

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

Vinicius da Cas Cichoski

**DISPENSA DE LICITAÇÃO:
CONSTITUCIONALIDADE DAS HIPÓTESES DE AMPLIAÇÃO**

Florianópolis

2009

Vinicius da Cas Cichoski

**DISPENSA DE LICITAÇÃO:
CONSTITUCIONALIDADE DAS HIPÓTESES DE AMPLIAÇÃO**

Monografia submetida à Universidade
Federal de Santa Catarina para a obtenção
do título de Bacharel em Direito.
Orientador: Luis Carlos Cancellier de Olivo

Florianópolis

2009

Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
Colegiado do Curso de Graduação em Direito

TERMO DE APROVAÇÃO

...A presente monografia, intitulada Dispensa de Licitação: Constitucionalidade das Hipóteses de Ampliação, elaborada pelo acadêmico Vinicius da Cas Cichoski e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (dez), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no art. 9º da Portaria nº 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis, ____/____/____.

Luiz Carlos Cancellier de Olivo

Aldo Luiz Garcia

Luiz Henrique Urquhart Cademartori

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo questionar a constitucionalidade e aplicação das hipóteses de dispensa elencadas pelo legislador pátrio. Tendo como ponto de partida o estudo dos conceitos de licitação e contratação direta, bem como os princípios que orientam tais institutos. Posteriormente, tem-se um breve levantamento da atividade legislativa no tocante às hipóteses de dispensa, culminando numa reflexão a respeito do notável movimento que, por meio da ampliação das hipóteses de dispensa, acaba por subverter a disposição constitucional de que a dispensa deve ser tida como exceção, transformando-a em regra, ferindo princípios orientadores da atividade administrativa como a igualdade e a legalidade.

Palavras-Chave: Licitação. Dispensa. Princípios. Aplicação. Constitucionalidade.

INTRODUÇÃO	7
1. O INSTITUTO DA LICITAÇÃO	9
1.1 HISTÓRICO	9
1.2 CONCEITO	11
1.3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO INSTITUTO DA LICITAÇÃO	13
1.3.1 Princípio da Supremacia e Indisponibilidade do Interesse Público	15
1.3.2 Princípio da Legalidade	16
1.3.3 Princípio da Moralidade	17
1.3.4 Princípio da Impessoalidade e Igualdade	18
1.3.5 Princípio da Razoabilidade e da Proporcionalidade	19
1.3.6 Princípio da Motivação e da Publicidade	20
1.3.7 Princípio da Economicidade e da Eficiência	20
1.3.8 Princípio da Probidade Administrativa, da Vinculação ao Instrumento Convocatório e do Julgamento Objetivo	21
1.4 MODALIDADES DE LICITAÇÃO	22
1.4.1 Concorrência	23
1.4.2 Tomada de Preços	23
1.4.3 Convite	24
1.4.4 Concurso	24
1.4.5 Leilão	25
1.4.6 Pregão	25
2. A CONTRATAÇÃO DIRETA	27
2.1 OBRIGATORIEDADE DE LICITAÇÃO	27
2.2 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS	29
2.3 DISPENSA DE LICITAÇÃO	32
2.3.1 Classificação	33
2.3.1.1 Quanto ao grau de discricionariedade	33
2.3.1.2 Quanto ao conteúdo	35

2.4 INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO	38
2.4.1 Hipóteses Legais	39
2.5 PROCEDIMENTO	42
3. AMPLIAÇÃO DAS HIPÓTESES DE DISPENSA	44
3.1 PROJETOS DE AMPLIAÇÃO DAS HIPÓTESES DE DISPENSA	45
3.1.1 Medida Provisória n° 458/2009	45
3.1.2 Projeto de Lei n° 5.348/2009	45
3.1.3 Projeto de Lei n° 4.984/2009	46
3.1.4 Projeto de Lei n° 4.417/2008	47
3.1.5 Projeto de Lei n° 2.984/2008	47
3.1.6 Projeto de Lei n° 800/2007	47
3.1.7 Projeto de Lei n° 482/2007	48
3.1.8 Projeto de Lei n° 3.691/2004	48
3.1.9 Projeto de Lei n° 2.794/2003	49
3.1.10 Projeto de Lei n° 2.459/2003	50
3.1.11 Projeto de Lei n° 294/2003	50
3.1.12 Projeto de Lei n° 3.787/2000	51
3.1.13 Projeto de Lei n° 198/1999	51
3.1.14 Projeto de Lei n° 3.302/1997	52
3.1.15 Projeto de Lei n° 2.237/1996	52
3.2 PROJETOS DE LIMITAÇÃO DAS HIPÓTESES DE DISPENSA	53
3.2.1 Projeto de Lei do Senado n° 246/2009	53
3.2.2 Projeto de Lei do Senado n° 36/2006	55
3.3 CONSTITUCIONALIDADE DOS CASOS DE DISPENSA.....	56
CONCLUSÃO	59
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	61

INTRODUÇÃO

Assim como toda e qualquer pessoa, o Estado também tem necessidades. Para satisfazer tais necessidades o Poder Público pode reunir os recursos humanos, materiais, instrumentais e tecnológicos que a situação exige e sanar por si só a demanda ou, então, pode optar por contratar um particular que realize ou forneça o que necessita.

Contudo, a Administração não tem liberdade plena para escolher com quem ela vai contratar, já que sua função primordial é defender e concretizar o interesse coletivo. É, portanto, nesse contexto que se insere a licitação, procedimento a ser adotado pelo Estado quando não lhe for possível ou conveniente suprir suas necessidades por si só, necessitando para isso contratar particular.

O procedimento licitatório é revestido de certa complexidade, composto por diversos atos, distribuídos em fases específicas, destinados a consecução não apenas do interesse público, como também dos demais princípios que orientam a licitação. Tal complexidade acaba demandando tempo da autoridade e por vezes exige certos pressupostos que nem sempre são verificáveis.

Com efeito, ao confeccionar o regime da contratação pública, o legislador pátrio anteviu as situações que justificariam tratamento diverso, dando origem às hipóteses em que a licitação é dita dispensada ou inexigível, por entender que condicionar a licitação como a única opção, acabaria por causar uma lesão inevitável ao interesse público ou ainda mostraria tratar-se de medida inócua.

Portanto, a realidade factual requer que a ordem jurídica dê tratamento diverso para situações distintas, sob pena de haver agressão da própria realidade, que é o objeto do direito. Assim, não seria possível submeter todas as situações ao procedimento da licitação.

Assim, ficou consagrado pelo ordenamento jurídico brasileiro, como regra, a licitação para contratação de serviços e aquisições de bens, por parte da Administração direta ou indireta. Ou seja, em se tratando de contrato administrativo, a dispensa deve ser a exceção, ocorrendo apenas nos restritos casos autorizados pela lei.

Tem-se, então, que a licitação surgiu em resposta ao fato de que a autoridade pública não tem liberdade de escolher quem vai com ela contratar, as situações que excluem o dever de licitar surgem do reconhecimento de que a licitação, em dadas situações, significaria, efetiva ou potencialmente, prejuízo ao interesse visado pela Administração Pública.

A discricionariedade decorrente da aplicação dos casos de dispensa, contudo, tem dado margem para arbitrariedades, abuso de poder e quebra da isonomia, ensejando situações vantajosas não previstas para determinado licitante. Agindo dessa forma, o Administrador vai contra os princípios básicos das Licitações e do próprio Direito Administrativo, tornando todos os seus atos nulos de pleno direito.

1 O INSTITUTO DA LICITAÇÃO

1.1 HISTÓRICO

A origem da licitação remonta à Idade Média, quando já era possível identificar, apesar da precariedade do sistema, a mesma dupla finalidade objetivada nas licitações de hoje: a obtenção da proposta mais vantajosa (economicidade) e a igualdade entre os participantes (isonomia). Naquela época, de acordo com a lição de Hely Lopes Meirelles, “usou-se o sistema denominado ‘vela e pregão’, que consistia em apregoar-se a obra desejada, e, enquanto ardia uma vela os construtores interessados faziam suas ofertas. Quando extinguia a chama adjudicava-se a obra a quem houvesse oferecido o melhor preço”.¹

Em 1592, nas Ordenações Filipinas, já existia a previsão legal de que “Em se fazendo obra, primeiro andar em pregão, para se dar de empreitada a quem de houver fazer de melhor e por menos preços”.

O mesmo princípio se repetiu na Lei editada em 29 de agosto de 1828, que dispunha em seu art. 5º que, para a realização de obras públicas, seria contratado aquele que ofertasse maiores vantagens.

Em 1909, por meio da Lei Orçamentária nº 2.221, foram introduzidos preceitos que permanecem ainda atuais ao fixar as regras a serem observadas no processo

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 13ª ed. 2002, p. 27.

concorrencial, conferindo sobriedade e seriedade no que tange a aplicação do dinheiro público.

Contudo, é só a partir da edição do Código de Contabilidade da União de 1922 que a Administração Pública passa a usar do instrumento licitatório com maior frequência. Trata-se de uma norma extensa, que regula a licitação de maneira incidental, mas que acabou por influenciar toda a legislação subsequente, uma vez que trouxe dispositivos que até hoje se mantêm atuais.

Segundo Carlos Pinto Coelho Motta, a palavra licitação como indicativa de todas as modalidades do procedimento concorrencial, surgiu com a edição da Lei n° 4.401, de 11 de novembro de 1964, que dispunha sobre a licitação de obras e serviços e aquisição de materiais.

No ano de 1965, foi promulgada a Emenda Constitucional n° 15, à Constituição de 1946, que alçava o instituto em apreço ao nível constitucional. Ainda que houvesse críticas fundadas na desnecessidade de a Constituição abordar tal procedimento, esse entendimento não prosperou, em face da reiterada abordagem constitucional da licitação.

Em 1967, há a derrogação, em parte, do Código de Contabilidade por força do Decreto-lei n° 200/67, que abordava a licitação de forma sistematizada. Com a Lei n° 5.456/68, a aplicação do mencionado Decreto-lei no que se referia a licitação foi estendida às esferas Estaduais e Municipais.

Alegando urgência e baseado nos artigos 8°, XVII, “c” e 55 da Constituição de 1969, o poder executivo editou o Decreto-lei n° 2.300 em 21/11/86, dispondo sobre licitações e contratos da Administração, sendo conhecido como o Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos.

Diante da lacuna legislativa no tocante à competência para legislar a respeito de licitação, surgiram duas correntes doutrinárias opostas: uma que entedia tratar-se de matéria de direito financeiro – em que as normas gerais são de competência da União e as normas supletivas cabem aos Estados; e outra que entedia trata-se de matéria de direito administrativo – em que cada ente federativo possui competência para legislar.

Assim, para os adeptos da segunda corrente, as normas que determinavam a aplicação das normas editadas pela União também aos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios eram inconstitucionais por ferir o princípio da autonomia das unidades federadas para legislar sobre essa matéria.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, mais especificamente por meio de seu artigo 22, inciso XXVII, o Decreto-lei n° 2.300/86 adquiriu constitucionalidade plena ao conferir competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação, pondo fim a discussão a respeito da competência para legislar sobre licitação que perdurava desde a Constituição de 1967. O dispositivo constitucional teve ainda o condão de eximir dúvidas quanto a aplicação do instituto da licitação em todas as esferas da federação.

Finalmente, em de 21 de junho de 1993, foi editada a Lei n° 8.666, posteriormente alterada por sucessivas Medidas Provisórias e por algumas leis. Contudo, a mudança mais significativa que sobreveio à vigência da Lei n° 8.666/93 foi a operada com a instituição do pregão para aquisição de bens e serviços comuns, que encontrou seus moldes definitivos na Lei n° 10.520/02.

1.2 CONCEITO

Como já mencionado anteriormente, foi a partir da Lei n° 4.401/64, que a expressão licitação passou a significar todas as modalidades de procedimentos concorrenciais existentes, ainda que ao longo da evolução legislativa a expressão concorrência tenha sido, também, utilizada com frequência.

A esse respeito, convém destacar o entendimento de Cretella Júnior:

A nosso ver, bem andou o legislador federal, ao empregar o vocábulo *licitação*, na acepção de procedimento público seletivo prévio, gênero amplo que abrange quatro operações menores, antes não bem delineadas porque o vocábulo, mesmo nesta operação: a) é tradicional no campo do direito público brasileiro, b) foi definido de maneira exata na lei, c) houve um enriquecimento de sentido ou alargamento semântico que levou o termo a superar, abrangendo o instituto da concorrência pública, empregado pelo legislador de 1922, no Código da Contabilidade Pública da União e seu

respectivo Regulamento, d) o vocábulo *licitação* é empregado, normalmente, pelos administrativistas e pelo direito positivo dos países de língua espanhola.²

A conceituação dada pela doutrina não encontra grandes divergências. Hely Lopes Meirelles salienta que a:

[...] licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos.³

Ao passo que, de acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, a licitação é:

O procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados.⁴

Já Marçal Justen Filho conceitua licitação como:

Um procedimento administrativo formal, realizado sob regime de direito público, prévio a uma contratação, pelo qual a administração seleciona com quem contratar e define as condições de direito e de fato que regularão essa relação jurídica futura.⁵

² CRETILLA Jr., José. *Das licitações públicas*: comentários à nova Lei Federal n° 8.666 de 21 de junho de 1993. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 16.

³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 247.

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 333.

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 1998, p. 5.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, aproveitando parcialmente o conceito de José Roberto Dromi, define licitação:

Como o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato.⁶

Da análise de todos os conceitos examinados, destacam-se características uniformes: a licitação sempre surge sob a forma de procedimento administrativo, ditado por princípios balizadores da função administrativa e voltado à seleção de um eventual contratante.

Assim, licitação, dentro do contexto legal e refletindo os conceitos supramencionados, é o procedimento administrativo garantidor da fiel execução dos princípios constitucionais que a norteiam, com o fito de selecionar a proposta mais vantajosa para o erário.

1.3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO INSTITUTO DA LICITAÇÃO

O Direito Administrativo é um ramo particularmente repleto de princípios, pois a proteção dos interesses da coletividade deve sempre pautar as atitudes da administração, em geral, e do administrador, em particular.

Celso Antonio Bandeira de Mello define princípio da seguinte forma:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 331.

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de estrutura mestra.⁷

Apesar da falta de uniformidade entre os doutrinadores, os princípios aplicados às licitações são reflexos dos princípios do Direito Administrativo, essencialmente normatizado em sua estrutura.

A Constituição Brasileira consagrou alguns princípios norteadores da Administração Pública quando, em seu art. 37, *caput*, assim dispõe:

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

Na lição de Carlos Pinto Coelho Motta, o art. 3º é o dispositivo mais importante da Lei nº 8.666/93, que regula as licitações e contratos administrativos, “pois conceitua o procedimento licitatório, reafirma parâmetros éticos e estabelece seu objetivo.”⁸

É através do mencionado dispositivo que o legislador buscou traçar os limites éticos da licitação, reprisando princípios constitucionais que regem o processo e o procedimento:

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

⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 912.

⁸ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 100.

Para Maria Sílvia Zanella Di Pietro:

A própria licitação constitui um princípio a que se vincula a Administração Pública. Ela é decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público e que se constitui em uma restrição à liberdade administrativa na escolha do contratante; a Administração terá que escolher aquele cuja proposta melhor atenda ao interesse público.⁹

1.3.1 Princípio da Supremacia e Indisponibilidade do Interesse Público

Embora não esteja expressamente disposto na Lei de Licitações, o princípio da supremacia do interesse público sobre os interesses particulares está implícito nas próprias regras do Direito Administrativo e configura-se, nos dizeres de Hely Lopes Meirelles, “como um dos princípios de observância obrigatória pela Administração Pública...”¹⁰

É em nome do primado do interesse público que as atividades assumidas pelo Estado se ampliaram, em atenção às necessidades coletivas, tendo como consequência a ampliação do próprio conceito de serviço público.

Desta forma, é dada ao administrador a tarefa de zelar pelos interesses da coletividade. Assim, esse gerenciador não pode dispor daqueles interesses em detrimento da proteção aos dos particulares.

Nos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...] indisponibilidade dos interesses públicos significa que sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à disposição de quem quer que seja, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que predispuer a *intentio legis*. [...] as pessoas administrativas não têm portanto disponibilidade sobre os interesses públicos confiados à sua guarda e realização. Esta disponibilidade está permanentemente retida nas mãos do Estado (e de outras pessoas políticas, cada qual na própria esfera) em sua manifestação legislativa. Por isso, a

⁹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. Op. cit., p. 335.

¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. Op. cit., p. 95.

Administração e a pessoa administrativa, autarquia, têm caráter instrumental.¹¹

Portanto, a cabe a Administração cumprir com as competências que lhe são outorgadas por lei, respondendo pelas omissões em que incorrer, pois em o Poder Público se omitindo no exercício de seus poderes, o interesse público é colocado em risco.

1.3.2 Princípio da Legalidade

A atuação da Administração Pública é regida pelo princípio da legalidade, ou seja, só pode agir de acordo com o determinado pela lei. Princípio que se opõe ao aplicado no âmbito das relações entre particulares, e que prevalece a autonomia da vontade, que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe.

Contudo, tal princípio não pode entendido de maneira limitada, como bem adverte Lúcia Valle Figueiredo:

[...] o princípio da legalidade não pode ser compreendido de maneira acanhada, de maneira pobre. E assim seria se o administrador, para prover, para praticar determinado ato administrativo, tivesse sempre de encontrar arrimo expresso em norma específica, que dispusesse exatamente para aquele caso concreto.

Ora, o princípio da legalidade é bem mais amplo do que a mera sujeição do administrador à lei, pois abriga, necessariamente, a submissão também ao Direito, ao ordenamento jurídico, às normas e princípios constitucionais.¹²

Todavia, o princípio em comento adquire ainda maior relevo nos dizeres de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, pois a licitação “constitui um procedimento inteiramente vinculado à lei; todas as suas fases estão rigorosamente disciplinadas na Lei n° 8.666/93, cujo artigo 4° estabelece que todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a

¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p 23.

¹² FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 35-36.

que se refere o artigo 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido em lei.”¹³

1.3.3 Princípio da Moralidade

Esse princípio, expressamente representado tanto na Constituição Federal quanto na Lei nº 8.666/93, é alvo de crítica por parte da doutrina. Segundo Maria Sílvia Zanella Di Pietro, embora “nem todos os autores aceitem a existência desse princípio; alguns entendem que o conceito de moral administrativa é vago e impreciso ou que acaba por ser absorvido pelo próprio conceito de legalidade.” Para ela, “a partir do momento em que o desvio de poder foi considerado como ato ilegal e não apenas imoral, a moralidade administrativa teve seu corpo reduzido; o que não impede, diante do direito positivo brasileiro, o reconhecimento de sua existência como princípio autônomo.”¹⁴

Sobre o mesmo tema afirma Manoel de Oliveira Franco Sobrinho:

Dir-se-á, todavia, que a expressão *moralidade administrativa*, no seu conceito, é uma expressão vazia de sentido jurídico. Não é assim, porém. Está ligada à gestão administrativa, isto é, à forma da lei ou da norma jurídica, desde que não deva haver liberdade de atuação a não ser objetivando a ‘boa’ administração ou o ‘bem comum’.

Já hoje em dia as legislações se fazem preventivas. Tão somente pela simples presunção de que a ética comanda os fatos públicos. E as soluções administrativas que são públicas. Quando estabelecem *regras-princípios*, as leis que tutelam a Administração, sob qualquer forma de controle, desempenham papel inerente à própria ordem constitucional.¹⁵

Assim, o princípio da moralidade constitui importante norte para o administrador público, pois a Administração não pode tomar postura que desabone a boa conduta de seus atos, devendo proceder, portanto, de modo não apenas lícito, mas em atenção, também, à

¹³ DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Direito administrativo*. Op. cit., p. 339.

¹⁴ Idem, p. 72-74.

¹⁵ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *O controle da moralidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 14.

moral, aos bons costumes, às regras de boa administração, aos princípios de justiça e de equidade, à idéia comum de honestidade.

Convém, ainda, destacar que não há que se confundir legalidade e moralidade, uma vez que, sendo o ato atentatório ao princípio da moralidade, mesmo que esteja revestido de legalidade, este não deve ser tomado pela Administração, pois a moralidade seria pressuposto de validade do ato.

1.3.4 Princípio da Impessoalidade e Igualdade

A impessoalidade encerra dois sentidos distintos, primeiramente, temos que a Administração não pode atuar visando prejudicar ou favorecer pessoas determinadas, guardando estreita relação com a finalidade pública que orienta a atividade administrativa. De outro lado, de acordo com a lição de José Afonso da Silva, “os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa da Administração Pública, de sorte que ele é o autor institucional do ato. Ele é apenas o órgão que formalmente expressa a vontade estatal.”¹⁶

Hely Lopes afirma que:

[...] o princípio da impessoalidade, referido na Constituição de 88 (art. 37, caput), nada mais é que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal.¹⁷

Desta forma, uma vez quebrada a isonomia no tratamento com os particulares, o administrador deixa de observar o interesse da coletividade, bem maior e objeto principal do Direito Administrativo.

¹⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 647.

¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. Op. cit., p. 85.

Intimamente ligado ao princípio da impessoalidade encontra-se o da igualdade. Tal preceito encontra-se expresso no artigo 37, XXI, da Constituição de 88 e determina que cabe à Administração Pública tratar todos os administrados de forma a impedir favoritismos. O que em sede de licitação significa promover a competição entre os licitantes de forma igualitária.

1.3.5 Princípio da Razoabilidade e da Proporcionalidade

Pelo princípio da razoabilidade, a Administração, no uso da discricionariedade, deverá obedecer a critérios aceitáveis na prática de seus atos, ou seja, cabe ao administrador avaliar qual a melhor maneira de concretizar a utilidade pública exigida pela norma, despido de suas próprias convicções, pautando-se em um critério de razoabilidade.

A respeito dessa liberalidade do administrador público, Diogo de Figueiredo Moreira Neto assim leciona:

O que se pretende é considerar se determinada decisão, atribuída ao Poder Público, de integrar discricionariamente uma norma contribuirá efetivamente para um satisfatório atendimento dos interesses públicos. [...] A razoabilidade, agindo como um limite à discricção na avaliação dos motivos, exige que sejam eles adequáveis, compatíveis e proporcionais, de modo a que o ato atenda a sua finalidade pública específica; agindo também como um limite à discricção na escolha do objeto, exige que ele se conforme fielmente à finalidade e contribua eficientemente para que ela seja atingida.¹⁸

Na visão de Maria Sílvia Zanella Di Pietro, o princípio da proporcionalidade constitui um dos aspectos contidos no da razoabilidade. Justificando que “o princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar”.

¹⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 37-40.

1.3.6 Princípio da Motivação e da Publicidade

Apesar de não estar expressamente contido no artigo 37 da Constituição Federal, o princípio da motivação foi abarcado pela Lei n° 8.666/93. Tal princípio determina que a Administração Pública exponha os fundamentos de fato e de direito de suas decisões. Somente através dos atos motivados é que se pode verificar se as condutas administrativas estão atendendo aos princípios da legalidade, finalidade, razoabilidade e proporcionalidade.

A respeito da publicidade, seu fim é permitir, não somente a participação de todos os interessados, mas que se fiscalize os atos de licitação. O artigo 7º, § 8º, da Lei de Licitações, garante a qualquer cidadão ter acesso ao procedimento licitatório para tomar conhecimento dos quantitativos das compras e/ou serviços bem como de seus preços. Ou seja, é vedado à administração a realização de licitação sigilosa.

1.3.7 Princípio da Economicidade e da Eficiência

No tocante ao princípio da economicidade, na lição de Carlos Pinto Coelho Motta, “constante do art. 70 da Constituição Federal e voltado para o controle da eficiência do gasto público, no que diz respeito ao custo-benefício. Implica na aplicação de mecanismos fidedignos de controle da eficiência na gestão financeira e na execução orçamentária. Tal princípio ganha relevo com a introdução do princípio da eficiência no caput do art. 37.”¹⁹

O princípio da eficiência foi recentemente introduzido em nosso texto constitucional, por meio da Emenda Constitucional n° 19, tendo influência direta sobre os casos de contratação direta.

Hely Lopes Meirelles trata a eficiência como um dos deveres da Administração Pública, definindo-o como:

[...] o que se impõe a todo o agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com a legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e

¹⁹ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Op. cit., p. 116-117.

satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros”.²⁰

1.3.8 Princípio da Probidade Administrativa, da Vinculação ao Instrumento Convocatório e do Julgamento Objetivo

Sendo o primeiro dos princípios expressos na Lei nº 8.666/93, a probidade administrativa consiste na honestidade de proceder ou na maneira criteriosa de cumprir todos os deveres que são atribuídos ou acometidos ao administrador por força de lei. É diretamente derivado do princípio da moralidade.

A respeito da moralidade e da probidade assevera Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

A Lei nº 8.666/93 faz referência à moralidade e à probidade, provavelmente porque a primeira, embora prevista na Constituição, ainda constitui um conceito vago, indeterminado, que abrange uma esfera de comportamentos ainda não absorvidos pelo Direito, enquanto a probidade ou, melhor dizendo, a improbidade administrativa já tem contornos bem mais definidos no direito positivo, tendo em vista que a Constituição estabelece sanções para punir os servidores que nela incidem (art. 37, § 4º).²¹

Quanto à vinculação ao instrumento convocatório, este constitui a “lei interna da licitação” e, por isso, vincula aos seus termos tanto a Administração como os particulares. Para Di Pietro “[...] trata-se de princípio essencial cuja inobservância enseja nulidade do procedimento”.²²

Daí decorre a conclusão de Adilson Abreu Dallari:

O edital há de ser completo, de molde a fornecer uma antevisão de tudo que possa vir a ocorrer no decurso das fases subseqüentes da licitação. Nenhum licitante pode vir a ser surpreendido com coisas, exigências, transigências, critérios ou atitudes da Administração que, caso conhecidas anteriormente, poderiam afetar a formulação de sua proposta.²³

²⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 102.

²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 339-340.

²² *Idem*, p. 341.

²³ DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. São Paulo: Saraiva, 1997, p.92.

Decorrência lógica do anterior, o princípio do julgamento objetivo, impõe que a análise das propostas se faça com base no critério indicado no ato convocatório. Por esse princípio, obriga-se a Administração a se ater ao critério fixado no ato de convocação, evitando o subjetivismo no julgamento. Encontra-se expressamente firmado nos arts. 3º, 44 e 46 da Lei de Licitações.

Tanto é assim que “nulo, portanto, é o edital omissivo ou falho quanto ao critério e fatores de julgamento, como é nula a cláusula que, ignorando-os, deixe ao arbítrio da Comissão Julgadora a escolha da proposta que mais convier à Administração.”²⁴

1.4 MODALIDADES DE LICITAÇÃO

As modalidades de licitação estão elencadas no artigo 22 da Lei nº 8.666/93 mais a modalidade de pregão, inserida com a Lei nº 10.520/02. Por força do disposto no § 8º, do já mencionado artigo 22 da Lei nº 8.666/93, “ao interprete é vedado criar outras modalidades além das estabelecidas em lei, ou mesmo combinar entre si as modalidades existentes.” Portanto “figuras denominadas ‘licitação informal’ ou ‘procedimento seletivo simplificado’ [...] são artificiais e desautorizadas pela letra legal”.²⁵

No tocante a expressão modalidade, relevante citar as palavras de Marçal Justen Filho:

A expressão “modalidade” é utilizada, tecnicamente, para indicar cada uma das espécies de procedimentos licitatórios, que se diferenciam entre si no tocante à estrutura e aos fins buscados. Na esteira do pensamento de ADILSON A. DALLARI, as diferenças entre as diversas modalidades de licitação não se resumem a questões acessórias, tais como âmbito de publicação, prazo de divulgação, valor econômico da contratação. As diferenças retratam a necessidade de adequar a disputa ao objeto a ser contratado.²⁶

²⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. Op. cit., p. 28.

²⁵ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Op. cit., p. 250.

²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 361.

Em todas as modalidades pode ser observada a preocupação do legislador em garantir que a publicidade do certame e a universalidade dos candidatos seja preservada, ou seja, por mais simples que seja o processo de licitação, a Administração sempre busca dar conhecimento de seu ato, tanto para fiscalização como para que todos os interessados se manifestem.

1.4.1 **Concorrência**

Concorrência é a modalidade empregada para valores de grande vulto, alienação de bens imóveis, concessão de direito real de uso e concessão de obra pública. É realizada com ampla publicidade, de modo a propiciar a participação de qualquer interessado, desde que comprove possuir os requisitos exigidos pelo edital.

A própria Lei de Licitações buscou definir a forma de aplicação das diferentes modalidades de licitação em seu artigo 23. No caso da concorrência, esta passa a ser obrigatória para obras e serviços de engenharia cujos contratos ultrapassem um milhão e quinhentos mil reais; para compras e serviços o preço base é de seiscentos e cinquenta mil reais. O mesmo artigo, em seu §4º, faculta ainda à Administração a aplicação da modalidade de concorrência também nos casos em que couber convite e tomada de preços.

1.4.2 **Tomada de preços**

A tomada de preços é uma modalidade de licitação que se realiza entre interessados devidamente cadastrados ou que atendam os requisitos para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas. Trata-se de procedimento mais simples que a concorrência, pois ao limitar a modalidade aos licitantes previamente cadastrados, a fase da habilitação ganha agilidade, pois a comissão se limita a examinar o certificado de registro cadastral.

Assim como para a modalidade de concorrência o art. 23 da Lei nº 8.666/93 traz, também, os limites para a aplicação da modalidade de tomada de preços. Nos contratos para obras e serviços de engenharia podem ser celebrados contratos de até um milhão e quinhentos

mil reais; para compras e serviços o limite é de seiscentos e cinquenta mil reais. O legislador optou por facultar a aplicação da modalidade em comento nos casos em que couber o convite.

1.4.3 Convite

Trata-se da modalidade de licitação mais simples. É realizada entre, no mínimo, três interessados do ramo pertinente ao objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados pela Administração. Podem participar, também, os interessados que, apesar de não convidados, estejam cadastrados e manifestem interesse em até vinte e quatro horas antes da apresentação das propostas.

É ainda, a única modalidade em que a publicação de edital não é exigida, pois a convocação se dá por escrito através da carta-convite. Para permitir a participação dos licitantes não convidados, o artigo 22, § 3º da Lei nº 8.666/93, exige que a unidade administrativa afixe, em lugar apropriado, cópia do instrumento convocatório.

Diante da simplicidade do processo, o legislador buscou limitar as hipóteses em que tal modalidade é aplicada. No art. 23 da Lei de Licitações estipula que os valores máximos para a contratação por meio do convite no caso de obras e serviços de engenharia é de cento e cinquenta mil reais, enquanto que para os demais casos de compras e serviços o valor máximo é de oitenta mil reais.

1.4.4 Concurso

Concurso é a modalidade de licitação em que a administração tem como objetivo a escolha, a partir de parâmetros previamente fixados, de um trabalho técnico, científico ou artístico, instituindo para isso prêmio ou remuneração para o vencedor. Em se tratando de projeto, a oportunidade da execução do trabalho fica condicionada a julgamento de conveniência da Administração.

1.4.5 Leilão

O leilão é a modalidade utilizada para a venda de bens móveis inservíveis ou produtos legalmente apreendidos ou penhorados a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao da avaliação.

Marçal Justen Filho detecta uma incorreção no texto da Lei:

A Lei n° 8.666/93 cometeu erro judiciário evidente, ao introduzir a referência à venda de produtos ‘penhorados’. O bem penhorado é aquele apreendido em processo de execução, por ato do Estado-Jurisdição, para garantia da satisfação do direito do credor munido de título executivo. Em hipótese alguma a Administração poderia alienar bens penhorados.²⁷

1.4.6 Pregão

O pregão é a única modalidade não prevista no rol do artigo 22 da Lei n° 8.666/93. Foi instituído por meio da Medida Provisória n° 2.182/2001, que limitava sua aplicação apenas na esfera federal. Com a edição da Lei n° 10.520/2002, a modalidade de pregão foi estendida para os demais entes da federação ao não repetir a limitação da MP n° 2.182/01.

Trata-se de modalidade que remonta a época das Ordenações Filipinas, texto que incorporou as primeiras práticas de licitação pública. Atualmente, o valor estimado de contratação não possui limites e a disputa se dá por meio de propostas e lances em sessão pública e destina-se à aquisição de bens e serviços comuns,.

Desta feita, o pregão limita-se apenas pela caracterização de seu objeto como “comum”, não guardando nenhuma relação para com o valor a ser contratado. Importante destacar, portanto, que bens e serviços comuns são aqueles, tal qual estabelece o parágrafo único do art. 1° da Lei n° 10.520/2002, cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser definidos pelo edital. Em outras palavras, são os bens ou serviços geralmente oferecidos por

²⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. Op. cit., p. 203.

diversos fornecedores e facilmente comparáveis entre si, de modo a permitir a decisão de compra com base no menor preço.

Os bens e serviços compreendidos nessa classificação foram exemplificados no Anexo II do Decreto nº 3.555/2000 que regulamenta o procedimento do pregão. A Lei nº 8.248/1991, por sua vez, impede que equipamentos, programas e serviços de informática, exceto os de digitação e manutenção de equipamentos, sejam contratados por meio do pregão, devendo ser aplicada licitação de tipo “técnica e preço”. Também não podem ser licitados em pregão a contratação de obras e serviços de engenharia, as locações imobiliárias e as alienações em geral.

A participação no pregão se dá pelo envio de proposta escrita de preço à Comissão de Licitação, sendo selecionadas as propostas de menor valor e as até 10% superiores. Assim, o pregão tem início com um valor dentro da realidade do mercado. Concebido, inicialmente, de forma que as propostas se dessem de forma presencial, a grande inovação da modalidade de pregão é sua realização em meio eletrônico, sendo a modalidade de licitação que mais tem crescido no País.

O pregão inverte as etapas usuais da licitação, definindo primeiro a melhor proposta para, depois, cuidar de toda a parte burocrática da licitação. Desse modo, a participação dos fornecedores torna-se fácil e mais rápida. Em processos comuns efetuados por tomada de preços ou concorrência, a escolha do vencedor chega a demorar até 120 dias, enquanto no pregão isso ocorre no mesmo dia. Se nenhuma empresa participante entrar com recurso, num prazo de dez dias o resultado sairá publicado no Diário Oficial. Caso haja contestação, o processo licitatório levará em média 15 dias.

2 A CONTRATAÇÃO DIRETA

2.1 OBRIGATORIEDADE DE LICITAÇÃO

Constitucionalmente o legislador pátrio fixou a obrigatoriedade da licitação ao exigir em seu art. 37, XXI, que o procedimento licitatório fosse observado sempre que a Administração viesse a contratar para obras, serviços, compras e alienações. Preocupação que se repete na redação do art. 175 da Constituição de 88, que também exige que a execução de serviço público por concessão ou permissão se dê por licitação.

A intenção do legislador ao estabelecer a licitação como regra nos contratos da Administração é a preservação dos princípios da legalidade, igualdade, impessoalidade, moralidade, probidade e da própria ilevidade do patrimônio público.

Ao tratar sobre o tema, Alexandre de Moraes salienta:

Enquanto os particulares desfrutam de ampla liberdade na contratação de obras e serviços, a Administração Pública, em todos os seus níveis, para fazê-lo, precisa observar, como regra, um procedimento preliminar determinado e balizado na conformidade da legislação. Em decorrência dos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e probidade administrativa, os contratos que envolvem responsabilidade do erário público necessitam adotar a licitação, sob pena de invalidade, ou seja, devem obedecê-la com rigorosa formalística como precedente necessário a todos os contratos da administração, visando proporcionar-lhe a proposta mais vantajosa e dar oportunidade a todos de oferecerem seus serviços ou mercadorias aos órgãos estatais, assegurando, assim, sua licitude. A participação da administração pública no pacto contratual, compromete a *res* pública, devendo, portanto, sua conduta pautar-

se pelos imperativos constitucionais e legais, bem como pela mais absoluta e cristalina transparência.²⁸

Celso Antonio Bandeira de Mello, destaca ainda a afronta ao princípio da igualdade:

O acatamento aos princípios mencionados empece – ou ao menos forceja por empecer – conluio inadmissíveis entre agentes governamentais e terceiros, no que se defende a efetividade administrativa contra negócios desfavoráveis, levantando-se, ainda, óbice a favoritismo ou perseguições, inconvenientes com o princípio da igualdade.²⁹

Ou seja, “qualquer contratação, sem prévia e necessária licitação, não só desrespeita o princípio da legalidade, como vai mais além, pois demonstra favoritismo do Poder Público em contratar com determinada empresa, em detrimento de todas as demais, que nem ao menos tiveram oportunidade de oferecimento de propostas e verificação de condições, em frontal desrespeito ao princípio constitucional da igualdade (art. 5º, caput e inciso I, da Constituição Federal).”³⁰

No mesmo sentido, temos lição de José Afonso da Silva:

O princípio da licitação significa que essas contratações ficam sujeitas, como regras, ao procedimento de seleção de propostas mais vantajosas para a administração pública. Constitui um princípio instrumental de realização dos princípios da moralidade administrativa e do tratamento isonômico dos eventuais contratantes com o Poder Público.³¹

No entanto, os mesmos dispositivos que estabelecem a licitação como regra, admitem que a lei defina casos em que esta poderá ser ignorada, quando, então, a

²⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 327.

²⁹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 180.

³⁰ MORAES, Alexandre de. *Op. cit.*, p. 328.

³¹ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 573.

Administração procederá com a contratação direta, aplicando os institutos da dispensa ou inexigibilidade de licitação.

Partindo-se do pressuposto de que o legislador constitucional optou, na redação do art. 37, pela licitação como regra, as hipóteses em que esta pode ser afastada devem ser interpretadas de forma restritiva e taxativa, de modo a não ferir a finalidade da norma constitucional, bem como todos os princípios que a norma encerra.

Desta forma, temos que a regra é proceder com a licitação, sendo que as exceções previstas pelo legislador encontram-se rigidamente delimitadas no corpo da Lei n° 8.666/93, tanto que considera-se crime a dispensa ou a inexigência de licitação fora dos casos previstos na Lei Nacional de Licitações (art. 89 da Lei n° 8.666/93).

2.2 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

O princípio constitucional da licitação, como todas as regras de Direito, não tem valor absoluto, devendo ser aplicado em conjunto com os demais princípios do mundo jurídico, sendo que os princípios já destacados e, sobretudo, a supremacia do interesse público orientam a exigência, como regra geral, de licitação prévia para contratações da Administração Pública.

Portanto, não obstante a regra de licitar, a Lei das Licitações prevê hipóteses em que a Administração, desde que preenchidos alguns requisitos essenciais, possa dispensar ou até mesmo considerar inexigível a licitação. Estabeleceu, para isso, os casos em que a licitação é dispensável ou inexigível nos artigos 17, 24 e 25 da Lei n° 8.666/93.

Sobre este conflito de princípios, José Ulisses Jacoby Fernandes escreve que:

[...] em alguns casos previamente estabelecidos pelo legislador, o princípio da licitação cede espaço ao princípio da economicidade ou ao primado da segurança nacional, ou ainda para garantir o interesse público maior, concernente à necessidade de o Estado intervir na economia. Em todos os casos delineados pela Lei n° 8.666/93, em que a licitação foi dispensada ou considerada inexigível, pelo menos no plano teórico, entendeu o legislador estar em confronto o princípio jurídico da licitação e outros valores

igualmente tutelados pela ordem jurídica, tendo sido aqueles subjugados por um desses.³²

A criação dessas exceções à obrigatoriedade da licitação foi justificada como uma tentativa de amparar os casos em que a licitação formalista seria muito dispendiosa e causaria prejuízos ao Poder Público.

Contudo, ao contrário do que possa parecer, a contratação direta não caracteriza um desvio dos princípios básicos que orientam a atividade da Administração, muito menos caracteriza a livre atuação administrativa. Mesmo no caso da contratação direta, o administrador está obrigado a seguir um procedimento administrativo determinado para assegurar a prevalência dos princípios fundamentais, ou seja, por meio dela, autoriza-se à Administração a adotar outro procedimento, onde as formalidades são suprimidas ou substituídas por outras.

Portanto, não se deve confundir contratação direta com ausência de um procedimento administrativo. Toda contratação desse tipo exige procedimento prévio com a observância de etapas e formalidades.

Marçal Justen Filho afirma que:

[...] esse procedimento envolve ampla discricionariedade para a Administração, mas a liberdade se restringe às providências concretas a serem adotadas. Aqui não há margem de discricionariedade acerca da observância das formalidades prévias. Afirma, ainda, que aplicar-se-á àqueles casos de emergência tão grave que a demora, embora mínima, pusesse risco a satisfação do interesse público.³³

Ainda que os casos em que a dispensa ou a inexigibilidade de licitação são aplicadas envolvam ampla discricionariedade da Administração, essa liberdade limita-se às providências concretas a serem tomadas e não deve constituir uma brecha que dê margem a fraudes e favorecimentos na contratação.

³² FERNANDES, José Ulisses Jaboby. *Contratação direta sem licitação*. 4. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 132.

³³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 1998, p. 207.

No entanto, a Lei Nacional de Licitações limita-se, em seu art. 26, a estabelecer requisitos de eficácia para a contratação direta, ou seja, só adquire eficácia a contratação direta que tiver a causa de sua dispensa ou inexigibilidade (hipóteses aventadas nos §§ 2º e 4º do art. 17, no inciso III e seguintes do art. 24, bem como as do art. 25) comunicada à autoridade superior, para que esta ratifique e proceda à publicação do ato.

A ratificação fará com que o ato seja confirmado, corrigido, invalidado ou convalidado, sendo descabida a ratificação quando a contratação é realizada pela autoridade da mais alta hierarquia:

A ratificação retrata o conhecimento e aprovação pelas autoridades superiores, relativamente aos atos praticados por agentes públicos subordinados. Destina-se a assegurar que as autoridades de mais alta hierarquia, no âmbito do sujeito contratante, tenham conhecimento e concordem com os termos da contratação. Logo, não há cabimento de uma ‘ratificação’ quando a contratação é produzida pela própria autoridade da mais alta hierarquia. A finalidade da ratificação já se produziu quando a autoridade de hierarquia mais elevada praticou, ela própria, o ato de contratação direta. Portanto, não há necessidade de novos atos formais, sem conteúdo ou utilidade autônomos.³⁴

Outra forma que coíbe o possível abuso na utilização das hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação é encontrada no § 2º do art. 25, que estabelece a responsabilidade solidária do fornecedor ou prestador de serviços e do agente público responsável pela contratação, em relação aos danos causados à Fazenda Pública. Criminalmente, ambos ainda respondem pela sanção imposta pela redação do art. 89 da Lei nº 8.666/93, que define como criminoso o ato de “dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade”, incidindo na mesma pena (detenção de 3 a 5 anos, e multa) “aquele, que tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade legal, para celebrar contrato com o Poder Público”.

Para alguns doutrinadores, dar oportunidade para que todos os potenciais interessados participem de uma seleção, ainda que se trate de uma seleção mais simples que a apresentada pelo processo licitatório, seria uma forma de moralizar o procedimento de contratação direta.

³⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2000, p. 300.

Assim, em havendo pluralidade de particulares em condições de atender ao interesse público a Administração deverá propiciar a competição, estabelecendo critérios objetivos de seleção. Ao proceder a escolha de determinado sujeito a ser contratado, a Administração, em atenção aos princípios que orientam sua atividade, deve justificar e indicar os fundamentos de sua decisão.

2.3 DISPENSA DE LICITAÇÃO

A própria Constituição Federal ao exigir que se proceda com a licitação nos contratos mencionados em seu art. 37, inciso XXI, ressalva a possibilidade de serem editadas, em lei ordinária, hipóteses em que a obrigatoriedade de licitação é relativizada.

Assim, na lição de Vera Lúcia Machado D'Ávila, temos que a dispensa:

[...] é figura que isenta a Administração do regular procedimento licitatório, apesar de no campo fático ser viável a competição, pela existência de vários particulares que poderiam ofertar o bem ou serviço. Entretanto, optou o legislador por permitir que, nos casos por ele elencados, e tão-somente nesses casos, a Administração contrate de forma direta com terceiros, sem abrir o campo de competição entre aqueles que, em tese, poderiam fornecer os mesmos bens ou prestar os mesmos serviços.³⁵

Carlos Ari Sundfeld, citado por Fernando Anselmo Rodrigues, argumenta que:

se o caso concreto não é daqueles onde se vislumbra a real inconveniência de licitar, a dispensa não se justifica, mesmo quando, à primeira vista, ela pareça enquadrar-se na descrição normativa tomada em abstrato. Cada hipótese de dispensa descrita na lei tem por trás uma finalidade de interesse público a ensejá-la. Se, em virtude das peculiaridades do caso concreto, tal finalidade não é atingida com a dispensa, a norma não pode incidir.³⁶

³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella *et al.* *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 85-86.

³⁶ RODRIGUES, Fernando Anselmo. *Hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação*. In VERRI JR, Armando; TAVOLARO, Luís Antonio; e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). *Licitações e contratos administrativos: temas atuais e controvertidos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 189.

Como já exposto anteriormente, haverá dispensa de licitação sempre que esta for materialmente viável, mas a lei garante ao gestor público a faculdade de contratação direta sempre que for mais conveniente à Administração Pública e, concomitantemente, assim restar mais bem satisfeito o interesse público.

2.3.1 Classificação

A Lei nº 8.666/93 trata das hipóteses de dispensa nos seus artigos 17 e 24, sem estabelecer qualquer distinção ou classificação. A doutrina, no entanto, costuma dividi-las em espécies: a) quanto ao grau de discricionariedade, tem-se licitação dispensada (art. 17) e licitação dispensável (art. 24); b) quanto ao conteúdo, em dispensa em razão do pequeno valor, em razão de situações excepcionais, em razão do objeto e em razão da pessoa.

2.3.1.1 Quanto ao grau de discricionariedade

A distinção entre licitação dispensada e dispensável não se encontra pacificada na doutrina, cabendo, portanto, a lição de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

A principal distinção entre licitação dispensada, tratada no art. 17, e as dispensas de licitação, estabelecidas no art. 24, repousa no sujeito ativo que promove a alienação, figurando no primeiro caso a Administração, no interesse de ceder parte do seu patrimônio, vender bens ou prestar serviços; e, nos casos do art. 24, a situação é oposta, estando a Administração, como regra, na condição de compradora ou tomadora de serviços.

Outro aspecto distintivo entre licitação dispensada e dispensável é o fato de que, em princípio, na primeira não é necessário observar as formalidades do art. 26 da Lei nº 8.666/93, significando, com isso, simplificação. Assim, conquanto esse artigo seja bom orientador para salvaguardar o gestor, não é obrigatório seu pontual acatamento, exceto em se tratando de licitação dispensada, regulada pelos §§ 2º e 4º do art. 17. Na dispensa de licitação, ao contrário, com a ressalva dos incisos I e II do art. 24, é sempre obrigatório acatar as formalidades instituídas no art. 26 da Lei de Licitações.³⁷

³⁷ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 191.

Assim, no art. 17, estariam dispostos os casos em que a licitação foi dispensada pelo próprio legislador, tendo o administrador o dever de cumpri-la compulsoriamente. Já no art. 24, o legislador optou por elencar as hipóteses em que a licitação pode ser alvo de dispensa, cabendo ao administrador decidir sobre o seu emprego ou não.

Marçal Justen Filho, no entanto, não se filia a esse entendimento. Ao tratar de licitação dispensada e dispensável, afirma que:

[...] em ambos os casos, o legislador autoriza a contratação direta. Essa autorização legislativa não é vinculante para o administrador. Ou seja, cabe ao administrador escolher entre realizar ou não a licitação já que é perfeitamente possível a realização de licitação nas hipóteses do art. 17 desde que o administrador repute presentes os requisitos para tanto.³⁸

Portanto, ao admitir a existência dessas duas categorias, temos que licitação dispensada é aquela em que a própria lei a declarou como tal. É a forma de dispensa de licitação em que o juízo de discricionariedade é diminuto, tanto que somente em certos casos (art. 17, §§ 2º e 4º) a lei exige a motivação do afastamento da concorrência.

As hipóteses de licitação dispensada estão elencadas nos incisos I e II do art. 17 da Lei de Licitações e Contratos, que se referem à alienação de bens móveis e imóveis pela Administração Pública. Em regra, toda alienação de bens por órgão público depende de prévia avaliação pecuniária e autorização legislativa e se processa por licitação na modalidade de concorrência.

No entanto, o processo de licitação é dispensado para bens imóveis, embora a avaliação e a autorização legislativa ainda sejam necessárias, nos casos de dação em pagamento, doação, venda ou concessão de direito real de uso a outro órgão público, permuta por outro imóvel de interesse público, investidura e alienação condicionada à aplicação em programas habitacionais.

No caso de bens móveis, a licitação é dispensada – exigindo-se, contudo, avaliação prévia do objeto – nas hipóteses de doação condicionada ao uso de interesse social,

³⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 1998, p. 210.

permuta com outro órgão público, venda de ações (que podem ser negociadas em bolsa), venda de títulos, venda de certos bens produzidos ou comercializados pela Administração e venda de materiais não utilizados para outros órgãos públicos.

Nos casos acima enumerados, a licitação é dispensada pela própria lei, que presume a inconveniência de disputa, em razão da pessoa do beneficiado (nas hipóteses em que o contratado é outro órgão público), em razão do objeto (alcance de interesse público na alienação) ou por motivos excepcionais, como na venda de certos bens móveis. Nessas hipóteses, o juízo discricionário do gestor público é reduzido à verificação da utilidade de se desfazer do bem público, posto que, identificado o caso concreto com a prescrição normativa, não há que se cogitar em licitação.

De outro lado tem-se a licitação dispensável, espécie de afastamento de processo licitatório em que o administrador poderá exercer seu juízo de conveniência para determinar qual a opção mais válida ao interesse público, licitar ou contratar diretamente.

Em tese, a Administração Pública poderia proceder à concorrência, porém esta se revela inconveniente aos interesses da sociedade, inclusive podendo redundar em prejuízos à Fazenda Pública. Contudo, a possibilidade de dispensa não confere ao administrador o poder de impor a sua vontade, devendo este pautar sua escolha na prudência, na razoabilidade e na moralidade administrativa. Os casos de licitação dispensável encontram-se enumerados no art. 24 da Lei n° 8.666/93 e serão abordados de maneira mais pormenorizada no tópico que trata dos casos de dispensa classificados quanto ao seu conteúdo.

2.3.1.2 Quanto ao conteúdo

Inicialmente, em razão da classificação quanto ao conteúdo das hipóteses de dispensa, têm-se aquelas que se justificam pelo pequeno valor do objeto, tratadas nos incisos I e II do art. 24: contratação de obras e serviços de engenharia no valor de até 10% do limite máximo para a modalidade de convite, ou seja, R\$ 15.000,00; e contratação de outros serviços ou aquisições no valor de até 10% do limite máximo para a modalidade de convite, o que importa em R\$ 8.000,00. Importante salientar que a lei dispensa justificativa para essas

hipóteses de contratação, haja vista a existência de uma presunção quase absoluta de inconveniência em se licitar abaixo desse teto.

É possível dispensar-se a licitação também em certas situações excepcionais, como nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem (art. 24, III) e de emergência e calamidade pública (art. 24, IV) em que a demora do procedimento é incompatível com a urgência na celebração do contrato.

As situações excepcionais em que a dispensa está autorizada abrangem ainda os casos em que não houve interessados à licitação anterior, a licitação deserta, cuja repetição de licitação casaria inegável prejuízo a Administração (art. 24, V); casos em que a União precisa intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento (art. 24, VI); quando as propostas apresentadas em prévia licitação estão, evidentemente, com preço superior ao praticado pelo mercado (art. 24, VII); quando estiver comprometida a segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República (art. 24, IX); em consequência de rescisão contratual, para a contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento (art. 24, XI); para aquisição de bens nos termos de acordo internacional específico, aprovado pelo Congresso Nacional (art. 24, XIV); para realizar compras e serviços, cujo valor não ultrapasse o valor de R\$ 8.000,00, destinados ao abastecimento de navios, embarcações, unidades aéreas ou tropas e seus meios de deslocamento, quando em estada eventuais fora de sua sede (art. 24, XVIII); na contratação da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, com associações ou cooperativas de catadores de materiais recicláveis (art. 24, XXVII); no fornecimento de bens e serviços produzidos ou prestados no país, que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional (art. 24, XXVIII); e, finalmente, na contratação de bens e serviços para atender os contingentes militares das Forças Singulares brasileiras empregadas em missões de paz no exterior (art. 24, XXIX).

Nessas hipóteses o contrato deve ser restrito à superação das dificuldades inerentes à excepcionalidade, não se autorizando a contratação direta de objeto com ela não relacionados. Para o caso de emergência e calamidade pública, estabeleceu-se um limite temporal de 180 (cento e oitenta) dias, os quais, se ultrapassados, obrigam a promoção de licitação.

A licitação dispensável pode ocorrer também em razão do objeto, quando relacionados a bens de uso comum da Administração Pública ou bens destinados a atender interesse público específico. Os casos elencados pelos legislador são o da compra ou locação de imóvel para o atendimento das finalidades precípua da administração (art. 24, X); para compra de gêneros alimentícios perecíveis (art. 24, XII); para aquisição e restauração de obras de arte e objetos históricos (art. 24, XV); quando da aquisição de componentes ou peças de fornecedor original, dentro do período de garantia com condição de exclusividade (art. 24, XVII); na compra de material de uso das forças armadas (art. 24, XIX); para aquisição de bens para a pesquisa científica ou tecnológica com recursos de instituições de fomento à pesquisa (art. 24, XXI); e para a contratação realizada por Instituição Científica e Tecnológica para o licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida (art. 24, XXV).

Por fim, têm-se situações em que a licitação é dispensável em razão da pessoa, que consiste na adjudicação do contrato por pessoa jurídica específica, como outros órgãos públicos, instituições brasileiras e associações civis sem fins lucrativos, concessionárias e permissionárias de serviços públicos. Ocorre em operações entre pessoas jurídicas de direito público (art. 24, VIII); na contratação de instituição brasileira de pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional, ou dedicada a recuperação de preso, sem fins lucrativos (art. 24, XIII); para a impressão de Diários Oficiais, formulários, edições técnicas oficiais e serviços de informática a pessoa jurídica de direito público interno, por órgão ou entidade criada para esse fim específico (art. 24, XVI); na contratação de associação de portadores de deficiência física (art. 24, XX); para contratação de fornecimento ou suprimento de energia elétrica com concessionário, permissionário ou autorizado (art. 24, XXII); na contratação realizada por empresa pública ou sociedade mista com suas subsidiárias controladas (art. 24, XXIII); em contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, para atividades contempladas no contrato de gestão (art. 24, XXIV); e na contratação realizada em programa com ente da federação ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços públicos em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação (art. 24, XXVI).

2.4 INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

A outra modalidade de contratação direta, a inexigibilidade, está regulada no art. 25 da Lei n° 8.666/93 e traz em seu corpo hipóteses em que, independentemente da vontade do legislador, não há a possibilidade de se realizar a competição entre os interessados, em razão da especificidade do negócio.

As hipóteses legais resumem-se aos casos em que o contratado é, reconhecidamente, o único capaz de atender às exigências da Administração ou o único proprietário do bem visado por ela. Importa destacar, porém, que tais hipóteses compõem um rol meramente exemplificativo, enquanto na dispensa o rol é taxativo.

De acordo com a doutrina de Maria Sylvia Zanella di Pietro, a distinção entre os institutos:

[...] está no fato de que, na dispensa, há possibilidade de competição que justifique a licitação; de modo que a lei faculta a dispensa, que fica inserida na competência discricionária da Administração. Nos casos de inexigibilidade, não há possibilidade de competição, porque só existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração; a licitação é, portanto, inviável.³⁹

A própria Maria Sylvia ressalva que, no entanto, em determinados casos, como no art. 17, incisos I e II da Lei n° 8.666/93, a dispensa é vinculada à identificação do fato gerador determinado pela lei, não resistindo qualquer discricionariedade ao administrador.

Concluindo, importante destacar que para entender definitivamente a distinção entre dispensa e inexigibilidade, necessário se faz compreender que a existência da licitação está condicionada à verificação de três pressupostos: a) lógico, consistente na pluralidade de objetos e de ofertantes, viabilizando a competição; b) fático, configurado na existência de interessados em licitar; e c) jurídico, caracterizado pela certeza de que a licitação possa se constituir em meio apto para a satisfação do interesse público.

Logo, de um lado, tem-se a inexigibilidade quando ausente o pressuposto lógico ou fático (ou ambos) da licitação, o que a torna impossível de ser concretizada. De outra

³⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 345.

monta, a dispensa ocorrerá quando estiver ausente o pressuposto jurídico, ou seja, quando não há interesse jurídico em proceder à disputa, ou ainda, quando o interesse público é melhor atendido se a contratação se der de maneira direta.

2.4.1 Hipóteses Legais

A Lei n° 8.666/93 elenca as hipóteses de inexigibilidade de licitação em seu art. 25 e incisos, reafirmando a idéia de inviabilidade de competição.

A primeira hipótese elencada no referido artigo trata da impossibilidade de realizar licitação para aquisição de materiais que só podem ser fornecidos por um único produtor, empresa ou representante comercial, ou nos termos do artigo, seja exclusivo.

É justamente da identificação da exclusividade que decorre a dificuldade de interpretar e aplicar o inciso. Segundo Hely Lopes Meirelles, o conceito de exclusividade difere consoante sua aplicação:

A exclusividade do produtor é absoluta e afasta sumariamente a licitação em qualquer de suas modalidades, mas a do vendedor e a do representante comercial é na praça, tratando-se de convite; no registro cadastral, no caso de toada de preços; no País, na hipótese de concorrência. Considera-se, portanto, vendedor ou representante comercial, exclusivo para efeito de convite, o que é único na localidade; para tomada de preços, no registro cadastral; para concorrência, o que é único no país.⁴⁰

Carlos Pinto Coelho Motta faz, ainda, o registro do conceito de exclusividade dado pelos §§ 1° e 2° do art. 23 do substitutivo do Senado Federal ao Projeto de Lei de Licitação, que mesmo não tendo sido incluído na redação final, é de vital importância para a compreensão do instituto:

§1° Considera-se fornecedor exclusivo, para os efeitos deste artigo, aquele que distribua ou forneça material, equipamento ou gênero, atendendo às seguintes condições:

⁴⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1990, p. 90.

sendo o produto de origem estrangeira, comprove a condição de representante ou distribuidor exclusivo em contrato firmado com o produtor, registrado na Câmara de Comércio da sede deste e visado pelo Cônsul brasileiro da localidade, bem como pelas autoridades diplomáticas no Brasil;

quando se tratar de produto nacional, seja detentor de contrato de exclusividade para determinada praça ou região, devidamente registrado em cartório.

§2º Em qualquer caso, a comprovação de exclusividade deverá ser apresentada anteriormente à autorização da compra.

A segunda hipótese de inexigibilidade contemplada pelo art. 25 é a contratação de serviços técnicos de natureza singular (exceto serviço de publicidade), com profissionais ou empresas de notória especialização, cujo rol exemplificativo se encontra no art. 13, da Lei Nacional de Licitações.

Assim como no inciso anterior, para a aplicação correta do presente caso de inexigibilidade de licitação é preciso compreender o conceito que se relaciona com a hipótese em tela. A doutrina afirma que para ser singular, o serviço técnico deve estar revestido de essencialidade, ou seja, deve ser relevante e necessário para satisfazer o interesse do órgão contratante, uma vez que a singularidade aqui discutida, não pode ser confundida com exclusividade, sob pena de inutilizar o dispositivo em comento, sob pena de configurar redundância em relação ao inciso anterior. Analisando aspectos de singularidade e notoriedade o Desembargador Régis Fernandes de Oliveira afirma:

Não implica que sejam únicos os serviços prestados. Implica em característica própria do trabalho, que o distingue dos demais. Esclareça-se que o que a Administração busca é exatamente essa característica própria e individual de certa pessoa. O que visa é a perícia específica, o conhecimento marcante de alguém ou as peculiaridades artísticas absolutamente inconfundíveis.⁴¹

A natureza singular do serviço deve ser entendida, portanto, como sendo característica peculiar do portador, que lhe confere tal complexidade que o individualiza, tornando-o diferente dos da mesma espécie, e que exige, para a sua execução, um profissional ou empresa de especial qualificação. Desta forma, mesmo que haja mais de uma empresa com experiência na prestação de um serviço singular, mas diante das circunstâncias, somente uma

⁴¹ OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Licitação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 47.

delas mostre-se adequada às pretensões do administrador em decorrência da notória especialização.

A competição é inviável nestes casos diante da impossibilidade de a Administração escolher a melhor proposta, justamente porque não há parâmetros ou indicativos possíveis para se poder objetivamente escolher e, muito menos, para se avaliar se houve acerto na escolha do administrador, a menos que tenha ocorrido flagrante abuso na contratação.

Ainda de acordo com o mesmo inciso, fica expressamente vedada a não realização de prévio processo licitatório em casos de serviços de publicidade e de divulgação independente da fama da empresa e dos serviços por ela prestados.

Por fim, o rol do art. 25 se encerra com a hipótese de contratação de profissional de setor artístico consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública, aplicando-se, por analogia, os comentários relativos ao serviço singular.

Porém, como já comentado anteriormente, essas não são as únicas hipóteses de licitação dispensável. O *caput* do art. 25 foi expresso em caracterizar o rol que segue como meramente exemplificativo ao fazer uso da expressão “em especial”. Assim, quando o administrador se deparar, no caso concreto, com situação em que fique caracterizada a inviabilidade da licitação por impossibilidade de competição, estar-se-á diante de uma licitação inexigível. Com isso, o Prof. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes arrola alguns exemplos de situações não exemplificadas, quais sejam:

[...] aquisição de vale-transporte para servidores públicos, posto que há legislação concedendo o benefício; cursos de treinamento/aperfeiçoamento, considerando serem eventos realizados em datas pré-determinadas, o que inviabiliza a competição; atividades em regime de monopólio, como correios; entre outros.⁴²

⁴² FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. Brasília: Brasília Jurídica, 1995, p. 283.

2.5 PROCEDIMENTO

A licitação não pode ser afastada pela mera identificação do caso concreto com uma das hipóteses de incidência previstas nos artigos da Lei n° 8.666/93. Devem ser preenchidos alguns requisitos para que a Administração Pública possa contratar diretamente, por dispensa ou inexigibilidade de licitação.

O primeiro requisito é a necessidade de contratar, ou seja, deve haver um interesse real e contundente no objeto da licitação. Fala-se aqui em necessidade específica que não possa ser suprida pela própria Administração e que se enquadre nas hipóteses de dispensa ou inexigibilidade prevista em lei.

Dentro do processo de dispensa e inexigibilidade destaca-se uma fase interna, na qual a Administração deve verificar a necessidade de contratação, identificar o objeto desta, fazer uma investigação preliminar dos preços praticados no mercado, assegurar-se da existência de dotação orçamentária suficiente para concretizar integralmente a execução do contrato e, o mais importante, identificar a hipótese de afastamento da licitação. Essa exigência decorre da própria Lei, podendo ser citada a lição de Fernando Anselmo Rodrigues:

Cumpre salientar que, apesar de nas hipóteses de dispensa e de inexigibilidade não ser necessário o procedimento licitatório, isso não afasta a necessidade de formalização de um procedimento administrativo de contratação. A licitação não ocorre, mas a Administração deve instaurar um processo interno para a contratação, onde concluirá, de acordo com o caso específico, pela dispensa ou inexigibilidade.⁴³

Nesse diapasão, surge mais um dos requisitos indispensáveis para consumação da maioria das hipóteses de adjudicação direta: a motivação do ato. O art. 26, *caput* e parágrafo único, da LLC trazem expressamente a necessidade de justificar a opção pelo afastamento da licitação nos casos de dispensa e inexigibilidade. Em tese, todos os atos administrativos devem ser motivados, especialmente os discricionários, para permitir mecanismos de controle e de correção de ilegalidades.

⁴³ RODRIGUES, Fernando Anselmo. Op. cit., p. 187.

O referido processo administrativo deve conter, além da motivação do afastamento da licitação, a razão da escolha do fornecedor ou executante, a justificativa do preço e os documentos de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

A não realização de licitação não significa que a Administração possa contratar com qualquer pessoa, ao bel prazer do dirigente estatal. O contratado deve possuir os requisitos mínimos exigidos em lei, tal como se fosse concorrente em uma licitação, sob pena de privilegiar pessoas físicas ou jurídicas sem a devida competência ou entregar a execução do objeto sem garantias básicas de adimplemento contratual, o que pode gerar insegurança jurídica e prejuízos irreversíveis ao erário e à sociedade como um todo.

Superada essa fase procedimental, a eficácia da dispensa e da inexigibilidade fica dependendo de ratificação da autoridade superior e de publicação em órgão oficial de imprensa. A adjudicação do objeto deve ser consubstanciada em contrato administrativo ou outro instrumento hábil previsto no art. 62 da LLC.

Por fim, cabe noticiar mais uma informação. Como na excludente de licitação não há instrumento convocatório, a proposta somente será veiculada no momento de assinatura do contrato. Isso não significa que a proposta será aleatória. Segundo Benedicto de Tolosa Filho:

A proposta da empresa eleita para executar o objeto do contrato, mediante dispensa ou inexigibilidade de licitação, deverá conter as condições que lhe foram fornecidas pela Administração, dentre as quais deverá constar:

1. o objeto e seus elementos característicos; 2. o regime de execução ou a forma de fornecimento; 3. o preço e as condições de pagamento e os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento; 4. os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o objeto; 5. as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso; 6. no caso de serviço técnico especializado, a indicação do profissional ou dos profissionais que executarão o objeto do contrato; 7. outras condições, dependendo da peculiaridade do objeto.⁴⁴

⁴⁴ TOLOSA FILHO, Benedicto de. *Contratando sem licitação: comentários teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

3 AMPLIAÇÃO DAS HIPÓTESES DE DISPENSA

A listagem exaustiva de hipóteses de dispensa é um dos dispositivos mais consultados e aplicados de todo o Estatuto. Pelo mesmo motivo, desperta interesse, também, do legislador pátrio.

Ao longo dos anos, com os diferentes textos legais que regularam as hipóteses em que a dispensa de licitação poderia ser aplicada, é fácil perceber um aumento gradativos dos casos aventados pelo legislador nos textos referidos.

O Código de Contabilidade de 1922 previa apenas quatro hipóteses; o Decreto n° 200/67 ampliou o número para nove; com Decreto-lei n° 2.300/86 passaram a ser onze; e, finalmente, com a Lei n° 8.666/93, são elencadas vinte e nove hipóteses.

Portanto, além de comprovar essa tendência, a inclusão de novas hipóteses de dispensa na Lei n° 8.666/93 evidencia um detalhismo e uma progressiva complexidade das mesmas, uma vez que tal processo acaba por comprometer o princípio da igualdade que deve orientar a licitação com rol tão extenso de exceções.

Desta forma, o desvio de finalidade no que se refere às contratações diretas, seja por dispensa ou inexigibilidade de licitação, acaba sendo favorecido, pois tantas exceções acabam por desenhar materialmente uma aparência de legalidade, de modo que, afigura-se difícil exibir a contraprova da legalidade aparente.

3.1 PROJETOS DE AMPLIAÇÃO DAS HIPÓTESES DE DISPENSA

3.1.1 **Medida Provisória n° 458/2009**

Ato editado pelo poder executivo, convertido recentemente na Lei n° 11.952/2009, dispõe sobre a regularização fundiária de ocupações incidentes em áreas da União, no âmbito da Amazônia Legal. Por meio deste instrumento normativo foi inserida nova modalidade de dispensa de licitação em que áreas de até mil e quinhentos hectares podem ser transferidas – por alienação ou concessão real de uso – sem a necessidade de processo licitatório quando cumpridos os requisitos estabelecidos pela referida Lei.

Com tal medida, buscou-se dar solução a irregularidade fundiária de grande parte dos imóveis ocupados por particulares, que configura obstáculo significativo à efetividade, eficácia e eficiência de todas as políticas de desenvolvimento direcionadas a região amazônica. A estimativa é de que a nova Lei permita a regularização de 300 mil ocupações, o que representa 92% das posses hoje existentes na região.

3.1.2 **Projeto de Lei n° 5.348/2009**

Ainda que não tenha o condão de trazer nova hipótese de dispensa ao corpo da Lei n° 8.666/93, a proposta apresentada em 2009 pelo Deputado Luiz Carlos Busato pretende aumentar os limites relativos às dispensas com base no valor dos contratos, previstas nos incisos I e II do art. 24 do citado dispositivo legal, o que implica não na ampliação das hipóteses, mas na ampliação da aplicação de um instituto, notadamente, de caráter excepcional.

De acordo com a redação proposta, os valores estabelecidos pelos incisos passariam de 10 para 20% do limite previsto pelas alíneas “a” dos incisos I e II do art. 23, ou seja, os valores que hoje correspondem a 15 mil reais para as obras e serviços de engenharia de pequeno valor passariam a ser de 30 mil reais; enquanto o limite de 8 mil reais para serviços e compras de pequeno valor previstos no inciso II passaria a ser de 16 mil reais.

A justificativa é de que os atuais valores foram determinados pelas alterações promovidas pela Lei n° 9.648, de maio de 1998, resultando em uma perceptível defasagem de preços, corroborada pela variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA, calculado pelo IBGE no período, que chegou a marca de 100,32%. Desta forma o objetivo da dispensa de licitação estaria comprometido, pondo em risco o princípio da economicidade, levando a uma situação em que os custos de uma licitação superam seus benefícios.

3.1.3 Projeto de Lei n° 4.984/2009

Projeto de autoria da Deputada Maria do Rosário, propõe que seja acrescido novo inciso ao art. 24 da Lei 8.666/93, configurando nova hipótese de dispensa de licitação. A hipótese diz respeito a aquisição de gêneros alimentícios produzidos em regime de agricultura familiar e destinados ao programa de alimentação escolar de alunos da educação básica.

A proposta reafirma o disposto pela Medida Provisória n° 455/2009, em que o Poder Executivo adotou diretrizes essenciais para a alimentação escolar, dentre as quais a de incentivar a aquisição de gêneros alimentícios diversificados, produzidos em âmbito local e preferencialmente em regime de agricultura familiar, facultando a dispensa do procedimento licitatório, desde que os preços sejam compatíveis com o mercado local e os alimentos atendam às pertinentes exigências de qualidade.

Em parecer da Comissão de Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento Rural foi proposto substitutivo ao projeto em comento, com o fito de evitar eventual má interpretação da norma legal, no que concerne à agricultura familiar, em que a expressão “em regime de agricultura familiar” é alterada para “por agricultor familiar e empreendedor familiar rural, como conceituados na Lei n° 11.326, de 24 de julho de 2006”.

3.1.4 Projeto de Lei n° 4.417/2008

Inspirada pela Lei n° 10.973, de 2 de dezembro de 2004, que estabelece medidas de incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, propiciando a capacitação e o alcance da autonomia tecnológica e ao desenvolvimento industrial do País, a Deputada Rebecca Garcia, pretende sejam dispensadas de licitação as contratações pela Administração Pública de bens, serviços e mão-de-obra de empresas que desenvolvam produtos ou processos inovadores e que sejam beneficiárias de subvenção econômica prevista na Lei de Inovação Tecnológica.

3.1.5 Projeto de Lei n° 2.984/2008

No sentido de regular a ocupação de imóveis de propriedade da União, autarquias, fundações sociedades de economia mista e empresas públicas, a proposta do Deputado Hugo Leal é no sentido de dispensar a licitação para a venda de bens dominicais na situação do direito de preferência, ou seja, direcionada ao ocupante regular há mais de dez anos.

O entendimento é de que o Estado não deve ter como finalidade a administração de imóveis, como se imobiliária fosse. Se por mais de dez anos o bem imóvel esteve regularmente ocupado, cumprindo a sua finalidade social, institucional ou econômica, pode ser presumido que a Administração não precisa do bem para outra finalidade e o mais conveniente é aliená-lo ao ocupante regular.

3.1.6 Projeto de Lei n° 800/2007

No mesmo sentido do Projeto de Lei de n° 2.794/2003, a intenção do legislador pátrio volta-se mais uma vez para a situação dos ocupantes de terra em área urbana de propriedade da Administração Pública. O projeto apresentado pelo Deputado Rodovalho difere do mencionado PL n° 2.794/2003 por exigir a comprovação da ocupação efetiva por no mínimo três anos.

3.1.7 Projeto de Lei n° 482/2007

Também de autoria do Deputado do Distrito Federal Robson Rodovalho, a proposição diz respeito a preocupação em relação ao déficit habitacional. Para tanto, colaciona em sua justificativa estudo do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), realizado em 1991, que indicava um déficit habitacional brasileiro de aproximadamente 5,4 milhões de moradias, número que passou a pelo menos 6,6 milhões de moradias no ano de 2000 de acordo com o IBGE, sendo que em 2006 beirava os 8 milhões em estudo realizado pelo Ministério das Cidades.

A inovação trazida pelo Projeto n° 482/2007 está no fato de a alienação do bem público destinar-se não ao particular que ocupa o terreno, mas para a concretização de programas habitacionais que beneficiem as populações mais carentes.

3.1.8 Projeto de Lei n° 3.691/2004

A hipótese de dispensa tratada no projeto apresentado pelo Deputado Ildeu Araújo diz respeito a concessão de autorizações e permissões para utilização de pequenos espaços públicos construídos ou não, destinadas à instalação de bancas de jornais e revistas, chaveiros, sapateiros, relojoeiros, floriculturas, costureiras, hortigranjeiros, quiosques e feiras diversas.

O relator da Comissão de Trabalho, Administração e Serviço Público, Deputado Jovair Arantes, em parecer destacou não ser necessária a realização de licitação para deferir autorização de uso privativo de parcela de bem público, face à ausência de natureza contratual que a faria exigível. Não havendo, portanto, fundamento para editar norma legal que estabeleça nova modalidade de dispensa de licitação.

A respeito das autorizações de uso, Maria Sylvia Zanella Di Pietro assevera:

Como toda autorização administrativa, a de uso privativo é ato unilateral, porque não obstante outorgada mediante provocação do interessado, se perfaz com a exclusiva manifestação de vontade do Poder Público; discricionário, uma vez que o consentimento pode ser dado ou negado, segundo considerações de oportunidade e conveniência, a cargo da

Administração; precário, no sentido de que pode ser revogado a qualquer momento, quando o uso se tornar contrário ao interesse público. Pode ser gratuita ou onerosa.

A utilização não é conferida com vistas à utilidade pública, mas no interesse privado do utente. Aliás, essa é uma das características que distingue a autorização da permissão e da concessão.⁴⁵

Também a permissão de uso é ato administrativo unilateral, discricionário e precário pelo qual a administração faculta ao particular a utilização privativa de bem público, sujeita porém à existência de interesse público. Nessas condições, tampouco há fundamento para que a permissão de uso de bem público esteja vinculada à prévia realização de certame licitatório.

Razão pela qual o projeto recebeu votos pela sua rejeição tanto no parecer já mencionado, como no parecer da Comissão de Finanças e Tributação.

3.1.9 Projeto de Lei n° 2.794/2003

Proposição semelhante a Medida Provisória n° 458/2009, o projeto apresentado pelo Deputado Tadeu Filippelli, pretende criar nova modalidade de dispensa para regularizar a ocupação de terra em área de natureza urbana, com fins exclusivamente residenciais.

Justifica a proposição alegando ser a moradia direito constitucional assegurado a todos os brasileiros e o Estado tem o dever de executar políticas habitacionais para garantir a cada família a possibilidade de adquirir a sua casa própria.

Busca-se, portanto, flexibilizar a exigência de licitação para que o Estado possa vender o imóvel irregularmente ocupado ao possuidor de fato. Segundo o autor do projeto, não se busca revogar a exigência da licitação pública, mas, tão somente deixar de aplicá-la a situações de fato irreversíveis.

O projeto em comento teve parecer da Comissão de Trabalho, Administração e Serviço Público favorável, que votou por sua aprovação na forma do substitutivo por ela apresentado. Assim, condensou-se o presente projeto, com o de n° 3.314/2004, de autoria do

⁴⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 655.

Deputado João Castelo, sendo, ainda acrescentada a obrigatoriedade de avaliação do imóvel pela Caixa Econômica Federal.

3.1.10 Projeto de Lei n° 2.459/2003

Atualmente fora de tramitação por requerimento do próprio autor do projeto, o Deputado Paulo Pimenta, a proposição tinha o condão de incluir no rol do art. 24 da Lei n° 8.666/93 hipótese de dispensa para aquisição de aparato policial destinado ao combate da criminalidade. Entende o Deputado que a publicidade do processo de licitação compromete a segurança das ações policiais, uma vez que torna público o modo pelo qual a força policial irá enfrentar os bandidos.

No entanto, a dispensa de licitação não implica sigilo, como dá a entender a justificativa do Deputado. A única hipótese de ausência de ampla divulgação do procedimento de contratação verifica-se quando houver comprometimento da segurança nacional, em todos os demais casos, em respeito aos princípios da isonomia, da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, ainda que passível de contratação direta, o processo terá que ser transparente, permitindo-se, na medida do possível, o amplo acesso dos interessados à disputa pela contratação.

O texto proposto assemelha-se à redação constante do inciso IX que especifica uma situação geral – dispensa de licitação quando houver comprometimento da segurança nacional. Esta porém é uma situação excepcional que não se assemelha à situação prevista na proposta, qual seja, de combate à criminalidade que não é fato extraordinário, ao contrário é atividade permanente.

3.1.11 Projeto de Lei n° 294/2003

Em proposição de teor semelhante àquele do Projeto de Lei n° 5.348/2009, o Deputado Pastor Jorge pretende seja aplicado anualmente um índice que corrija os valores dispostos na Lei de Licitações de acordo com a variação geral de preços apurada no período.

Em parecer a Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público entendeu que a obrigatoriedade de correção anual dos valores estabelecidos na Lei nº 8.666/93 acabaria tornando-se uma forma de indexação que poderia estender-se por diversas áreas. Assim, temendo que os preços no mercado fossem afetados pela medida, já que as compras com dispensa de licitação, sofreriam uma correção muito grande, especialmente devido ao primeiro reajuste previsto na proposição em tela, que retroagiria ao dia 21 de junho de 1993, concluir que a medida não seria salutar para a economia, votando pela rejeição do projeto.

De modo contrário, a Comissão de Finanças e Tributação votou pela aprovação do projeto em comento, alegando que a falta de correção dos limites tem como consequência óbvia a imposição aos órgãos públicos de compras mediante modalidades de licitação bem mais complexas do que seria razoável, provocando um significativo encarecimento dos bens e serviços contratados, em absoluto desacordo com o interesse público.

3.1.12 Projeto de Lei nº 3.787/2000

Outro projeto que busca facilitar o processo de alienação, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso, com o fito de beneficiar entidades religiosas ou filosóficas, sem fins lucrativos e prestadoras de serviços de natureza assistencial e de interesse social. Para tanto, a proposta do Deputado Jorge Pinheiro propõe a inclusão de novas alíneas no inciso II do art. 17 da Lei nº 8.666/93.

Além disso, estabelece o direito de preferência aos permissionários, concessionários de direito real de uso e locatários, arrendatários e outros titulares de posse de terras públicas cujos contratos estejam vigorando há mais de cinco anos.

3.1.13 Projeto de Lei nº 198/1999

Proposta elaborada pelo Senador Lúcio Alcântara sob o PLS nº 127/98, pretendia incluir entre o rol do art. 24 da Lei de Licitações hipótese de dispensa para a aquisição de livros editados no exterior diretamente do fornecedor estrangeiro, quando o preço praticado

por este for menor que aquele praticado no mercado nacional, tendo como justificativa as vantagens da obtenção de tais publicações por meio de livrarias virtuais.

Contudo, o parecer da Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público bem destaca que a licitação não se destina unicamente a obter condições mais favoráveis para a Administração em suas transações, a licitação tem, também, o condão de concretizar o tratamento isonômico entre os interessados no contrato.

Desta forma, a proposta elaborada pelo Senado substituiria o processo licitatório por uma pesquisa de mercado, sem qualquer formalidade, pondo em flagrante risco princípio da isonomia. O referido parecer destaca, ainda, que no mundo virtual não são somente as livrarias que oferecem seus produtos, podendo a Administração Pública contratar com os mais diversos fornecedores eletrônicos, mas nem por isso podem ser desobrigados a competir com outros estabelecimentos de mesma finalidade, virtuais ou não.

3.1.14 Projeto de Lei n° 3.302/1997

De autoria do Deputado Emerson Olavo Pires, o PL n° 3.302/1997 pretende acrescentar ao art. 24 da Lei de Licitações nova modalidade de dispensa para a contratação de entidade sócio-assistencial singular ou serviço social vinculada a órgão ou entidade da Administração Pública.

Justifica-se pela prevista redução de custos para os cofres públicos, contando com a participação efetiva do servidor, representado por sua entidade sócio-assistencial, serviço social ou serviço de aprendizagem, promovendo a melhoria da qualidade dos serviços prestados e a fiscalização direta dos interessados e beneficiados, os próprios servidores.

3.1.15 Projeto de Lei n° 2.237/1996

Buscando compensar as dificuldades relacionadas à estrutura administrativas das micro e pequenas empresas que as impedem de competir com empresas de maior porte, o Deputado Antonio Balhmann pretendia aproximar tais empresas ao Setor Público, pela

dispensa da licitação na contratação das mesmas, motivado pelo fato de responderem por 60% dos empregos gerados no País.

3.2 PROJETOS DE LIMITAÇÃO DAS HIPÓTESES DE DISPENSA

Ainda que multipliquem-se no Congresso Nacional Projetos de Lei com o condão de ampliar as hipóteses em que a Administração estaria autorizada a proceder a contratação direta, cabe destacar, ainda, os Projetos de Lei do Senado n° 36/2006 e 246/2009, respectivamente, de autoria do Senador Marco Maciel e da Senadora Patrícia Saboya que estão justamente na contramão desse movimento, buscando limitar as hipóteses de dispensa de licitação.

3.2.1 Projeto de Lei do Senado n° 246/2009

A Senadora Patrícia Saboya justifica a proposição alegando que a redação original da Lei de Licitações previa, originalmente, quinze diferentes hipóteses de dispensa de licitação. Contudo, ao longo da vigência da lei, esse número acabou ampliado para vinte e nove, tornando regra o que deveria ser a exceção.

Observa ainda que, na prática, as vinte e nove hipóteses elencadas pela Lei n° 8.666/93 têm sido ampliadas por interpretações e situações forjadas, fazendo com que se multipliquem as dispensas de licitação, dando margem a inúmeras possibilidades de favorecimento e fraude nas contratações realizadas pela Administração Pública.

Motivado pelas constantes denúncias verificadas pelo Ministério Público e pelos Tribunais de Contas, o projeto busca coibir o uso indiscriminado da dispensa de licitação, restringindo suas hipóteses de aplicação e qualificando a pena para as dispensas com base em urgências fabricadas (pela redação proposta para o §2° do art. 89).

O projeto apresentado pela Senadora cearense prevê a inclusão do §2° ao artigo 24 da Lei de Licitações, que traria os casos em que a aplicação da dispensa de licitação estaria

proibida tendo em vista a natureza dos contratos, que por si só afastaria as hipóteses de urgência, calamidade pública ou manutenção da ordem. Dessa forma, não seria admitida a contratação, mediante dispensa de licitação, por exemplo, de serviços continuados, sob qualquer alegação, seja de baixo valor, pela existência de urgência ou por meio de organizações sociais.

A proposta inclui ainda a alteração do inciso IV do art. 24 da Lei de Licitações, que com a nova redação passaria a contar com uma limitação objetiva para que a contratação possa ser realizada sob o argumento da urgência. Desta forma, passaria a ser urgente somente a situação que exija medidas a serem implementadas em trinta dias (prazo necessário para a publicação de edital e realização de concorrência de menor preço).

Em relação ao inciso VIII do art. 24, é proposto que se retire a exigência de que órgão ou entidade da Administração Pública a ser contratado para o fornecimento tenha sido criado antes da publicação da lei. Nesse caso, a dispensa ocorre porque a contratação se dá entre dois entes públicos, não havendo razão para subsistir tal exigência.

Entende a Senadora Saboya que, com essa adequação, as hipóteses aventadas nos incisos XVI (contratação de impressão de diários oficiais, formulários, edições técnicas ou contratação de serviços de informática por entidade ou empresa pública criada para esse fim) e XXIII (contratação de subsidiárias ou controladas por empresa pública ou sociedade de economia mista) do art. 24 da Lei de Licitações passam a estar englobados, sem restrições, pela hipótese do inciso VIII, e devem, portanto, ser revogados.

Por outro lado, a revogação dos incisos XIII e XV prevista pelo projeto em comento, que tratam de contratação de instituições de pesquisa, ensino, desenvolvimento institucional, recuperação de presos e aquisição ou restauração de obras de arte, é proposta para que sua contratação direta se restrinja aos casos em que essas instituições demonstrem a condição de serem fornecedoras exclusivas ou de notória especialização. Casos em que a licitação seria inexigível, e não dispensável. Se não houver as condições para a inexigibilidade, a contratação deve ser submetida ao procedimento licitatório.

Seguindo o mesmo raciocínio, é proposta, também, a revogação da previsão hoje existente de dispensa de licitação para contratação de concessionários ou permissionários no

fornecimento de energia elétrica ou gás natural (inciso XXII), bem como a possibilidade de dispensa para que se firme contrato para a transferência de tecnologia de uso de criação protegida por direito autoral (inciso XXV). Pois, em havendo um único fornecedor do produto, a licitação é inexigível, por falta de concorrência; se houver mais de um, a licitação deve ser realizada, em atenção ao princípio do livre mercado.

Ainda de acordo com a justificativa do projeto, restou observado que as contratações diretas de organizações sociais têm dado causa a inúmeras irregularidades, desvio de recursos públicos, superfaturamento e falta de cumprimento dos contratos. Motivo pelo qual pretende-se que o inciso XXIV do art. 24 seja revogado, de forma que os contratos firmados com organizações sociais observem as normas de submissão aos processos licitatórios.

Finalmente, é proposta a inclusão do art. 25-A, através do qual pretende-se criar um mecanismo ágil de acompanhamento das contratações diretas, pelos órgãos de controle interno e pelos Tribunais ou Conselhos de Contas pertinentes, que passariam a poder atuar de forma preventiva, impedindo a realização do contrato quando manifesta a irregularidade ou ilegalidade.

O parágrafo único do art. 25-A sugerido estabelece um limite orçamentário para a realização de contratos com dispensa ou inexigibilidade, salvo a exceção das contratações motivadas por emergência ou calamidade pública.

A intenção do legislador é que com essas alterações a Lei de Licitações se torne mais rígida e mais adequada ao cumprimento do dispositivo constitucional, assegurando o cumprimento dos princípios que norteiam o instituto da licitação.

3.2.2 Projeto de Lei do Senado n° 36/2006

O projeto apresentado pelo Senador Marco Maciel guarda muitas semelhanças com o já mencionado Projeto de Lei do Senado n° 284/2009. Ambos os projetos sugerem a mesma redação para o §2° do art. 24 da Lei de Licitações, diferindo apenas quanto ao inciso XI acrescido pela proposta da Senadora Saboya. As redações propostas para o art. 25-A e seu

parágrafo único, bem como para o §2º do art. 89, da Lei 8.666/93 coincidem nos dois projetos.

Como justificativa, o Senador traz dados do Ministério do Planejamento que demonstram que 40% dos contratos celebrados pela Administração são decorrentes da dispensa de licitação, descaracterizando o caráter de exceção do instituto.

O projeto em comento esteve sob análise da Comissão de Constituição e Justiça, que votou pela constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade do PLS nº 36/2006, sugerido a aprovação do mesmo, com a ressalva de não acreditar que a comunicação dos casos de dispensa e inexigibilidade aos órgãos de controle proposta em seu art. 3º (o proposto art. 25-A), não tem o condão de reduzir o número de irregularidades verificadas. Apresentando, para tanto, emenda ao Projeto de Lei, que exclui o referido artigo.

3.3 CONSTITUCIONALIDADE DOS CASOS DE DISPENSA

Assim como observado na justificativa do Projeto de Lei do Senado nº 246/2009, as hipóteses de dispensa têm sofrido ampliações por interpretações e situações forjadas, o que favorece a utilização desse instituto para a concretização de fraudes e favorecimentos contrários ao interesse público e têm transformado em regra o que, sob o *prima constitucional*, é tido como exceção.

A multiplicação das denúncias relacionadas às dispensas de licitação junto aos Tribunais de Contas, pode ser um indicativo de que a dispensa, tal qual concebida pelo legislador, não esteja sendo aplicada corretamente ou, ainda, que o próprio legislador ordinário tenha extrapolado sua competência na elaboração das hipóteses de dispensa, acarretando na inconstitucionalidade das mesmas.

É preciso salientar, portanto, que para interpretar-se adequadamente as hipóteses de dispensa, é necessário conciliar a disposição constitucional com a ordinária. Restringir-se apenas à Constituição é ter um princípio sem exceção. Ao passo que ater-se apenas à Lei nº

8.666/93, conforme muitas vezes ocorre, é ter uma exceção sem princípio ou uma exceção que se torna princípio. Importa dizer, por conseguinte, que as hipóteses de dispensa previstas pela Lei de Licitações devem ser interpretadas restritivamente, de forma a coadunar o dispositivo ordinário à noção constitucional de que a licitação é regra e sua não aplicação, exceção.

Afirmar que as dispensas e inexigências não estão sendo realizadas em estrita observância com as prescrições legais, poderia explicar o fato de as contratações estarem figurando como regra, ao passo que a licitação mostra-se mera exceção. A confirmação desse enunciado revelaria ilegalidade. A restauração da ordem, nesse cenário, teria como pressuposto a mudança da conduta administrativa, de forma a restringir a dispensa aos efetivos parâmetros legais.

Contudo, pode ser aventada, ainda, a possibilidade de que a inversão dos papéis da dispensa e a regra de licitação decorra não da aplicação da lei, não importando em problema na seara administrativa, mas se dê por defeito na constitucionalidade das hipóteses de dispensa, acarretando responsabilidade do legislador.

Se na primeira hipótese haveria ilegalidade em sentido estrito, na segunda haveria inconstitucionalidade, pois é a ordem constitucional que está sendo desrespeitada. O legislador ordinário tem sua competência outorgada pela Constituição e, obviamente, os seus poderes nela fixados. Se a Constituição diz que a licitação é a regra, o limite da ação legislativa está contido na própria regra. Ir além da fronteira é violar a ordem constitucional.

Nesse sentido, afirmava Kelsen:

[...] o Direito regula a sua própria criação, na medida em que uma norma jurídica determina o modo em que outra norma é criada e também, até certo ponto, o conteúdo dessa norma. Como uma norma jurídica é válida por ser criada de um modo determinado por outra norma jurídica, esta é o fundamento de validade daquela.⁴⁶

⁴⁶ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 129.

Pode ser destacado como reflexo desse entendimento, a crescente movimentação do judiciário promovida por Estados e Municípios que alegam a inconstitucionalidade parcial da Lei nº 8.666/93. Em síntese, as entidades federativas aduzem que a competência da União em matéria de licitações é restrita ao estabelecimento de normas gerais e que a enumeração das hipóteses de dispensa não se enquadra no conceito de normas gerais, cabendo aos Estados e Municípios a edição das hipóteses em que se daria o afastamento da licitação.

Assim, a tendência de ampliação das hipóteses de dispensa, ao transformar a exceção em regra, mostra-se verdadeiro empecilho para a concretização dos princípios que orientam a licitação. Sendo que nesse contexto, o mencionado PLS nº 246/2009 adquire vital importância, destacando-se como instrumento tendente a reparar ou minimizar as irregularidades relacionadas as dispensas de licitações.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, restou evidenciada a importância do procedimento licitatório para a Administração Pública, como uma forma de controlar as atividades do administrador na gerência dos recursos públicos, o legislador determinou no art. 37, XXI, da Constituição Federal, a regra da obrigatoriedade da licitação constituente com a finalidade de preservação dos princípios da legalidade, igualdade, impessoalidade, moralidade, probidade e da própria ilecividade do patrimônio público.

Consoante esta interpretação, em regra, qualquer contratação, sem prévia e necessária licitação, não só desrespeita o princípio da legalidade, como vai mais além, pois demonstra favoritismo do Poder Público em contratar com determinada empresa, em detrimento de todas as demais, que nem ao menos tiveram oportunidade de oferecimento de propostas e verificação de condições, em frontal desrespeito ao princípio constitucional da igualdade.

Ora, se a Constituição exige como regra a licitação, e, excepcionalmente, admite que a lei defina os casos onde esta poderá ser afastada, fica claro que o legislador constituinte propôs na norma constitucional uma interpretação absolutamente restrita e taxativa das hipóteses infra-constitucionais a serem previstas a dispensa e a inexigibilidade do certame licitatório.

O Administrador deve ter muita cautela ao dispensar ou tornar inexigível uma licitação, haja visto os limites impostos para tal discricionariedade, podendo o mesmo ser

punido, não somente quando contratar diretamente, mas também quando deixar de observar as formalidade exigíveis para tais processos.

É de observar que no momento pelo qual uma das preocupações governamentais é a reforma do Estado e o repensar do papel a ser desempenhado na sociedade moderna, muitos dos administradores, na gerência do erário, usurpam desse poder, utilizando-se de artifícios e “brechas” na legislação, especialmente no que se refere às contratações diretas, visando interesses próprios ou de terceiros.

Da mesma forma, não deve se abster de cautela o legislador que pretenda alterar as hipóteses de dispensa, dada a tendência de inversão da regra da obrigatoriedade de licitação. A legislação ordinária, portanto, deve prever as hipóteses de dispensa da licitação, em conformidade com o fim colimado pela Constituição Federal. Assim, não pode o legislador criar, arbitrariamente, hipóteses de dispensa de licitação, porque a licitação é uma exigência constitucional.

Se o elemento tomado em consideração para que seja feita essa dispensa não for pertinente, não for razoável ou compatível com o princípio da igualdade, a lei será inconstitucional. A dispensa indevidamente dada pela lei não pode valer perante a Constituição. Portanto, não é dado ao legislador dispensar licitação à sua vontade se o elemento tomado em consideração não for relevante e não tiver abrigo constitucional, se não for razoável, pelo menos, à luz da Constituição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. *Medida provisória n° 458*, de 10 de fevereiro de 2009. Dispõe sobre a regularização fundiária das ocupações incidentes em terras situadas em áreas da União, no âmbito da Amazônia Legal, altera as Leis nos 8.666, de 21 de junho de 1993, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 6.383, de 7 de dezembro 1976, e 6.925, de 29 de junho de 1981, e dá outras providências. Diário Oficial da União de 11/02/2009.

_____. *Projeto de Lei n° 2.237*, de 07 de agosto de 1996. Acrescenta inciso ao artigo 24 da Lei n° 8.666, de 21 de junho de 1993, que dispõe sobre licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário da Câmara dos Deputados de 20/08/1996.

_____. *Projeto de Lei n° 3.302*, de 19 de junho de 1997. Concede incentivos fiscais para as empresas que admitirem portadores de deficiência. Diário da Câmara dos Deputados de 07 de agosto de 1997.

_____. *Projeto de Lei n° 198*, de 03 de março de 1999. Acrescenta dispositivo ao art. 24 da Lei n° 8.666, de 21 de junho de 1993, para incluir, entre as hipóteses de dispensa de licitação, a aquisição de livros editados no exterior, nas condições que especifica. Diário da Câmara dos Deputados de 20/03/1999.

_____. *Projeto de Lei n° 3.787*, de 22 de setembro de 2000. Acrescenta as alíneas “g” e “h” ao inciso II, do art. 17 e acrescenta o inciso XVI ao art. 24 da Lei n° 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitação e dá outras providências. Diário da Câmara dos Deputados de 10/03/2000.

_____. *Projeto de Lei n° 294*, de 11 de março de 2003. Altera a redação do art. 120 da Lei n° 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/116348.pdf>.

_____. *Projeto de Lei n° 2.459*, de 11 de setembro de 2003. Acrescenta inciso ao art. 24 da Lei n° 8.666, de 21 de junho de 1993, para permitir a contratação direta na situação que identifica. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/179592.pdf>.

_____. *Projeto de Lei n° 2.794*, de 16 de dezembro de 2003. Altera o art. 186 da Lei n° 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores da União, das autarquias públicas federais, e o art. 151 da Lei n° 8.213, de 24 de junho de 1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/190583.pdf>.

_____. *Projeto de Lei n° 3.691*, de 02 de junho de 2004. Acrescenta inciso ao art. 24 da Lei n° 8.666, de 21 de junho de 1993, dispensando de licitação as autorizações e permissões de uso de pequenas áreas públicas, para os fins que especifica. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/224268.pdf>.

_____. *Projeto de Lei n° 482*, de 19 de março de 2007. Altera o art. 17 da Lei n° 8.666, de 21 de junho de 1993, que dispõe sobre normas gerais de licitações e contratos no âmbito da Administração Pública. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/443621.pdf>.

_____. *Projeto de Lei n° 800*, de 23 de abril de 2007. Acrescenta alínea ao inciso I do art. 17 da Lei n° 8.666, de 21 de junho de 1993, permitindo a alienação de imóveis públicos situados em áreas urbanas aos ocupantes regulares de boa fé, com dispensa de licitação. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/453978.pdf>.

_____. *Projeto de Lei n° 2.984*, de 11 de março de 2008. Dispõe sobre o direito de preferência à aquisição de bens imóveis dominicais pertencentes às entidades que integram a Administração Pública federal, nas condições que menciona, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/543448.pdf>.

_____. *Projeto de Lei n° 4.417*, de 02 de dezembro de 2008. Altera a Lei n° 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/620146.pdf>.

_____. *Projeto de Lei n° 4.984*, de 01 de abril de 2009. Acrescenta inciso ao art. 24 da Lei n° 8.666, de 21 de junho de 1993, dispondo sobre dispensa de licitação para compra de produtos destinados à alimentação escolar, quando provenientes da agricultura familiar. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/643910.pdf>.

_____. *Projeto de Lei n° 5.348*, de 03 de junho de 2009. Altera os incisos I e II do art. 24 da Lei n° 8.666, de 21 de junho de 1993, que “regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências”. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/661844.pdf>.

_____. *Projeto de Lei do Senado n° 36*, de 20 de fevereiro de 2006. Altera dispositivos da Lei n° 8.666, de 1993, para limitar as possibilidades de dispensa e inexigibilidade de licitação. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/7675.pdf>.

_____. *Projeto de Lei do Senado n° 284*, de 24 de junho de 2009. Altera dispositivos da Lei n° 8.666, de 1993, para limitar as possibilidades de dispensa e inexigibilidade de licitação. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/getPDF.asp?t=45640>.

CRETELLA Jr., José. *Das licitações públicas*: comentários à nova Lei Federal n° 8.666 de 21 de junho de 1993. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

_____. *Licitações e contratos do Estado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. São Paulo: Saraiva, 1997, p.92.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella et al. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

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

Jurídica, 1995.

_____. *Contratação direta sem licitação*. 4. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

_____. *Contratação direta sem licitação*. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *O controle da moralidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 1974.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 1998.

_____. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2000.

_____. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1990.

_____. *Licitação e contrato administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

_____. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Licitação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

RODRIGUES, Fernando Anselmo. *Hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação*. In VERRI JR, Armando; TAVOLARO, Luís Antonio; e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). *Licitações e contratos administrativos: temas atuais e controvertidos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TOLOSA FILHO, Benedicto de. *Contratando sem licitação: comentários teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.