

LICITAÇÃO: DISPENSA E INEXIGIBILIDADE DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

Matheus Bruno de Macedo Brito¹

Orientadora: Juliana Maria Rocha Pinheiro Bezerra da Silva²

RESUMO

O processo licitatório tem como regra geral o disposto na Lei de Licitações e Contratos Administrativos de número 8.666, de 21 de junho de 1993. Tem-se por suas normas o caráter absoluto, versando detalhadamente como deve ser realizado o certame quando da necessidade da Administração Pública em contratar determinado serviço, bens ou obras. Ocorre que mesmo que licitar seja a regra, o mesmo dispositivo legal prevê, em situações especiais com características peculiares, a possibilidade da contratação direta pela Administração, vislumbrando a proposta mais vantajosa ao interesse público, bem como sua celeridade e eficácia. Trata-se de um artigo científico, classificado como pesquisa científica, cujo procedimento técnico utilizado é o bibliográfico, com método de abordagem dedutivo e natureza da vertente metodológica qualitativa.

Palavras-Chave: Licitação. Dispensa. Inexigibilidade. Contratação Direta.

ABSTRACT

The bidding procedure has as general rule, the disposed in the Administrative Bidding and Contracts Law, number 8.666, from July 21th, 1993. By your rules it has an absolute feature, talking minutely how it has to be made the contest when the Public Administration needs to celebrate contracts with determined services, goods or shell-work. It happens that even if bidding is the main rule, the same legal dispositive provides, in special situations of particular characteristics, the possibility of the direct contract by the Administation, seeking the most advantageous proposal to the public interest, just as your celerity and effectiveness. It treats about a scientific article, classified as a scientific research , that its technical procedure used is the bibliographic, with deductive methods of handling and nature of the methodological qualitative side.

Keywords: Bidding. Waiver. Exemption. Direct Contracting.

1 Graduando do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail: matheusmacedob@outlook.com

2 Pós-graduada em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Mestre em Direitos e Garantias Individuais pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. E-mail: jradvocacia@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

Ministrar verba pública, aplicando-a em determinados contratos requer a observância de uma série de procedimentos que proteja o erário contra ameaças de fraudes, desvios e gastos desnecessários, bem como garantir o cumprimento da necessidade pública, zelando sempre pelas condições mais benéficas à Administração Pública e atendimento aos princípios basilares da Administração.

Desta forma, para que determinado ente público contrate obras, serviços, bem como adquira bens necessários à sociedade e à Administração, faz-se necessário a realização de um procedimento licitatório. Tal procedimento deve ser realizado anteriormente à realização do contrato, no fito de que interessados em contratar com a Administração Pública ofereçam propostas para que seja optada pela proposta mais vantajosa ao interesse público.

A Constituição Federal de 1988 consagra, em seu artigo 37, inciso XXI (BRASIL, 1988), a obrigatoriedade em licitar, tendo como sua regulação disposta em Lei específica que versa sobre Licitações e Contratos da administração pública (BRASIL, 1993).

Licitação se trata de um procedimento, regulamentado por lei específica, onde se busca a realização de um contrato entre a Administração Pública e o interessado em executar o objeto desejado pelo ente público. Todavia, o dispositivo jurídico competente prevê não somente como deverá ocorrer o certame público, bem como dispõe das exceções onde permitirá ao ente público que contrate diretamente o bem, serviço ou obra de interesse público, se tratando de situações específicas e peculiares (BRASIL, 1993).

Desta forma, serão demonstradas na presente pesquisa tais exceções a obrigatoriedade de licitar, elencadas na lei específica e permitem a contratação direta. Essas situações que excedem a regra encontram-se elencadas nos artigos 24 e 25 da Lei de licitações, podendo decorrer em razão do valor, situações de emergência e calamidade pública, assim como demais situações dispostas que serão tratadas (BRASIL, 1993).

Para melhor entendimento, a presente pesquisa tratará de explanar do que se trata a licitação, finalidade, objeto, bem como os princípios a serem observados.

Consequente, será abordada a obrigatoriedade de realizar o procedimento licitatório, onde serão indicadas as regras gerais, competências, pressupostos da licitação e observações gerais quanto às exceções ao dever de licitar.

Por fim, a pesquisa passará a dispor especificamente das situações em que será permitida a contratação direta, trazendo minuciosos aspectos relacionados às hipóteses de dispensa e inexigibilidade da licitação.

2 DA LICITAÇÃO PÚBLICA

Em virtude da existência de princípios relacionados ao modo de operar da Administração Pública quando da realização de obras, serviços, aquisição de bens e outras atividades, deve ser observado a busca da satisfação do interesse público, atentando, ainda, para a obrigatoriedade de observância à Lei. Ou seja, diferente do que ocorre na iniciativa privada, a Administração Pública não pode dispor de seus bens ou contratar serviços ou obras por livre escolha, devendo atender ao que dispõe o dispositivo jurídico pertinente para a realização de tais atos (BRASIL, 1993).

É a legislação que tem o condão de delimitar o que é permitido e o que é proibido para a Administração Pública quando a mesma desejar contratar. O caráter taxativo das normas que regulamentam os processos licitatórios tem como escopo zelar pelo interesse coletivo, buscando expurgar qualquer fraude, ou escolhas equivocadas passíveis de causar mácula para os cofres públicos, bem como favorecimento próprio ou a terceiros, distanciando-se do pretendido.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014), dispõe em sua obra, quanto ao procedimento licitatório, com os seguintes dizeres:

Ao falar-se em procedimento administrativo, está se fazendo referência a uma série de atos preparatórios do ato final objetivado pela Administração. A licitação é um procedimento integrado por atos e fatos da Administração e atos e fatos do licitante, todos contribuindo para formar a vontade contratual.

O processo licitatório deve ocorrer antes da celebração do contrato, este de natureza administrativa, proporcionando igualdade entre os concorrentes, onde todos disputam em igualdade de condições, acarretando na melhor proposta para o atendimento do interesse público. Desta forma, necessário esmiuçar conceitos, características e princípios da licitação.

2.1 BUSCA CONCEITUAL E FINALÍSTICA DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

Trata-se de licitação pública o procedimento realizado pelo Estado, onde todos os interessados têm a possibilidade, igualitária, de atender as condições impostas e definidas em

instrumento convocatório, onde será escolhida aquela que atender a todos os requisitos impostos, sempre no intuito de escolher a mais benéfica para a Administração Pública.

Este procedimento é obrigatório, sendo sua finalidade a escolha da melhor proposta apresentada, podendo ser considerado como requisito a melhor qualidade no objeto contratado ou mesmo o menos oneroso. Tal definição é explicitada por Celso Antônio Bandeira de Melo (2014, p. 534):

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

Desta feita, podemos entender que o procedimento licitatório é o meio utilizado pelo Poder Público para selecionar a proposta mais vantajosa dentre os concorrentes, sendo observada a igualdade de condições entre todos os licitantes.

Importa ressaltar que o procedimento licitatório pressupõe, via de regra, duas fases, estas compreendidas como habilitação, que consiste nas demonstrações dos atributos exigidos no instrumento convocatório, e o julgamento, qual seja a apuração da melhor proposta apresentada.

Tais exigências encontram-se explicitadas na Constituição Federal vigente, em seu artigo 37, XXI, que dispõe das balizas necessárias para a condução do procedimento licitatório, bem como referencia à Lei Geral regulamentadora do procedimento licitatório, hoje consubstanciada na Lei nº 8.666/93 – Lei de Licitações (BRASIL, 1993).

Cristalino o objetivo do procedimento licitatório, que é o atendimento ao interesse público, sendo necessariamente efetivados os princípios da isonomia, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, bem como pela probidade administrativa e demais princípios implícitos e explícitos. Também se faz obrigatório o instrumento convocatório e o julgamento objetivo, dentro outros princípios norteadores do procedimento licitatório que mais tarde será destrinchado.

O alcance do interesse público será verificado quando houver proporcionado à Administração Pública um negócio vantajoso, bem como assegurado aos administrados a possibilidade de disputarem a participação nos negócios em que o ente público pretenda

realizar para com os particulares, bem como também possam contribuir para com a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, conforme se verifica no artigo 3º da Lei específica em comento, qual seja a Lei 8.666/93 (BRASIL, 1993):

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável 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.

Em regra, antes da avaliação de elementos técnicos ou financeiros, as exigências principais para que seja realizado contrato com a administração pública norteiam-se em três: a) será sempre a proposta mais satisfatória; b) será observado o estrito respeito aos princípios da isonomia e impessoalidade e, por último; c) o zelo à probidade administrativa, para que todo o processo seja válido e atenda o fim do procedimento.

Concluindo tal entendimento, MELLO (2014) aduz:

Destarte, atendem-se três exigências públicas impostergáveis: proteção aos interesses públicos e recursos governamentais – ao se procurar a oferta mais satisfatória; respeito aos princípios da isonomia e impessoalidade (previsto nos arts. 5º e 37, caput) – pela abertura de disputa do certame; e, finalmente, obediência aos reclamos de probidade administrativa, imposta pelos arts. 37, caput, e 85, V, da Carta Magna brasileira.

2.2 DO OBJETO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

Por objeto do procedimento licitatório deve se entender aquilo que seja necessário para satisfazer a necessidade da administração pública, ou seja, o que se pretende contratar. Necessário se faz demonstrar a descrição de seus dados para o perfeito entendimento dos interessados em contratar com a Administração Pública (MEIRELLES, 2014).

Tão quanto imponente, MAZZA (2015, p. 422), em concordância com a pacífica doutrina, divide o objeto da licitação em mediato e imediato, sendo este a busca pela proposta mais vantajosa para o ente público, e aquele o objeto em si do contrato a ser realizado.

O objeto deve ser descrito em todas suas características, traduzindo assim o que é pretendido pela Administração Pública, sendo desnecessária a identificação de características

irrelevantes ou que possam restringir a competição dos interessados em participar do procedimento licitatório, posto haver a possibilidade de direcionamento.

Novamente, MEIRELLES (2014, p. 307-308) trata acerca deste tema em sua obra, vejamos:

“A definição do objeto, ou seja, sua descrição com todos os dados necessários ao seu perfeito entendimento, tais como o anteprojeto e as respectivas especificações, no caso de obra, é condição de legitimidade da licitação, salvo quanto aos objetos padronizados por normas técnicas, para os quais sua indicação oficial, porque nela se compreendem todas as características definidoras”.

Assim, os objetos licitáveis são unicamente os que possam ser fornecidos por mais de uma pessoa, tendo em vista que a licitação traduz-se na concorrência, o que só é possível com mais de um interessado em contratar com a Administração Pública, sendo, em regra, único e indivisível, desde que provada a sua peculiaridade e vantagem para com a Administração Pública.

Não obstante, pode haver divisão, desde que fisicamente possível e que seja previsto no instrumento convocatório, como, por exemplo, no caso do ente público que deseje contratar diversos objetos, conhecido doutrinariamente como edital por item, onde poder-se-á existir vários vencedores, uma vez que na proposta apresentada cada um poderá oferecer todos ou alguns dos objetos licitados, ressalvado o veto à possibilidade de dividir o objeto a ser licitado com intuito de fraudar o procedimento licitatório.

Assim, pode-se compreender que o objeto licitado sempre será compreendido como o objeto do contrato, podendo este ser uma obra, serviço, alienação de bens, bem como uma concessão ou locação, devendo ser especificado no instrumento de convocação, uma vez que tais especificidades tratam-se dos motivos que determinará qual concorrente adjudicará o objeto.

2.3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA LICITAÇÃO

O procedimento licitatório deverá atender aos requisitos objetivos, expostos no instrumento convocatório, bem como deverá ser norteado por princípios que, quando

desrespeitados, tornará todo o ato administrativo eivado de nulidade. Os princípios, servem como instrumentos de combate à fraudes e ilicitudes em procedimento licitatório.

A Lei nº 8.666, de 21.06.1993 dispõe, em seu artigo 3º, que os procedimentos licitatórios deverão ser processados e julgados em conformidade com os princípios estabelecidos, quais sejam a legalidade, a impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e o julgamento objetivo, bem como outros que não são previstos expressamente do dispositivo citado. Necessário analisar pormenorizadamente os mais importantes princípios que norteiam a Administração Pública quando esta busca contratar com o particular (BRASIL, 1993).

2.3.1 Do Princípio da Legalidade

O princípio da Legalidade constitui uma das principais garantias aos direitos individuais. De acordo com tal princípio, deverá a Administração Pública obedecer ao que estabelece a Lei, com fito de tornar seus atos legítimos.

Define DI PIETRO (2014, p. 384) que, “todas as suas fases estão rigorosamente disciplinadas na Lei nº 8.666/93, cujo artigo 4º estabelece que todos quantos participem de licitações promovidas pelos órgãos ou entidades a que se refere o artigo 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido na lei”.

Portanto, qualquer dos interessados que observe que procedimento não obedeceu ao que estabelece a norma, poderá impugnar judicialmente todo o procedimento.

O próprio dispositivo jurídico em comento, qual seja a Lei de licitações (BRASIL, 1993), explicita em seu artigo 4º o princípio da legalidade, segundo o qual: Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidade a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta Lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos (MELLO, 2014).

Importante frisar que o interesse no bom andamento do procedimento e legalidade do mesmo não é de interesse apenas dos participantes diretos do certame, sendo autorizado o

questionamento supramencionado por qualquer cidadão que se sinta prejudicado com o descumprimento da norma.

2.3.2 Do Princípio da Impessoalidade

O princípio da impessoalidade encontra-se estritamente ligado aos princípios do julgamento objetivo, tratado adiante, e da isonomia, princípio geral do Direito Administrativo, que confere igualdade a todos, sem qualquer distinção (DI PIETRO, 2014).

Celso Antônio Bandeira de Mello (2014) conclui que: “O princípio da impessoalidade encarece a proscrição de quaisquer favoritismos ou discriminações impertinentes, sublinhando o dever deque, no procedimento licitatório, sejam todos os licitantes tratados com absoluta neutralidade”.

No procedimento licitatório, deverão ser seguidos os mesmos critérios quanto ao tratamento dos interessados em participar do certame perante a Administração Pública, onde todos deverão ser tratados de forma igual, sem qualquer distinção, seja para beneficiar ou desprestigiar determinado concorrente por interesses particulares.

2.3.3 Do Princípio da Moralidade

Quanto ao princípio da moralidade, alguns doutrinadores defendem que trata-se de princípio implícito ao princípio da legalidade. Todavia, é de suma importância conceituar moral perante a administração pública, para que se possa distinguir da legalidade.

Entende-se por moral aquilo que se traduz no correto concernente ao espírito do homem, aquilo em que pode se considerar harmônico e ético do indivíduo para toda a sociedade. No Direito Administrativo não é diferente, deverá o procedimento licitatório, uma vez que trata-se de ato direcionado à coletividade, obedecer ao que é razoável, ético, e principalmente, moral.

Bandeira de Mello (2014 p. 548) traduz em sua obra que “o princípio da moralidade significa que o procedimento licitatório terá de se desenrolar na conformidade de padrões

éticos prezáveis, o que impõe, para a Administração e licitantes, um comportamento escorreito, liso, honesto, de parte a parte.” Ainda, entende o doutrinador supra, que todos os envolvidos no procedimento licitatório obedecem a ética, dentro de um padrão médio da sociedade, sendo esta a maior interessada no contrato da licitação.

Assim como no princípio da legalidade, e com base no artigo 5º, LXXIII, da Constituição Federal de 1988, qualquer cidadão que considere lesivo ato que desrespeite a moralidade administrativa, tem legitimidade para propor Ação Popular, havendo incidência do controle judicial.

2.3.4 Do Princípio da Igualdade

O princípio da igualdade encontra-se intimamente ligado ao princípio da isonomia das partes concorrentes, cujo objetivo é tratar de forma igualitária todos os concorrentes, oferecendo as mesmas condições a todos os que desejem participar do procedimento licitatório.

Em poucas palavras DI PIETRO (2014, p. 378) define que: “O princípio da igualdade constitui um dos alicerces da licitação, na medida em que esta visa, não apenas permitir à Administração a escolha da melhor proposta, como também assegurar a igualdade de direitos a todos os interessados em contratar”.

Igualmente, se correlaciona com o princípio da impessoalidade, posto que, ao fornecer iguais condições aos interessados em contratar com a Administração Pública, esta estará tratando a todos de forma impessoal, evitando o oferecimento de vantagens a determinados participantes (CARVALHO FILHO, 2012).

Por óbvio, há exceções quanto a regra, uma vez que o objeto licitado pode ter requisitos técnicos específicos que levem a um único participante atender tais requisitos. Neste caso, deverá ser demonstrado a necessidade em contratar aquele produto específico, não podendo a Administração Pública agir por livre conveniência no intuito de favorecer à determinado concorrente vantagens não auferidas pelos demais.

De igual forma, o mesmo dispositivo competente ao procedimento de licitação, qual seja a Lei 8.666 de 1993 (BRASIL, 1993), confere preferência a produtos nacionais, bem como determinados portes de empresas em detrimento a outra, quais sejam as microempresas e empresas de pequeno porte, que foram favorecidas em detrimento das outras empresas como critério de desempate, com base na Lei Complementar nº 123 de 14-12-2006 , especificamente em seu artigo 44 que determina:

Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 1º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.

§ 2º Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço (BRASIL, 2006).

Porém, necessário enfatizar que as vantagens mencionadas não têm o fito de beneficiar determinados grupos, e sim o fomentar o desenvolvimento econômico do país, bem como o bem estar social.

Pode-se concluir que o princípio da igualdade não apenas tratar igualitariamente todos os participantes do procedimento licitatório, mas também concede a oportunidade de qualquer interessado competir pelo objeto da licitação, agindo o ente público de forma neutra, buscando a proposta mais benéfica para a Administração.

2.3.5 Princípio da Publicidade

Assim como qualquer outro ato administrativo, o procedimento licitatório deve ser baseado na publicidade dos atos praticados, ou seja, tudo o que for realizado no procedimento licitatório deverá ser exposto a todos que tenham interesse, assim aduz, em letra de lei, o artigo 3º, parágrafo 3º da Lei 8.666/93:

§ 3º A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura (BRASIL, 1993).

Importa ressaltar que a publicidade deve ser relacionada aos atos, resguardando o sigilo das propostas, até a abertura dos envelopes, com fito de evitar qualquer fraude ou favorecimento no procedimento por interesse particular, inerente ao dever moral e legal de licitar. Ainda, o dispositivo legal supratranscrito concede, a qualquer cidadão, o direito de acompanhar o procedimento licitatório.

Hely Lopes Meirelles (2014, p. 303) dispõe que o princípio da publicidade é:

o que abrange desde os avisos de sua abertura até o conhecimento do edital e seus anexos, o exame da documentação e das propostas pelos interessados e o fornecimento de certidões de quaisquer peças, pareceres ou decisões com ela relacionadas, É em razão desse princípio que se impõem a abertura dos envelopes da documentação e propostas em público, e a publicação oficial das decisões dos órgãos julgadores e do respectivo contrato, ainda que resumidamente (arts. 3º, §3º, e 43, §1º).

Deverão ser públicos todos os atos da licitação, abrangendo desde a abertura do procedimento licitatório, divulgação do instrumento convocatório, exame da documentação e propostas apresentadas pelos interessados, estendendo-se até a adjudicação do contrato, ato último este onde a Administração Pública declara o vencedor do certame, e a homologação, onde definitivamente firma-se o contrato entre a Administração Pública e o vencedor do certame.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2014. p. 546) conclui que “o princípio da publicidade impõe que os atos e terminas da licitação – no que se inclui a motivação das decisões – sejam efetivamente expostos ao conhecimento de quaisquer interessados. É um dever de transparência, em prol não apenas dos disputantes, mas de qualquer cidadão”.

2.3.6 Do princípio da Probidade Administrativa

A Probidade Administrativa é dever de todo administrador público, sendo previsto também no procedimento licitatório, em seu dispositivo competente que versa da Licitações e

contratos da Administração. O princípio em comento pode ser compreendido como uma espécie de aviso aos que estão promovendo o certame, posto que ele indica que deverá os atos administrativos ser realizados obedecendo os trâmites legais, morais e de boa-fé entre os interessados, sob risco, inclusive, ser responsabilizado na esfera judicial (BRASIL, 1993).

Como indica GASPARINI (2007, p. 477) “impede-se a prática de atos ou a seleção de propostas atentatórias da probidade administrativa, ou seja, que não traduzam a melhor satisfação para a Administração Pública.” Assim, deverá o ente público obedecer aos requisitos legais para licitar, observando as balizas e princípios estabelecidos na norma jurídica.

2.3.7 Do Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório

Além de mencionado no artigo 3º da Lei de Licitações – Lei nº 8.666/93, está também exposto no artigo 41, onde estabelece que “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”, sendo importante mencionar o disposto no artigo 43, inciso V, onde exige que a classificação e julgamento das propostas apresentadas pelos concorrentes sejam realizadas baseando-se nos critérios de avaliação disposta do instrumento convocatório do procedimento licitatório (BRASIL, 1993).

Insta observar que este princípio não está restrito ao ente público, também se estendendo aos licitantes, uma vez que os mesmos devem atender aos requisitos exigidos no edital, podendo ser considerados inabilitados ou desclassificados caso não o cumpram fielmente.

Brilhantemente expõe DI PIETRO (2014, p. 387) sobre o tema:

“Quando a Administração estabelece, no edital ou na carta-convite, as condições para participar da licitação e as cláusulas essenciais do futuro contrato, os interessados apresentação suas propostas com base nesses elementos; ora, se for aceita proposta ou celebrado contrato com desrespeito às condições previamente estabelecidas, burlados estão os princípios da licitação, em especial o da igualdade entre os licitantes, pois aquele que se prendeu aos termos do edital poderá ser prejudicado pela melhor proposta apresentada por outro licitante que os desrespeitou”.

Desta forma, descumprido algum dos requisitos expostos ao instrumento convocatório, estará o licitante não só desrespeitando o princípio da vinculação, bem como

estará confrontando o princípio da isonomia, igualdade, publicidade, julgamento objetivo, dentre outros implícitos como o da livre competição e inalterabilidade do edital.

2.3.8 Do Princípio do Julgamento Objetivo

No que se atine ao julgamento objetivo, decorrente do princípio da legalidade, trata de orientação ao Órgão Público para bem julgar as propostas apresentadas pelos interessados e habilitados em contratar com a Administração Pública, analisando os requisitos indicados no instrumento convocatório. Desta forma, este princípio também se correlaciona com o da vinculação ao instrumento convocatório, uma vez que caberá à Administração Pública julgar de acordo com os parâmetros exigidos.

Ainda analisando o princípio do Julgamento Objetivo, importante aclarar que cabe ao julgador indicar quais requisitos foram determinantes para a escolha do vencedor do certame, sendo tais escolhas pautadas por critérios objetivos.

Assim, verifica-se que tal objetividade não é absoluta, posto que, quando da escolha do objeto licitado, baseia-se em critérios técnicos, tendo o julgador que valer-se de certo critério subjetivo em sua escolha (MAZZA, 2015, p. 427-428).

3 DA OBRIGATORIEDADE DE LICITAR

Já compreendido do que se trata o procedimento licitatório, importante se faz destacar que está obrigado a licitar tanto as pessoas de Direito Público de capacidade política, quanto às entidades de suas Administrações indiretas, isto é: autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações governamentais (MELLO, 2014, p. 548)..

O artigo 37, caput e inciso XXI da Carta Magna, bem como previsão legal específica das licitações, qual seja a Lei de número 8.666/93, estabelece que estão sujeitos a licitar todos os órgãos da Administração Direta e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Distrito Federal, Estados e Municípios (BRASIL, 1993).

Desta forma, empresas e fundações públicas, sociedades de economia mista e entes controlados por pessoas jurídicas de Direito Privado deverão editar seus próprios instrumentos editalícios quanto ao procedimento licitatório, obedecendo sempre às diretrizes da lei que trata de licitações (BRASIL, 1993).

Hely Lopes Meirelles (2014, p. 309) conclui brilhantemente que: “Admite-se que as empresas estatais que possuem personalidade jurídica de Direito Privado (sociedades de economia mista, empresas públicas e outras entidades controladas direta ou indiretamente pelo Poder Público) possam ter regulamento próprio, mas ficam sujeitas às normas gerais da Lei 8.666/93 (art. 119)”.

A obrigatoriedade de licitar indica não somente a necessidade de realização de um procedimento licitatório, quando se busca os objetivos já indicados anteriormente, como também indica taxativamente em que modalidades deverão ocorrer o procedimento licitatório, indicando balizas limitadoras para a ocorrência do certame. Importante aprofundamento de elementos basilares à temática abordada.

3.1 COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR SOBRE A LICITAÇÃO

Quanto à competência para legislar sobre a licitação, há controvérsia, tendo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 22, inciso XXVII, indicado a exclusividade da União sobre a legislação do tema, ao passo que a doutrina observa que este dispositivo constitucional deixa um ponto controverso, pois nos demais incisos afirma que será da União a competência para editar normas gerais. Ou seja, se inicialmente compete apenas a União legislar sobre normas gerais relacionadas à licitação, implicitamente entende-se que as regras específicas serão de competência das demais entidades federativas (BRASIL, 1988).

MAZZA (2015, p. 418-419), em sua obra, refere-se ao tema discutido como competência concorrente, pois afirma que o inciso XXVII foi incluído equivocadamente no artigo 22 da Carta Política, devendo a União ser concorrentemente competente na edição de tais legislações, permitindo assim aos Estados e Municípios legislar sobre todo o procedimento licitatório, observando o disposto na norma geral.

Outro artigo da Constituição Federal vigente que trata da obrigatoriedade em licitar é o art.175, especificamente nos casos de concessão e permissão, onde indica que incumbe ao poder público licitar quando da necessidade de delegar a execução do serviço público por meio de concessão ou permissão.

A Lei de Licitações (BRASIL, 1993) foi editada justamente para estabelecer normas gerais para o procedimento licitatório e contratos administrativos, havendo também outras normas infraconstitucionais que tratam acerca da temática, como a Lei 8.883 de 08-06-1994 (BRASIL, 1994), que alterou dispositivos da lei inicialmente indicada, a Medida Provisória nº 2.026-3 de 28-07-2000 (BRASIL, 2000), que criou a recente modalidade de licitação, denominada pregão, assim como diversas outras Leis editadas no âmbito infraconstitucional.

3.2 PRESSUPOSTOS DA LICITAÇÃO

Mesmo que os órgãos públicos estejam obrigados a licitar, necessário se faz observar pressupostos básicos para que seja realizado o procedimento licitatório, vez que são eles que oportunizam a disputa entre os interessados em contratar com a Administração Pública, com o fito de alcançar as finalidades a que se destina a licitação.

A grande maioria dos doutrinadores é pacífica quanto da existência pressupostos norteadores para realização do certame público, entendendo que são três os pressupostos básicos fundamentais: a) Pressuposto Fático: no qual se demonstra o interesse em licitar; b) Pressuposto Jurídico: evidenciado pela oportunidade e conveniência da realização do procedimento licitatório; e c) Pressuposto Lógico: abarcado pela multiplicidade de objetos e interessados em participar da licitação, tornado possível a livre concorrência. Neste diapasão, fundamental esmiuçar cada um dos pressupostos básicos mencionados.

3.2.1 Pressuposto Fático

O pressuposto fático observa-se pela necessidade de participação de interessados em procedimento licitatório, ou seja, é necessário que haja mais que um interessado em contratar com a Administração Pública, pois caso não hajam, esta será considerada deserta e não poderá

ocorrer. Devendo assim os interessados demonstrar sua vontade em participar, bem como mensurar sua proposta, demonstrando sua capacidade em executar o objeto licitado.

Urge aclarar que, mesmo que haja interessados em participar da licitação, se não for possível definir as propostas ofertadas, de igual forma, se torna impossível o processo licitatório, uma vez que o julgador não terá critério para definir quem está apto a executar o objeto da licitação.

3.2.1 Pressuposto Jurídico

O pressuposto jurídico é caracterizado pela conveniência e oportunidade de realização do procedimento licitatório, sendo observado, no caso concreto, a real necessidade de realização da licitação. Ocorre que, em não sendo vantajoso para a Administração Pública, poderá o procedimento ser dispensado, sendo as situações permissivas elencadas na Lei de Licitação (BRASIL, 1993).

MAZZA (2015, p. 422) afirma que “Há casos em que a instauração da licitação não atende ao interesse público, facultando a Administração promover a contratação direta. A falta do pressuposto jurídico pode caracterizar a inexigibilidade ou dispensa de licitação”.

3.2.3. Pressuposto Lógico

Trata-se da existência de uma pluralidade de objetos, bem como uma pluralidade de ofertantes (MELLO, 2014), ou seja, se faz necessária a existência da diversidade do objeto desejado pela Administração, bem como a existência de mais de um fornecedores ou prestador do serviço ou obra daquele objeto a ser contratado, tendo em vista que sua inexistência restaria na hipótese de inexigibilidade da licitação.

Novamente, MAZZA (2015, p. 422), define esse pressuposto como aquele que “consiste na pluralidade de objetos e ofertantes, sem o que se torna inviável a competitividade inerente ao procedimento licitatório. Ausente o pressuposto lógico, deve haver contratação direta por inexigibilidade de licitação”. Igualmente, se refere à diversidade de interessados em concorrer, tornando impossível a realização do certame público quando de sua inobservância.

3.3 EXCEÇÕES AO DEVER DE LICITAR

Compreendida a obrigatoriedade de o ente público realizar um procedimento licitatório quando da necessidade de contratar com o particular para realização de determinado contrato de obra, serviço, alienação, concessão, permissão, entre outros, o legislador regulamenta todo o procedimento, indicando como deverá ocorrer seu trâmite, bem como ressalva os casos específicos onde poderá ser dispensada a licitação (GASPARINI, 2007, p. 506).

Verifica-se que o legislador deixa aberta a possibilidade de a Administração Pública contratar diretamente com o particular sem que haja o procedimento licitatório, estando os casos específicos elencados pelo dispositivo jurídico competente (BRASIL, 1993).

Todavia, se faz necessário observar que o artigo 175 da Carta Magna (BRASIL, 1988), estabelece a impossibilidade de dispensar a realização de um certame quando da concessão ou permissão entre a Administração e o particular, devendo esta ser sempre realizada através de uma licitação norteada pela Lei que trata da realização do procedimento licitatório e contratos da Administração Pública (BRASIL, 1993).

A Lei de Licitação indica em seus artigos 24 e 25, a possibilidade de dispensa e inexigibilidade, respectivamente, do certame público, onde há um rol que prevê situações específicas que pode ser facultado ou dispensado o procedimento licitatório para a contratação direta (BRASIL, 1993).

A principal distinção entre as hipóteses em que a Administração Pública dispõe de não realizar o procedimento licitatório é que a dispensa ocorre quando o ente público pode realizar a licitação, todavia esta causará prejuízo para a Administração, e desta forma não será atendido o interesse principal do ente público que é a proposta mais vantajosa a ser contratada, caso em que será facultado ao ente a realização do certame público, ao passo em que a inexigibilidade ocorre quando não há possibilidade de fato na realização do procedimento licitatório, vez que o objeto ou serviço a ser contratado não pode ser fornecido por qualquer outro dos interessados (DI PIETRO, 2014).

Existindo possibilidade de licitação sem dispêndio ao interesse público, deverá ocorrer sempre o procedimento licitatório, e excepcionalmente, nos casos específicos, deverá ocorrer a dispensa e ou inexigibilidade da observância do procedimento licitatório.

Não se pode afastar o procedimento licitatório apenas na identificação do caso concreto com uma das hipóteses elencadas no dispositivo jurídico que trata da licitação, pois deverão ser observados todos os requisitos exigidos para que a contratação seja realizada de forma direta, seja por dispensa ou inexigibilidade da licitação, estando a Administração Pública vinculada ao princípio da legalidade, sendo apenas a Lei capaz de desobriga-la de realizar o processo licitatório (BRASIL, 1993).

Diante disso, se vê a extrema importância dos princípios que norteiam o procedimento licitatório, permitindo ao ente público agir com discricionariedade apenas nos casos permitidos por lei, limitando assim o subjetivismo do gestor público ao contratar com o particular (MORAES, 2009).

4 DA CONTRATAÇÃO DIRETA SEM LICITAÇÃO

De acordo com o que está disposto na Constituição Federal, deverá sempre a Administração Pública realizar procedimento licitatório quando da necessidade de contratação com terceiros. Todavia, dispõe o ordenamento jurídico acerca das situações em que será excepcionado o princípio da obrigatoriedade de licitar, assim como está disposto no dispositivo jurídico que trata acerca das licitações os casos peculiares em que ocorrerá a dispensa do procedimento licitatório (BRASIL, 1993).

Essa realização de contratação sem feitura de procedimento licitatório é denominada de contratação direta, sendo salutar posicionamento de MEDAUAR (2008, p. 197) quando assevera que “a Lei 8.666/93 arrola casos em que não se realiza processo licitatório antes da contratação, havendo conforme o caso, um procedimento interno. Por isso tais hipóteses são denominadas de contratação direta”. Importa ressaltar que, mesmo com a contratação direta, deverá sempre o gestor atentar aos princípios norteadores do procedimento licitatório, pois mesmo sendo cabível a dispensa da licitação, ele deverá buscar sempre a proposta mais vantajosa para a Administração Pública (BRASIL, 1993).

Estes casos de dispensa e inexigibilidade do procedimento licitatório estão preconizados nos artigos 24 e 25, respectivamente, da lei que versa sobre a licitação, qual seja a Lei Federal nº 8.666 de 1993, que elencam as situações de tais dispensas e inexigibilidade do procedimento licitatório (BRASIL, 1993).

4.1 DISPENSA DE LICITAÇÃO

Passando a observar o artigo 24 da Lei de Licitações (BRASIL, 1993) veremos situações em que poderá a Administração Pública, por conveniência, dispensar a licitação, em observância de alguns motivos, quais sejam: a) Em razão do pequeno valor; b) Em razão de situações excepcionais; c) Em razão do objeto; e d) Em razão da pessoa.

4.1.1 Em Razão do Pequeno Valor

Dispensável é a licitação que versa sobre obras e engenharia que auferam valor total de 10% do previsto, pela alínea “a”, inciso I, do artigo 23 do mesmo ordenamento jurídico, que prevê modalidade convite para obras e serviços de engenharia com valor total de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), desta forma, quaisquer obras ou serviços de engenharia que tenham como valor total até R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), facultará a Administração Pública a possibilidade de licitar, todavia atenta o dispositivo para situações em que haja o ilegal fracionamento do valor total, de forma que veta a possibilidade de dispensa ao procedimento licitatório quando da ocorrência dessa ilegalidade, conforme inciso I do artigo e lei inicialmente citados (BRASIL, 1993).

Observando o inciso II do mesmo artigo, ele trata de situação semelhante do inciso anterior, onde proporciona a possibilidade de dispensa do procedimento licitatório quando há necessidade em contratar outros serviços e compras em geral em valor também correspondente a 10% do limite previsto do artigo anterior, todavia o valor máximo para esta dispensa deverá ser de até R\$ 8.000,00 (oito mil reais), vez que o a modalidade convite para as situações de compras e demais serviços na modalidade convite será de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), assim como no inciso anterior, o legislador vetou a possibilidade de

fracionamento do valor total para o objeto necessitado pela Administração Pública (BRASIL, 1993).

Tão importante é essa observação, que o próprio dispositivo jurídico competente veda essa hipótese, conforme seu artigo 23, §1º e 2º que dizem:

§1º As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala.

§ 2º Na execução de obras e serviços e nas compras de bens, parceladas nos termos do parágrafo anterior, a cada etapa ou conjunto de etapas da obra, serviço ou compra, há de corresponder licitação distinta, preservada a modalidade pertinente para a execução do objeto em licitação (BRASIL, 1993).

Desta forma, há a estrita vedação ao fracionamento do valor do objeto do procedimento licitatório para que seja possibilitado ao ente público escolher meio menos dificultoso para a realização do certame público, visando expurgar a possibilidade de fraude ao procedimento licitatório, bem como beneficiar determinado interessado no objeto licitado por interesse diverso do público.

Ocorre que, assim como há a excepcionalidade da regra, existe também a exceção da excepcionalidade, onde a Lei nº 9.648 de 1998 alterou os percentuais dos incisos I e II anteriormente citados para 20% (vinte por cento) quando da necessidade de obras, serviços e compras realizadas por consórcios públicos, sociedades de economia mista, empresa pública e por autarquia e fundação qualificadas como Agências Executivas (BRASIL, 1998).

Desta forma, verifica-se a faculdade do ente público em dispensar o procedimento licitatório quando da observância dos requisitos legais referentes aos valores do objeto a ser contratado pela Administração Pública.

4.1.2 Em Razão de Situações Excepcionais

O legislador também previu situações específicas que versam sobre necessidades extremas para a Administração Pública, de forma que será facultado ao ente público licitar

quando o procedimento licitatório possa comprometer o interesse público em virtude de ameaça à segurança pública ou às necessidades básicas da população.

Desta forma, o procedimento licitatório poderá ser dispendioso e não atender o interesse público, de forma que será possível nos casos em que preveem os incisos III, IV, V, VI, VII, IX, XI, XIV, e XVIII do artigo 24 da lei competente sobre licitações (BRASIL, 1993).

4.1.2.1 Casos de guerra ou grave perturbação da Ordem

O inciso III prevê os casos de guerra ou grave perturbação da ordem, onde poderá a Administração Pública contratar diretamente com qualquer interessado em executar o objeto pretendido pelo ente público, vez que sua necessidade é extrema e sua protelação acarretará em danos irreversíveis. Importa ressaltar a necessidade da existência da gravidade da situação para que possa ser realizada a dispensa do procedimento licitatório pela Administração, assim compreende JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO (2012, p. 258):

É dispensável a licitação em situações de flagrante excepcionalidade. Uma delas ocorre em casos de guerra ou grave perturbação da ordem (art. 24, III). Guerra é o conflito que põe em risco a soberania, e sua declaração é privativa do Presidente da República com autorização ou referendo do Congresso Nacional (art. 84, CF). Perturbação da ordem é a situação que afeta a paz e a disciplina social e política, gerando as medidas de estado de defesa (art. 136, CF) e estado de sítio (art. 137, I, CF). Todavia, não basta qualquer comoção interna; é preciso que se caracterize como grave para justificar a dispensa.

Desta forma, entende-se a importância da caracterização da guerra ou grave perturbação da ordem pública, declaradas por seus líderes competentes quando configurada cada situação peculiar, necessário se fazendo a declaração do estado de defesa e estado de sítio, conforme aludido brilhantemente pelo autor citado, e indicados na Carta Magna em seus artigos respectivos.

4.1.2.2 Calamidade Pública

Outro caso em que pode ocorrer a dispensa da licitação é quando decretada a calamidade pública, situação esta que põe em risco a saúde e vida da população, bem como seus bens, sendo necessária a sua declaração através de seu decreto (GASPARINI, 2007).

Esta situação se deriva, geralmente, de fatos naturais, como por exemplo: alagamentos, fortes chuvas, transbordamento de rios, e os demais fenômenos naturais que coloquem em risco a vida, saúde e bens da sociedade.

Desta forma, poderá a Administração agir diretamente ao contratar com qualquer particular que ofereça o serviço ou objeto necessário para o ente público sanar ou amenizar os efeitos trazidos pelo evento ocorrido, pelo prazo máximo de 180, conforme disposto neste artigo e inciso da Lei de licitação (BRASIL, 1993).

4.1.2.3 Licitação Deserta

Faz-se necessário o procedimento licitatório quando da contratação de um determinado bem ou serviço pela Administração Pública, todavia, a realização de um procedimento licitatório não garante que tal contrato será firmado, tanto por disposição do gestor público, quanto por falta de concorrentes na licitação.

Ocorrendo esta hipótese onde não haja interessados em participar do certame público, tem-se o procedimento licitatório como deserto, e com fim de permitir que a Administração Pública consiga contratar o objeto interessado, o legislador permite que, diante dessa circunstância, o ente público possa dispensar o procedimento licitatório e contratar diretamente o objeto necessitado pela Administração (GASPARINI, 2007, p. 524).

Este procedimento direto visa tão somente garantir que não seja prejudicial para a Administração Pública a realização de um novo procedimento licitatório, tendo em vista que este demandaria tempo e erário para sua realização, além da real possibilidade em restar deserta novamente.

Importa ressaltar que licitação deserta difere da licitação fracassada, onde esta se tem pela apresentação de propostas por interessados, e nenhum esteja habilitado ou classificado para contratar com a Administração Pública, que não gera a faculdade de realizar a

contratação direta pelo ente público, conforme acontece na licitação deserta (GASPARINI, 2007, p. 524).

4.1.2.4 Intervenção da União

Poderá a Administração Pública intervir no domínio econômico, contratando diretamente com o fornecedor de determinado objeto do procedimento licitatório quando se fizer necessária à regulação do preço, bem como equilibrar o mercado. Desta forma, busca-se reprimir o aumento arbitrário dos preços, o abuso do poder econômico e ampliar a concorrência entre os demais concorrentes.

DI PIETRO (2014, p. 400) aduz em sua obra que se incluem nesta hipótese: “quando a União tiver que intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento (inciso VI do art. 24);”.

4.1.2.5 Preços superiores ao praticado no mercado

O legislador previu a possibilidade contratação direta pela Administração Pública, com fito de evitar abusos econômicos. Isto é, diante da possibilidade de determinada classe capaz de oferecer o objeto da licitação por preço extremamente injusto, pode-se utilizar, diante de tal abusividade, a contratação direta, vez que a busca pela proposta mais vantajosa para a Administração Pública deverá sobressair sobre qualquer aspecto, e inevitavelmente a escolha de qualquer outra proposta causaria enorme prejuízo ao erário, o que desinteressa a Administração Pública.

Nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014), será admitida a contratação direta dos bens ou de serviços não superior constante ao registro de preços fixados por órgãos plenamente competentes “quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional, ou forem incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes, casos em que, observado o parágrafo único do artigo 48 (atual §3º)”.

4.1.2.6 Comprometimento da Segurança Nacional

Facultará à Administração Pública a contratação direta, ou seja, dispensável a licitação, quando o procedimento licitatório possa comprometer a segurança nacional, quais sejam os interesses que ameacem a sobrevivência do Estado brasileiro (JUSTEN FILHO, 2004).

Necessário se faz dizer que não apenas o interesse da segurança nacional é suficiente para facultar a realização do procedimento licitatório, vez que tão importante quanto se faz necessário demonstrar quão prejudicial à segurança nacional acarretaria quando da publicidade do interesse em contratar.

4.1.2.7 Contratação remanescente de obra, serviço ou fornecimento

Nesta situação, verifica-se a possibilidade de rescisão contratual da empresa vencedora do certame público, desta forma, poderá o ente público vislumbrar o procedimento licitatório já realizado, e seguindo a ordem de classificação, contratar diretamente com a empresa que almejou o segundo lugar no respectivo procedimento licitatório.

Resta identificada a paralização da execução do objeto licitado por meio da rescisão contratual, e desta forma poderá a Administração convocar os demais licitantes, por ordem de classificação, oferecendo as mesmas condições estabelecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao valor, devidamente corrigido (MEIRELLES, 2009). Restando infrutífera tal tentativa, obrigar-se-á ao ente público que realize nova licitação para contratar aquele mesmo objeto.

4.1.2.8 Aquisição de bens ou serviços conforme acordo internacional

A hipótese questionada se justifica quando da existência de acordos internacionais que possibilitem, justamente, que as condições ofertadas sejam manifestamente vantajosas ao interesse público, de forma que possibilite a faculdade em licitar.

José Carvalho dos Santos Filho (2012, p. 267) trata o tema da seguinte forma:

É dispensável a licitação para tal tipo de contratos. Mas necessário se faz que o acordo internacional seja aprovado pelo Congresso Nacional, e, ainda, que as condições sejam manifestamente vantajosas para o Poder Público. Se este contrata diretamente em condições não manifestamente vantajosas, o ajuste é ilegal, porque, no mínimo, estará sendo fraudado o direito de empresas nacionais fornecedoras dos mesmos bens e serviços.

Podemos concluir então que, caso o contrato internacional não seja aprovado mais vantajoso para a Administração Pública, este prejudicará diretamente fornecedores nacionais capazes de fornecer os mesmos bens e serviços do objeto do contrato, estando então a contratação contendo vícios.

4.1.2.9 Compras e contratação de serviços para o abastecimento de embarcações, aeronaves e tropas

Este disposto aplica-se aos casos em que ocorra operação militar de qualquer natureza, que exija o deslocamento de pessoas e bens para determinados locais diversos daqueles que estão baseados. No entanto, a autorização para a compra direta se restringe a itens julgados necessários ao abastecimento durante o deslocamento que se faz em continuidade (CARVALHO FILHO, 2012).

Entende-se que este dispositivo é dotado de aplicação discreta, tendo em vista que tais objetos estão abrigados por outros meios de contratação direta, tanto por inexigibilidade, mais a frente tratada, quanto por outras formas de dispensas.

4.1.2.10 Contratações de serviços referentes à coleta, processamento e comercialização de resíduos urbanos, efetuados exclusivamente por associações ou cooperativas compostas por pessoas de baixa renda

José dos Santos Carvalho Filho (2012, p. 274) é categórico quanto a classificação desta modalidade de dispensa de licitação, quando em sua obra, explica:

O intuito da norma é claramente de cunho social e visa alcançar pessoas de escasso poder aquisitivo que, organizadas em associação e cooperativa, se dedicam à árdua tarefa de recolher esse tipo de material nas ruas, em depósitos de lixo e em outros locais. Por outro lado, não se pode olvidar que essa atividade colabora significativamente em favor de uma política adequada para saneamento básico, sabido que esse material é difícil e lentamente degradável, causando gravames à

infraestrutura de saneamento e ao meio ambiente. Além disso, a atividade propicia a recirculação de riqueza, decorrente de sua comercialização, reciclagem e reutilização.

Necessário se faz observar que alguns requisitos estão previstos nesse inciso, quanto a necessidade de formação de associação e cooperativa por pessoas de baixa renda, bem como o reconhecimento destes como catadores materiais recicláveis.

4.1.2.11 Fornecimento de bens e serviços produzidos ou prestados no país envolvendo alta complexidade e defesa nacional

Trata-se da necessidade em contratar determinado bem ou serviço cuja peculiaridade seja a alta complexidade e a defesa nacional.

José dos Santos Carvalho Filho (2012), dispõe os elementos que se fazem necessários para a permissão para tal possibilidade de contratação direta, afirmando que: os bens e serviços devem ser produzidos ou prestados no país; devem envolver alta complexidade tecnológica e defesa nacional, sendo tais elementos necessariamente cumulativos; exigem parecer de comissão especialmente designada pela autoridade máxima do órgão.

Importa ressaltar que, de acordo com o entendimento de Rony Charles Lopes Torres (2009), a inobservância de um desses elementos não justificará a dispensa do procedimento licitatório.

4.1.3 Em Razão do Objeto

O procedimento licitatório também poderá ser dispensado quando versar sobre determinadas hipóteses quanto ao objeto que se busca obter, sendo necessário identificar os bens de uso comum da Administração Pública ou bens destinados a anteder determinado interesse público, cujas situações estão dispostas nos incisos X, XII, XVII, XIX, XXI do mesmo artigo 24.

4.1.3.1 Compra ou locação de imóvel dirigido a fins precípuos da administração

O inciso X do art. 24 do Estatuto Federal licitatório prevê a dispensabilidade de licitação para os casos de compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da Administração, cujas necessidades de instalação ou localização condicionem a sua escolha (GASPARINI, 2007, p. 529).

Ainda, baseando-se do entendimento do doutrinador, pode-se destacar que se faz necessário a demonstração da necessidade da instalação do ente público em determinado local, sendo justa sua dispensa por se tratar de características específicas. E não havendo esta especificidade, exigir-se-á a realização de um procedimento licitatório.

Desta forma, a necessidade do ente público em locar ou comprar determinado imóvel, visa tão somente à prestação do serviço público daquele determinado órgão, que lotado naquele local característico, terá seu intuito efetivado.

4.1.3.2 Compra de hortifrutigranjeiros, pão e outros gêneros perecíveis

Assim, como propriamente o inciso determina, trata-se da realização de contratação direta tendo em vista a característica do padecimento dos alimentos, ou seja, não restará atingido o objeto do procedimento licitatório, vez que quando concluída sua realização, o alimento objeto do certame já terá perecido, não podendo mais ser utilizado com o fim a que se destinava.

Gasparini (2007, p. 531) trata de classificar parte dos itens considerados hortifrutigranjeiros, pão e gênero perecíveis sua obra, quando aduz que “Hortifrutigranjeiros são os produtos de hortas (alface, repolho, tomate, quiabo), pomares (laranja, caqui, uva), e granjas (ovos, aves). Pão é o alimento feito de farinha, água e fermento, de forma redonda ou alongada, assado em forno. Gêneros perecíveis são mercadores víveres, de fácil deterioração”.

Todavia, não se atentará apenas aos exemplos dispostos pelo doutrinador, vez que a categoria de alimentos considerados perecíveis ocorre amplamente, onde qualquer alimento que pereça de forma célere, será considerado perecível e terá seu procedimento licitatório facultado ao ente público.

4.1.3.3 Aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos

A obra de arte pode ser mais ou menos reconhecida, dependendo da opinião pública e da crítica especializada. Mas de qualquer modo há de resultar do talento pessoal do seu autor. O objeto histórico é o que traduz a lembrança dos grandes episódios da história. São com estas palavras que José dos Santos Carvalho Filho (2012, p. 259-260) classifica objetos históricos e obras de artes.

Desta forma, o ente público que desejar proceder a compra de determinada obra de arte, bem como sua restauração, gozará da faculdade de contratar diretamente o objeto, vez que há a peculiaridade do objeto em questão, visto que aquela determinada obra ou serviço não poderá ser efetuado por outro artista com tanta perfeição.

Deve-se observar que para a realização da compra direta, deverá se verificar a autenticidade e necessidade dos bens a serem adquiridos, bem como no caso de restauração de obras, verificar-se se há mais de algum restaurador capaz de realizar o serviço, para que se proceda a uma comparação de preços entre os profissionais aptos.

4.1.3.4 Aquisição de componentes durante o período de garantia técnica

Proceder-se-á a dispensa do procedimento licitatório quando da necessidade em contratar imediatamente componente ou peças originais dos equipamentos da administração pública quando esta for necessário à vigência da garantia (Gasparini, 2007, p. 534).

Desta forma, a administração pública poderá contratar diretamente com a empresa fornecedora original dos equipamentos da administração pública, vez que caso não seja procedida esta obtenção de produtos originais, estará a garantia do produto maculada, e o equipamento como um todo restará descoberto da garantia oferecida pelo fornecedor.

Gasparini vai além, na mesma passagem de sua obra, e afirma que, findado o prazo de garantia oferecida pelo fornecedor, caso haja necessidade em realiza a aquisição de peças para os equipamentos públicos, estes deverão ser precedidos de procedimento licitatório.

4.1.3.5 Compra de material de uso das Forças Armadas

Mais uma possibilidade de dispensa do procedimento licitatório é a necessidade de compra de material de uso das Forças Armadas para padronização exigida pelo apoio logístico poderá ser realizado diretamente.

O procedimento adotado pelas Forças Armadas para definir a padronização de suas aquisições não é matéria de licitação. Essa questão se resolve no âmbito interno da Administração, devendo ser guiada por critérios rigorosos, independentemente da existência de uma “comissão” instituída por um “decreto”. Depois, a interpretação do dispositivo sempre seria restrita aos casos em que a padronização fosse condição de eficiência da atuação militar (MARÇAL JUSTEN FILHO, 2004, p. 259).

Sendo assim, a administração pública competente poderá dispor do procedimento licitatório e contratar diretamente com o fornecedor, que devido ao critério de padronização, será um único fornecedor, em via de regra, todavia, quando da existência de dois fornecedores do mesmo objeto, deverá ser instituída uma comissão que se restringirá a julgar a opção, viabilidade e razoabilidade dos preços oferecidos.

4.1.3.6 Aquisição de bens destinados exclusivamente à pesquisa científica e tecnológica

Resta claro a restrição apenas a aquisição de bens destinados a pesquisa científica e tecnológica, não abrangendo assim a execução de obras ou serviços, ainda que voltados as pesquisas (Gasparini, 2007, p. 536).

Importante observar quando da letra da lei, que taxativamente inclui os órgãos referenciados às pesquisas, quais sejam: a Capes, Finep, o CNPq e demais instituições de fomento as pesquisas credenciadas pelo CNPq para esse fim específico. Desta forma, se faz necessário o vínculo com os órgãos citados para que possa facultar ao gestor público à realização da contratação direta do objeto destinado a pesquisa científica e tecnológica (BRASIL, 1993).

4.1.3.7 Contratação realizada por Instituição Científica e Tecnológica – ICT ou por agência de fomento para a transferência de tecnologia

Na contratação realizada por instituição científica e tecnológica – ICT ou por agência de fomento para a transferência de tecnologia e para o licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida, caso do inciso citado, pode-se usar dois pontos para justificar a possibilidade de dispensa do certame público nessa hipótese: a necessidade de fomento à pesquisa e tecnologia e a inexistência de interesse econômico direto na contratação, comprovadamente no texto da Lei 10.973/04 (BRASIL, 2004) onde se privilegiam entidades sem fins lucrativos (CARVALHO FILHO, 2012).

4.1.3.8 Nas contratações visando ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 4º, 5º e 20 da Lei nº 10.973/04, observado os princípios gerais de contratação dela constante

Carvalho Filho (2012) é categórico ao afirmar em sua obra quanto ao inciso questionado: Todos são dispositivos voltados ao incentivo à pesquisa e ao desenvolvimento tecnológico, dispensando-se a licitação no caso de celebração de contratos.

Assim, como nos incisos que tratam da dispensa do procedimento licitatório para contratar diretamente visando estimular o desenvolvimento das pesquisas tecnológicas e científicas.

4.1.4 Em Razão da Pessoa

Por fim, têm-se as situações em que a licitação é facultada ao ente público em razão da pessoa contratada, consubstanciada na adjudicação do contrato por pessoa jurídica específica, como órgãos públicos, instituições brasileiras e associações civis sem fins lucrativos, concessionárias e permissionárias de serviços públicos, entre outras.

Essas hipóteses se encontram elencadas nos incisos VIII, XIII, XVI, XX, XXII, XXIII, XXIV do artigo 24 da Lei diversas vezes exposta até então que trata do procedimento licitatório, qual seja a Lei número 8.666, de 21 de junho de 1993 (BRASIL, 1993).

4.1.4.1 Aquisição por pessoa jurídica de direito público interno

Este dispositivo tem como objetivo autorizar o administrador público a dispensar a licitação nos casos em que o objeto licitável é prestado por pessoa jurídica de direito interno, todavia, deve-se observar que o valor ofertado pelo interessado deve ser razoável e compatível com o praticado em mercado.

Gasparini (2007, p. 527) classifica as pessoas jurídicas de Direito Público interno como sendo a União, cada um dos estados federados, o Distrito Federal, cada um dos Municípios, as autarquias e as fundações públicas. Sendo assim, apenas estas são prestigiadas pela regra mencionada.

Mais além, o doutrinador afirma que poderá apenas contemplar a hipótese em questão, somente se o órgão licitante fora criado antes deste dispositivo jurídico que regula o procedimento licitatório, com fim de lhes prestarem serviços ou produzir bens. Desta forma o órgão deve prestar serviço exclusivo ao ente estatal, não atendendo ao público em geral, hipótese em que acarretaria na impossibilidade de contratação direta.

4.1.4.2 Contratação de instituição brasileira que tenha a finalidade de pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional, ou que desempenhe atividade dedicada a recuperação social do preso

Faz-se necessário observar que para que seja permitida a dispensa da licitação, deverão ser preenchidos todos os requisitos e formalidades dispostas no inciso citado.

O inciso XIII do art. 24 do Estatuto federal Licitatório permite a contratação, pela Administração, de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional desde que o contrato tenha pertinência com a pesquisa, o ensino ou o desenvolvimento nacional e a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não objetive lucros (GASPARINI, 2007).

Desta forma, poderá o ente público contratar diretamente empresa que tenha como finalidade a contribuição social de alguma das situações dispostas neste inciso, excluindo assim, a possibilidade de contratar pessoa física (CARVALHO FILHO, 2012).

4.1.4.3 Para os serviços de impressão (diários oficiais, formulários, entre outros) e informática

Trata-se da possibilidade de dispensar o procedimento licitatório quando da necessidade de um ente de direito público necessite serviços de impressão de diário oficial, formulário padronizado e de edições técnicas (GASPARINI, 2007).

Todavia, observa-se que é necessário que o ente contratar seja integrante da Administração Pública, e criado para este fim específico.

De mesma forma se aplica aos serviços de informática, vez que possam haver “sigilo, segurança e domínio de tecnologia como condições inafastáveis de realização do bem comum (MARÇAL JUSTEN FILHO, 2004)”.

Importante ressaltar que para a contratação de serviços gráficos que não possuem caráter de edição oficial, deverá ser observada a existência do procedimento licitatório, vez que o dispositivo competente não contempla esta peculiaridade como forma de contratação direta pelo ente público (BRASIL, 1993).

4.1.4.4 Contratação de associação de portadores de deficiência física

Estatui o dispositivo que a administração poderá contratar diretamente associações de portadores de deficiência física para suprir necessidade de serviço e mão-de-obra (BRASIL, 1993), desde que sem fins lucrativos, com preços compatíveis ao mercado e de comprovada idoneidade. (DI PIETRO, 2014, p. 406).

A contratação de associação de portadores de deficiência física possui duas finalidades dentro da Administração. A primeira é a necessidade do ente governamental da contratação, enquanto a segunda finalidade é a de cumprimento da função social.

A contratação direta poderá fazer-se em prol de associação de portadores de deficiências. A Lei alude apenas a deficiência física, mas é evidente que toda e qualquer associação que congregue portadores de alguma deficiência poderá ser contratada diretamente (MARÇAL JUSTEN FILHO, 2004, p. 260)

4.1.4.5 Contratação de fornecimento ou suprimento de energia elétrica e gás natural

Neste ponto vê-se a possibilidade à contratação do fornecimento ou suprimento de energia elétrica sem licitação, seja com concessionário, permissionário ou autorizado de serviços públicos. Todavia, impõe-se a observância das normas da legislação competente (GASPARINI, 2007).

Gasparini, por fim, afirma, em sua mesma obra, que a legislação específica está, essencialmente consubstanciada na Lei federal nº 9.427/96, que criou a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL (BRASIL, 1996).

4.1.4.6 Contratação realizada por empresa pública ou sociedade de economia mista

O dispositivo em tela restringe-se às empresas públicas ou sociedades de economia mista e somente para contratar suas subsidiárias ou controladas (GASPARINI, 2007, p. 537).

Não obstante, a validade da contratação direta depende da economicidade da operação, tendo em vista que caso a dispensa do procedimento licitatório não economicamente mais benéfico à Administração, deverá ser realizada a licitação.

Desta forma, se faz necessário observar se o preço oferecido se destaca compatível com o praticado em mercado para a aquisição de bens, prestação ou obtenção de serviços oriundos de tais subsidiárias ou controladas (DI PIETRO, 2014, p. 407).

4.1.4.7 Celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais

Permite-se, com este dispositivo, a contratação direta, ou seja, dispensando o procedimento licitatório, quando da necessidade em contratar com organizações sociais, visando determinado bem social como objeto (BRASIL, 1993).

Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 241) qualifica Organizações sociais da seguinte forma:

Organizações sociais são entidades privadas, qualificadas livremente pelo Ministro ou titular do órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e pelo Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão, desde que, não tendo fins lucrativos, suas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura, e à saúde.

Desta forma, caso seja necessário a Administração contratar empresas que versem sobre os fins destacados pelo brilhantíssimo doutrinador citado, facultará, o gestor público, quanto da realização do procedimento licitatório, podendo ser realizada via contratação direta.

José dos Santos Carvalho Filho (2012, p. 262) atenta para o fato de que existem dois tipos de contratos que refere-se o dispositivo, um trata-se do próprio contrato de gestão, o qual vincula o ente público à organização social, enquanto que o outro é o da prestação do serviço a ser contratado, com fito de cumprir as atividades acordadas quando do primeiro ajuste (BRASIL, 1993).

4.1.4.8 Celebração de contrato de programa entre o consórcio público e entidade da Administração Pública Direta ou Indireta, com fim de prestar serviço público de forma associada, nos termos do instrumento do consórcio público ou em convênio de cooperação

Observa-se que, quando inexistirem interesses diversos, ou seja, quando o interesse em atender ao interesse comum for mútuo, não se dever falar em procedimento licitatório (TORRES, 2009).

Quanto ao objetivo deste termo de parceria, Hely Lopes Meirelles (2014, p. 292) explana que:

A Lei federal 9.790/99 instituiu o que denominou termo de parceria, definindo-o como o instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público destinado a formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e execução das atividades de interesse públicos previstos no art. 3º do diploma legal em exame.

Que quando verificado, encontramos a finalidade de promoção da assistência social, promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico, promoção gratuita da saúde, da segurança alimentar e nutricional, defesa, preservação e conservação do meio ambiente, da promoção do voluntariado e diversas outras situações que contemplam o interesse coletivo de toda a sociedade.

Sendo assim, verificando que quando os interesses dos órgãos sejam comum, poderá o ente público, quando da necessidade de atender o interesse comum e coletivo, proceder com a dispensa do procedimento licitatório, realizando a contratação direta.

4.2 DA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

Assim como nas condições de dispensabilidade do procedimento licitatório, o dispositivo jurídico competente também elenca situações em que a licitação se torna inexigível (BRASIL, 1993).

Diferente da dispensa da licitação, que verifica possibilidade de realização de certame, sendo possível ser dispensada por motivos específicos de conveniência da Administração, as situações que preveem a inexigibilidade do procedimento licitatório deriva da inviabilidade da competição, vez que apenas há um único objeto ou pessoa que atendas as especificidades do ente público (CARVALHO FILHO, 2012).

Corroborando com este entendimento, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014) conclui:

Com efeito, a inexigibilidade é decorrência da inviabilidade de competição; o próprio dispositivo prevê algumas hipóteses, o que não impede que outras surjam na prática. Se a competição inexistir, não há o que se falar em licitação. A inviabilidade deve ficar adequadamente demonstrada.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 561), brilhantemente, indica que os casos de inexigibilidade não se restringem apenas ao indicado em letra de lei, vez que o dispositivo refere-se que a licitação é inexigível quando inviável a competição, e destaca apenas algumas hipóteses, qualificando-as como “em especial”, sem exclusão de casos não catalogados, mas igualmente possíveis (BRASIL, 1993).

Assim, em razão da especificidade do objeto ou circunstâncias que torne único o objeto a ser contratado, tornando impossibilitada a concorrência entre os contratantes, a licitação será inexigível, vez que faltam pressupostos para licitar, sejam eles fáticos, jurídicos ou lógicos (MELLO, 2010).

4.2.1 Fornecedor Exclusivo

Disciplina o artigo 25, da Lei de Licitações (BRASIL, 1993), quanto às hipóteses em que se encontram inexigível a realização do procedimento licitatório, indicando o inciso I a situação em que torna o certame público inexigível quando da existência de um único fornecedor do produto desejado pela Administração Pública, como transcrito in verbis:

I – Para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 561) brilhantemente indica que os casos de inexigibilidade não se restringem apenas ao indicado em letra de lei, vez que o dispositivo refere-se que a licitação é inexigível quando inviável a competição, e destaca apenas algumas hipóteses (BRASIL, 1993).

Hely Lopes Meirelles (2014, p. 318) diferencia a exclusividade industrial da comercial, vez que aquela é a do produtor privativo no país, enquanto que esta é a dos vendedores e representantes na praça. Se tratando de produtor, indica o doutrinador que é aquele que exclusivamente produz um determinado material, equipamento ou gênero, sendo apenas dele a possibilidade de fornecer aquele determinado objeto. Em se tratando de vendedor, decorre da possibilidade de existência de vários no país, todavia se observa a exclusividade comercial da área em que atua o representante comercial, não existindo, portanto, a possibilidade de adquirir o mesmo bem por outro vendedor.

Gasparini (2007, p. 544-545) vai além, e indica ainda a existência da exclusividade absoluta e relativa, sendo esta a que quando há apenas um único fornecedor ou um único agente para promover os interesses da Administração Pública, sendo ele o fornecedor exclusivo daquele determinado objeto, enquanto que a exclusividade relativa advém da existência de mais de um fornecedor daquele objeto, embora exista diversos representantes comerciais daquele objeto no território do país, exclusividade esta que não caracteriza a inexigibilidade do procedimento licitatório, vez que apesar de um bem exclusivo, há a possibilidade de licitar por haver diversos revendedores capazes de fornecer o mesmo bem atendendo as especificidades do objeto, com preços possivelmente distintos, sendo necessário então a realização do procedimento licitatório.

Desta forma, entende-se que, caso haja apenas um único fornecedor ou vendedor que possa satisfazer o desejo do ente público em contratar aquele objeto específico, será considerada inexigível a realização.

4.2.2 Contratação de Serviços Técnicos Especializados

O inciso II do artigo debatido versa sobre a possibilidade de contratação direta pela Administração Pública de determinado serviço técnico especializado. Importante indicar que esse serviço deve estar elencado no artigo 13 do dispositivo competente sobre procedimento licitatório (BRASIL, 1993), vez que ele é exaustivo, e qualifica a habilitação técnica e profissional dos prestadores dos serviços almejados pelo ente público (GASPARINI, 2008).

O §1º do inciso inicialmente citado ainda indica que:

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

Percebe-se quanto à qualificação do profissional ou empresa que esta deverá prestar o serviço à Administração Pública, que deve ser extremamente capaz e, indiscutivelmente, o mais adequado para executar o serviço que objetiva a contratação pelo ente público.

O artigo 13 da lei em comento indica quais serviços técnicos profissionais especializados que podem ser passíveis de inexigibilidade do procedimento licitatório, quais sejam:

I – Estudos técnicos, planejamento e projetos básicos ou executivos; II – pareceres, perícias e avaliações em geral; III – assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; IV – fiscalização supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços; V – patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas; VI – treinamento e aperfeiçoamento pessoal; VII – restauração de obras de arte e bens de valor histórico (BRASIL, 1993).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p. 408-409) vai além e indica que para que seja satisfeita as condições que torne o procedimento licitatório inexigível, deverá não somente atender uma das situações elencadas no artigo anteriormente mencionado, bem como também

deverá atender os requisitos da natureza singular do bem, e que o profissional deva ser notoriamente qualificado, como disciplina o §1º indicado anteriormente.

Sendo assim, satisfeito todos os três pressupostos aduzidos, a licitação se tornará inexigível, permitindo assim que o gestor público contrate diretamente com o prestador do serviço objeto do interesse da Administração.

4.2.3 Atividades Artísticas

Tratar-se-á dos profissionais do setor artístico, onde se objetiva a prestação de serviço artístico, que torna o procedimento licitatório insuscetível quando analisada a singularidade do objeto do contrato, em razão de sua consagrada representação no âmbito artístico (DI PIETRO, 2014).

Aplica-se esta norma no mesmo sentido à que é aplicada a contratação de serviços profissionais especializados, quais sejam a singularidade do objeto, e a capacidade exclusiva de determinado artista em realizar a execução do objeto do contrato (GASPARINI, 2007).

Importa ressaltar que, não há documentos que comprovem a consagração de determinado artista, vez que seu talento e sua arte não pode ser embasada em um documento comprobatório, e sim derivando da crítica especializada ou da opinião pública, para que se note quão peculiar é seu talento, bem como consagrado.

José dos Santos Carvalho Filho (2012, p. 279) dispõe sobre o que deve ser entendido como um artista consagrado, vejamos:

Entendemos que consagração é fator de extrema relatividade e varia no tempo e no espaço. Pode um artista ser reconhecido, por exemplo, apenas em certos locais, ou por determinado público ou críticos especializados. Nem por isso deverá ele ser alijado de eventual contratação. A nosso sentir, quis o legislador prestigiar a figura do artista e de seu talento pessoal, e, sendo assim, a arte a que se dedica acaba por ter prevalência sobre a consagração.

Sendo assim, o ente público que deseja realizar certo espetáculo, por exemplo, que tem como característica a presença exclusiva de determinado artista consagrado, se revestirá da inexigibilidade da licitação e contratará diretamente, ou através de seu empresário o prestador daquele serviço específico.

4.3 DISPENSA X INEXIGIBILIDADE

Como em diversos casos no Direito, toda regra há sua exceção, de forma que a Lei que versa sobre licitações permite, em determinados casos e situações, ressalvada a obrigatoriedade de licitar, a contratação de forma direta entre a Administração e o interessado em contratar com a Administração, através das formas de dispensa e inexigibilidade do procedimento licitatório (BRASIL, 1993).

Em rápida observância, destacamos que a inexigibilidade do procedimento licitatório advém das hipóteses em que não pode dispor do procedimento licitatório, vez que ele não é possível, enquanto que na dispensa da licitação, apesar de incluída em suas hipóteses, poderá dispor, o gestor público, da realização, ou não, do referido procedimento licitatório.

Alexandre Mazza (2015, p. 460) indica que a inexigibilidade da licitação são casos em que a realização do procedimento licitatório é logicamente impossível por inviabilidade de competição, seja porque o fornecedor é exclusivo, seja porque o objeto é singular. Ainda conclui que: “nos casos de inexigibilidade, a decisão de não se realizar o certame é vinculada, à medida que, configurada alguma das hipóteses legais, à Administração não resta alternativa além da contratação direta”.

Enquanto que nos casos de dispensa da licitação, é possível a competição, sendo sua realização não conveniente e oportuna para a Administração, à luz do interesse público, pensamento também disposto por Mazza, na mesma obra, onde conclui que: “nos casos de dispensa, a efetivação da contratação direta é uma decisão discricionária da Administração Pública”. Isto é, a Administração julga mais vantajoso ao seu interesse realizar a contratação direta, dentro das hipóteses estabelecidas em lei, vez que o procedimento licitatório seria demasiado prejudicial (BRASIL, 1993).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p. 395) define que:

A diferença básica entre as duas hipóteses 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. Já nos casos de inexigibilidade não há possibilidade de competição, porque só existe um objeto ou pessoa que atenda às necessidades da Administração; a licitação é, portanto, inviável.

Conclui-se que, nas hipóteses de dispensa de licitação, a caracterização da concorrência é possível, mas inconveniente ao interesse público, e sua decisão será discricionária quanto à escolha entre realização do procedimento licitatório. Ao passo que a inexigibilidade reveste-se da impossibilidade de realização do procedimento licitatório, onde a o poder de decisão do ente público é vinculado, não dispondo o gestor público da realização da licitação (MAZZA, 2015).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei que versa sobre Licitações e Contratos Administrativos, qual seja a nº 8.666/93 busca assegurar que todo contrato realizado pela Administração Pública resulte da ocorrência de um regular procedimento licitatório, atendendo os princípios da moralidade e eficiência quando da gestão do bem público. Desta forma, cabe ao ente público que deseja contratar determinado serviço, bens ou obras, realizar o procedimento licitatório como forma de contratação, vez que este visa evitar fraudes e buscar a proposta mais vantajosa para à Administração (BRASIL, 1993).

Imponente se faz verificar, durante a pesquisa, que diante de todo o procedimento que envolve a licitação, necessário se faz verificar estritamente o atendimento aos princípios fundamentais do Direito Administrativo, tendo em vista que estes zelam, a todo tempo, pela legalidade, igualdade, publicidade, entre outros que tornam o procedimento licitatório límpido, livre da mácula de qualquer fraude ou favorecimento desleal no intuito de favorecer terceiros utilizando-se do maquinário público.

Diante de tudo que foi tratado no presente estudo, podemos verificar que há hipóteses, elencadas no dispositivo competente, bem como dando ampla possibilidade quanto às situações excepcionais, há situações em que pode, e não tem outra escolha, ser dispensado o procedimento licitatório, vez que a realização deste iria totalmente de encontro ao interesse público. Desta forma, a própria lei tratou de prever quais seriam essas exceções à obrigatoriedade de licitar, em seus artigos 24 e 25 (BRASIL, 1993).

O primeiro artigo do dispositivo competente trata exclusivamente das situações em que será facultado ao gestor público a realização do procedimento licitatório, tendo em vista que, embora seja possível a realização da competição, esta acarretaria em prejuízos à Administração, podendo portanto, com ato discricionário, dispensar a licitação, enquanto que o outro artigo versa sobre as situações de inexigibilidade da licitação, situações especiais em que o ente público, com decisão vinculada, deixa de aplicar o procedimento licitatório, vez que este se torna impossível perante a peculiaridade do objeto a ser contratado (BRASIL, 1993).

Apesar de divergirem quanto suas formalidades, os requisitos em ambos se fazem igualitários quando da necessidade da justificativa para que se proceda cada situação, legitimando assim a contratação direta, sendo observados todos os princípios aqui tratados, e dispostos no competente dispositivo jurídico.

Diante de todo o exposto, apesar de a Lei específica indicar a obrigatoriedade da licitação, a mesma trata dos casos em que se torna possível a dispensa e inexigibilidade do procedimento licitatório, sendo indispensável o atendimento do interesse público, bem como a observância dos princípios embasadores do Direito Administrativo, visando assim preservar o patrimônio público e atender toda a coletividade.

6 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal**, 1988.

BRASIL. **Lei Complementar nº 123**, de 14 de dezembro de 2006.

BRASIL. **Lei nº 10.973**, de 02 de dezembro de 2004.

BRASIL. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993.

BRASIL. **Lei nº 8.883**, de 08 de junho de 1994.

BRASIL. **Lei nº 9.427**, de 26 de dezembro de 1996.

BRASIL. **Lei nº 9.648**, de 27 de maio de 1998.

BRASIL. **Lei nº 9.790**, de 23 de março de 1999.

BRASIL. **Medida Provisória nº 2.026-3**, de 28 de junho de 2000.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

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

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

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

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 12. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

TORRES, Rony Charles Lopes. **Lei de licitações públicas comentadas**. Salvador: Juspodivm, 2009.