado com a cautela de se verificar se a causa da ausência de interessados na licitação anterior residia na fixação de regras inadequadas à satisfação do interesse estatal. Deveras, a contratação direta somente pode ser promovida quando as condições da contratação forem compatíveis com a realização dos fins buscados pelo Estado.

Em síntese, a aplicação do inciso V pressupõe a validade e regularidade da licitação anterior.

#### **4.5. Contratação para promover intervenção da União no domínio econômico**

Em determinadas situações, a União pode intervir no domínio econômico com vistas à regularização dos preços ou à normalização do abastecimento. Em tais situações, atua como agente regulador de atividade econômica, nos estritos limites constitucionais (artigos 173 e 174 - (VADE MECUM, 2012, p. 60/61)).

Diante dessa necessidade de intervenção, podem os órgãos federais realizar contratações diretas, na medida em que a licitação seria incompatível com a peculiaridade que se reveste a situação. Esse caso de dispensa de licitação destina-se exclusivamente à União Federal, porquanto é a detentora da competência para intervenção no domínio econômico.

Aqui, não se objetiva propriamente realizar a contratação mais vantajosa, em termos econômicos. O dispositivo vincula-se à tentativa de a União influenciar o mercado de bens e serviços. Trata-se dos casos em que a União ofertará ou adquirirá bens ou serviços visando restabelecer o equilíbrio do mercado. A intervenção da União se tornaria ineficaz se fosse precedida de licitação porque não influenciaria a oferta e a demanda.

#### **4.6. Contratação em hipóteses de propostas de valor excessivo**

Outra situação em que é dispensável a licitação ocorre quando candidatos à contratação, às vezes em conluio, fixam preços incompatíveis com as condições do mercado. Na lição de Carvalho Filho (2007, P. 230), “preços incompatíveis são os manifestamente superiores aos praticados no mercado, ou aqueles que, por serem por demais irrisórios, tornam inexecutável o cumprimento do contrato.”.

O Estatuto, no artigo 24, inciso VII, disciplina essa hipótese e determina que, sendo as ofertas superiores aos preços de mercado ou incompatíveis com os preços fixados por órgãos oficiais, será vedada a contratação.

No primeiro caso, a contratação seria indubitavelmente desvantajosa à Administração e a licitação tem de ser revogada. No segundo, a contratação seria ilegal e a licitação deve ser anulada.

Nesse passo, a contratação direta autorizada no inciso VII pressupõe a configuração de três condições: a) a apresentação de propostas inadmissíveis; b) o insucesso da providência do artigo 48, § 3º do Estatuto (VADE MECUM, 2012, p. 1496); e c) a existência de particular disposto a contratar pelo preço adequado.

O aludido artigo 48, § 3º, faculta a concessão aos licitantes de nova oportunidade para formular propostas, quando todas tiverem sido desclassificadas. No prazo de oito dias, os licitantes deverão formular novas propostas que não apresentem os defeitos das anteriores. Uma vez concedida duas oportunidade e os interessados insistirem com ofertas superiores ao admissível, caracteriza-se a inutilidade do certame.

De qualquer modo, o excesso dos preços somente autorizará a contratação direta se a Administração localizar alguém disposto a contratar por valor inferior àquele que foi obtido na licitação anterior. Se os preços ofertados na licitação forem realmente abusivos, a administração não terá dificuldades em encontrar outros particulares dispostos a contratar por valores inferiores.

Questão importante que se coloca refere-se à formulação de propostas supervenientemente ao curso da licitação. Suponha-se que o licitante, vencido na competição, formule nova proposta à Administração, em condições mais vantajosas do que a proposta vencedora. Nesse caso, é inadmissível promover a revogação da licitação e contratar diretamente com base no inciso VII, porquanto não é possível premiar o licitante que não apresentou a melhor proposta no momento oportuno. Caso não fosse esse o entendimento, estaria frustrada toda a sistemática da licitação, já que incentivaria os mal intencionados a não participarem da licitação, aguardando o seu desenlace.

Por fim, no tocante à comprovação da disparidade dos preços, é necessário que a prova seja feita documentalmente, com possibilidade de exame por parte dos interessados. Deverá a Administração proceder à devida pesquisa de preços, a fim de demonstrar a equivalência entre o preço contratado e os praticados pelo mercado, especificando-se os produtos a serem entregues pela empresa contratada.

#### **4.7. Contratação com pessoa da Administração Pública**

O Estatuto torna dispensável a licitação quando pessoa jurídica de direito público interno pretende adquirir bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública, criados para esse fim específico.

Exige-se, no entanto, a verificação do preço do contrato, pois só será válido o ajuste se o preço for compatível com as condições regulares do mercado.

Além disso, a norma não alcança pessoas da administração indireta dedicadas à exploração de atividade econômica, uma vez que se trata de entidades de caráter empresarial, previstas no artigo 173, § 1º, da Constituição Federal (VADE MECUM, 2012, p. 60), que devem atuar no mercado nas mesmas condições que as empresas do setor privado.

#### **4.8. Contratação compreensiva de risco para a Segurança Nacional**

Situação excepcional que enseja a dispensa de licitação é aquela que pode implicar em risco de comprometimento da segurança nacional. Nesse caso, por se tratar de segurança para a própria soberania do país, é evidente a razão para a dispensa.

Sobre o tema, oportuna a anotação de Justen Filho (2010, p. 322):

“O assunto de segurança nacional é aquele que envolve interesses permanentes e superiores da sobrevivência do Estado brasileiro. A “segurança nacional” reporta-se exclusivamente ao relacionamento do Estado brasileiro perante a comunidade internacional.”.

A contratação direta não se justifica apenas com o interesse da segurança nacional. É necessário verificar-se risco à segurança nacional provocado pela publicidade da licitação. Trata-se de situações excepcionais, que importam necessidade de sigilo. O certame acarretaria a publicidade e divulgação de fatos e necessidades que não podem ser trazidas a público, por colocarem em risco a sobrevivência do Estado.

Nos termos do artigo 24, inciso IX, da Constituição Federal (VADE MECUM, 2012, p. 1489), tal situação deve ser decretada pelo Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional.

#### **4.9. Compra ou locação de imóvel**

O Estatuto, em seu art. 24, inciso X, tornou dispensável a licitação quando a Administração Pública pretende adquirir ou alugar imóvel destinado ao atendimento de suas finalidades precípuas.

Todavia, a Lei exige que o imóvel a ser adquirido ou alugado seja realmente indispensável à Administração, em razão das necessidades de instalação e localização. Justifica-se a dispensa da licitação no caso, considerando que há situações em que, apesar de haver outras ofertas, apenas um imóvel atende aos interesses administrativos.

Assim, se dois ou mais imóveis atenderem aos reclamos da Administração, a questão muda de figura e a licitação se impõe, porquanto presentes os pressupostos da competição.

Antes de promover a contratação direta, a Administração deverá comprovar a impossibilidade de satisfação do interesse em questão por outra via, bem como apurar a inexistência de outro imóvel apto a atendê-lo.

Deverá, ainda, providenciar a avaliação prévia do imóvel, já que não será admissível o ajuste se o preço da compra ou do aluguel for incompatível com as condições usuais de mercado.

A lei anterior não exigia a motivação da escolha nesse caso. Contudo, o Estatuto vigente a impõe (art. 26 - (VADE MECUM, 2012, p. 1490)), permitindo, em consequência, a verificação da legalidade do ajuste. A necessidade de justificação visa evitar, inclusive, que tais contratos sejam celebrados mesmo quando existem outros imóveis públicos disponíveis.

A contratação depende, portanto, do preenchimento de três requisitos: a) necessidade de imóvel para desempenho de atividades administrativas; b) adequação de um determinado imóvel para satisfação das necessidades estatais; e c) compatibilidade do preço com os parâmetros de mercado.

#### **4.10. Contratação do remanescente**

A Administração pode dispensar excepcionalmente a licitação quando houver necessidade de complementar obra, serviço ou fornecimento anterior.

Na hipótese do artigo 24, inciso XI, do Estatuto, a contratação direta só se justifica quando o contrato anterior tiver sido rescindido, sem a conclusão de seu objeto. Se, por exemplo, o objeto era a construção de uma creche, e o contratado não conseguiu concluí-la, pode a Administração, depois de rescindir o ajuste, proceder à contratação direta.

Contudo, a contratação tem que obedecer a determinadas condições. Exige-se a observância da ordem de classificação dos participantes do certame e que o convocado aceite as mesmas condições do contrato anterior.

A Administração não é obrigada a adotar a solução prevista neste inciso. Poderá preferir realizar nova licitação, solução que se imporá como necessária se nenhum dos demais licitantes se dispuser a contratar a execução do remanescente, nas condições ofertadas pelo licitante vencedor.

Observação importante que se coloca é de que a hipótese do inciso XI aplica-se apenas quando houver parcelas faltantes para executar, não quando a má execução por parte do contratado anterior impuser a adoção de providências não previstas no contrato original.

#### **4.11. Compras eventuais de perecíveis**

Segundo o disposto no artigo 24, inciso XII, é dispensável a licitação na aquisição de hortifrutigranjeiros, pão e outros gêneros alimentícios. A hipótese apresenta caráter emergencial, porquanto a compra desses produtos não pode ficar aguardando o procedimento licitatório.

Deveras, quando se trata de alimentos perecíveis, o decurso do tempo acarreta a desnaturação do produto.

O inciso XII restringe a dispensa de licitação apenas aos casos de aquisições eventuais. Isso porque as compras não eventuais de alimentos, ainda que perecíveis, possibilitam uma programação tanto da Administração Pública como do fornecedor. É por esse motivo, inclusive, que o dispositivo em questão impôs que a licitação para aquisição dos produtos alimentícios só pode ser dispensada no tempo necessário para a realização dos processos licitatórios correspondentes.

Em suma: enquanto se realiza a licitação, a compra pode ser feita diretamente, com base no preço do dia.

Aqui também deverão ser observados os preços de mercado. Como dito anteriormente, em qualquer hipótese de contratação direta, é imperioso submeter-se às condições praticadas no mercado, sendo injustificável contratar em condições mais onerosas.

#### **4.12. Contratação específica com instituição sem fins lucrativos**

A Administração poderá dispensar a licitação quando quiser contratar instituição brasileira que tenha o objetivo estatutário de pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional, ou que exerça atividade de recuperação social de preso.

Justen Filho (2010, p. 326) traz a definição de instituição dizendo:

“Na acepção aplicável ao caso, uma instituição é uma pessoa jurídica peculiarizada pela vinculação à realização de certos fins que transcendem os interesses dos seus associados, com a característica da permanência ao longo do tempo e da estabilidade de atuação. Ou seja, todas as instituições em sentido subjetivo são pessoas jurídicas, mas nem todas as pessoas jurídicas são instituições. A pessoa jurídica destituída de vinculação concreta e efetiva a uma atividade relacionada com a realização de ideias e objetivos que transcendem as pessoas físicas não é uma instituição. A instituição corresponde a uma organização de recursos materiais e de esforços humanos que se autonomiza em face dos seus próprios fundadores, passando a gozar de um acentuado grau de independência. São exemplos clássicos de instituição o Estado, a Igreja, algumas entidades de benemerência (Cruz Vermelha, Santas Casas de Misericórdia), fundações e assim por diante.”

O Estatuto, no intuito de evitar eventuais desvios e abusos, exige que a instituição não tenha fins lucrativos, demonstrando que seu objetivo tem caráter social, e não econômico.

O fim buscado pela instituição deverá abranger pesquisa, ensino, desenvolvimento institucional ou a recuperação social do preso.

É fato corriqueiro que alguns maus administradores e falsas instituições financeiras realizam contratações irregulares, distorcendo o permissivo de dispensa de licitação. Exemplo disso é a contratação de tais entidades para serviços ou

compras que nenhuma relação tem com seus objetivos institucionais. Em casos como esses, há inegável favorecimento pela contratação direta.

Nesse passo, para evitar os abusos, deve a Administração verificar a presença do vínculo de pertinência entre os objetivos da instituição e o objeto do contrato, ou seja, deve ser verificado se o estatuto da entidade permite realmente a execução do serviço ou o negócio de compra.

A contratação direta com fundamento no art. 24, inciso XIII, da Lei de Licitações deve ocorrer, portanto, quando houver nexos entre a natureza da instituição contratada e o objeto ajustado, além da compatibilidade entre o preço ajustado e o preço de mercado.

O princípio da isonomia deverá ser sempre observado. Se diversas instituições desempenham atividades equivalentes e todas podem ser contratadas pela Administração, é imperioso justificar o motivo de preferência por uma daquelas. Se não for possível encontrar um fundamento compatível com o princípio da isonomia, a solução será realizar o procedimento licitatório, em que será assegurado tratamento igualitário a todos os interessados.

#### **4.13. Contratações vinculadas a acordos internacionais**

É dispensável a licitação para acordos internacionais que possibilitam condições vantajosas para a aquisição de bens e serviços.

Nos termos do artigo 24, inciso XIV, do Estatuto, exige-se que o acordo internacional seja aprovado pelo Congresso Nacional e que as condições sejam manifestamente vantajosas para o Poder Público.

Sobre o tema, oportuna a anotação de Justen Filho (2010, p. 331):

“(…) sob, um certo ângulo, seria desnecessária a existência do dispositivo ora enfocado. Os tratados internacionais, uma vez ratificados pelo Congresso Nacional, incorporam-se ao direito interno, em nível hierárquico idêntico aos das leis ordinárias. Logo, todos os tratados internacionais futuros, que disciplinarem contratação direta, seriam válidos. Reputar-se-ia ou que teriam revogado parcialmente a Lei n° 8.666 ou que veiculariam disposições especiais, não atingidas por aquele diploma geral (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 2º, § 2º). Mas a existência do dispositivo se justifica para eliminar qualquer dúvida inclusive quanto à vigência de

regras especiais sobre contratações diretas contidas em tratados internacionais anteriores à vigência da Lei 8.666.”

#### **4.14. Aquisição e restauração de obras de arte**

É também hipótese de dispensa de licitação a aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos.

O objeto histórico traduz a lembrança de grandes episódios da história, ao passo que obra de arte resulta do talento pessoal de seu autor.

A Constituição Federal, em seu artigo 216, § 1º (VADE MECUM, 2012, p. 69), assegura a proteção do patrimônio cultural brasileiro. Para preservar os objetos que integrem o patrimônio cultural, o Estado tanto poderá promover a aquisição como deverá efetivar a restauração de bens.

O dispositivo em questão alude a duas hipóteses: a aquisição e a restauração.

Em qualquer das hipóteses, a lei exige duas condições: a primeira diz respeito à certificação de autenticidade da obra ou objeto; a segunda reside em que os bens a serem adquiridos ou restaurados sejam compatíveis às finalidades do órgão ou entidade, como é o caso das bibliotecas, museus e escolas.

#### **4.15. Contratações especiais com a Administração Pública**

É dispensável a licitação quando o contrato, celebrado entre o mesmo tipo de pessoas, criadas para esses fins específicos, tiver por objeto a impressão de diários oficiais, de formulários padronizados de uso da Administração e de edições técnicas oficiais, bem como a prestação de serviços de informática.

A rigor, esta hipótese estaria englobada na do artigo 24, inciso VIII, do Estatuto. Todavia, há uma diferença as duas: naquela contemplada no inciso VIII, a contratação direta só é possível se a pessoa administrativa contratada tiver sido criada antes da vigência da lei, ou seja, as criadas depois da lei terão que competir normalmente com as pessoas da iniciativa privada. A seu turno, na hipótese prevista no artigo 24, inciso XVI, a pessoa prestadora do serviço pode ser criada a qualquer

momento e de imediato ser contratada pela Administração sem o procedimento licitatório.

Segundo Justen Filho (2010, p. 332), “a contratação versando sobre impressões de diários oficiais e serviços de informática exigem, muitas vezes, íntima integração entre o prestador do serviço e a Administração Pública”.

Outra observação que se impõe é que o Estatuto admitiu a dispensa da licitação exclusivamente para a hipótese de contratação a ser firmada por pessoas jurídicas de direito público interno, de maneira que a norma não se aplica a pessoas administrativas de direito privado. Assim, se sociedade de economia mista ou empresa pública pretendem contratar os serviços ou bens referidos nos incisos VIII e XVI do art. 24, não poderão deixar de realizar a licitação.

Por fim, a questão relativa à existência de particulares em condições de prestar os serviços por preço inferior envolve certo problema. Isso porque ao mesmo tempo em que não se admite preferência injustificada em favor de outra entidade administrativa, a manutenção de atividades no âmbito da Administração representa a indisponibilidade de seu exercício por particulares. Trata-se, pois, da impossibilidade de privatização da atividade, que tem pertinência direta com a atividade estatal.

#### **4.16. Contratações acessórias para manutenção de garantia**

A hipótese de dispensa prevista no artigo 24, inciso XVII, do Estatuto, leva em conta especificamente a necessidade de a Administração Pública adquirir, do fornecedor original, componentes ou peças, nacionais ou estrangeiros, para a manutenção de equipamentos durante o período de garantia técnica.

Observa-se, contudo, que não basta que a aquisição seja efetuada no período de garantia técnica. Em regra, não se exige que em tal período peças originais de equipamentos sejam adquiridas exclusivamente do fabricante; ao revés, permite-se obtê-las no mercado por intermédio de representantes ou revendedores mediante regular processo licitatório. Assim, para a licitude da dispensa, é de rigor o preenchimento de um requisito específico: a condição de exclusividade deve ser indispensável à contratação da garantia.

Deveras, pode ocorrer que no edital de licitação conste que a assistência no período de garantia seja feita exclusivamente pela aquisição de peças juntos ao fornecedor. Neste caso, admite-se, pois, a dispensa da licitação para a aquisição de peças e componentes a serem utilizados no período de garantia técnica do equipamento.

Sobre o tema, anota Justen Filho (2010, p. 334):

“Por decorrência, sempre que a Administração se deparar com a exigência de utilização de peças “originais”, deverá promover diligência. É caso de determinar a audiência do fornecedor para que justifique, tecnicamente, sua pretensão. Se a explicação for inadequada ou insatisfatória, deve-se promover a licitação e, simultaneamente, encaminhar expediente à Secretaria de Direito Econômico – SDE do Ministério da Justiça, noticiando o evento.”

É divergente a doutrina sobre a natureza da hipótese em questão. Isso porque para alguns estudiosos, trata-se de verdadeira hipótese de inexigibilidade de licitação por ser inviável a competição, devendo a Administração adquirir as peças somente do fornecedor.

A hipótese do inciso em questão não se aplica, no entanto, quando existir uma pluralidade de sujeitos competindo no mercado, em igualdades de condições.

#### **4.17. Contratações de serviços para o abastecimento de navios, embarcações, aeronaves e tropas**

A hipótese de dispensa da licitação prevista no inciso XVIII do art. 24 do Estatuto considerou a necessidade de abastecimento de navios, embarcações, unidades aéreas ou tropas e seus meios de deslocamento, quando houver estada eventual de curto período em portos, aeroportos ou locais diversos de sua sede.

A lei impõe, contudo, a presença de certos requisitos para permitir a contratação direta. Em primeiro lugar, o valor contratual não pode exceder ao limite fixado no artigo 23, II, “a”, do Estatuto (VADE MECUM, 2012, p. 1488) – no caso, o valor de R\$ 80.000,00. Acima desse valor, a licitação deverá ser realizada. Em segundo, exige-se que as embarcações, aeronaves e tropas deverão estar no exercício de serviço público administrativo. Por fim, deve-se demonstrar que o curto período de permanência demanda realmente a contratação direta, ou seja, o tempo

de permanência no local é tão exíguo que impossibilita seja realizado todo o processo licitatório e observados todos os prazos por ele impostos.

No entendimento de Carvalho Filho, a restrição relativa ao limite do valor contratual é injustificável, em determinadas situações, já que dependendo do tempo de permanência e do quantitativo da tropa, a aquisição de bens alimentícios alcançará preço superior ao fixado na lei. Em tais casos, a contratação direta poderá ser feita com fundamento na hipótese de dispensa prevista no inciso IV do artigo 24, desde que justificada a situação de emergência.

#### **4.18. Contratação para padronização de materiais de uso militar**

A contratação direta também poderá ser feita para a compra de materiais de uso pelas Forças Armadas, no caso de ser necessário manter padronização exigida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres.

Duas são as questões que devem ser observadas. A primeira é que não se incluem na hipótese materiais de uso pessoal e administrativo, como por exemplo, itens de higiene dos militares e móveis. Para tais aquisições, o processo licitatório é obrigatório. A segunda é que a padronização deve resultar de parecer de comissão instituída por decreto expedido pelo Presidente da República.

Para essa hipótese de dispensa, também há controvérsia entre os doutrinadores. Para alguns, trata-se de hipótese de inexigibilidade, abrangida pelo art. 25, *caput*, do Estatuto (VADE MECUM, 2012, p. 1490), sendo inviável a competição. Para outros, está correto o enquadramento como hipótese de dispensa, pois a inviabilidade não é natural, ou seja, foi instituída pela Administração por motivos de ordem institucional.

No entendimento de Carvalho Filho (2007, p. 239), “em tese, seria viável licitar para a compra dos materiais, mas o legislador considerou mais relevante, do ângulo das instituições, padronizar esses materiais, com o que afastou a obrigatoriedade de licitação”.

Ressalta-se, por fim, que, uma vez cancelada a padronização de certo material, suas futuras aquisições obedecerão necessariamente ao processo licitatório normal.

#### **4.19. Contratação com associação de portadores de deficiências**

Hipótese de dispensa de licitação semelhante àquela prevista no art. 24, inciso XIII, do Estatuto, é a contratação direta de associação idônea de portadores de deficientes físicos, despida de fins lucrativos.

Em ambos os casos, o objetivo imediato reside na satisfação de uma necessidade pública, objeto da contratação. Aqui, o legislador conferiu à contratação aspecto de fim social, permitindo que referidas associações prestem serviços ou forneçam mão-de-obra a órgãos administrativos.

Deve ressaltar-se que o contrato subordinável ao inciso XX é aquele bilateral e sinalagmático. Se a entidade particular nada pode oferecer ao Estado, não poderá ser contratada, nem mesmo com dispensa de licitação.

Também é necessário que o preço de ajuste seja compatível com o praticado no mercado, de modo a evitar indevidos gastos ao Erário. Isso não significa que a remuneração a ser desembolsada pelo Estado deva ser a menor possível, pois se a associação pudesse ou tivesse de oferecer menor preço possível, a solução seria participar de uma licitação.

Ora, se o Estatuto autoriza a contratação por dispensa de licitação, isso somente pode ser interpretado no sentido de que, de outra forma, a associação não lograria obter a contratação. Assim, o preço compatível com o praticado no mercado significa valor não exorbitante dos parâmetros adotados.

Observados os requisitos em questão, a contratação poderá fazer-se em prol de associação de portadores de deficiências. A Lei faz menção apenas a deficiência física, mas é evidente que toda e qualquer associação que congregue portadores de alguma necessidade especial poderá ser contratada diretamente.

A hipótese de contratação direta em questão não implica em violação ao princípio da isonomia, pois os portadores de necessidades especiais estão em situação material peculiar, exigindo tratamento jurídico compatível com as dificuldades decorrentes das limitações físico-psíquicas que apresentam. Inclusive, o artigo 203, inciso IV, da Constituição Federal (VADE MECUM, 2012, p. 67) explicitamente prevê tutela específica aos portadores de deficiência.

Sobre o tema, Justen Filho (2010, p. 337) anota:

“Ao promover a contratação de instituição que preencha os requisitos do inc. XX do art. 24, a Administração está fomentando a superação das carências individuais e a eliminação das desigualdades. Busca reduzir as diferenças entre as diversas classes sociais. Promove a dignidade das pessoas. Assegurar trabalho aos excluídos e aos carentes é um dever do Estado.”

#### **4.20. Aquisição de bens para pesquisa científica**

Nos termos do artigo 24, inciso XXI, do Estatuto, é dispensável a licitação no caso de aquisição de bens destinados exclusivamente à pesquisa científica e tecnológica com recursos concedidos pelo CAPES, FINEP, CNPq e outras entidades de fomento à pesquisa, credenciadas por esta última.

A inclusão dessa hipótese de dispensa tem fundamento no artigo 218 da Constituição Federal (VADE MECUM, 2012, p. 70), segundo o qual compete ao Estado promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas; priorizar a pesquisa científica; incentivar a formação de recursos humanos para tais áreas do conhecimento; e orientar a pesquisa voltada basicamente para o desenvolvimento produtivo nacional e regional.

Para essa hipótese de dispensa de licitação, o Estatuto exige duas condições. A primeira é a de que os recursos provenham das entidades específicas mencionadas no dispositivo, todas tendo entre seus objetivos institucionais a alocação de recursos para as citadas finalidades, ou de outras entidades, desde que reconhecidas por credenciamento pelo CNPq. A outra condição é a de que os bens sejam adquiridos exclusivamente para a pesquisa científica e tecnológica.

A razão de ser da dispensa reside no fato de que as aquisições relacionadas com pesquisa científica não se assemelham às contratações comuns realizadas pela Administração Pública. Nos casos de compras relacionadas à pesquisa, o critério de seleção não é a maior vantagem para a Administração, mas a pertinência com a atividade de pesquisa.

Assim, estão abrangidos somente os bens relacionados com o processo de pesquisa propriamente dito. Sendo o fundamento da dispensa a impossibilidade de definição antecipada do bem que melhor satisfaz a necessidade perseguida pelo Estado, não há cabimento em adquirir sem licitação equipamentos de instalação, por

exemplo, ainda que os mesmos sejam utilizados para o local destinado à pesquisa. Vale dizer que os bens compreendidos na hipótese em comento são aqueles que sejam essenciais à atividade de pesquisa e com ela se relaciona.

Exige, ainda, o Estatuto, como condição de validade da compra de bens sem licitação, que o processo administrativo seja instruído com o documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais se vincularão os recursos financeiros fornecidos (art. 26, parágrafo único, IV - (VADE MECUM, 2012, p. 1490)).

Por fim, deve-se observar que a destinação à pesquisa científica não legitimará pagamento excessivo. Se um fornecedor elevar desmedidamente o preço, a compra não será promovida.

#### **4.21. Contratação de energia elétrica e gás**

A licitação também é dispensável no caso de contratação do fornecimento ou suprimento de energia elétrica com concessionário, permissionário ou autorizado, segundo as normas da legislação específica.

O fundamento lógico-jurídico que conduziu essa contratação direta foi a possibilidade de a Administração Pública beneficiar-se de mecanismos de mercado para contratar o fornecimento de energia elétrica por preços mais vantajosos.

Diante da eliminação da exclusividade de concessionários de distribuição de energia elétrica, surgiu uma pluralidade de potenciais fornecedores, que se veem em situação de competição quando estão diante do fornecimento de energia elétrica para o setor público.

Da mesma forma em que há entidades administrativas que assumem a condição de consumidoras de energia elétrica em situação equivalente a de qualquer outro usuário não residencial, há entidades que desempenham funções regulatórias de mercado ou cujo objeto social envolve atividades relacionadas com a energia. Assim, algumas entidades administrativas são consumidoras de energia, enquanto outras têm por objeto operações envolvendo energia.

Uma entidade como Furnas, por exemplo, não deve ser submetida ao processo de licitação para adquirir ou vender energia elétrica, já que se caracteriza uma atuação-fim da entidade.

Por fim, no tocante ao fornecimento de gás, tem-se que o regime jurídico não é idêntico ao de energia elétrica, de modo que se houver uma pluralidade de fornecedores, a Administração deverá adotar procedimento licitatório para obter as melhores condições possíveis.

#### **4.22. Contratação no âmbito da Administração Indireta**

Segundo o artigo 24, inciso XIII, do Estatuto, as sociedades de economia mista e empresas públicas podem contratar diretamente com suas subsidiárias e controladas, para a aquisição ou alienação de bens, prestação ou obtenção de serviços, com a observação, no entanto, de que o preço contratado seja compatível com aqueles praticados no mercado.

Nessa hipótese de dispensa, a lei não criou restrições quanto à natureza das entidades, ou seja, a norma tem incidência independentemente de se dedicarem à exploração de atividade econômica ou à prestação de serviços públicos.

A contratação direta não é impedida pelo disposto no artigo 173, § 1º, da Constituição Federal (VADE MECUM, 2012, p. 60), porquanto a relação entre a entidade que exerce atividade econômica e suas controladas não se caracteriza propriamente como ato de mercado. Quando escolhe a própria controlada para contratar, a entidade não está recorrendo ao mercado nem está atuando em competição com os demais agentes econômicos.

Contudo, a norma não se aplica às sociedades em que o Poder Público seja minoritário, de modo que as sociedades de mera participação do Estado terão que participar do processo de licitação se quiser contratar com o Poder Público.

Isso porque a participação estatal minoritária não transforma a empresa em integrante da Administração Pública. Trata-se de uma empresa privada como qualquer outra, com a peculiaridade de que entre seus sócios minoritários está uma entidade estatal.

Justen Filho (p. 2010, p. 342), discorrendo sobre o tema, afirma que o inciso XXIII apresenta maior caráter prejudicial ao regime licitatório. Nos dizeres do citado jurista:

“A interpretação ampliativa do dispositivo permitirá a eliminação da observância da licitação no âmbito das sociedades de economia mista e empresas públicas. Assim se passará porque todas as necessidades essenciais e relevantes dessas entidades poderão ser atendidas por meio de serviços e bens ofertados por outras empresas, nas quais houver participação minoritária.”

Assim, a participação minoritária da entidade administrativa em suma sociedade privada não pode ser o veículo para dispensar a licitação.

A validade da contratação direta depende, ainda, da economicidade da operação. Se a mesma atividade pode ser desempenhada pela iniciativa privada por custo inferior, a Administração deverá adotar providências para eliminar os prejuízos constantes.

Assim, pelo exame do artigo 24, inciso XXIII do Estatuto, verifica-se que são quatro os requisitos que devem ser observados para a contratação direta: a) o contratante deve ser empresa pública ou sociedade de economia mista; b) o contratado deve ser subsidiária ou controlada da contratante; c) o objeto do contrato consiste na aquisição de bens, prestação ou obtenção de serviços; e d) o preço deve ser compatível com o mercado.

#### **4.23. Contratação com organização social**

A Lei 9.648, de 27 de maio de 1998, introduziu ao Estatuto nova hipótese de dispensa de licitação, qual seja a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais para atividades contempladas no contrato de gestão.

A organização social constitui um tipo especial de qualificação jurídica conferida a algumas pessoas jurídicas que preencham os requisitos estabelecidos em lei, ressaltando-se entre eles a ausência de fins lucrativos. Tais pessoas dedicam-se a atividades de cunho social, como cultura, ensino, pesquisa científica, saúde e proteção ao meio ambiente.

De acordo com a lei reguladora, as organizações sociais celebram com o Estado ajuste denominado de contrato de gestão, instrumento que formaliza o vínculo entre os pactuantes, estipulando os objetivos do ajuste e definindo os direitos e obrigações dos signatários.

O Estatuto dispõe que 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 contratos firmados com esferas diversas de governo.

É requisito, ainda, da dispensa, que os contratos de serviços sejam derivados do negócio principal – contrato de gestão ou termo de parceria.

Isso não significa afirmar que a Administração está livre para realizar o contrato de gestão, sem maiores parâmetros jurídicos. Inclusive, o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal (VADE MECUM, 2012, p. 24), prevê a obrigação de o Estado submeter seus contratos de gestão ao princípio da prévia licitação.

Quanto ao tema, Justen Filho (2010, p. 345) traz o seguinte exemplo:

“(...) envolvendo duas organizações sociais que disputam contrato de gestão de um hospital. Suponha-se que uma delas disponha-se a investir recursos próprios, para reforma e melhoramento das instalações. Já a outra organização social nada pretende investir, mantendo estado precário até então existente. Seria possível defender, em face da Constituição, a liberdade da Administração para escolher qualquer uma das duas organizações sociais? É óbvio que não, eis que uma das alternativas é muito mais vantajosa do que a outra.”

Assim, não se admitem distinções fundadas em escolhas meramente subjetivas. Se houver pluralidade de sujeitos em situação de competição pela realização do contrato de gestão, o princípio da isonomia exige a observância de um procedimento seletivo, em que o julgamento deverá fazer-se segundo os princípios constitucionais da objetividade, economicidade e moralidade.

Em síntese, a hipótese do inciso XXIV da Lei 8.666/93 não autoriza a contratação direta para o contrato de gestão, mas sim para os contratos de prestação de serviços que derivarem do próprio contrato de gestão.

#### **4.24. Contratação de transferência de tecnologia e do direito de uso e exploração e criação**

A hipótese do artigo 24, inciso XXV, do Estatuto torna dispensável a licitação nos casos de contratação firmada por instituição científica e tecnológica – ICT (entidade administrativa que visa à execução de pesquisa básica ou aplicada, de

caráter científico ou tecnológico) ou por agência de fomento (entidade pública ou privada que objetive o financiamento de ações para desenvolvimento da ciência e tecnologia), quando o objeto do ajuste for transferência de tecnologia ou o licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida, assim considerada invenção, modelo de utilidade, desenho industrial, programa de computador ou qualquer outro desenvolvimento tecnológico do qual possa resultar o surgimento de novo produto, processo ou aperfeiçoamento de natureza tecnológica.

Acerca da justificativa dessa dispensa, Carvalho Filho (2007, p. 236) anota:

“(...) trata-se da necessidade de fomento à pesquisa e tecnologia, setor dentro do qual deve possibilitar-se a contratação direta em razão das peculiaridades do ajuste. Ademais, não há interesse econômico direto na contratação; ao contrário, exige a Lei 10.973/04 que se privilegiem entidades sem fins lucrativos (art. 3), sobrepondo-se, por conseguinte, o aspecto social inspirador dos mandamentos constitucionais regulamentados.”

Assim, essa hipótese de dispensa objetivou incentivar o surgimento de novas tecnologias aplicáveis especialmente ao setor produtivo.

Deve ressaltar-se que o dispositivo em questão não tem relação com a exploração comercial de inventos e criações resultantes de pesquisas intentadas por entidades privadas. A Lei preocupou-se com os efeitos derivados dos incentivos criados, considerando que o fomento à atividade de pesquisa por parte de entidades administrativas resultará na aquisição de direitos de autoria e de privilégios sobre a utilização de inventos e criações.

Ainda assim, a ausência de licitação não pode ser interpretada como autorização para contratações abusivas. Justifica-se a contratação direta diante das dificuldades de compatibilizar a transferência onerosa do direito de exploração de um invento ou de uma tecnologia com as formalidades da licitação. Em observância ao princípio da isonomia, deve a Administração assegurar igualdade de tratamento a todos os possíveis adquirentes, de modo a obter a operação mais vantajosa possível.

#### **4.25. Contrato de programa**

A Lei 11.107, de 6.4.2005 (VADE MECUM, 2012, p. 1702/1704), acrescentando ao art. 24 mais uma hipótese de dispensa, tornou possível a contratação direta no caso de contrato de programa celebrado entre o consórcio público e entidade da administração direta ou indireta, que vise à prestação de serviços públicos de forma associada, na forma prevista no instrumento do consórcio público ou em convênio de cooperação.

O consórcio público pode ser definido como a pessoa jurídica de direito público ou privado, composta pela conjugação de esforços e recursos entre entes federativos, que tem por objeto o desenvolvimento de atividades vinculadas a interesses e competências comuns.

O fundamento que justifica a dispensa reside no regimento de parceria que caracteriza tais ajustes e também no objetivo a que se destinam: a fixação de programas e projetos para o fim de serem prestados serviços públicos.

Nos termos do que estabelece o artigo 13 da Lei 11.107 (VADE MECUM, 2012, p. 1704), o contrato de programa consiste no instrumento por meio do qual serão constituídas obrigações entre entes da Federação entre si ou para com consórcio público, “no âmbito da gestão associada em que haja a prestação de serviços públicos ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços prestados”.

Justen Filho (2010, p. 351), discorrendo sobre o tema, trouxe como exemplo de gestão associada a coleta de lixo em Municípios de alta densidade demográfica. Nesses casos, os Municípios promovem a constituição de um consórcio público para gerir os serviços de lixo, definindo no contrato de programa as condições de delegação de competências, de transferência de bens e pessoal e assim por diante.

#### **4.26. Contratação de catadores de materiais recicláveis**

A teor do que estabelece o artigo 24, inciso XXVII, do Estatuto, o Poder Público pode contratar diretamente associações ou cooperativas constituídas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda, reconhecidas estas oficialmente como catadores de materiais recicláveis. Segundo a norma, faz-se necessário que se edite ato de regulamentação para o fim de estabelecer quais as condições para

que tais pessoas tenham a qualificação legal de catadores, bem como o que há de se considerar baixa renda para os efeitos da lei.

Dúvidas não há de que essa atividade colabora substancialmente em favor de uma política adequada para o saneamento básico, já que é de conhecimento geral que todo esse material é difícil e lentamente degradável, causando gravames à infraestrutura de saneamento e ao meio ambiente.

Ademais, segundo anota Carvalho Filho (2007, p. 240), “a atividade propicia a recirculação de riqueza, decorrente de sua comercialização, reciclagem e reutilização”.

Inclusive, nos últimos tempos, a atividade de coleta e seleção de dejetos sólidos recicláveis adquiriu relevância maior. Por um lado, um número considerável de pessoas passou a se dedicar à referida atividade. Por outro, a atuação dessas pessoas tornou-se uma solução para os problemas socioeconômicos gerados pelo lixo.

A hipótese em comento não apenas assegurou aos catadores de papel a elevação da condição de vida digna, como também promoveu a sua integração à atividade econômica formal, inclusive para o efeito de garantir o acesso à seguridade social.

O objeto da contratação é a coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos recicláveis ou reutilizáveis, em locais onde já se disponha de coleta seletiva de lixo. Para esse fim a lei exige o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública.

Por fim, no tocante ao preço, em que pese a omissão da Lei, deve-se proceder à interpretação sistemática, reconhecendo a natureza funcional da contratação. Aqui, não se pretende que o Estado obtenha lucro à custa do trabalho de pessoas carentes. Caberá, portanto, atribuir uma remuneração compatível com os preços de mercado.

#### **4.27. Fornecimento de objeto de alta complexidade e relevante para a defesa nacional**

O artigo 24, inciso XXVIII, do Estatuto, autoriza a contratação sem licitação de bens e serviços de alta complexidade, pertinentes à defesa nacional.

Desse modo, dois são os requisitos para a configuração dessa hipótese de dispensa: a) a elevada complexidade tecnológica de bens e serviços e b) a vinculação com a defesa nacional.

Sobre o conceito de “defesa nacional”, Justen filho (210, p. 353) anota:

“O conceito de defesa nacional compreende, necessariamente, a manutenção da integridade dos bens públicos e privados em vista de ameaças aptas a produzir o seu sacrifício ou a sua lesão. É relevante a expressão “nacional” porque impõe uma dimensão supra-individual e transcendente para os interesses a serem defendidos. A defesa nacional somente se configura quando houver risco de comprometimento e valores essenciais à Nação brasileira. Para exemplificar, não se poderia admitir-se como pertinente à defesa nacional uma atividade relacionada com a mera conservação de prédios públicos.”.

Por tratar-se de conceito indeterminado, deve-se promover a identificação, em cada caso concreto, da presença de elementos que se subsumam nos limites do conceito de defesa nacional.

Observação importante que se coloca é de que a hipótese em comento pode autorizar restrição à publicidade, visto que poderia tornar inútil à própria contratação direta. Deveras, um dos fundamentos essenciais da autorização legal à contratação direta reside na inconveniência de dar conhecimento público quanto às limitações existentes na infraestrutura estatal.

Ainda, o dispositivo não poderá ser utilizado para propiciar a aquisição de bens produzidos ou a contratação de serviços prestados no estrangeiro.

Por fim, tem-se que o preço a ser praticado deve ser compatível com a complexidade, com os preços de mercado e assim por diante. À Administração caberá verificar se o preço é o mais vantajoso, ainda que tal comparação seja dificultada pela não divulgação do conteúdo das necessidades.

#### **4.28. Fornecimento de objeto para atender operações de paz no exterior**

Trata a hipótese em questão de dispensa de licitação diante da existência de contingentes militares brasileiros atuando em operação de paz no exterior. Justifica-se a não realização de licitações pelas circunstâncias, na medida em que o

cumprimento das formalidades correspondentes acarretaria evidentes dificuldades práticas.

O artigo 24, inciso XXIX, do Estatuto, pressupõe dois requisitos: a) a existência de contingente militar brasileiro atuando como força de paz no exterior e b) a necessidade de aquisição de bens e serviços para manutenção e aparelhamento desse contingente.

Nesse passo, o citado dispositivo não poderá ser utilizado para fundamentar a aquisição de bens e serviços destinados à atuação de forças militares brasileiras no território brasileiro ou em outras atividades não relacionadas diretamente ao desempenho de paz no estrangeiro.

Importante questão que se coloca refere-se à situação em que alguns serviços e determinados bens possam ser fornecidos por uma pluralidade de fornecedores, sem que isso ofereça risco à efetividade da atuação militar. Nesses casos, deverá respeitar-se um procedimento amplo de consulta aos interessados e de oportunidade de disputa entre fornecedores. Aqui, a ausência de licitação não eliminará o dever de demonstrar que a escolha do fornecedor resultou da oferta do preço mais reduzido possível.

Cabe observar que tais contratações também deverão ser balizadas por uma exigência de qualidade mínima, já que a atuação militar não poderá ser comprometida pela ausência de produtos de qualidade adequada. Assim, justifica-se a aquisição de produtos com preço mais elevado quando se evidenciar que aqueles de preço inferior são insatisfatórios ou inadequados em vista das circunstâncias e das características operacionais.

A segurança das forças militares constitui valor que se sobrepõe e exige garantia de equipamento e serviços confiáveis.

Por fim, exige-se que essas contratações sejam objeto de ratificação pelo Comandante da Força, cuja decisão não comporta revisão segundo os padrões de controle sobre atos de natureza militar.

## 5. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

Como visto, para a realização de qualquer licitação, faz-se necessário a ocorrência de certos pressupostos que, conforme ensinamento de Bandeira de Mello (2000, p. 467), são de três ordens: a) pressuposto lógico; b) pressuposto jurídico; e c) pressuposto fático.

Do pressuposto lógico decorre que a licitação só será concebível diante da existência de uma pluralidade de objetos e de uma pluralidade de ofertantes.

Nesse sentido, anota o citado mestre que “São licitáveis unicamente objetos que possam ser fornecidos por mais de uma pessoa, uma vez que a licitação supõe disputa, concorrência, ao menos potencial, entre os ofertantes.”

Partindo dessas premissas tem-se que há inviabilidade lógica da licitação em duas hipóteses: a) quando o objeto for único, e b) quando só há um ofertante. Na primeira, um bem ou serviço qualifica-se único ou singular quando possui individualidade que o torna inassimilável a quaisquer outros.

Na definição de Plácido e Silva (1990, p. 240), “no conceito jurídico, singular não somente traduz a ideia do que é simples, unitário; mas, conduz a ideia de tudo que se distingue ou se individualiza de per si, mesmo que seja resultante de uma composição”.

São exemplos de bens únicos ou singulares o livro do qual se emitiu um único exemplar, o artefato de guerra utilizado em um acontecimento histórico e a obra de arte caracterizada pelo estilo pessoal de seu autor.

De modo geral, são serviços singulares todas as produções intelectuais, sempre que o trabalho a ser produzido se defina pela marca pessoal, expressada em características científicas, técnicas ou artísticas importantes para o atendimento

da necessidade a ser suprida pela Administração Pública. Nas duas hipóteses em questão, a licitação torna-se inexigível, porquanto inconcebível. Se o bem ou serviço é singular, não há como falar em dispensa da licitação, já que só se pode dispensar alguém de um dever possível. Por isso a lei optou por denominá-las como casos de inexigibilidade de licitação.

Assim, o Estatuto, além das hipóteses de dispensa, contemplou os casos de inexigibilidade. A diferença entre ambas está no fato de que, na dispensa, a licitação é materialmente possível, mas em regra inconveniente; e na inexigibilidade, é inviável a própria competição.

Acerca das diferenças entre inexigibilidade e dispensa, anota Justen Filho (2010, p. 357):

“A inexigibilidade é um conceito logicamente anterior ao da dispensa. Naquela, a licitação não é instaurada por inviabilidade de competição. Vale dizer, instaurar a licitação em caso de dispensa significaria deixar de obter uma proposta ou obter proposta inadequada. Na dispensa, a competição é viável e, teoricamente, a licitação poderia ser promovida. Não o é porque, diante das circunstâncias, a Lei reputa que a licitação poderia conduzir à seleção de solução que não seria a melhor, tendo em vista circunstâncias peculiares.

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 todos se enquadram na Lei 8.666/93. Outras leis existem, prevendo casos de dispensa de licitação.

Como decorrência, a conclusão acerca da caracterização da inexigibilidade faz-se em momento logicamente anterior ao do reconhecimento da dispensa. Num primeiro momento, avalia-se se a competição é ou não viável. Se não o for, caracteriza-se como inexigibilidade. Se houver viabilidade de competição, passa-se a verificação da existência de alguma hipótese de dispensa.”

Portanto, pode haver inviabilidade de competição que não se enquadre em quaisquer das hipóteses referidas no artigo 25 da Lei 8.666/93, que assim dispõe:

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

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se

realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

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

III - 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.”

Com efeito, o legislador, depois de afirmar o sentido da inexigibilidade, acrescentou a locução “em especial”, permitindo a ilação de que as situações especiais enumeradas nos incisos I a III do artigo 25 são meramente exemplificativas, de modo que outras situações poderão ser enquadradas no conceito básico.

Conquanto exemplificativos, os incisos do artigo 25 não são destituídos de relevância normativa. A inexigibilidade de licitação consiste em instituto complexo, de modo que o conceito de inviabilidade de competição pode ser mais facilmente definido mediante a análise dos exemplos contidos no citado artigo.

Ressalta-se que o artigo 26 do Estatuto (VADE MECUM, 2012, p. 1490) estabelece que os casos de inexigibilidade a mesma exigência fixada para os casos de dispensa: deve a hipótese ser justificada e comunicada em três dias à autoridade superior, cabendo a esta ratificar e publicar a justificativa no prazo de cinco dias, a fim de que o ato tenha eficácia.

Por fim, a lei, em determinadas situações, pode vedar que o administrador declare a hipótese de inexigibilidade. É o que ocorre, por exemplo, com as concessões florestais, reguladas pela Lei 11.284/2006. Por conseguinte, a contratação direta no caso dessas concessões pode efetuar-se exclusivamente mediante dispensa, mas nunca por inexigibilidade de licitação.

## 5.1. Fornecedor exclusivo

É inexigível a licitação para a aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, sendo, porém, vedada a preferência de marca (art. 25, I, Estatuto).

Tal disposição não poderia ser diferente, porquanto se apenas uma empresa fornece determinado produto, não há como realizar o certame.

A exclusividade pode ser absoluta ou relativa. A primeira ocorre quando há um só produtor ou representante comercial exclusivo no país, e a segunda, quando a exclusividade se dá apenas na praça em relação à qual vai haver a aquisição do bem. Na exclusividade relativa, havendo fora da praça mais de um representante comercial ou fornecedor, poderá haver a licitação se a Administração tiver interesse em comparar várias propostas. A seu turno, na exclusividade absoluta, a inexigibilidade da licitação é a única alternativa para a contratação.

Ressalta-se que a exclusividade deve ser comprovada. A comprovação se dá por meio de atestado fornecido pelo órgão ou registro do comércio do local em que se realizaria a licitação; pelo sindicato, federação ou confederação entidades equivalentes.

O dispositivo em questão é categórico ao vedar a preferência de marca. No entanto, a vedação não é absoluta, já que haverá casos em que a preferência estará plenamente justificada pelo princípio da necessidade administrativa.

A escolha de determinada marca só pode dar-se em três hipóteses: 1) continuidade da utilização de marca já adotada no órgão; 2) para utilização de nova marca mais conveniente; e 3) para o fim de padronização de marca no serviço público, todas justificadas pela necessidade da Administração.

Sobre o tema, Justen Filho (2010, p. 361) anota:

“Em suma, não há reprovação legal à utilização da marca como meio de identificação de um objeto escolhido por suas qualidades ou propriedades intrínsecas. A Administração deve avaliar o produto objetivamente. Poderá valer-se da marca como forma de identificação do objeto que escolheu, desde que tal opção tenha sido baseada em características pertinentes ao próprio objeto.

O que se reprova de modo absoluto é a contaminação da escolha do objeto pela influência publicitária que uma marca apresenta, especialmente agravada numa sociedade em que os processos de marketing são extremamente eficientes. Em última análise, a Lei

veda a escolha imotivada. Quando o critério de decisão é simplesmente a marca, existe decisão arbitrária.”

Importante questão que se coloca refere-se à situação em que, existindo particulares em condições de satisfazer a necessidade administrativa, nenhum deles se dispõe a participar do certame. Nesses casos, não há falar em inviabilidade de competição, já que a hipótese poderá redundar em contratação direta fundada no artigo 24, inciso V, do Estatuto.

## **5.2. Serviços não avaliáveis objetivamente**

Outra situação de inexigibilidade de licitação é a contratação de serviços técnicos especializados, de natureza singular, executados por profissionais de notória especialização.

Nos termos do que estabelece o artigo 25, inciso II, não são quaisquer serviços que podem ser contratados diretamente, mas sim os serviços técnicos e especializados. O serviço é técnico quando sua execução depende de habilitação específica. A lei faz remissão ao artigo 13 (VADE MECUM, 2012, p. 1485), onde estão mencionados vários desses serviços, como os de pareceres, auditorias, fiscalização, supervisão, treinamento de pessoal, estudos técnicos ou projetos e etc.

Além da exigência de que o serviço seja técnico, o inciso II acrescenta outras duas à contratação com inexigibilidade: a) que o objeto da contratação seja singular e b) a notória especialização. A inexigibilidade apenas se caracteriza diante da presença cumulativa dos três requisitos.

Assim, para a contratação direta, devem os profissionais ou as empresas revestir-se de notória especialização, ou seja, aqueles que desfrutem de prestígio e reconhecimento no campo de sua atividade.

Sobre o tema, Justen Filho (2010, p. 370) anota:

A especialização consiste na titularidade objetiva de requisitos que distinguem o sujeito, atribuindo-lhe maior habilitação do que a normalmente existente no âmbito dos profissionais que exercem a atividade. Isso se traduz na existência de elementos objetivos ou formais, tais como a conclusão de cursos e a titulação no âmbito de pós-graduação, a participação em organismos voltados a atividade especializada, o desenvolvimento frutífero e exitoso de serviços

semelhantes em outras oportunidades, a autoria de obras técnicas, o exercício de magistério superior, a premiação em concursos ou a obtenção de láureas, a organização de equipe técnica e assim por diante.

Em suma, objetiva-se, na contratação de serviços técnicos albergados no inciso II, a aplicação do conhecimento teórico e da habilidade pessoal na produção de uma utilidade concreta. Significa dizer que a personalidade do prestador de serviço será refletida na prestação executada.

O citado § 1º refere-se à necessidade de que a atuação do particular seja considerada como a mais adequada à plena satisfação do objeto do contrato. Isso significa que deve ser avaliada a relação custo-benefício para a Administração, de modo que não estão respaldadas as contratações excessivamente onerosas. Se o profissional de maior qualificação apresentar um custo muito elevado, nada impedirá que a Administração contrate outro de qualificação inferior mas com remuneração inferior, contanto que as finalidades pretendidas sejam igualmente atendidas.

Como visto, a lei impõe, ainda, que os serviços tenham natureza singular. Serviços singulares são os executados segundo características próprias do executor. Nesse sentido:

Singulares são os serviços porque apenas podem ser prestados, de certa maneira e com determinado grau de confiabilidade, por um determinado profissional ou empresa. Por isso mesmo é que a singularidade do serviço está contida no bojo da notória especialização. (CARVALHO FILHO, 2007, p. 242)

Assim, diante da exigência legal, é ilegítima a contratação de serviços cuja prestação não apresente qualquer carga de particularização ou peculiaridade, ainda que também sejam serviços técnicos e especializados.

Avulta que a contratação direta no caso em questão deve ser vista como exceção ao princípio licitatório. Infelizmente, alguns administradores desonestos ou despreparados têm recorrido a essa modalidade de inexigibilidade para escapar àquele princípio, cometendo flagrante desvio de finalidade e ofensa ao princípio da moralidade, provocando graves prejuízos à Administração. Nesse passo, cabe aos Tribunais de Contas atuarem com rigor na verificação desses casos de inexigibilidade de licitação em virtude de notória especialização do contratado, bem como ao Judiciário invalidar tais contratos e encaminhar ao Ministério Público

representação no sentido de ser promovida a responsabilidade penal e administrativa dos servidores responsáveis por essa espécie de improbidade.

### **5.3. Atividades artísticas**

Como visto nos tópicos anteriores, a inexigibilidade da licitação se apresenta em face de determinadas situações que, dada a sua natureza, não viabilizam o regime de competição.

Uma dessas situações é a contratação de profissionais do setor artístico, quando consagrados pela crítica especializada ou pela opinião pública (art. 25, III).

Em geral, ao Estado não cabe contratar profissionais do setor artístico, competindo à iniciativa privada o desenvolvimento de atividades dessa natureza. No entanto, há situações em que o Estado assume o encargo de promover eventos artísticos, necessitando, dessa forma, realizar a contratação dos profissionais correspondentes.

A arte é personalíssima, não podendo sujeitar-se a fatores objetivos de avaliação.

Na lição de Justen Filho (2010, p. 380):

“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 diferentes performances artísticas. Daí a caracterização da inviabilidade de competição.”

Ressalta-se que a possibilidade de contratação direta, em tais casos, não autoriza escolhas desarrazoadas ou incompatíveis com o interesse a ser satisfeito. O próprio Estatuto faz a ressalva de que o artista deva ser consagrado pela crítica ou pela opinião pública. Tal exigência tem por objetivo evitar contratações arbitrárias, em que uma autoridade pública pretenda impor preferências pessoais na contratação de pessoa destituída de qualquer atributo.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O procedimento licitatório é a regra para a contratação de obras e serviços com a Administração Pública e constitui instrumento que, sem equivalente, resulta na melhor contratação. Há situações, no entanto, em que a licitação formal frustra ou impossibilita a realização adequada das atividades estatais, de modo que a Lei 8.666/93, com a permissão da Constituição Federal, previu as hipóteses de não realização do processo seletivo, fazendo-os nos artigos 24 e 25.

O artigo 24 contempla as hipóteses em que, embora materialmente possível, a competição pode ser afastada, são os casos da chamada dispensa de licitação. A seu turno, o artigo 25 abriga as situações em que a disputa torna inviável a própria competição, são as denominadas hipóteses de inexigibilidade de licitação.

A dispensa e inexigibilidade devem ser objetivamente justificadas para legitimar a contratação direta, não consistindo em oportunidade conferida pela Lei para o agente público realizar escolhas inoportunas e prejudiciais.

Assim, o administrador público, na contratação direta, deverá observar as cautelas indispensáveis à proteção dos interesses tutelados pelo Estado, não sendo permitida qualquer negligência na contratação.

Não obstante deva ser vista como exceção ao princípio licitatório, alguns administradores desonestos ou despreparados têm recorrido à contratação direta de forma indevida.

## REFERÊNCIAS

CARVALHO FILHO, J. dos S. **Manual de direito administrativo**, 18 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

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

MELLO, C. A. B. de. **Curso de direito administrativo**, 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MEIRELLES, H. L. **Direito administrativo brasileiro**, 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, De P. e. **Vocabulário Jurídico**, 3-4 V. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

VADE MECUM, São Paulo, Saraiva, 2012.