



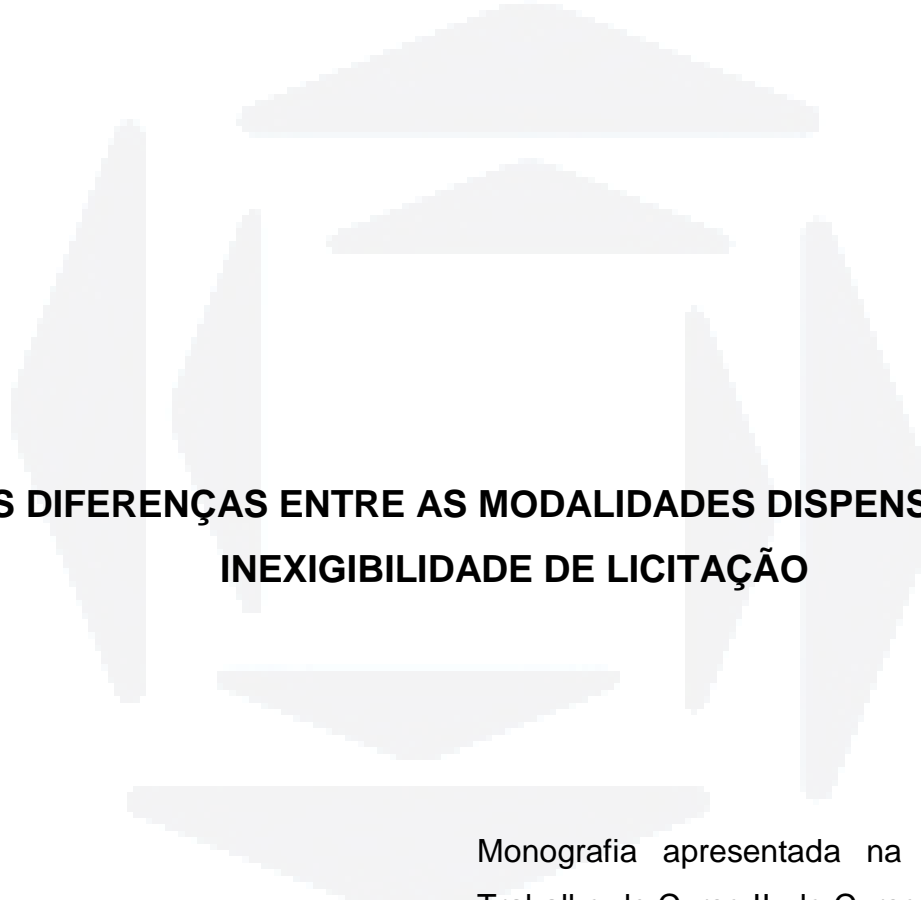
CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIVATES  
CURSO DE DIREITO

**AS DIFERENÇAS ENTRE AS MODALIDADES DISPENSÁVEL E  
INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO**

José Osvaldo dos Santos Júnior

Lajeado, novembro de 2014.

José Osvaldo dos Santos Júnior



**AS DIFERENÇAS ENTRE AS MODALIDADES DISPENSÁVEL E  
INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO**

Monografia apresentada na disciplina de Trabalho de Curso II, do Curso de Direito, do Centro Universitário Univates, como parte da exigência para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Ms. Hélio Miguel Schauben  
Júnior

Lajeado, novembro de 2014.

## AGRADECIMENTO

O conhecimento, mais do que uma busca individual, é fruto de uma construção coletiva. As pessoas que nos acompanham nessa construção são, portanto, fundamentais para nosso aprendizado. Dessa forma, agradeço a todos que contribuíram, mesmo que indiretamente, na realização deste trabalho, em especial aos meus familiares pelo convívio diário, principalmente a meu pai, minha mãe, namorada e ao meu orientador, professor Hélio, pelos valiosos conselhos e aos meus ex-colegas de trabalho pelos ensinamentos cotidianos.

## RESUMO

As modalidades dispensável e inexigível, arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666/93, respectivamente, são exceções à regra geral, nas quais a Administração Pública pode licitar, no entanto, tem a faculdade de não utiliza-la em função do baixo preço do objeto ou serviço a ser contratado (art. 24), noutra a licitação é impossível de ocorrer, ou seja, não há como haver competição entre os licitantes tendo vista os requisitos que a serem cumpridos pelo(s) contratantes (art. 25). Assim, esta monografia tem como objetivo geral analisar a abrangência e a diferença entre as modalidades dispensável e inexigibilidade de licitação. Trata-se de pesquisa qualitativa, realizada por meio de método dedutivo e de procedimento técnico bibliográfico e documental. Dessa forma, as reflexões começam por um estudo da conceitualização do que é a licitação e também dos princípios constitucionais elencados no art. 37, *caput* da nossa Carta Magna, bem como aqueles princípios considerados importantes pelos doutrinadores. Em seguida, faz um estudo de todas as modalidades de licitação previstas pela Lei 8.666/93, trazendo a forma de uso e em quais situações cada uma deve ser utilizada. Finalmente, examina as abrangências e os casos de maior relevância na modalidade dispensável e também das três hipóteses em que a Administração Pública não realizará, de maneira nenhuma, o procedimento licitatório. Nesse sentido, conclui que as modalidades dispensável e inexigível de licitação, arts. 24 e 25 da Lei de Licitação, respectivamente, além de serem exceções à regra geral, possuem uma grande diferença entre si, tendo em vista que no primeiro caso o legislador possibilitou que a Administração Pública pudesse ter a faculdade de realizar a licitação, já na segunda modalidade, haja vista o caráter da contratação direta ser específica, não há como haver competição entre os licitantes, assim, tornando-se inviável a realização do certame.

**Palavras-chave:** Lei nº 8.666/1993 – Licitação. Princípios. Modalidades de licitação. Licitação dispensável e inexigível.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>6</b>
<b>2 LICITAÇÃO .....</b>	<b>9</b>
2.1 Conceito .....	10
2.1.1 Princípios norteadores da licitação .....	11
<b>3 MODALIDADES DE LICITAÇÃO .....</b>	<b>23</b>
<b>4 LICITAÇÃO DISPENSÁVEL E INEXIGÍVEL (art. 24 e 25).....</b>	<b>46</b>
4.1 Da obrigatoriedade de licitar .....	47
4.2 Licitação dispensável .....	48
4.2.1 Licitações dispensáveis – pequeno valor (art. 24, inciso I e II) .....	50
4.2.2 Licitações dispensáveis – situações excepcionais .....	51
4.2.3 Licitações dispensáveis – peculiaridades da pessoa contratada .....	54
4.2.4 Licitações dispensáveis – peculiaridades do objeto que se busca obter ....	56
4.3 Inexigibilidade de licitação .....	59
4.3.1 Aquisição de materiais – fornecedor exclusivo .....	60
4.3.2 Contratação de serviços técnicos especializados .....	61
4.3.3 Contratação de profissional do setor artístico .....	64
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>66</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>70</b>

## INTRODUÇÃO

A Lei de Licitações, nº 8.666/93, está fundamentada nos princípios gerais constitucionais, conforme está disciplinado no art. 37, *caput* da Constituição Federal: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

O procedimento licitatório corresponde ao processo, ato administrativo formal voltado a seleção da proposta mais vantajosa à contratação de serviços comuns, materiais, obras visando as conveniências públicas e sempre propiciando igual oportunidade a todos os interessados.

Nas administrações públicas, o setor de licitações e contratações requer muita atenção e cuidado, tendo em vista que dá suporte a atender, além dos interesses da Administração Pública, às necessidades da sociedade, direta ou indiretamente.

A par disso, um dos temas mais polêmicos do Direito Administrativo gira em torno das modalidades de licitação, especificamente da dispensa e inexigibilidade. Acerca do assunto, todo cuidado é pouco pelo servidor que atua na área, tendo em vista que a Carta Magna estabelece como regra a obrigatoriedade de licitação e, nesse sentido, dispõe o art. 37, inciso XXI do texto constitucional. Assim, justifica-se relevante discutir as diferenças entre as modalidades de licitação dispensável e inexigível, na medida em que são exceção à regra geral da Lei nº 8.666/93, bem como o alto índice de desvio de verba pública ou superfaturamento nas obras ou serviços.

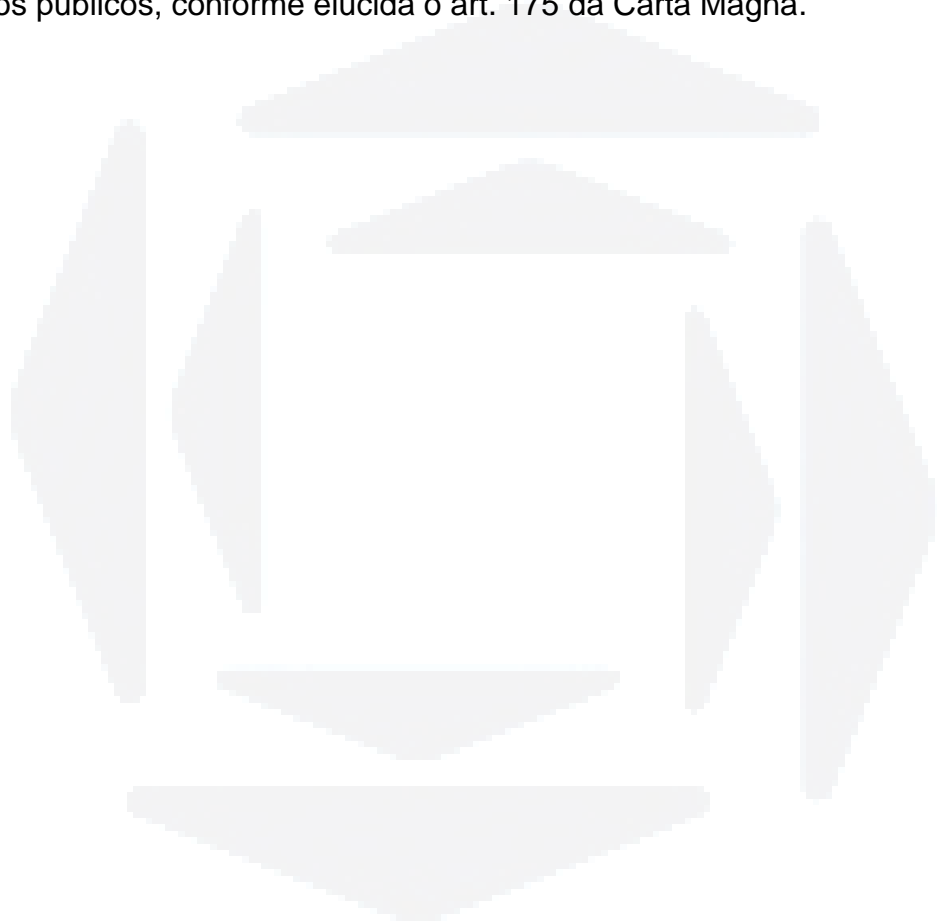
Nesse sentido, o presente trabalho pretende, como objetivo geral, analisar a abrangência e a diferença entre as modalidades dispensável e inexigibilidade de licitação. O estudo discute como problema: Quais são as hipóteses em que a licitação pode ser dispensável e inexigível? Como hipótese para tal questionamento, entende-se que os casos de licitação dispensável estão regulamentadas pelo art. 24 da Lei 8.666/93. Uma licitação que consiste nesta modalidade é aquela em que o órgão público tem a faculdade de realizar ou dispensar o processo licitatório, em razão de limites, dos valores estimados para a despesa a ser realizada. Por outro lado, a licitação inexigível é aquela que independe dos valores orçamentários, utilizada quando houver a inviabilidade de competição, principalmente no que se refere à aquisição de materiais, equipamentos ou similares que só podem ser fornecidos por produtor, empresa ou responsável comercial exclusivo, para contratação de profissional de qualquer setor artístico diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública, conforme disciplina o art. 25 da Lei 8.666/93 e seus incisos.

A pesquisa, quanto à abordagem, será qualitativa, que tem como característica o aprofundamento no contexto estudado e a perspectiva interpretativa desses possíveis dados para a realidade, conforme esclarecem Mezzaroba e Monteiro (2009). Para obter a finalidade desejada pelo estudo, será empregado o método dedutivo, cuja operacionalização se dará por meio de procedimentos técnicos baseados na doutrina, legislação e jurisprudência.

Dessa forma, no primeiro capítulo de desenvolvimento deste estudo serão abordados os princípios constitucionais elencados no art. 37, *caput* da Constituição Federal, por serem estes o embasamento do procedimento licitatório e também àqueles que são considerados pela doutrina como princípios gerais da licitação. Primeiramente, será apontado o conceito de licitação e dos princípios basilares, suas características, bem como a maneira de que estes devem ser seguidos pelo ente público e os interessados em realizar contrato com a Administração Pública.

No segundo capítulo, serão descritas todas as modalidades de licitação elencadas na Lei nº 8.666/93, como devem ser realizados os procedimentos, seus requisitos, prazos e seu tamanho (considerada modalidade de vulto pequeno, médio ou grande).

Por fim, no terceiro capítulo, faz-se um estudo teórico das exceções às regras da licitação, a saber, as principais hipóteses de licitação dispensáveis, previstas no art. 24 da Lei nº 8.666/93 e os casos de inexigibilidade de licitação, presentes no art. 25, todos do mesmo diploma legal. Ainda, analisa-se a obrigatoriedade de licitar que a Administração Pública tem, de acordo com o art. 37, inciso XXI da Constituição de Federal, quando ela pretender realizar contratos para aquisição de equipamentos e alienações, obras, serviços comuns e também para a concessão e permissão de serviços públicos, conforme elucida o art. 175 da Carta Magna.





## 2 LICITAÇÃO

Os órgãos públicos têm obrigação de zelar pelo correto uso dos recursos, especialmente quando da contratação de serviços ou aquisição de bens. A Lei nº 8.666, de 1993, ao regulamentar o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, estabeleceu normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Conforme o artigo supracitado, para que haja a ocorrência de contratos entre terceiros com a Administração Pública está deve, necessariamente, ser antecipada de licitação, exceto as hipóteses que englobam as modalidades de dispensa e de inexigibilidade de licitação.

A licitação ainda conglomerada a concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão, modalidades nas quais os interessados devem seguir certas normas que a própria Lei de Licitação regulamenta para que possam participar do procedimento licitatório.

Feitas as considerações iniciais, este capítulo terá como objetivo descrever acerca da licitação, seu conceito, bem como dos principais princípios que norteiam a Lei nº 8.666/1993, sua conceituação e os requisitos que os entes públicos devem seguir.

## 2.1 Conceito

O termo licitação institui o procedimento administrativo mediante o qual a Administração tem interesse, ocorrendo por meio de contratos com terceiros, vencendo a proposta mais vantajosa, o que se dá a partir da competição entre os interessados.

O conceito de licitação encontra-se no art. 3º da Lei 8.663/1993:

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 lhes são correlatos.

Fungencio (2007, p. 384) diz que “Licitação é o procedimento administrativo formal em que a Administração Pública convoca, mediante condições estabelecidas em ato próprio (edital ou convite), empresas interessadas na apresentação de propostas para o oferecimento de bens e serviços.”

A Administração Pública no que toca ao procedimento administrativo, ou seja, licitação, seleciona para si a proposta mais vantajosa para a celebração do contrato. Tendo em vista ser um procedimento, o mesmo se dá por uma sequência de atos vinculantes, tanto para a Administração, quanto para os interessados, o que acaba, por fim, propiciando a todos os licitantes oportunidades iguais (MEIRELLES, 2010).

Gasparini, (2006, p.470) expõe:

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

Para Carvalho Filho (2009) a proposta mais vantajosa é escolhida entre todas as que são oferecidas pelos licitantes à Administração Pública e, assim, posteriormente celebrando o contrato ou ainda da aquisição do melhor trabalho técnico, artístico ou científico.

Não longe disso, Di Pietro (2014) diz que licitação é aquela por meio da qual Administração Pública abre oportunidade a todos que se enquadrarem e se sujeitarem as normas estabelecidas pelo procedimento licitatório e, assim, a chance de apresentarem propostas, dentre as quais será selecionada a mais apropriada para que haja a celebração do contrato.

Mello (2012, p. 532) tece acerca do assunto o seguinte:

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 atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propões assumir.

Contudo, entende-se que a licitação nada mais é que um procedimento administrativo formal que tem como escopo proporcionar à Administração uma aquisição, uma venda, ou uma prestação de serviços de forma mais vantajosa, respeitando-se os princípios constitucionais da legalidade, isonomia, impessoalidade, moralidade e publicidade. Observa-se, no entanto, que mesmo que obtida a proposta mais vantajosa, a Administração Pública não está obrigada a contratar, tendo em vista que o ente público tem como faculdade a revogação do contrato pelo motivo da oportunidade ou da conveniência.

### **2.1.1 Princípios norteadores da licitação**

Vários são os princípios que norteiam as licitações em todas as suas fases. Assim, desde o recebimento das propostas até seu julgamento, a Comissão de Licitação procederá em estrita conformidade com as várias regras e princípios nos quais se baseiam as regras licitatórias.

O direito brasileiro é bem claro a respeito do anteriormente mencionado. O artigo 37, XXI, da Constituição Federal de 1988 ressalta:

Art. 37: Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública, que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e economia indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Para compreender como se dá o funcionamento da administração pública, é basilar comentar os princípios norteadores das regras que a regem, conforme o artigo já supracitado da Carta Magna, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998. São eles: legalidade, moralidade, impessoalidade ou finalidade, razoabilidade, publicidade e eficiência.

Assim, notar-se-á mais adiante a relação entre estes princípios e o das licitações, especialmente porque o legislador mostrou-se atento à formulação das regras licitatórias pátrias, inclusive observando os preceitos constitucionais que vinculam a Administração. Portanto, serão abordados os princípios da legalidade, moralidade, igualdade ou isonomia, publicidade, impessoalidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e, por fim, do julgamento objetivo.

#### **a) princípio da legalidade**

De acordo com Carvalho Filho (2009), o princípio da legalidade, é o principal princípio de toda a atividade administrativa. Ele assegura aos indivíduos uma atuação lisa e plena do administrador, não podendo ele agir de acordo com sua vontade pessoal e, sim, agir conforme com que a lei lhe impõe. Assim, este princípio garante que não haja abusos de condutas e desvios de objetivos.

Carvalho Filho (2009, p.264) ainda abarca:

No campo das licitações, o princípio da legalidade impõe, principalmente, que o administrador observe as regras que a lei traçou para o procedimento. É a aplicação do devido processo legal, segundo o qual se exige que a Administração escolha a modalidade certa; que seja bem clara quanto aos critérios seletivos; que só deixe de realizar a licitação nos casos permitidos na lei que verifique com cuidado, os requisitos de habilitação dos candidatos e, enfim, que se disponha a alcançar os objetivos colimados, seguindo os passos dos mandamentos legais.

Neste sentido, Mello (2012, p. 541) explica que:

Explicitação concreta do princípio da *legalidade* encontra-se no art. 4º da lei, segundo o qual: 'Todos quantos participarem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º tem 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.'

Nessa toada, Di Pietro (2014) expõe que trata-se de direito público subjetivo a matéria de licitação, assim, tendo como base o princípio da legalidade, o licitante que venha a se sentir lesado pela não observância da norma, pode vir a impugnar judicialmente o procedimento.

O princípio da legalidade é de muita importância, em matéria de procedimento licitatório, pois este ato da Administração Pública está diretamente ligado à lei. Todas suas fases estão regidas na Lei nº 8.666/93, no qual o artigo 4º disciplina que todos que participarem de licitação solicitada pelas entidades de direito público subjetivo ou ainda órgãos públicos dever seguir fielmente o procedimento estabelecido pela norma geral.

Assim, por mais que o ato que a Administração Pública pratique ou que possa vir a praticar seja simples, este, por sua vez, deve sempre estar amparado e resguardado por uma norma (*lato sensu*).

#### **b) princípio da moralidade**

O princípio da moralidade significa que o procedimento licitatório terá que se desenvolver conforme moldes éticos prezáveis, assim, tanto a Administração Pública quanto os licitantes devem ter uma postura lisa, esmerada, honesta, de parte a parte, (MELLO, 2012).

Aplicando um conceito mais amplo, nas palavras de Carvalho Filho (2009), a Administração Pública deve se moldar aos padrões éticos, conforme obriga o princípio da moralidade. Gasparini, (2006, p.547), ao tratar do princípio da moralidade diz o seguinte:

[...] exige-se do agente público uma conduta ética arcada por comportamentos legais e honestos no exercício da atividade administrativa e, por conseguinte, na condução de qualquer licitação. É decorrência de igual princípio previsto no art. 37 da Lei Maior federal.

Assim, para que haja um procedimento licitatório com plena lisura, tanto a Administração Pública como os interessados devem seguir os padrões éticos prezáveis, havendo, assim, um comportamento liso, honesto e seguindo os princípios que ditam as licitações.

### **c) princípio da igualdade ou isonomia**

No art. 5º da Constituição Federal tem origem o princípio da igualdade, ou isonomia, assim, como direito fundamental, o ente público deve tratar todos os licitantes de maneira igualitária, sem distinção alguma, por se encontrarem na mesma situação jurídica. Uma vez sendo obrigatório houver o procedimento licitatório, a CF disciplinou em seu o art. 37º, XXI que a licitação deve certificar “igualdade de condições a todos os concorrentes. Assim, o cunho deste princípio é constitucional (CARVALHO FILHO, 2009).

Carvalho Filho, (2009, p. 265) ainda expõe:

A igualdade na licitação significa que todos os interessados em contratar com a Administração devem competir em igualdade de condições, sem que a nenhum se ofereça vantagem não extensiva a outro. O princípio, sem dúvida alguma, está intimamente ligado ao da impessoalidade: de fato, oferecendo igual oportunidade a todos os interessados, a Administração lhes estará oferecendo também tratamento impessoal.

Salienta ainda Justen Filho (2005, p. 310):

A licitação busca realizar dois fins, igualmente relevantes: o princípio da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa. Se prevalece exclusivamente a ideia da ‘vantajosidade’, a busca da ‘vantagem’ poderia conduzir a Administração Pública a opções arbitrárias ou abusivas. Deverá ser selecionada a proposta mais vantajosa, mas, além disso, tem-se de respeitar os princípios norteadores do sistema jurídico, em especial o da isonomia.

A incidência do princípio da isonomia sobre a licitação desdobra-se em dois momentos: Em uma primeira fase, são fixados os critérios de diferenciação que a Administração Pública adotará para escolher o contratante. Em uma segunda fase, a Administração verificará quem, concretamente, preenche mais satisfatoriamente as diferenças.

Sinaliza Mello (2010) que o princípio da igualdade entre os licitantes é aquele que evita a discriminação entre esses, que a partir das normas, cláusulas contidas no edital ou convite do procedimento licitatório acabam beneficiando alguns e, por consequência, prejudicando os demais participantes do certame. A partir do princípio

da igualdade emanam os demais existentes na licitação, pois esses princípios acabam existindo para que haja a garantia da igualdade.

O autor ainda refere (2010, p.542):

O princípio da igualdade implica o dever não apenas de tratar isonomicamente todos os que afluírem ao certame, mas também o de ensejar oportunidade de disputa-lo a quaisquer interessados que, desejando dele participar, podem oferecer as indispensáveis condições de garantia. É o que prevê o já referido art. XXI, do Texto Constitucional.

Não longe disso, Di Pietro (2014) compreende que o princípio da igualdade, previsto e disciplinado no art. 37, XXI da Constituição Federal de 1988, proíbe a constituição de condições que acarretam na preferência para alguns participantes da licitação, vindo a avariar os demais, uma vez que este princípio constitui um dos pilares do procedimento licitatório, permitindo não apenas que o ente público escolha a proposta que lhe for mais vantajosa, mas ainda garantir que todos os licitantes tenham seus direitos de igualdade em contratar com a Administração Pública.

Assim, a Administração Pública deve escolher sempre a proposta mais vantajosa para si; no entanto, esta escolha não pode ser aleatória e muito menos direcionada para algum terceiro, pois, em regra, o ato licitatório visa a garantir a mais plena igualdade entre os interessados em celebrar algum contrato com a Administração Pública. Todavia, há casos excepcionais que estão disciplinados na Lei 8.666/1993 em que é possível que não seja seguido este princípio.

Nesse sentido, Meirelles (2010) é categórico em elucidar:

[...] a igualdade entre os licitantes é o princípio impeditivo da discriminação entre os participantes do certame, quer através de cláusulas que, no edital ou convite, favoreçam uns em detrimento de outros, quer mediante julgamento faccioso, que desiguale os iguais e iguale os desiguais (art. 3º, § 1º). Desse princípio decorrem os demais princípios da licitação, pois estes existem para assegurar a igualdade. O desentendimento a esse princípio constitui a forma mais insidiosa de desvio de poder, com que a Administração quebra a isonomia entre os licitantes, razão pela qual o Judiciário tem anulado editais e julgamentos em que se descobre a perseguição ou o favoritismo administrativo, sem nenhum objetivo ou vantagem de interesse público (MEIRELLES, 2010, p. 283-284)

O princípio da igualdade ou isonomia, portanto, sem dúvida alguma é um dos principais e mais importante princípio da Lei de Licitação para que o procedimento licitatório tenha uma lisura plena.



#### **d) princípio da publicidade**

O princípio da publicidade tem como finalidade garantir a qualquer que seja o interessado as possibilidades de participação e de fiscalização dos atos da licitação. Para Gasparini (2009), o princípio da publicidade, conforme está expresso no art. 37 da Constituição Federal, obriga a Administração Pública a publicar os principais atos pertinentes ao procedimento licitatório.

Sinaliza Meirelles (2010) que o princípio da publicidade e dos atos da licitação é aquele que abarca todo o processo licitatório. Partindo desde os avisos de sua abertura até o conhecimento do edital e seus anexos, análise dos documentos e das propostas encaminhadas pelos licitantes, o fornecimento de certidões de qualquer peça e, por fim, ditames ou decisões no que tange a licitação. No que diz respeito sobre a abertura dos envelopes das propostas e documentações, estes sempre serão abertos em público em decorrência deste princípio, bem como a publicação oficial das decisões e do contrato que serão celebrados entre o vencedor do certame e a Administração Pública.

Expõe ainda Mello (2010), que o princípio da publicidade obriga, no que diz respeito as motivações das decisões tomadas, seus atos e termos do procedimento licitatório, sejam obrigatoriamente colocados a conhecimento de qualquer que seja o interessado em participar do ato licitatório. Esse é um dever de lisura do ente público não só em prol dos licitantes, mas também para os com cidadãos da sociedade.

Para Carvalho Filho (2009), esse princípio deve informar para o maior número de pessoas possíveis que haverá o procedimento licitatório, ou seja, a licitação dever ser amplamente divulgada, para que todos possam tomar conhecimento de suas normas, especificações e regras. Isso se dá em virtude de que a partir do momento que um maior número de pessoas estiverem cientes deste ato, por conseguinte, as chances de haver uma proposta mais vantajosa à Administração Pública também será maior.

Explica Justen Filho (2005, p. 313):

A publicidade desempenha duas funções. Permite o amplo acesso dos interessados ao certame, Refere-se, nesse aspecto, à universalidade da participação no processo licitatório. Depois, a publicidade propicia a verificação da regularidade dos atos praticados. Parte-se do pressuposto de



que as pessoas tanto mais se preocuparão em seguir a lei e a moral quanto maior for a possibilidade de fiscalização de sua conduta. Sendo ilimitadas as condições de fiscalização, haverá maior garantia de que os atos serão corretos. Perante a CF/88, a garantia foi ampliada (art. 5º, XXXIII).

O princípio da publicidade, segundo Di Pietro (2014) é aquele que diz respeito não só ao que tange a divulgação do procedimento licitatório e para que haja o conhecimento de todos os interessados em firmar contrato com a Administração Pública, mas também aos atos que o ente público venha a praticar em todas as fases existentes da licitação, que por sua vez, devem ser de livre acesso dos licitantes para que estes possam fiscalizar a sua legalidade. Esse princípio é maior quando a modalidade de licitação for mais ampla, no caso a concorrência, onde o interesse da Administração Pública é o de atrair o maior número de licitantes e, ao mesmo tempo, se reduz ao mínimo quando se trata da modalidade convite, na qual o valor do contrato a ser celebrado dispensa maior divulgação.

#### **e) princípio da impessoalidade**

Para Mello (2010), o princípio da impessoalidade é aquele em que os licitantes devem ser tratados com a máxima neutralidade possível, bem como não tolerando qualquer favoritismo ou discriminação entre os interessados em contratar com a Administração Pública. Tal princípio é uma forma de instituir o princípio da igualdade de todos perante ao ente público.

Salienta Di Pietro (2014) que o princípio da impessoalidade está diretamente ligado aos princípios da isonomia e do julgamento objetivo: no procedimento licitatório, todos devem ser tratados de maneira igualitária, no que diz respeito aos seus direitos e obrigações, bem como que a Administração Pública deve-se pautar de decisões e critérios objetivos, não levando em consideração as condições pessoais dos licitantes ou vantagens por eles oferecidas, exceto aquelas que estão expressamente disciplinadas no preceito legal ou na licitação.

#### **f) princípio da probidade administrativa**

Carvalho Filho (2009) ao expressar o princípio da probidade administrativa, aduz que a mesma tem como significado a boa índole, boa-fé, honestidade e moralidade do administrador público. O autor ainda complementa:

Exige o princípio que o administrador atue com honestidade para com os licitantes, e sobretudo para com a própria Administração, e, evidentemente, concorra para que sua atividade esteja de fato voltada para o interesse administrativo, que é o de promover a seleção mais acertada possível.

Di Pietro (2014, p.385) expõe:

[...] enquanto o da 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) [...].

Não longe disso, Meirelles (2010) aduz que probidade administrativa é um comando constitucional (art. 37 § 4º), que pode vir a encaminhar a “suspensão dos direitos políticos, a perda da função política, a indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário, na forma e gradação disciplinada na norma, sem prejuízo da ação penal cabível”, bem como tratando-se de uma obrigação do serventuário público. A probidade administrativa encontra-se dentro dos princípios específicos da licitação (art. 3º), pois a própria lei a incluí neste patamar e naturalmente atua para advertir as autoridades que a requerem ou a julgam.

Na mesma toada, Gasparini (2006) aborda que este princípio está disciplinado pelo art. 37 da Constituição Federal e o qual vem a impedir que a prática ou seleção de proposta que não venha ser a mais vantajosa à Administração Pública.

#### **g) princípio da vinculação ao instrumento convocatório**

Segundo Mello (2012), o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, que é regido pelo art. 41 da Lei 8.666/93, diz que conforme foram previamente estabelecidas as regras no procedimento licitatório, a própria Administração Pública está obrigada a respeitar estritamente as normas ali elencadas.

Para Carvalho Filho (2009), a vinculação ao instrumento convocatório é a garantia de que ambas as partes do procedimento licitatório tem, tanto a Administração Pública quando os licitantes. Ou seja, as regras e normas que no instrumento convocatório foram estipuladas devem ser seguidas à risca por todos, sem exceção. Caso venha a ser descumprida alguma das regras fixadas, o certame acaba se tornando inválido e podendo ser suscetível de correção na via administrativa ou judicial.

O autor ainda complementa, (2009 p. 266):

O princípio da vinculação tem extrema importância. Por ele, evita-se a alteração de critérios de julgamento, além de dar a certeza aos interessados do que pretende a Administração. E se evita, finalmente, qualquer brecha que provoque violação à moralidade administrativa, à impessoalidade e à probidade administrativa.

Nesse sentido, Gasparini (2006) aduz que o princípio da vinculação ao instrumento convocatório exige tanto dos licitantes quanto da Administração Pública a devida obediência das normas existentes no instrumento convocatório. Isso tem-se como decorrência do princípio formal, que caracteriza o Direito Administrativo e ao qual o ente público acaba se sujeitando.

Sinaliza Meirelles (2010) que o princípio da vinculação ao instrumento convocatório é princípio básico de qualquer que seja a licitação. Não haveria como compreender se a Administração Pública afixasse um instrumento convocatório, a forma e o modo que seria a participação dos licitantes e no decorrer do processo ou na realização do julgamento viesse a alterar o que fora estabelecido anteriormente, ou ainda, se aceitasse documentação e propostas que não condissessem com o que foi solicitado. O edital é a lei interna da licitação, assim, acaba vinculando aos seus termos tanto a Administração Pública, que fora quem o expediu (art. 41 da Lei nº 8.666/93) quanto os interessados.

O autor complementa (2010, p. 285):

Assim estabelecidas as regras do certame, tornam-se inalteráveis para aquela licitação, durante todo o procedimento. Se no decorrer da licitação a Administração verificar sua inviabilidade, deverá invalidá-la e reabri-la em novos moldes, mas, enquanto vigente o edital ou convite, não poderá desviar-se de suas prescrições, que quanto a tramitação, quer quanto ao julgamento.

Para Di Pietro (2014), o princípio da vinculação ao instrumento convocatório trata-se de um princípio importante, cuja a não observância enseja em nulidade do instrumento convocatório. Além do art. 3º da Lei de Licitação, ainda tem o art. 41 da mesma norma, que abarca acerca de seu sentido, segundo o qual “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”. O art. 43, inciso V, exige ainda que julgamento e classificação das propostas sejam realizadas de acordo com os critérios de avaliação existentes do edital. O princípio da vinculação ao instrumento convocatório se destina tanto para a

Administração Pública, conforme visto nos artigos supracitados, quanto para os interessados, pois estes não podem deixar de seguir as regras existentes no instrumento convocatório, quais sejam edital ou carta-convite; caso não apresentarem a documentação pertinente e que foi exigida, serão considerados inabilitados e receberão de volta, lacrado, o envelope-proposta (art. 43, inciso II); se não atenderem as exigências exigidas na proposta, serão desclassificados (art. 48, inciso I).

#### **h) princípio do julgamento objetivo**

Para Carvalho Filho (2009), o princípio do julgamento objetivo é a consequência do princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Este princípio, o do julgamento objetivo está diretamente ligado aos critérios e fatores que estão elencados no instrumento convocatório, os quais devem ser seguidos à risca para a apreciação, evitando-se, assim, qualquer surpresa para os licitantes que estão competindo, conforme rege o art. 45 da Lei nº 8.666/93.

Sinaliza Mello (2012), que o princípio do julgamento objetivo tem como propósito evitar que a licitação seja decidida pelo subjetivismo, emoções, sentimentos ou ainda por intenções pessoais da comissão julgadora. Nesse sentido, é a preocupação do art. 45 da Lei de Licitação, no entanto, há uma ressalva a se fazer, conforme o autor menciona:

Cumpre, reconhecer, entretanto, que a objetividade *absoluta* só se pode garantir previamente nos certames decididos unicamente pelo preço. Quando entram em causa qualidade, técnica, rendimento – muitas vezes *indispensáveis para aferição das propostas* -, nem sempre será possível atingir-se o ideal da objetividade extrema, pois, quando os bens ou serviços são fortemente aparentados nestes atributos, a primazia de um ou de outro depende de apreciações irreduzíveis a um plano excludente de opiniões pessoais.

Segundo Meirelles (2010), o princípio do julgamento objetivo se baseia nas regras elencadas no corpo do edital e nos termos exclusivos das propostas. Esse princípio procura afastar o subjetivismo ou interesse pessoal da comissão julgadora na hora de escolher as propostas e que procure apenas se atentar aos critérios prefixados pelo ente público no edital, uma vez que o julgamento tem como base os fatores concretos solicitados pela Administração Pública, em comparação com as

propostas encaminhadas pelos licitantes, dentro do que é permitido no edital ou ainda do convite, conforme disciplinam os artigos 44 e 45 da Lei nº 8.666/93.

Di Pietro (2014) em sua obra expõe:

Quando ao julgamento objetivo, que é decorrência também do princípio da legalidade, está assente seu significado: o julgamento das propostas há de ser feito de acordo com seus critérios fixados no edital. E também está consagrado de modo expresso, no artigo 45, em cujos os termos 'o julgamento das propostas objetivo, devendo a Comissão de licitação ou responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle'. Para fins de julgamento objetivo, o mesmo dispositivo estabelece os tipos de licitação: de menor preço, de melhor técnica, de técnica e preço e do maior lance ou oferta. Esses critérios não são aplicados para o concurso e para o pregão.

Na mesma linha de raciocínio, Gasparini (2006) salienta ainda que “impõe-se que o julgamento seja promovido segundo critérios objetivos, indicados no edital ou carta-convite. É também uma decorrência do princípio formal”.

Tendo como finalidade a supressão das lacunas existentes na legislação, que existem em todo o nosso ordenamento jurídico, inclusive o pátrio, ambicionando alcançar “o ideal de justiça e isonomia, torna-se importante conhecer e saber empregar tais princípios. No âmbito das contratações realizadas pela Administração Pública estes preceitos são ainda mais necessários”. (SOUZA 2006, texto digital).

Assim, com fulcro nos doutrinadores estudados, tanto a Administração Pública, quanto os interessados em firmar contrato com ela devem seguir rigorosamente a risca os princípios norteadores da licitação, para que, ao final, seja realizado um ato com lisura plena, pois se houver algum indicativo de não-observância a estes princípios é causa de nulidade de um dos procedimentos ou ainda de todo instrumento licitatório.

A Lei de Licitação elenca seis tipos de modalidades de licitação comuns, concorrência, tomada de preços, convite, concurso, leilão e a última delas o pregão, que foi instituída pela Lei 10.520/2002, as quais possuem requisitos específicos para que possa haver a contratação de serviços comuns, obras, trabalhos específicos, aquisição de materiais e etc., por parte da Administração Pública com terceiros interessados, tanto pessoa física como pessoa jurídica. Portanto, o segundo capítulo

da presente monografia tem como objetivo descrever as principais características das modalidades do procedimento licitatório.



### 3 MODALIDADES DE LICITAÇÃO

As três modalidades mais conhecidas de licitação são a concorrência, a tomada de preços e o convite, que objetivam a contratação de obras, serviços e compras, sendo delimitadas conforme o valor estimado para a licitação de acordo com o previsto no art. 23 da Lei nº 8.666/1993. O leilão e o concurso, por sua vez, possuem diferenças.

As modalidades de licitação estão disciplinadas na lei, podendo se afirmar que nenhuma outra, além delas, pode ser criada pela Administração. Essa proibição impede também que as modalidades sofram combinações entre si, o que equivaleria a criar nova hipótese. Nesse sentido, Mello (2012) salienta que o art. 22, § 8º da Lei de Licitações é expresso: “É vedada a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação das referidas neste artigo”. No entanto, nos dias de hoje há uma sexta modalidade de licitação, o “pregão”, que é prevista pela Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002.

O pregão foi instituído pela Medida Provisória nº 2.026, de 4 de maio de 2000, como mais uma modalidade da licitação a ser única e exclusivamente utilizada pela União. No entanto, essa medida provisória posteriormente foi convertida para a Lei nº 10.520/2002, não vindo mais a restringir a sua utilização pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, como era antes da conversão. Essa modalidade, por sua vez, está regida pela própria lei supracitada, embora que subsidiariamente aplicam-se as



normas elencadas na Lei de Licitação, Lei nº 8.666/1993, conforme está disciplinado no artigo 9º da Lei 10.520/2002 (DI PIETRO, 2014).

Assim, feitas essas considerações iniciais, este capítulo terá o objetivo de analisar as cinco modalidades de licitação, quais sejam: concorrência, convite, concurso, tomada de preços, pregão, bem como suas abrangências e requisitos.

#### **a) concorrência**

Meirelles (2010) diz que a concorrência é aquela em que qualquer licitante pode participar do certame, havendo cadastro ou não perante a Administração Pública, desde que preencha os requisitos elencados no corpo do edital, sendo convocados com a antecedência prevista no diploma legal e ainda ocorrendo uma grande publicação do instrumento licitatório na imprensa. A concorrência é modalidade de licitação para grandes contratações, de valores altos.

O autor ainda complementa que “a concorrência é obrigatória nas contratações de obras, serviços e compras, dentro dos limites de valor fixados pelo ato competente, que são diversos para obras e serviços de Engenharia e para outros serviços e compras” (2010, p. 327).

Sobre os requisitos da concorrência, Meirelles (2010, p. 327) diz que: “Os requisitos peculiares da concorrência são a universalidade, a ampla publicidade, os prazos para a apresentação das propostas (art. 21, § 2º, I e II), a habilitação preliminar e o julgamento por Comissão (...)”.

Acerca da universalidade, Meirelles (2010) afirma que, independentemente do cadastro do interessado junto à Administração ou qualquer outro ente público, a universalidade é a oportunidade que é dada para qualquer licitante participar da concorrência. A Lei de Licitação é clara em dizer que essa modalidade admite qualquer interessado sob uma grande publicidade do instrumento licitatório, ao contrário da modalidade tomada de preços, na qual é destinada apenas aos cadastrados junto a Administração Pública, observada a necessária habilitação.

Já sobre a ampla publicidade, o autor tece que este requisito da modalidade concorrência é primordial, combinado com o da universalidade. A lei nº 8.666/93 diz que se deve dar a maior amplitude possível ao edital, haja vista a complexidade do



seu objeto e de seu valor ser elevado. A Administração Pública pode-se valer de todo e qualquer aparato de informação para que haja a máxima divulgação possível e, ainda, por quantas vezes achar cabível. Ocorrerá o cancelamento deste instrumento licitatório quando o ente público não vir a cumprir a publicidade mínima do mesmo, no que diz respeito a convocação dos interessados na imprensa oficial e particular, bem como não dando acesso ao edital e seus anexos aos licitantes.

O art. 21, § 2º, em seus incisos I e II, da Lei de Licitação, regula os prazos para apresentação das propostas. Quando a licitação for do tipo melhor técnica ou de técnica e preços, seu prazo será de 45 dias, igualmente quando se tratar de contrato de empreitada integral. O prazo será de 30 dias quando forem casos de licitação “por menor preço ou maior lance ou oferta nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso” (2010, p. 328).

Sobre a habilitação preliminar, Meirelles (2010, p. 328) aduz que “a habilitação preliminar, na concorrência, constitui fase inicial do procedimento licitatório, realizada após sua abertura, enquanto na tomada de preços e no convite é anterior”.

Nesse sentido, Mello (2012) abarca que a concorrência, que está disciplinada no art. 22, §4º, da Lei 8.666/93 é a modalidade comum que é destinada as operações de grande vulto e que deve haver uma grande publicidade, tendo em vista que qualquer interessado que venha a preencher as condições estabelecidas pela Administração Pública pode vir a participar do certame.

Será, também, independentemente da grandiosidade do negócio obrigatória a licitação na forma de concorrência nos casos elencados no art. 23, § 3º, da lei: a) na compra de bens imóveis; b) nas alienações de bens imóveis para as quais não se haja adotado a modalidade do leilão, no entanto, este último o imóvel não deve ultrapassar o valor equivalente ao circunscrito na modalidade tomada de preços, que é estabelecido para compras e, por fim; c) nas concessões de direito real de uso.

O autor menciona também (2012, p. 569)

O referido preceptivo menciona, ainda: d) as licitações internacionais. Contudo, as exceções que enumera a esta hipótese tornam insubsistente e contraditória a referência a elas. Basta dizer que se não houver fornecedor do bem ou serviço no país a regra será o convite, e havendo cadastro

internacional de fornecedores é facultada a adoção de tomada de preços, nos limites de valor que lhe correspondem. A estes casos deve-se acrescentar: e) nos contratos de empreitada integral. Ainda que a lei mencione tal caso, parece-nos que é o que dela se deve depreender, pelas razões adiante expostas (final da letra 'c' do n. 58); f) nas concessões de obra ou serviço público (art. 2º, II, da Lei 8.987, de 13.2.1995, reguladora das concessões e permissões de serviços públicos); g) também será obrigatória para efetuar-se o registro de preços, a teor do art. 15, § 3º, da Lei 8.666/1993, salvo se tratar da obtenção de bens e serviços (art. 11 da Lei 10.520, de 17.7.2002).

No que diz respeito aos prazos, o doutrinador aduz que deverá transcorrer entre a publicidade da licitação e a data fixada para que ocorra o recebimento das propostas será de no mínimo 30 dias, art. 21, § 2º, II, "a" da Lei de Licitação. No entanto, será de 45 dias o prazo caso o instrumento convocatório se der por contrato de empreitada integral ou se for julgado sobre seus "tipos", ou seja, de "melhor técnica" ou de "técnica e preço", art. 21, § 2º, "b" da lei.

No mesmo sentido, Justen Filho (2010, p. 263) expõe:

Na fase de divulgação, a concorrência comporta maior amplitude. Deverá ser respeitado um prazo mínimo de 45 ou de 30 dias (conforme seja aplicável o inc. I al. "b", ou o inc. II. "a", ambos do art. 21) entre a última publicação e a data de apresentação das propostas. Na concorrência, qualquer interessado pode participar da licitação, sem necessidade de atendimento a requisitos previstos para tomada de preços ou convite. Essa amplitude na participação produz reflexos sobre a fase de habilitação.

No que tange à fase de habilitação, será analisada pela Administração Pública se o licitante tem condições inidôneas para que posteriormente seja apreciada sua proposta. A modalidade concorrência diferencia-se das demais modalidades na questão da amplitude que ela dá para que tenha um maior número de interessados.

Sinaliza Carvalho Filho (2009) que a modalidade concorrência se destina a grandes contratações, ou seja, aquelas de grandes vultos. A Lei nº 8.666/93 disciplina duas faixas de valores: primeira, para obras e serviços de engenharia, e segunda para compras e serviços, (art. 23, I, "c" e II, "c"), a partir disso, a modalidade a ser contratada acaba sendo a concorrência. Caso o contratante for um consórcio público, os valores vão ser alterados, o dobro, caso for consórcio formado por até três institutos federativos e triplo, no caso que o número seja maior de pactuantes (art. 23 § 8º, da Lei nº 8.666/93, com alteração da Lei nº 11.107/05, que disciplina os consórcios públicos).

Justamente pelo fato dos recursos financeiros envolvidos serem elevados, essa modalidade é a que apresenta, em seu certame, um maior rigor formal e exige uma divulgação muito mais ampla, assim, podem participar quaisquer interessados que venham a demonstrar ter os requisitos mínimos de qualificação que estão elencados no corpo do edital (art. 22, I e § 1º, da Lei de Licitação).

O autor, por fim, aponta uma exceção, eis que, em algumas situações, na modalidade concorrência não é levado em consideração o valor, mas sim a natureza do contrato a ser celebrado entre o licitante e a Administração Pública. O caso seria quando o ente público visa adquirir ou alienar bens imóveis, em certame internacional e quando ambiciona firmar contrato de concessão de direito real de uso. Acerca da gestão de florestas públicas, a Lei nº 11.284 de 02 de março de 2006, exigiu também que a modalidade de concorrência para a contratação de concessões florestais (art. 13, § 1º).

Não longe disso, Di Pietro (2014) diz que a modalidade de licitação concorrência se realiza com uma ampla publicidade para assegurar um número elevado de interessados que venham a preencher os requisitos que estejam elencados no edital (art. 22, § 1º da Lei nº 8.666/93). Suas características básicas são a ampla publicidade e a universalidade, os quais derivam de seu conceito.

A referida autora afirma que a publicidade, que está disciplinada no art. 21, se dá pela publicação do aviso do edital, no mínimo uma vez, com a indicação do local em que os licitantes poderão ter acesso ao texto na íntegra e todas as informações possíveis que versarão acerca do procedimento licitatório. A publicação deverá ser feita no Diário Oficial da União, quando tratar de licitação realizada por órgão ou entidade da Administração Pública Federal e, ainda, quando se tratar de obras financiadas federais no Diário Oficial do Estado ou do Distrito Federal, quando for licitação de órgãos do ente público estadual, municipal ou do Distrito Federal, a publicidade se dará por meio de jornal diário de grande circulação do Estado e se por ventura haver na região ou ainda no município onde ocorrerá a obra, ainda podendo a Administração Pública, conforme o tamanho da licitação, se utilizar de outros meios de divulgação para que possa ampliar ainda mais o número de interessados.

No que tange ao prazo da modalidade de concorrência, Di Pietro (2014) salienta que deve ser feita, no mínimo, com 30 dias de antecedência, exceto quando a licitação for do tipo “melhor técnica” ou “técnica e preço”, ou ainda quando o contrato a ser realizado prezar pela modalidade de empreitada integral, onde o prazo, por sua vez, passar a ser de 45 dias (art. 21, § 2º, I, b). O prazo referido vai ser contado a partir da última publicação do edital resumido ou ainda da expedição do convite, ou por fim da disponibilidade final do edital ou do convite e demais anexos, vindo a prevalecer a data que ocorrer por último (art. 21, § 3º).

Por fim, aduz a autora, acerca da universalidade, que esta é a chance que qualquer licitante tem de participação, desde que, na fase de início da habilitação preliminar venham, a comprovar os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para a execução de seu objeto (art. 22, § 1º).

Na concorrência, portanto, pode-se entender com base nos autores estudados que qualquer que seja o interessado poderá participar da licitação, independentemente do cadastro prévio junto a Administração Pública, diferentemente do que é exigido para a tomada de preços e convite. O prazo será de no mínimo 30 dias, entre a publicidade e a data que fora fixada para o recebimento das propostas (art. 21, § 2º, II, “a”). No que tange as transações de valores, nesta modalidade são operações de grandes proporções e é precedida de uma ampla divulgação. Contudo, nestes casos é necessário haver um certo cuidado da Administração quando contratar por esta modalidade, tendo em vista o envolvimento de uma quantia grande de valores, podendo ocorrer superfaturamento e enriquecimento de forma ilegal por meio de dinheiro público e assim ferindo o erário público.

#### **b) tomada de preços:**

Mello (2010) aduz que a modalidade tomada preços é aquela em que são apenas aceitos os licitantes que já estiverem inscritos no cadastro da Administração Pública ou, ainda, aqueles que atendam a todos os requisitos exigidos para o cadastramento até três dias antes da data estabelecida para o recebimento das propostas e, por fim, esta modalidade é destinada para as transações de valores consideráveis médios (art. 22, § 2º).

Os cadastros citados (artigos 34 a 37 da Lei de Licitações), são aqueles mantidos pela Administração Pública ou entidades administrativas que com frequência realizam licitações, aonde encontram-se os dados dos fornecedores de bens, empresas executoras de obras e serviços que ali se inscrevem.

O prazo mínimo desta modalidade de licitação é de 15 dias, entre a data da sua publicação e a estabelecida para que os licitantes entreguem as propostas, conforme regulamenta o artigo 21, § 2º, III. Todavia, caso o instrumento licitatório for julgado à luz do artigo 21, § 2º, I, “b” conforme os “tipos”, ou seja, dos critérios de “melhor técnica” ou ainda de “técnica e preço”, o prazo acabará sendo de, no mínimo, 30 dias. Todo o procedimento, desde o seu início, seu vencimento e ainda a contagem dos prazos serão iguais aos da modalidade concorrência, conforme já apreciado (MELLO, 2010).

A possibilidade dos licitantes que exigirem seus cadastros na tomada de preços até o terceiro dia anterior do recebimento das propostas pode vir a influenciar na data que originalmente foi estabelecida, ou ainda, na data que estaria prevista para abertura dos envelopes. Neste caso, o autor é categórico em afirmar que se por acaso for negado o cadastramento ao certame, o interessado devera, em cinco dias úteis, entrar com um recurso administrativamente, este com efeito suspensivo, conforme regula o art. 109, § 2º.

Caso fosse diferente, a Administração Pública sempre que quisesse ou desejasse, acabaria denegando a inscrição no registro de diversos licitantes, isto por razões diversas, favoritismo a alguns, perseguição a outros e, assim, vindo a frustrar a participação no instrumento licitatório de interessados não cadastrados.

Por fim, Mello (2010) enaltece que a própria Lei 8.666/93, em seu art. 98 regula como crime apenável e com detenção de seis meses a dois anos e multa aquele que: “obstar, impedir ou dificultar, injustamente, a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais ou promover indevidamente a alteração, suspensão ou cancelamento do registro do inscrito.”

Sobre a modalidade tomada de preços Justen Filho (2010, p. 263) afirma que:

A finalidade da tomada de preços é tornar a licitação mais sumária e rápida. O prévio cadastramento corresponde à fase de habilitação. No cadastramento, a habilitação é antecipada para um momento anterior ao início da licitação. Os requisitos de idoneidade e de capacitação, em vez de serem examinados no curso da licitação e com efeitos para o caso concreto, são apurados previamente, com efeitos gerais. A Administração, independentemente de uma licitação específica, examina se estão presentes os pressupostos de idoneidade necessários a que uma pessoa contrate com ela. A aprovação corresponde ao cadastramento do interessado. No momento posterior, quando deliberar a realização da licitação na modalidade de tomada de preços, a Administração não necessita promover uma fase de habilitação específica. A licitação seria mais sumária e rápida, por que as atividades correspondentes a uma das fases já teria sido esgotada previamente.

Carvalho (2009) diz que a modalidade tomada de preços é aquela em que os licitantes devem estar anteriormente cadastrados no sistema da Administração Pública, ou que se enquadrem em todas os requisitos para o cadastramento até três dias que antecedem à data de recebimento das propostas (art. 22, § 2º, da Lei nº 8.666/1993).

O autor aduz que a tomada de preços, em comparação com a modalidade da concorrência, é menos formal, isto se dá em virtude de que a tomada de preços é direcionada para contratações de vulto médio, cuja as faixas de valores estão disciplinadas na própria lei (art. 23, I, “b” e II, “b”). No entanto, por outro lado, mesmo com a obrigação de publicar o edital, à publicidade da licitação na tomada de preços não é tão ampla em comparação ao da concorrência. Como já referido anteriormente, só haverá participação daqueles que tiverem um pré-cadastro perante o ente público e os cadastráveis, ou seja, aqueles que apontem condições de provar antes da data atribuída para a abertura das propostas, que têm os requisitos para o cadastramento.

Nessa mesma linha de raciocínio, Di Pietro (2014) diz que a tomada de preços é destinada aos licitantes que já possuem cadastros perante à Administração Pública ou que preencham os requisitos para o cadastramentos até três dias antes da data do recebimento das propostas, observando a necessária qualificação (art. 22, § 2º e art. 36).

O conceito de tomada de preços foi alterado na Lei nº 8.666/93, tendo em vista que pela legislação anterior essa modalidade se limitava apenas aos interessados com prévio cadastrado perante ao ente público, se ausentando assim a universalidade, porquanto a licitação era destinada àqueles inscritos no sistema



cadastral. A norma vigente modificou o instituto ao aceitar a participação de licitantes que apresentem a documentação pertinente até três dias antes da data do recebimento das propostas. O motivo disso é claro: uma maior oportunidade, para que a todos os licitantes possíveis tomem conhecimento do certame, que por sua vez, pode combinar com os interesses da Administração Pública. No entanto, a comissão julgadora tem que analisar bem os documentos apresentados pelos interessados, tornando essa modalidade mais complexa do que a prevista na lei anterior. No que diz respeito a fase de habilitação, a legislação anterior tinha uma ampla vantagem com a atual, pois na retro a comissão apenas se limitava a analisar os certificados do registro cadastral, hoje com a norma atual a modalidade de tomada de preços se iguala a modalidade de concorrência, quando os interessados vir a utilizar essa nova configuração de participação (DI PIETRO, 2014).

Di Pietro (2014) aduz que existe alguns doutrinadores que possuem o entendimento no sentido de que a opção de inscrever os interessados que não tem cadastros perante a Administração Pública, seja realizada a apresentação dos documentos à Comissão que é encarregada do cadastramento conjuntamente ao da tomada de preços.

No entanto, tal entendimento não possui muita aceitação por dois motivos. Em primeiro lugar nem todos os entes públicos detém registro cadastral e, se caso for, teriam que depender de outros órgãos públicos para que seja feito o cadastramento dos licitantes, e em segundo lugar, esse método de realizar paralelamente a tomada de preços pode vir a retardar a própria licitação. Assim, a solução mais cabível é determinar que sejam entregues à Comissão que é encarregada da tomada de preços os documentos pertinentes, principalmente naqueles entes públicos que não tem registro cadastral próprio (DI PIETRO, 2014)

No que tange à publicidade na tomada de preços, Di Pietro (2014) afirma que esta deve ser atentada as regras já citadas na modalidade de concorrência, no entanto, com uma ressalva, que a publicidade deve ser feita 30 dias de antecedência quando o instrumento licitatório se tratar de “melhor técnica” ou ainda de “técnica e preço”, conforme disciplina o art. 21, § 2º, II, b, e nas demais suposição, seja respeitado o prazo de 15 dias, conforme reza o inciso III do mesmo

artigo. Por fim, a contagem destes prazos encontra-se regulamentada no § 3º do mesmo dispositivo.

Por fim, sobre o registro cadastral, Di Pietro (2014) aduz que a Administração Pública deve manter todo ano os seus registros cadastrais atualizados, conforme disciplina o artigo 34 da Lei de Licitação. No entanto, há uma ressalva a ser feita. O parágrafo segundo do mesmo dispositivo diz que é permitido que outros órgãos ou entidades da Administração Pública possam utilizar os registros cadastrais de outros entes públicos, o que abarca a Administração Direta e Indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como entidades que possuem personalidade de direito privado que o poder público detém o controle das funções que ele mesmo estabeleceu ou que manteve (art. 6º, XI).

Meirelles (2010, p. 333) leciona que:

Tomada de preços é a licitação realizada entre interessados previamente registrados, observada a necessária habilitação, convocados com a antecedência mínima prevista em lei, por aviso publicado na imprensa oficial e em jornal particular, contendo as informações essenciais da licitação e o local onde pode ser obtido o edital. A lei aproximou a tomada de preços da concorrência, exigindo a publicação do aviso e permitindo o cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas (arts. 21 e 22, § 2º).

Esta modalidade, segundo o referido autor “é admissível nas contratações de obras, serviços e compras dentro dos limites de valor estabelecidos na lei e corrigidos por ato administrativo competente” (2010, p. 333).

As modalidades tomada de preços e concorrência se igualam no que diz respeito a seus julgamentos, por haver uma Comissão Julgadora constituída de três pessoas, no mínimo. A diferença entre ambas e também o que acaba vindo a caracterizar a tomada de preços é a existência da habilitação prévia dos interessados, a qual se dá por meio de registro cadastral, já a habilitação preliminar, resumidamente, é destinada para a “verificação dos dados constantes dos certificados de registros dos interessados e, se for o caso, se estes possuem a real capacidade operativa e financeira exigida no edital” (2010, p. 334).

A respeito dos registros cadastrais, Meirelles (2010) diz que são aqueles lançamentos realizados pelas repartições públicas da própria Administração, com



finalidade de qualificar os licitantes, em seu ramo de atividades, que tem interesse de vir a firmar contrato com o ente público (arts. 34 a 37 e 51).

Sobre a função do certificado de registro cadastral, Meirelles (2010, p. 334) diz que:

A função precípua do certificado de registro cadastral (CRC) era a de substituir os documentos exigidos para a habilitação, como ocorria na vigência do Estatuto anterior (art. 25, § 8º), dispensando as empresas e profissionais da apresentação daquela volumosa e custosa papelada em cada licitação. A Lei 9.648, de 25.5.98, veio a dar nova redação ao § 2º do art. 32 da Lei 8.666/93, de forma a permitir uma interpretação mais consentânea com seus objetivos; agora o CRC substitui todos os documentos enumerados nos arts. 28 a 31, *desde que tais informações estejam disponibilizadas em sistema informativo de consulta direta indicado no edital*, obrigando-se a parte a declarar, sob as penas da lei, a superveniência de fato impeditivo da habilitação.

O cadastro informatizado, em regra, informa apenas os dados necessários pertinentes à capacidade jurídica e à regularidade fiscal do licitante à habilitação genérica, no entanto, para a habilitação específica estes dados não seriam suficientes, pois esta abrange a capacidade técnica e qualificação econômica e financeira do interessado, tendo em vista que esta última muda de acordo com o objeto da licitação a ser realizada. Em relação aos documentos da habilitação específica, estes serão entregues no momento correto.

Por fim, Meirelles (2010 p. 334), sobre a abrangência do certificado de registro cadastral, afirma que:

O certificado de registro cadastral, por sua vez, deve refletir fielmente a situação do inscrito, trazendo além dos dados identificadores do profissional ou empresa e do prazo de validade do registro, a categoria ou grupo a que pertence; a quantidade e qualidade do aparelhamento técnico; o nível da equipe técnica e administrativa; o montante do capital realizado; o faturamento do exercício anterior e o lucro líquido, a indicação do desempenho em contratos anteriores; e demais elementos esclarecedores que propiciem o pleno conhecimento do pretendente à contratação licitada.

Assim, com base nas doutrinas estudadas, para que o interessado possa concorrer nesta modalidade ele, necessariamente, terá que estar cadastrado junto a Administração Pública ou que atenda as condições pré-estabelecidas para o cadastramento no máximo até três dias que antecedem o recebimento das propostas. Ainda no que tange a tomada de preços, está envolve transações de médio vulto.

No que diz respeito aos prazos, a modalidade tomada de preços tem uma divulgação inferior em comparação ao da modalidade concorrência, tendo em vista que só participa do instrumento licitatório os que já estão cadastrados perante o ente público, ou que ainda, os possíveis cadastráveis atendem as exigências que se pede até três dias antes do recebimento das propostas.

**c) convite:**

Carvalho Filho (2009) aduz que a modalidade convite é aquela que possui um menor formalismo e isso se dá por que ela se destina para contratações de menor vulto (faixas de preço estão disciplinadas no art. 23, I, “a”, e II “a”).

Diferentemente das demais modalidades, nesta não há edital. O certame chama-se de *carta-convite*, e é ali que estão elencados as regras básicas e os requisitos da licitação. As cartas-convites são encaminhadas para, no mínimo, três interessados do ramo em que se pretender contratar, os quais a Administração Pública é livre para escolher, dentre empresas cadastradas ou não.

Nessa linha de raciocínio, Di Pietro (2014) diz que a modalidade de licitação convite é aquela em que haverá, no mínimo, três licitantes do ramo pertinente em que a Administração Pública deseja contratar, tendo ou não cadastro junto à ela, escolhidos e convidados que corresponderem à especialidade, bem como demonstrando interesse em participar do certame até 24 horas antes da apresentação das propostas, conforme rege o art. 22, § 3º da Lei de Licitação.

A modalidade convite é a única que não obriga a realização de edital, conforme a própria Lei nº 8.666/93 estabelece, tendo em vista que a convocação se dá por escrito, com 5 (cinco) dias úteis de antecedências (art. 21, § 2º, IV), pela chamada carta-convite. Todavia, outros interessados devidamente cadastrados perante à Administração Pública, e que demonstrarem seu interesse em participar do certame até 24 horas antes da apresentação das propostas, são permitidos, sendo isso uma inovação da própria Lei de Licitação. Tal possibilidade vem a beneficiar para o aumento de interessados, no entanto, tornando o instrumento licitatório mais complexo, visto que a modalidade convite é mais simplória, tendo como objeto transações de baixo custo. Ainda, visando essa maior participação de

licitantes, a Administração Pública, por sua vez, deve afixar em lugar apropriado cópia do instrumento licitatório (DI PIETRO, 2014)

O parágrafo 6º do artigo 22, que foi alterado pela Lei nº 8.883/94, prevê que, havendo mais do que três possíveis licitantes interessados, a cada nova carta-convite realizada para aquele objeto idêntico ou semelhante, seja essa encaminhada a pelo menos mais um licitante, isso apenas enquanto não houverem cadastrados que não foram convidados nos últimos instrumentos licitatórios. Contudo, o parágrafo 6º do artigo supracitado veio com a intenção de evitar que sejam sempre encaminhadas as carta-convites aos mesmos licitantes, impedindo que sejam violados os princípios da licitação, principalmente o da isonomia (DI PIETRO, 2014).

Di Pietro (2014) fala, ainda, da possibilidade da modalidade convite continuar mesmo quando não aparecerem três convidados. O entendimento do Tribunal de Contas da União foi modificado após a vigência da Lei nº 8.666/93, que decidiu, (DOU de 11-08-1993, p. 11.635):

[...] b) para a regularidade da licitação na modalidade convite é imprescindível que se apresentem, no mínimo, 3 (três) licitantes devidamente qualificados. Não se obtendo esse número legal de propostas aptas à seleção, impõem-se a repetição do ato, com a convocação de outros possíveis interessados, de modo a se garantir, nesse aspecto, a legitimidade do certame.

Esse é o entendimento a ser adotado quando se tornar conciliável com o artigo 22, § 7º, da Lei nº 8.666/93, que diz:

§ 7º : Quando, por limitações do mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, for impossível a obtenção do número mínimo de licitantes exigidos no § 3º deste artigo, essas circunstâncias deverão ser devidamente justificadas no processo, sob pena de repetição do convite.

Ou seja, mesmo que aparecerem menos de três interessados para a modalidade convite, esse fato, por si só, não gerará a repetição da mesma. Ao contrário, pode-se continuar o instrumento licitatório, tendo em vista o simples fato de haver o desinteresse dos licitantes que foram convidados, o que é passível de justificação da Administração Pública, pois houve a omissão dos interessados, ou ainda as barreiras do mercado. Nessa segunda hipótese, por exemplo, pode ser enquadrada quando não houver demais interessados ou que não se enquadrem das normas exigidas pela Administração Pública. No entanto, se por ventura houver

outros interessados que atendam aos requisitos da modalidade convite, esta então, pode ser repetido, mas agora a luz do § 6º, do artigo 22 da Lei de Licitação, com redação dada pela Lei nº 8.883/94.

A respeito do prazo da modalidade convite, este é de 5 dias úteis, entre a data do envio da carta-convite e a data afixada para o recebimento das propostas, conforme o art. 21 § 2º, IV.

Acerca dos não cadastrados, Mello (2012, p. 571) tece:

Entendemos que mesmo os não cadastrados, simetricamente ao disposto em relação à tomada de preços, terão direito a disputar o convite se, tomando conhecimento dele, requerem o cadastramento no prazo estabelecido em relação àquela modalidade licitatória (três dias antes do recebimento das propostas).

Independentemente que no certame não seja alcançado o número mínimo de três interessados, tanto pelo desinteresse dos licitantes quanto por conta de limitações do mercado, desde que havendo justificativa no processo, a tomada de preços pode ser realizado, caso contrário a carta-convite será cancelada e posteriormente repetida, conforme disciplina o art. 22 § 6º da Lei de Licitação.

Por fim, sobre o art. 22, § 6º, Mello diz que caso “existirem na praça mais de três interessados, a cada novo convite realizado para o objeto idêntico ou assemelhado deverá ser convidado pelo menos mais um, enquanto existirem cadastrados não convidados nas últimas licitações” (2012, p. 571).

Justen Filho (2010) considera a modalidade convite a mais simples dentre todas as modalidades de licitação comuns. A Administração Pública tem a faculdade em optar pelos licitantes que irão participar do certame. No que diz respeito ao cadastramento, os mesmos não necessitam conter registro cadastral perante à Administração, no entanto, qualquer interessado que manifestar interesse na participação do certame é admissível, desde que seja com 24 horas de antecedência da apresentação das propostas.

No tocante à discricionariedade na hora da seleção dos convidados pela Administração Pública, o Justen Filho (2010) tece que ela deve ter o máximo de cuidado possível neste momento, tendo em vista a possibilidade e perigo de ofender aos princípios da moralidade e à isonomia. Pois caso a Administração venha a

definir seus escolhidos ou eliminar outros por motivos fúteis ou por preferência, estará caracterizado, assim, desvio de finalidade e o ato por inteiro será considerado inválido.

Acerca do julgamento da modalidade convite, Meirelles (2010) afirma que esta se dá por meio de uma Comissão de Julgamento, porém é também aceitável que seja realizado por serventuário público designado para tanto, conforme regulamenta o art. 51, § 1º. A partir do momento em que foi julgada as propostas apresentadas, é conferindo-lhe o objeto do convite ao licitante vencedor da licitação por meio de “ordem de execução de serviço, nota de empenho da despesa, autorização de compra ou carta-contrato” (2010, p. 335) e, por fim, publicando as o que deve ser publicado no órgão oficial para que, caso necessário, seja possibilitado os recursos cabíveis e, assim, tornar exequível a licitação.

Finalizando, Meirelles (2010, p. 335) diz que o “convite é admissível nas contratações de obras, serviços e compras dentro dos limites de valor fixados pelo ato competente”.

Assim, a partir do estudo das doutrinas na modalidade convite haverá no mínimo três concorrentes do mesmo ramo do objeto em que a Administração esta buscando. Estas relações geralmente envolvem valores mais baixos e que independentemente do concorrente estar ou não cadastrado na Administração Pública, ele poderá concorrer para o ato. Todavia, para que haja validade o convite a Administração terá que afixar em local apropriado o edital convocatório e os interessados deverão se manifestar 24 horas antes da apresentação das propostas.

#### **d) Concurso:**

Carvalho Filho (2009) aduz que a modalidade concurso está disciplinada no art. 22, § 4º da Lei 8.666/93 e que visa a escolha de trabalho técnico, artístico ou científico. Assim, trata-se de conferência de caráter intelectual.

O autor afirma, ainda, que, em princípio, a Administração Pública não visa a contratação de ninguém na modalidade concurso, ela quer apenas escolher um projeto ou invento, conferindo ao seu autor certa quantia em dinheiro ou um outro prêmio. No entanto, o prêmio ou remuneração só poderão ser pagos ao idealizador

do projeto caso este ceda à Administração Pública os direitos patrimoniais relativos ao projeto, e a ela seja permitido a sua utilização, conforme foi regulamentado ou ajustado entre o autor e o ente público.

Nesse sentido, Mello (2012, p. 571) expõe:

Concurso (art. 22 § 4º) é uma disputa entre quaisquer interessados que possuam a qualificação exigida para a escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, com instituição de prêmio ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial.

O art. 21, § 2º, I tece a respeito do prazo, que é de, no mínimo, 45 dias, sendo contado a partir da data da publicação do edital do até à data aprazada para a realização do certame.

A comissão que julgará o certame deve ser integrada por pessoas de caráter íntegro e que ainda possuam um conhecimento vasto do conteúdo ali tratado, estas pessoas podem ser ou não serventários públicos, conforme rege o art. 51, § 5º.

Não longe disso, Di Pietro (2014) aduz que a modalidade concurso é aquela destinada para a escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, havendo instituição de prêmio ou ainda remuneração aos ganhadores. Este instrumento licitatório é entre qualquer interessado, conforme disciplina o artigo 22, § 4º da Lei de Licitação.

Di Pietro (2014) finaliza tecendo sobre o artigo 52, § 2º. Caso se trata de projeto, o ente público só poder vir a executá-lo quando o vencedor achar conveniente, ainda assim, devendo ser seguidos os requisitos elencados no artigo 111 do mesmo diploma legal.

Por fim, Di Pietro (2014) ainda ressalta que, tendo em vista a seleção ter cunho intelectual, a comissão responsável da licitação deve ser muito criteriosa e apta intelectualmente, uma que vez que pode ser fácil o subjetivismo na hora da seleção e, assim, ocorrer um possível desvio de finalidade.

Para Meirelles (2010), tal modalidade é considerada especial, tendo em vista que não traz em seu instrumento licitatório os mesmos aparatos e formalidades específicas da concorrência, mesmo ela estando obrigada a se valer dos princípios



da publicidade e da igualdade entre os interessados para vir a escolher o melhor trabalho.

Por fim, o autor ensina que a modalidade concurso termina quando é classificado o trabalho e o pagamento do prêmio efetivado, não tendo direito algum a contrato com a Administração Pública, pois para que seja realizada a execução do serviço ou da obra deste projeto escolhido, será feito um novo instrumento licitatório, porém agora por meio de modalidade de concorrência, convite ou ainda tomada de preços.

Justen Filho (2010, p. 270) tece:

O concurso pressupõe o interesse da Administração em selecionar trabalho técnico ou artístico, exteriorizador de habilidade físico-intelectual ou revelador de certas capacidades personalíssimas, seja para fins de incentivo ao desenvolvimento cultural seja para obtenção de resultado prático imediato.

O autor afirma que a modalidade concurso possui grandes diferenças com relação às demais modalidades comuns de licitação (concorrência, tomada de preços, convite e pregão). Uma delas é que nestas modalidades a execução do contrato se dá após a licitação, após a apresentação das propostas por parte dos interessados, diferentemente do que ocorre no concurso, em que o trabalho artístico ou técnico deverá ser apresentado, como regra, pronto e finalizado pelo licitante para que posteriormente seja analisado pela própria Administração Pública.

Portanto, com base nos autores estudados nesta modalidade os interessados devem possuir a qualificação exigida pelo art. 22, § 4º da Lei de Licitação, para ser feita a escolha do trabalho técnico, científico ou artístico, com o pagamento da remuneração ou do prêmio, conforme estabelecido no edital publicado na imprensa oficial.

#### **e) leilão:**

Justen Filho (2010) aduz que nesta modalidade não há sigilo acerca das propostas, bem pelo contrário, a essência do leilão é de que as propostas sejam de amplo conhecimento de todos, pois os interessados darão seus lances verbalmente em local e data preestabelecidos para a solenidade. No que diz respeito aos lances, o licitante ficará vinculado a ele até que outro interessado der lance superior ao seu

e será considerado o vencedor do ato aquele que propor a proposta de maior valor. Tendo em vista que esta modalidade tem como objetivo a alienação de bens pelo melhor preço ofertado, ela não possui fase de habilitação, portanto, não é necessário que seja investigada alguma peculiaridade do licitante, no máximo a Administração pode exigir que o interessado comprove que tem condições financeiras de honrar seus lances para que ela não tenha prejuízo e que evite a participação de charlatões.

Nessa mesma linha de raciocínio, Di Pietro (2014) afirma que a modalidade leilão, artigo 22, § 5º da Lei nº 8.666/93, é direcionada a qualquer licitante que ofertar lance maior ou igual ao valor de avaliação dos bens móveis inservíveis para a Administração, ou daqueles produtos que foram apreendidos legalmente ou penhorados, ou, por fim, para a alienação de bens imóveis, conforme rege o artigo 19 do mesmo diploma legal.

A autora diz que quando se tratar de bens imóveis, essa modalidade de licitação deve ser realizada com a combinação do artigo 17, I e artigo 23, § 3º, com exceção das hipóteses elencadas no artigo 19, além ainda de outras que estão previstas em legislações esparsas.

Justen Filho (2010, p. 271) tece o seguinte sobre o leilão:

O leilão é o procedimento tradicional dentro do Direito Comercial e Processual. A omissão da Lei remete à aplicação das regras pertinentes a outros ramos. O leilão peculiariza-se pela contratação, em uma única oportunidade, de numerosos atos destinados à seleção da proposta mais vantajosa. Além disso, o leilão se diferencia pela possibilidade de multiplicação de propostas por parte de um mesmo interessado.

Carvalho Filho (2009, p.302) explica que:

Na modalidade de leilão, a Administração pode ter três objetivos: 1) vender bens móveis inservíveis; 2) vender produtos legalmente apreendidos ou penhorados; e: 3) alienar bens imóveis adquiridos em procedimento judicial ou através de dação em pagamento, como permite o art. 19 do Estatuto.

O interessado na compra, que ofertar lance igual ou superior à avaliação dada pela Administração Pública, adquirirá o bem, nos termos do art. 22, § 5º, da Lei nº 8.666/93.



No leilão, há duas regras importantes. Primeira delas, o leilão deve ser amplamente divulgado, seguindo o princípio da publicidade (art. 53, § 4º). Ademais, é necessário que, antes do certame, sejam avaliados devidamente os bens que serão posto à venda, aqui por óbvio, se enquadra o princípio da preservação patrimonial dos bens, conforme rege e disciplina o art. 53 § 1º, da Lei de Licitação. (CARVALHO FILHO, 2009)

Carvalho Filho (2009) aduz que o leilão poderá ser cometido ao leiloeiro oficial, bem como a servidor designado pela Administração Pública. Terminado o leilão, serão pagos à vista os bens ali arrematados, admitindo-se, conforme constar no edital, o pagamento de certa quantia. Todavia, não será aceito valor inferior a 5 (cinco) % da avaliação dos bens, que posteriormente serão entregues ao arrematante. Este, porém, deverá quitar o restante do valor da arrematação, se for o caso, na data estipulada no corpo do edital, sob pena de perder o valor já alcançado a Administração Pública.

Sinaliza Mello (2012, p. 572):

O leilão (art. 22, § 5º) é a modalidade licitatória utilizável para venda de bens móveis inservíveis para a Administração ou legalmente apreendidos por força de execução judicial ou, ainda, para venda de imóveis cuja aquisição haja derivado de procedimento judicial ou dação em pagamento, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao da avaliação [...].

A respeito do prazo, conforme art. 21, § 2º, III, este será de, no mínimo, 15 dias entre a publicação do edital até a data aprazada da realização do mesmo.

Conforme Meirelles (2010, p. 336), “leilão é a espécie de licitação utilizável na venda de bens móveis e semoventes (arts. 22, § 5º, e 53) e, em casos especiais, também imóveis (art. 19, III)”.

Existe dois tipos de leilões, dos quais a Administração Pública pode se valer, segundo Mello (2012). O primeiro é o comum, que é regido por norma federal pertinente, sendo autorizado apenas para os leiloeiros oficiais, nos locais que houver, no entanto, os requisitos para sua realização pode ser dada pela própria Administração Pública; e o segundo é o administrativo, o qual destina-se “para a venda de mercadorias apreendidas como contrabando, ou abandonadas nas alfândegas, nos armazéns ferroviários ou nas repartições públicas em geral,

observadas as normas regulamentares da Administração interessada” (2010, p. 336).

A norma federal autoriza que o leilão de semoventes seja realizado pelo próprio ente público, em local que não contar com leiloeiro oficial para o ato, assim pode se concluir, também, que a Administração poderá se valer do segundo leilão, citado anteriormente, para a venda dos bens que já são mais necessários a ela ou aqueles inservíveis ou que não prestam mais para sua finalidade no serviço público, também se não houver leiloeiro no local (MEIRELLES, 2010).

Sobre o Programa Nacional de Desestatização, o autor tece o seguinte (2010, p. 337):

O *Programa Nacional de Desestatização*, aprovado inicialmente pela Lei 8.031, de 12.4.90, e reformulado pela Lei 9.491, de 9.9.97, cujo objetivo básico é reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades antes exploradas pelo setor público, passou a admitir o *leilão* como forma de licitação em várias modalidades operacionais de privatização, entre elas a alienação de ações. Inclusive de controle acionário, a dissolução de sociedade com a alienação de seus ativos; a alienação, arrendamento, locação, comodato ou cessão de bens e instalações; e concessão, permissão ou autorização de serviços públicos (art. 4º, § 3º). Para esse fim, contudo, é necessário que essa transferência de bens, ativos ou encargos para o setor seja aprovada pelo Conselho Nacional de Desestatização, que deverá indicar inclusive a modalidade operacional a ser aplicada (art. 6, II).

Contudo, esta modalidade acabou tendo uma outra magnitude como instrumento licitatório, assim, quando vier a ocorrer estes casos deverá ser requisitado todos os elementos considerados indispensáveis e a qualificação dos licitantes que vierem a participar do certame, para que seja logrado êxito no final. No que diz respeito aos leilões que ocorrem no Programa Nacional de Desestatização, estes estão sendo realizados na Bolsas de Valores, “com habilitação prévia dos interessados e garantia da proposta, variando os requisitos técnicos, financeiros e operacionais exigidos, conforme o objeto licitado” (2010, p. 337 e 338).

Assim, conforme os autores, nesta modalidade, independentemente de quem seja o terceiro comprador, aquele que der lance igual ou superior ao valor da avaliação do bem que está de posse da Administração arrematará o mesmo.

## f) pregão

Em 23 de agosto de 2001, a Medida Provisória 2.182-18, entrou em vigor elencando uma nova modalidade de licitação, qual seja o pregão. Esta modalidade, no entanto, era de uso único e exclusivo da Administração Federal para a aquisição de bens e serviços comuns. Assim, foi-se criando dúvidas acerca de sua constitucionalidade, uma vez que a própria Lei nº 8.666/93 em seu art. 22, § 8º veda a elaboração de quaisquer outras modalidades de licitação, exceto aquelas que venham a ser inseridas por meio de norma geral (MEIRELLES, 2010).

A medida provisória supracitada foi convertida em norma geral pela Lei 10.520, de 17 de julho de 2002, a qual veio acrescer o rol dos entes autorizados a utilizar o pregão. Agora além da União, os Estados, Municípios e Distrito Federal também podem fazer uso desta modalidade, vindo, assim, a ficar dispensados de formularem leis próprias sobre a questão. No entanto, se editarem alguma, deverão seguir os requisitos gerais da lei federal (MEIRELLES, 2010).

O autor aduz que o pregão é destinado para a compra de bens e serviços comuns, no entanto, se diferencia das demais modalidades de licitação no que tange aos valores dos objetos licitados, pois as outras espécies são estabelecidas por este critério. O art. 1º, § 1º, do referido diploma considera “bens e serviços comuns aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado” (2010, p. 338). Todavia, o art. 40, I da Lei 8.666/93 preceitua que todos os bens que forem licitados devem ser criteriosamente definidos com descrição breve e esclarecedora, assim, conclui-se que o conceito legal do art. 1º, § 1º é insuficiente. No que diz respeito à caracterização dos bens e serviços comuns é a sua padronização, pois eles podem vir a serem substituídos por outros de mesma eficiência e padrão de qualidade, o que acaba afastando os serviços de engenharia e todos aqueles relacionados as modalidades de melhor técnica ou técnica e preço. O pregão vem a utilizar apenas o fator do preço e da técnica não é levado em consideração (MEIRELLES, 2010).

Nos casos concretos, é necessário analisar a conveniência da contratação de certo objeto por esta modalidade, pois o procedimento do pregão é breve e seu critério de julgamento é objetivo (menor preço), a inversão das fases de habilitação e

judgamento vem a impossibilitar a apreciação do objeto que foi licitado ou ainda do fornecedor, assim, apenas vão ser “compatíveis com esta modalidade as aquisições de bens e serviços comuns que garantam a celebração de contratos em total consonância com as necessidades da Administração Pública” (2010, p. 339). O autor ainda aduz:

Assim é que o objeto *comum* para fins de cabimento da licitação por pregão não é mero sinônimo de simples, padronizado e de aquisição rotineira. Bens e serviços com tais características estão incluídos na categoria de *comuns* da Lei 10.520/2002, mas não só. Bens e serviços com complexidade técnica, seja na sua definição ou na execução, também são passíveis de ser contratados por meio de pregão. O que se exige é que a técnica neles envolvida seja conhecida no mercado do objeto ofertado, possibilitando, por isso, sua descrição de forma objetiva no edital.

Todavia, a Administração Pública está desobrigada a utilizar o pregão quando tiver o interesse de adquirir um bem ou serviço comum. Ela pode optar por qualquer uma das demais espécies de modalidades, desde que o interesse público esteja motivado. O pregão, na verdade, a partir da leitura do art. 1º da Lei 10.520/2002, é apenas mais uma escolha que a lei dá para a Administração Pública: “Para a aquisição de bens e serviços comuns, *poderá* ser adotada a licitação na modalidade pregão, que será regida por esta Lei”. (MEIRELLES, 2010).

Para Di Pietro (2014), a modalidade pregão é aquela que se destina a obtenção de bens e serviços comuns, independentemente do valor estimado do contrato, sendo que a disputa entre os interessados é realizada por meio de propostas e lances em sessão pública. A modalidade pregão, conforme rege o § 1º do artigo 2º da Lei nº 10.520/02, pode ser vir a utilizar qualquer instrumento tecnológico de informação para a sua realização.

Nessa mesma toada, Meirelles (2010, p. 342) aduz que o “pregão eletrônico é aquele efetuado por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação, ou seja, por meio de comunicação da *Internet*. Está previsto no § 1º do art. 2º da Lei 10.520/2002”. O Dec. 5.450 de 31 de maio de 2005, que revogou o Dec. 3.697 de 21 de dezembro de 2000, é o que regulamenta este tipo de operação no âmbito da União. O seu art. 4º disciplina que para adquirir bens e serviços comuns é a obrigatória a utilização desta modalidade, tendo como preferência a forma eletrônica. No que diz respeito ao seu procedimento, este segue os mesmos passos e regras do pregão comum, mas, como o próprio nome já diz, uma vez sendo

realizadas todas comunicações por meio eletrônico, é evidente que não há presença do pregoeiro, muito menos dos interessados.

Di Pietro (2014), por fim, diz que “o pregão aplica-se aos órgãos da administração direta, aos fundos especiais, às autarquias, às fundações, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União”.

Assim, a partir do estudo feito com base nos autores, a modalidade pregão é destinada, hoje, para a aquisição de bens e serviços comuns a todos os entes federativos do país, o que antes era privativo apenas da União. Isto se deu com a conversão da Medida Provisória 2.182-18 de 21 de agosto de 2001 na Lei 10.520/2002.

Este instituto é realizado por meio de sessão pública, na qual os interessados realizam seus lances e propostas e a Administração Pública pode se valer de qualquer meio tecnológico disponível para sua concretização.

Contudo, pode-se analisar com base nas doutrinas e na Lei 8.666/93 de que para todo tipo de aquisição de bens, seus valores, serviços comuns ou ainda trabalhos específicos existe um método para seja feita a contratação por parte da Administração Pública. Ela, por sua vez, deve seguir criteriosamente o que estabelece os artigos da lei citada referentes a cada tipo de modalidade de licitação comuns, nada a mais nem a menos (princípio da legalidade), para que possa, ao final, celebrar um contrato sem irregularidades, com uma lisura plena com o interessado e, assim, suprimindo sua a necessidade ou da sociedade.

No entanto, existem duas modalidades de licitação em que não é necessário a realização de um instrumento licitatório. Em uma, a Administração Pública tem a faculdade de licitar ou não; e na outra, é inviável, impossível este ato. Isso ocorre nas chamadas dispensa e inexigibilidade de licitação, respectivamente. Assim, o terceiro capítulo da presente monografia tem como escopo o estudo destes dois institutos, examinando os seus requisitos, abrangências e suas consequências em nosso cenário administrativo atual.

#### **4 LICITAÇÃO DISPENSÁVEL E INEXIGÍVEL (art. 24 e art. 25 da Lei nº 8.666/1993)**

A regra para a contratação de prestações de serviços comuns, obras, trabalhos específicos, realização de aquisição de materiais e alienações por parte da Administração Pública é única e exclusivamente através de licitação. Até aqui este ponto está claro, de acordo com o que foi trazido, tanto no campo doutrinário, como no campo legal, em que a própria Constituição Federal, em seu art. 37, inciso XXI deixa claro: “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública [...]”, conforme explica o jurista Diogenes Gasparini:

A regra, como já afirmamos mais de uma vez com base no princípio da isonomia e no inciso XXI, do art. 37, da Constituição Federal, é a obrigatoriedade da licitação para as entidades da Administração Pública direta (União, Estados-Membros, Distrito Federal, Municípios) e para a Administração Pública indireta (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações) [...] (GASPARINI, 2006, p. 502).

Desta feita, até o presente momento, foi estudada a licitação através de seus princípios, tipos de modalidades, suas definições, finalidades e objetivos, fazendo-se um apanhado mais profundo, obtendo-se, assim, uma base teórica sólida sobre a licitação. No entanto, o que se pode verificar com as notícias sobre o assunto é que, na prática da administração pública uma realidade um pouco diferente se apresenta, evidenciando que a quantidade de gastos com serviços comuns, obras, compras de materiais e alienações, envolve altos valores, superfaturados em proporções absurdas, tornando-se estes atos uma epidemia no cenário atual.



A Lei de Licitação elenca duas hipóteses nas quais a Administração Pública está livre de licitar. A licitação dispensável, regida pelo art. 24 da Lei 8.666/93, se enquadra casos em que, mesmo havendo normatização da lei para que haja a disputa entre particulares, a Administração Pública tem a faculdade de escusar tal procedimento. Assim, se seguir por este viés deve imprescindivelmente motivar, ou seja, justificar a escolha de tal ato.

Por outro lado, existe a licitação inexigível, regulamentada pelo art. 25 do mesmo diploma legal, a qual ocorrerá sempre em que houver a inviabilidade de competição entre os licitantes. Ou seja, não pode exigir licitação quando há impossibilidade de concorrência.

Contudo, neste terceiro e último capítulo da monografia, examinam-se as diferenças entre as modalidades “dispensável e inexigível”, seus conceitos, suas abrangências, cautelas necessárias e consequências.

#### **4.1 Da obrigatoriedade de licitar**

Conforme exige e regulamenta a Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, XXI, é obrigatória a realização de licitação para os contratos de obras, serviços comuns, compras de materiais e alienações, e também para a concessão e permissão de serviços públicos, conforme explicita o art. 175 do mesmo diploma legal (DI PIETRO, 2014).

A autora ainda elucida que (2014, p. 393):

Estão obrigados à licitação todos os órgãos da Administração Pública direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 1º, parágrafo único).

É de suma importância destacar que é admissível que empresas estatais de Direito Privado, sociedades de economia mista e empresas públicas, as quais são controladas indiretamente pela Administração Pública, possam ter seu regulamento próprio acerca da matéria, no entanto, desde que fiquem vinculados às normas



regulamentadoras da Lei 8.666/93, conforme disciplina o art. 119 da lei supracitada, (Meirelles 2010).

O artigo ainda elucida que estes regulamentos devem ser publicados e aprovados pela autoridade de nível superior a qual estas entidades estão ligadas, ficando sujeitos às disposições da legislação, (DI PIETRO 2014).

Por fim, Meirelles (2010, p. 289), sobre a questão “obrigatoriedade de licitação” abarca o seguinte:

A expressão obrigatoriedade de licitação tem duplo sentido, significando não só a compulsoriedade da licitação em geral como, também, a da modalidade prevista em lei para a espécie, pois atenta contra os princípios de moralidade e eficiência da Administração o uso da modalidade mais singela quando se exige a mais complexa, ou o emprego desta, normalmente mais onerosa, quando o objeto do procedimento licitatório não a comporta. Somente a lei pode desobrigar a Administração, quer autorizando a dispensa de licitação, quando exigível, quer permitindo a substituição de uma modalidade por outra (art. 23, §§ 3º e 4º) [...].

Exceto nas hipóteses em que o ente público está amparado pela lei de possuir a faculdade de não realizar a licitação ou ainda naqueles casos em que o certame é impossível, o dever dele de realizar a licitação se impõe e se torna evidente nos casos em que a entidade tem como finalidade a contratação de serviços, obras, de aquisição ou alienação de suas instalações ou equipamentos.

Contudo, o procedimento licitatório é um processo administrativo formal, no qual a sucessão de atos vai levar, ao final, a indicação daquele que irá celebrar o contrato com a Administração.

## **4.2 Licitação dispensável**

O procedimento licitatório, como já mencionado, é a regra geral que a Administração deve seguir quando quiser realizar contratos de compras de materiais, serviços comuns, obras, alienações, etc. A contratação direta é a exceção, que apenas se justifica, nas situações consideradas como de dispensa e inexigibilidade do procedimento licitatório.

No art. 24 da Lei 8.666/93 são elencados trinta e três possibilidades (incisos I a XXXIII) em que a Administração Pública tem a faculdade de licitar ou não. Cabe aqui salientar que esse rol de casos é taxativo e sua interpretação deve ser restrita. Ou seja, nessa modalidade de licitação, mesmo estando legalmente admitida, a Administração está desobrigada de utilizá-la dependendo do caso concreto, abrindo, assim, ensejo à contratação direta.

Acerca disso, Odete Medauar (2004, p. 244) tem o seguinte entendimento: “A dispensa abrange os casos em que a situação enseja competitividade, sendo possível efetuar licitação, mas a lei faculta sua não realização. Por isso o rol do art. 24 é considerado taxativo.”

Nessa senda, Gasparani (2006, p. 511) elucida:

O elenco consignado no citado art. 24 do Estatuto federal Licitatório, por se tratar de exceção à obrigatoriedade de licitar, é taxativo, não podendo, portanto, as entidades que devem observância a esse princípio aumentá-lo quando da execução da lei. A interpretação há de ser sempre restritiva. Ademais, não cabe ao Estado-Membro ou ao Distrito Federal, nem ao Município, quando da feitura de suas respectivas leis de licitação e contrato administrativo, criar novas hipóteses de dispensabilidade (nesse sentido já decidiu o STF - RDA, 145:131). A dita regra escapa à União, que, por lei, pode alterar tal elenco, consignando novas hipóteses de licitação dispensável, como, aliás, tem sido feita até por medida provisória. Estado-Membro, Distrito Federal, Município, se não podem ampliá-lo, podem, certamente diminuí-lo em suas leis, como, de resto, também pode a União”.

Ainda, segundo Roesler, (2008, texto digital):

A licitação dispensável verifica-se em situações em que, embora teoricamente seja viável a competição entre particulares, o procedimento licitatório afigura-se inconveniente ao interesse público. Isso ocorre por que, em determinados casos, surgem circunstâncias especiais, previstas em lei, que facultam a não realização da licitação pelo administrador, que em princípio era imprescindível [...].

Enfim, Di Pietro (2014, p. 398) diz que "as hipóteses de dispensa podem ser divididas em quatro categorias: a) em razão do pequeno valor; b) em razão de situações excepcionais; c) em razão do objeto; d) em razão da pessoa".

#### 4.2.1 Licitações Dispensáveis – Pequeno valor (art. 24, incisos I e II)

O legislador, com intuito de evitar a onerosidade que decorre de todo o procedimento licitatório, optou em elencar estes casos como dispensa de licitação, tendo em vista o valor do contrato ser ínfimo, tomando por fundamento o princípio da economicidade.

Art. 24: É dispensável a licitação:

I - para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea a, do inciso I, do artigo anterior, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente (limite: R\$ 15.000,00)".

II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez;

Pode-se observar que há um desequilíbrio no que diz respeito ao custo/benefício, nas hipóteses em que se verifica a superioridade de custo do certame em relação ao benefício que se extrairia, conforme elucida Justen Filho (2010, p. 302):

A pequena relevância econômica da contratação não justifica gastos com uma licitação comum. [...] A lei determinou que as formalidades prévias deverão ser proporcionais às peculiaridades do interesse e da necessidade pública. Por isso, tanto mais simples serão as formalidades e mais rápido o procedimento licitatório quanto menor for o valor a ser despendido pela Administração Pública.

Sobre esses dois casos, Di Pietro (2014, p. 398) elucida o seguinte:

[...] é dispensável a licitação para obras e serviços de engenharia de valor até 10% do limite previsto na alínea a, do inciso I do art. 23, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda de obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizados conjunta ou concomitantemente (art.24, com a redação dada pela Lei nº 9.648/98); para outros serviços e compras de valor até 10% do limite previsto na alínea a, do inciso II, do artigo 23, e para alienações, nos casos previstos na Lei (art. 17), desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma vez só (inciso II, alterado pela Lei nº 9.648/98) (grifou-se).

Por fim, Justen Filho (2010, p. 302) aduz que “não se admite o parcelamento de contratações que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente [...]”.

#### 4.2.2 Licitações Dispensáveis – Situações excepcionais

O legislador observou ainda a necessidade de enquadrar e regulamentar nas hipóteses de licitação dispensável as situações excepcionais, conforme elucida Di Pietro (2014, p. 398):

[...] a dispensa é possível em certas situações em que a demora do procedimento é incompatível com a urgência na celebração do contrato ou quando sua realização puder, ao invés de favorecer, vir a contrariar o interesse público, ou ainda quando houver comprovado desinteresse dos particulares no objeto do contrato.

Sobre o tema, os incisos que tratam destas situações são o III, IV, V, VI, VII, IX, XI, XVIII, XXVII e XXVIII. Entre estas hipóteses, destacam-se:

**a) a contratação em situação emergencial ou de calamidade pública:**

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

O dispositivo ora estudado, autoriza a Administração Pública contratar sem licitação, ou seja, contratação direta com o interessado em situações de emergência ou de calamidade pública.

Para Di Pietro (2014), as situações de emergência ou de calamidade pública se caracterizam quando há uma urgência no atendimento na situação que possa vir a causar prejuízo ou pôr em risco a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos, bem como demais bens, públicos ou particulares, mas somente àqueles bens que necessitem de fato de atendimento emergencial ou estão em situação calamitosa e para aquelas obras e serviços que possam ser finalizadas no prazo máximo de cento e oitenta dias consecutivos e ininterruptos, a serem contados da data do fato, sendo vedada a prorrogação do mesmo.

No que tange ao estado de calamidade pública, Meirelles (2010) destaca que se trata da situação em que a emergência foi provocada por uma situação anormal ou desastres que veem a atingir e afetar gravemente a sociedade, causando-a

danos e prejuízos que comprometam de forma parcial ou total a capacidade que o ente público tem de atender as necessidades de seus elementos componentes.

**b) a licitação deserta:**

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

Esta hipótese de licitação dispensável ocorre quando se pressupõe que a licitação anterior não obteve sucesso, por não acudirem interessados na mesma. Assim, a Administração Pública está autorizada a realizar a contratação direta, devendo manter todas as condições já estabelecidas na licitação deserta e motivando no sentido de que a realização de um novo certame seria prejudicial para a autoridade administrativa (DI PIETRO, 2014). A doutrinadora, ainda, ensina que não se deve confundir licitação deserta com a licitação fracassada, eis que nesta os licitantes aparecem, no entanto, nenhum deles é selecionado, tendo em vista a inabilitação ou da desqualificação, assim, nesta hipótese não é cabível a dispensa de licitação.

**c) as propostas com valores superiores ao mercado ou incompatíveis:**

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

Para Gasparini (2006), este dispositivo tem como justificativa evitar que a Administração Pública tenha prejuízos financeiros por conluíus entre os interessados, tendo em vista a combinação de preços abusivos entre eles.

Assim, quando forem apresentadas propostas com valores superiores ao de mercado e não forem reapresentadas outras emanadas deste vício no prazo de oito dias úteis, a autoridade administrativa está autorizada a realizar a contratação direta.

Essa, por sua vez, deverá ser feita por valores inferiores aos que estão consignados no registro de preço, no entanto, não ocorrendo a observância destes requisitos, a mesma não poderá ser realizada e será considerada ilegal.

Contudo, são também consideradas licitações dispensáveis algumas situações excepcionais, conforme disciplina o art. 24 da Lei 8.666/893:

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

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

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

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

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

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

XXVII - na contratação da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública;

XXVIII – para o fornecimento de bens e serviços, produzidos ou prestados no País, que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional, mediante parecer de comissão especialmente designada pela autoridade máxima do órgão;

Nesta situação, das propostas com valores superiores ao mercado ou incompatíveis, quis o legislador evitar que por meio de combinações de preços entre os interessados, colocando-os acima do valor de mercado, a Administração Pública tenha gastos excessivos. Identificado este vício nas propostas, têm os licitantes oito dias úteis para reapresentarem outras propostas com preços de acordo com a realidade, não o fazendo, abre-se oportunidade do ente público realizar a contratação direta. No entanto, a contratação direta deve ser feita com valores

inferiores aos que estão no registro preço e caso não sendo observado este requisito, esta contratação torna-se ilegal.

#### 4.2.3 Licitações dispensáveis - peculiaridades da pessoa contratada

Há situações em que a contratação direta, por meio de licitação dispensável, pode se dar de acordo com a peculiaridade da pessoa a ser contratada. São hipóteses onde o contratado tem prerrogativas por também fazer parte da Administração Pública.

Tais casos estão elencados nos seguintes incisos VIII, XIII, XVI, XX, XXIII, XXIV e XXVI.

Destacam-se entre estas, algumas hipóteses:

##### **a) a aquisição de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade da Administração:**

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

Di Pietro (2014) leciona que só podem se valer desta hipótese de dispensa de licitação as pessoas jurídicas de direito público interno (União, Estados, Municípios, Distrito Federal, Territórios, autarquias, fundações de direito público), porém devem, ainda, estar presentes os seguintes requisitos:

**(a)** que o contratado seja órgão ou entidade da Administração Pública, o que abrange todas as entidades referidas no artigo 6º, inciso IX, da Lei nº 8.666/93; **(b)** que esse órgão ou entidade tenha sido criado com o fim específico de fornecer os bens e serviços objeto do contrato; **(c)** que o contratante e o contratado sejam do mesmo nível de governo, já que ninguém vai criar um ente para prestar serviços ou fornecer bens para pessoas jurídicas de outra esfera de governo; **(d)** que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado (DI PIETRO, 2014, p. 404-405) (grifou-se).

Meirelles (2010, p. 292), por fim, é categórico ao afirmar que “o dispositivo visa evitar o abuso de preços por parte das entidades estatais produtoras de bens e serviços”.



**b) a impressão dos Diários Oficiais, de formalidades padronizados e prestações de serviços de informática por órgão ou entidade da Administração:**

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

Esta hipótese de licitação dispensável autoriza a contratação direta entre a Administração Pública e as entidades elencadas no art. 6º, inciso XI. No entanto, elas devem ter sido criadas com o objetivo (inserido na lei criadora) de prestar os serviços, descritos no inciso XVI, à pessoa de direito público interno. Todavia, esses contratos só podem ser realizados entre pessoas jurídicas de direito público interno e entidades da Administração Pública, direta e indireta (art. 6º, XI), e que estejam no mesmo nível do governo (DI PIETRO, 2014, p. 405).

Gasparini (2006) complementa que tal dispositivo de lei diferencia-se do que consta no inciso VIII do art. 24 da Lei de Licitação:

Com efeito, nesta hipótese, a contratada deve ser entidade ou órgão que integra pessoa jurídica de Direito Público interno que necessita de seus serviços, instituída antes da vigência desse diploma legal, enquanto na hipótese do inciso em comentário basta que a contratada integre a Administração Pública, sendo irrelevante a data de sua criação. De qualquer modo, dever ter sido criadas para esse fim específico (GASPARINI, 2006, p. 529).

Ainda são situações de licitações dispensáveis acerca de peculiaridades da pessoa contratada, conforme rege o art. 24 da Lei 8.666/93:

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

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

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

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

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

XXVI – na celebração de contrato de programa com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação;

Nessa hipótese, o legislador restringiu a contratação direta apenas com as entidades elencadas no art. 6º, inciso XI da Lei de Licitação. Estas entidades, por sua vez, devem ser pessoas jurídicas de direito público interno e que estejam paralelas no nível de governo.

#### **4.2.4 Licitações Dispensáveis – Peculiaridades do objeto que se busca obter**

O legislador, além das demais hipóteses de licitações dispensáveis já vistas até aqui, também normatizou aqueles casos em que pode haver a contratação direta no que tange à peculiaridade do objeto a que se busca obter. Num parâmetro geral, são situações em que as características do objeto a ser adquirido pelo ente público são especiais e que, por sua vez, venham a satisfazer as necessidades da Administração Pública.

Situações estas que estão presentes nos incisos X, XII, XV, XVII, XIX, XXI, XXV, XXIX, XXX, XXXI, XXXII e XXXIII do art. 24. Entre estas hipóteses, destaca-se:

##### **a) a compra ou locação de imóvel**

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

Di Pietro (2014) aduz que, anterior ao advento deste instituto para a dispensa de licitação e seus acréscimos de requisitos, a compra ou locação de imóvel era prevista como hipótese de inexigibilidade (art. 23, inciso IV), conforme o Decreto-lei nº 2.300/86.

No entanto, Gasparini (2006) é categórico em afirmar que é evidente de que este dispositivo não se enquadra nos critérios de dispensa de licitação, mas sim de inexigibilidade.

O autor ainda elucida:

A necessidade de instalação é justificativa para a dispensabilidade, quando, por exemplo, a natureza do serviço exige do imóvel onde será instalado certas características (altura do pé-direito, natureza da construção), tanto quando o é a localização (próximo a um serviço já instalado), por exemplo (GASPARINI, 2006, p. 524).

Ao estudar este caso, nota-se que os doutrinadores possuem um posicionamento diverso. Um tratando como licitação dispensável e outro como inexigibilidade de licitação.

Para poder aplicar esta hipótese de dispensa de licitação, o ente público deve, antes de mais nada, seguir dois requisitos, quais sejam: que o imóvel atenda as necessidades de instalação e localização e que o preço seja razoável com o praticado no mercado.

#### **b) a manutenção de equipamentos durante o período de garantia técnica**

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

Neste caso, a dispensa de licitação não se enquadra adequadamente, tendo em vista que as peças ou componentes são indispensáveis para que tenha a vigência da garantia, havendo uma impossibilidade de competição, o que se configura em uma característica da modalidade de licitação inexigível. Assim sendo, se enquadra melhor nas hipóteses de inexigibilidade de licitação (DI PIETRO, 2014).

Da mesma forma, de acordo com o art. 24 da Lei 8.666/93 são também hipóteses de dispensa de licitação os seguintes casos:

XII - nas compras de hortifrutigranjeiros, pão e outros gêneros perecíveis, no tempo necessário para a realização dos processos licitatórios correspondentes, realizadas diretamente com base no preço do dia;

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

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

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

XXV - na contratação realizada por Instituição Científica e Tecnológica - ICT ou por agência de fomento para a transferência de tecnologia e para o licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida;

XXIX – na aquisição de bens e contratação de serviços para atender aos contingentes militares das Forças Singulares brasileiras empregadas em operações de paz no exterior, necessariamente justificadas quanto ao preço e à escolha do fornecedor ou executante e ratificadas pelo Comandante da Força;

XXX - na contratação de instituição ou organização, pública ou privada, com ou sem fins lucrativos, para a prestação de serviços de assistência técnica e extensão rural no âmbito do Programa Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural na Agricultura Familiar e na Reforma Agrária, instituído por lei federal;

XXXII - na contratação em que houver transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde - SUS, no âmbito da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, conforme elencados em ato da direção nacional do SUS, inclusive por ocasião da aquisição destes produtos durante as etapas de absorção tecnológica;

XXXIII - na contratação de entidades privadas sem fins lucrativos, para a implementação de cisternas ou outras tecnologias sociais de acesso à água para consumo humano e produção de alimentos, para beneficiar as famílias rurais de baixa renda atingidas pela seca ou falta regular de água;

Em relação a manutenção de equipamentos durante o período de garantia técnica, pode-se verificar que ocorreu um equívoco do legislador ao enquadrar este caso como licitação dispensável, tendo em vista o caráter personalíssimo de substituição dos equipamentos, materiais que estão em garantia, não podendo estes serem disponibilizados ou trocados por outro, a não ser por aquele que foi contratado pela Administração Pública. Desta forma, inviabilizando a competição e, conseqüentemente, caracterizando um dos requisitos da modalidade de licitação inexigível.

### 4.3 Inexigibilidade de licitação

Acerca da inexigibilidade, por outro lado, a Lei nº 8.666/93 estabelece hipóteses nas quais, se configuradas, impõe-se a obrigatoriedade de contratação direta da Administração Pública com o particular, haja vista a realização do procedimento licitatório ser materialmente impossível. Com efeito, o artigo 25 do referido diploma legal faz exemplificações de hipóteses de inexigibilidade:

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

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

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

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

Meirelles (2010, p. 296) acerca do assunto tem o seguinte entendimento:

Em todos esses casos a licitação é *inexigível* em razão da impossibilidade jurídica de se instaurar competição entre eventuais interessados, pois não se pode pretender melhor proposta quando apenas um é proprietário do bem desejado pelo Poder Público, ou reconhecidamente capaz de atender às exigências da Administração no que concerne à realização do objeto do contrato.

Ou seja, literalmente igual, conforme Justen Filho (2010, p. 357) “a expressão ‘inviabilidade de competição’ indica situações em que não se encontram presentes os pressupostos para a escolha objetiva da proposta mais vantajosa”.

Cabe aqui salientar também que a Lei de Licitações, em seu art. 25, inciso I veda que o administrador se valha de 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, a obra ou o serviço pois, se assim fosse, não raras vezes estaria extirpada qualquer possibilidade de

competição. Assim, as chances de haver obras e serviços superfaturados é muito grande.

“Em suma, a inexigibilidade é uma imposição da realidade extranormativa, enquanto a dispensa é uma criação legislativa”. (JUSTEN FILHO, 2010, p. 357).

Este instituto, a inexigibilidade de licitação, é uma exceção à regra geral, com uma gritante diferença em relação aos casos de dispensa até aqui explanados e estudados. Trata-se de conceito anterior, pois é instaurada por não haver a possibilidade de competição entre os interessados, ou seja, em primeiro plano é questionado se viável a licitação; sendo a resposta negativa, configura-se em caso de licitação inexigível. Todavia, sendo a resposta positiva, ventila-se a hipótese de dispensa de licitação.

#### 4.3.1 Aquisição de materiais – fornecedor exclusivo

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; (grifou-se)

Essa normativa trata única e restritamente de compras, ressaltando-se as características acerca da exclusividade, bem como de sua comprovação e, por fim, a vedação sobre a preferência de marca.

A exclusividade pode se dar tanto na forma absoluta como na relativa. Acerca disso, Gasparini (2006) elucida:

É absoluta quando no país só há um fornecedor ou um único agente (produtor, empresa ou representante comercial para prover os interesses da Administração Pública. Este é o fornecedor exclusivo. [...] a exclusividade relativa é quando no país há mais de um fornecedor, empresa ou representante comercial, mas na praça há mais de um (GASPARINI, 2006, p. 538).

No entanto, há de se fazer uma distinção entre a exclusividade industrial, da exclusividade comercial. A primeira diz respeito ao produtor privativo; já a segunda, por sua vez, é referente aos vendedores e representantes na praça. Em relação ao

produtor, é evidente a contratação direta, pois só ele produz aquele determinado material, equipamento ou similar. Todavia, quando diz respeito a vendedor ou representante é de se destacar que há a possibilidade de existirem vários pelo país, assim, havendo essa situação, a exclusividade será na praça de comércio que abranja a localidade da licitação. O conceito de exclusividade comercial está interligado com a área privativa do vendedor ou do representante (MEIRELLES, 2010).

Acerca do atestado de exclusividade, este deverá ser fornecido pelo órgão de registro do comércio do local ou pelo Sindicato ou Confederação Patronal, ou, ainda, por entidades equivalentes, devendo o ente público averiguar a veracidade dos fatos nele contido, conforme ensina o Egrégio Tribunal de Contas da União:

Súmula nº 255/10, do TCU: "Nas contratações em que o objeto só possa ser fornecido por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, é dever do agente público responsável pela contratação a adoção das providências necessárias para confirmar a veracidade da documentação comprobatória da condição de exclusividade".

Ou ainda:

[...] a simples declaração de exclusividade fornecida por um sindicato ou junta comercial não basta para comprovar a inviabilidade de competição. [...] a administração deve se cercar de cautelas averiguando a veracidade das informações contidas nas declarações emitidas pelos órgãos competentes. [...] como assevera Marçal Justen Filho, as declarações emitidas por sindicatos ou por juntas comerciais nada mais representam do que atestado de existência de uma carta de exclusividade, nada garantindo acerca da veracidade do contido na carta [...] (Processo nº TC-008.818/2003-0. Acórdão nº 838/2004 – Plenário Relator: Ministro Ubiratan Aguiar. Diário Oficial da União, Brasília DF, 08/07/2004. Seção 1 – TCU).

Por fim, e nesse mesmo sentido, Di Pietro (2014) ensina que o final do dispositivo, ao mostrar como deve ser realizada a prova de exclusividade, é uma inovação da legislação, mas que já era adotado antes pelo Tribunal de Contas, em destaque o do Estado de São Paulo.

#### **4.3.2 Contratação de serviços técnicos especializados**

O inciso II do artigo 25, trata dos contratos de serviços técnicos, os quais estão elencados no art. 13 desta Lei, como empresas ou profissionais de notória especialização, a qual está disciplinada no § 1º, conforme segue:



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

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

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

I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;

II - pareceres, perícias e avaliações em geral;

III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;

IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;

V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;

VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

Segundo Di Pietro (2014), são apenas aceitos os contratos de prestação de serviços e não podendo ser aplicado qualquer outro tipo de contrato nessa modalidade. No entanto, estes acordos de prestações de serviços devem seguir os três requisitos, quais sejam: estar elencados em uma das hipóteses do artigo 13; ser de natureza singular; e deter, o profissional, notória especialização, nos termos do § 1º do artigo 25:

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 (DI PIETRO, 2014, p. 409).

Nesse sentido, o Egrégio Tribunal de Contas da União pacificou o entendimento:

Súmula nº 252/10, do TCU: “A inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos, a que alude o inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/1993, decorre da presença simultânea de três requisitos: serviço técnico especializado, entre os mencionados no art. 13 da referida lei, natureza singular do serviço e notória especialização do contratado”.

Acerca da natureza singular de serviço, resta claro que o legislador quis acrescentar um requisito, deixando evidente que deve ser realizado o contrato com profissional de notória especialidade, tendo em vista que não é qualquer projeto, perícia ou parecer que venha a tornar a licitação inexigível. Pode-se observar, ainda, que o legislador quis deixar claro que os serviços de publicidade e divulgação não ensejam a inexigibilidade do procedimento licitatório, podendo vir, assim, a causar estranheza, haja vista que estes serviços não estão taxados nos incisos do artigo 13 e, conseqüentemente, automaticamente os excluindo de ser causa de licitação inexigível. A motivação do legislador ao não permitir isso se deu pelo fato de colocar um fim à interpretação que era adotada por alguns julgadores e aprovada por alguns Tribunais de Contas, quanto à inviabilidade de competição nesse tipo de serviço (DI PIETRO, 2014).

Nessa mesma linha de raciocínio, Meirelles (2010) afirma que a Lei 8.666/93 vedou expressamente a inexigibilidade para estes casos, - serviços de publicidade e divulgação -, tendo em vista ocorrerem abusos por parte da Administração Pública, que contratava empresas desses ramos sem que elas possuíssem os requisitos de notória especialização.

Para corroborar com o entendimento dos doutrinadores, o Egrégio Tribunal de Contas da União é categórico em afirmar em sua Súmula nº 264/11:

A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos com pessoas físicas ou jurídicas de notória especialização somente é cabível quando se tratar de serviço de natureza singular, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação, nos termos do art. 25, inciso II, da Lei nº 8.666/1993.

Por fim, quanto à notória especialização (art. 25, § 1º), o legislador teve o intuito de diminuir a discricionariedade administrativa, exigindo que o ente público faça uma apreciação rigorosa em relação aos critérios de essencialidade e indiscutibilidade do trabalho, sendo considerados estes, os mais indicados para a satisfação plena do objeto do contrato. Para que seja válida a inexigibilidade, a Administração Pública deve estar cercada de certeza, quanto a estes aspectos (DI PIETRO, 2014).

Contudo, pode-se analisar a partir das doutrinas e súmulas estudados que em alguns casos específicos, mais especificamente em contratação direta para serviços técnicos especializados, a inexigibilidade de licitação pode ocorrer. Todavia, deve estar presentes os requisitos necessários para tal, quais sejam: a evidente especialidade que seus autores possuem, a natureza singular do serviço a ser prestado e ainda estar previsto no diploma legal. Em relação a evidente especialidade do contratado, o ente público deve ter uma severa avaliação quanto a isso e estar carcado de certeza na hora de contrata-lo, pois ele não pode realizar este ato com ninguém que não possua este requisito.

#### **4.3.3 Contratação de profissional do setor artístico**

Por fim, o inciso III do artigo 25 trata dos casos de contratos com profissional do setor artístico: “III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública”.

Segundo Di Pietro (2014), neste caso, a finalidade é a contratação de profissional que seja consagrado, assim inviabilizando a licitação e sendo como objetivo deste contrato a prestação de serviço artístico.

Para Meirelles (2010), quando houver a contratação de profissional que seja de qualquer setor artístico, por meio de seu empresário, ocorrerá a prescrição da inexigibilidade. No entanto, sendo o artista consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública será viável a licitação inexigível.

Acerca deste dispositivo, Gasparini (2006) tece:

[...] o dispositivo em apreço não traz grandes dificuldades de interpretação, salvo no que concerne à consagração pela crítica especializada ou pela opinião pública. Qual é essa crítica especializada? A local? A regional? A nacional? Cremos que pode afirmar ser a crítica local, regional ou nacional, em razão do valor do contrato. Assim, se o contrato estiver dentro do limite de convite, será local; se estiver dentro do limite de tomada de preço será regional; se estiver dentro de limite de concorrência será nacional. O mesmo deve-se afirmar em relação à opinião pública (GASPARINI, 2006, p. 544-545).

Assim, a inexigibilidade de licitação é aquela modalidade em que o procedimento licitatório é materialmente impossível de ser realizado, ou seja, inviabilizando a competição, pois a Administração Pública procura adquirir materiais, equipamentos, ou gêneros que só podem ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, a contratação de serviços técnicos especializados, enumerados no art. 13 desta Lei, ao de natureza singular e, por fim, para a contratação de profissional de qualquer setor artístico.

Ademais, o servidor deve ter cautela quando decidir por essa opção, qual seja a contratação direta, pois a Lei de Licitações considera ilícito penal dispensar ou inexigir licitação que não estão elencadas e expressas na lei, conforme rege o artigo 89 da Lei 8.666/93: “Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade. Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa”.

Por outro lado, a licitação dispensável é a modalidade em que a Administração Pública pode, mas está desobrigada a licitar, ou seja, exceção à regra geral, pois entende que é inviável o procedimento licitatório em virtude do baixo valor das compras de materiais, equipamentos, contratações de serviços comuns, obras, alienações e etc. No entanto, ao se decidir por esse viés, deverá, necessariamente, motivar seu ato.

Assim, o ente público deve ter o máximo de cuidado possível ao utilizar essa modalidade para que não haja valores abusivos e, conseqüentemente, um superfaturamento, pois, se assim for, o servidor estará praticando um ilícito penal, sob pena de detenção e multa, conforme previsto no artigo 89 da Lei 8.666/93, conforme já citado.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, aduz que é obrigatório a licitação e contratos administrativos quando a Administração Pública pretende contratar com terceiro, visando algum tipo de serviços, obras, compras, alienações e locações, bem como de publicidade para atender diretamente sua necessidade e indiretamente a da sociedade.

O texto constitucional também regula acerca dos princípios que regem a licitação (art. 37, *caput*), quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Estes princípios tem como objetivo principal a ocorrência de um procedimento liso, sem nenhum desvio, tanto por parte da Administração Pública, quanto dos interessados em participar do certame, caso seja detectado alguma atitude fora dos parâmetros exigidos por lei, é passível de anulação do ato.

A Lei de Licitação, nº 8.666/93, elenca cinco modalidades de licitação, a saber: concorrência, tomada de preços, convite, concurso, leilão e mais o pregão, que veio posteriormente a ser considerado como uma modalidade de licitação por força de lei, qual seja a Lei nº 10.520/2002. Nestes casos específicos, o ente público está obrigado a realizar o procedimento licitatório, com observância dos requisitos estabelecidos na própria lei de licitação, bem como dos princípios já citados, para que a final destes atos, possa escolher a proposta mais vantajosa para si.

No entanto, o legislador entendeu que em casos especiais a realização da licitação pode ser dispensável (art. 24 da Lei de Licitação), com a faculdade da Administração Pública em poder realiza-la e, em outro, percebeu que o ente público

não haveria de jeito algum como proceder com o certame, haja vista a impossibilidade de competição entre interessados (art. 25 da Lei de Licitação).

Estas duas situações, por sua vez, são exceção à regra geral, assim, o servidor público que atua nesta área deve se cercar de cuidados ao realizar alguma destas duas modalidades de licitação, não fazendo nem a mais nem a menos que obriga a legislação (princípio da legalidade), caso contrário, poderá sofrer sanção penal prevista no art. 89 da Lei nº 8.666.93.

Assim, esta monografia ocupou-se em apresentar, no primeiro capítulo do desenvolvimento, os princípios constitucionais positivados na Carta Magna (art. 37, *caput*), além dos princípios gerais da licitação, partindo do conceito de licitação.

Em seguida, abordou-se as modalidades licitatórias, que são as espécies de licitação, possuindo grandes diferenças, sendo divididas, principalmente, conforme o valor a ser dispendido – de acordo com orçamento prévio – e o objeto a ser licitado, no caso dos concursos e do leilão, existindo ainda uma sexta modalidade, prevista em lei posterior à Lei de Licitação, para bens e serviços mais comuns, denominada de pregão.

Como o objetivo geral do trabalho estava centrado na análise, abrangência e a diferença entre as modalidades dispensável e inexigibilidade de licitação, o capítulo final partiu de noções gerais e conceituais das modalidades de licitação dispensável e inexigível, bem como da sua classificação como exceções à regra geral, segundo estabelece os doutrinadores.

Ainda neste estudo, após contemplar brevemente o que são as modalidades dispensável e inexigível de licitação, foi descrito acerca da obrigação que a Administração Pública tem de realizar o procedimento licitatório, conforme disciplina o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, quando ela deseja realizar contratos de obras, serviços comuns, compras de materiais e alienações e também para a concessão e permissão de serviços públicos, conforme explicita o art. 175 do mesmo diploma legal.

Na sequência, verificou-se o que é uma licitação dispensável, na qual o legislador, apesar da possibilidade de competição e da existência do certame, ele preferiu em dispensá-la, em função de situações especiais.

Em seguida, abordou-se os principais casos em que a licitação pode ser dispensável nas situações consideradas de pequeno valor (art. 24, incisos I e II), por seguinte as que se enquadram nas situações excepcionais, quais sejam: contratação em situação emergencial ou de calamidade pública – Inciso IV; licitação deserta – Inciso V; propostas com valores superiores ao mercado ou incompatíveis – Inciso VII, após isso foi a vez das licitações dispensáveis – peculiaridades da pessoa contratada, que são: aquisição de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade da Administração – Inciso VIII e Impressão dos Diários Oficiais, de formalidades padronizados e prestações de serviços de informática por órgão ou entidade da Administração – Inciso XVI, a seguir foi explanado acerca das licitações Dispensáveis – Peculiaridades do objeto que se busca obter, quais sejam: Compra ou locação de imóvel e Manutenção de equipamentos durante o período de garantia técnica – Inciso XVII.

Verificou-se, por fim, que a licitação inexigível é aquela em que o certame não existirá, ou seja, é impossível de realiza-lo, uma vez que, diante de algumas hipóteses, o procedimento licitatório não tem como alcançar os princípios básicos do interesse público e da melhor proposta. A inexigibilidade ocorrerá em especial, conforme disciplina o art. 25 da Lei nº 8.666/93, em três situações específicas, quais sejam: para a aquisição de materiais, equipamentos, contratação de serviços técnicos singulares, para a contratação de profissional do setor artístico e em geral quando da inviabilidade de competição.

Diante da análise do problema proposto para este estudo – quais são as hipóteses em que a licitação pode ser dispensável e inexigível? –, pode-se concluir que a hipótese inicial levantada para tal questionamento existe, uma vez que os casos da licitação dispensável estão regulamentados pelo art. 24 da Lei 8.666/93. Uma licitação que consiste nesta modalidade é aquela em que o órgão público tem a faculdade de realizar ou dispensar o processo licitatório, em razão de limites, dos valores estimados para a despesa a ser realizada. Por outro lado, a licitação inexigível é aquela que independe dos valores orçamentários, utilizada quando



houver a inviabilidade de competição, principalmente no que se refere à aquisição de materiais, equipamentos ou similares que só podem ser fornecidos por produtor, empresa ou responsável comercial exclusivo, para contratação de profissional de qualquer setor artístico diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública, conforme disciplina o art. 25 da Lei 8.666/93.

Além disso, a diferença básica entre as duas situações, modalidades dispensável e inexigível, está no fato de que, na licitação dispensável, existe a chance de competição entre os interessados que venha justificar o procedimento licitatório, de modo que o legislador facultou a dispensa, que fica inserida na competência de competição da Administração. Por outro lado, nas hipóteses de licitação inexigível, não há chance de competição, tendo em vista a existência de apenas uma pessoa ou objeto que atenda às necessidades da Administração, sendo, portanto, impossível, inviável o procedimento licitatório.

Por derradeiro, entende-se que a inexigibilidade é uma obrigação da realidade extra normativa e, por outro lado, a licitação dispensável é criação do legislador. Os casos da licitação inexigível possuem cunho exemplificativo, por se tratarem de uma decorrência direta, podendo este rol ser ampliado a partir do momento em que forem cumpridas as condições que tornem a competição impossível, enquanto que as hipóteses da licitação dispensável são taxativas, devendo ser interpretadas de maneira restrita, ou seja, não podendo, os entes públicos, aumentá-las quando da execução da lei.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 01 dez. 2013.

BRASIL. Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993. Lei de licitações e contratos da Administração Pública. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666compilado.htm)> Acesso em: 01 dez. 2013.

BRASIL. Ministério da Justiça, Governo Federal. **Licitações e contratos**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/Acesso/licitacoes-e-contratos>> Acesso em: 01 dez. 2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo nº 008.818/2003-0. Entidade: Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social – DATAPREV. Responsáveis: Antônio Ricardo de Oliveira Junqueira e outros. Relator: Min-Ua-Ubiratan Diniz De Aguiar. Brasília, 20 jun. 2004. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Processos.faces?numero=008818&ano=2003>> Acesso em: 08 out. 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo nº TC-449.024/92-0. Órgão: Tribunal Regional Eleitoral de Rondônia Responsáveis: Lourival Mendes de Souza - Ordenador de Despesas e outros. Ministro-Relator: Marcos Vinicius Vilaça. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=167&data=11/08/1993>> Acesso em: 08 out. 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Súmula nº 252. Brasília, 31 mar. 2010. Disponível em: < [https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=SUMULA-%5C%5C\\_Sarq\\_prod%5CUnidades%5CSGS%5CPublico%5CIntranet%5CAcordaosJulgados%5CSumulas%5CSumula-252-de-31-03-2010.doc&texto=2a2533412a2b414e442b323532&sort=COPIATITULO&ordem=DESC&bases=SUMULA;&highlight=323532&posicaoDocumento=0&numDocumento=>](https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=SUMULA-%5C%5C_Sarq_prod%5CUnidades%5CSGS%5CPublico%5CIntranet%5CAcordaosJulgados%5CSumulas%5CSumula-252-de-31-03-2010.doc&texto=2a2533412a2b414e442b323532&sort=COPIATITULO&ordem=DESC&bases=SUMULA;&highlight=323532&posicaoDocumento=0&numDocumento=>) Acesso em: 08 out. 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Súmula nº 255. Brasília, 31 mar. 2010. Disponível em: <[https://contas.tcu.gov.br/juris/SviHighLight?key=SUMULA-%5C%5C\\_Sarq\\_prod%5CUnidades%5CSGS%5CPublico%5CIntranet%5CAcordaosJulgados%5CSumulas%5CSumula-255-de-31-03-2010.doc&texto=2a2533412a2b414e442b323535&sort=COPIATITULO&ordem=DESC&bases=SUMULA;&highlight=323535&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=2](https://contas.tcu.gov.br/juris/SviHighLight?key=SUMULA-%5C%5C_Sarq_prod%5CUnidades%5CSGS%5CPublico%5CIntranet%5CAcordaosJulgados%5CSumulas%5CSumula-255-de-31-03-2010.doc&texto=2a2533412a2b414e442b323535&sort=COPIATITULO&ordem=DESC&bases=SUMULA;&highlight=323535&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=2)> Acesso em: 08 out. 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Súmula nº 264. Brasília, 01 jun. 2011. Disponível em: <<http://portal.tce.pb.gov.br/wp-content/uploads/2011/06/SUMULATCU264.pdf>> Acesso em: 08 out. 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2009.

CHEMIN, Beatris F. **Manual da Univates para trabalhos acadêmicos: planejamento, elaboração e apresentação**. 2. ed. Lajeado: Univates, 2012.

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

FULGENCIO, Paulo Cesar. **Glossário – Vade Mecum**. Rio de Janeiro: Os Editores, 2007.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo. Dialética, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. Editora Saraiva. São Paulo, 2005.

LUSTOSA, Dayane Sanara de Matos. Licitação: inexigibilidade x dispensa. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 76, mai. 2010. Disponível em: <[http://ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7788](http://ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7788)>. Acesso em: 20 mar. 2014.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. rev. e atual. Malheiros: São Paulo, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 36. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia S. **Manual de metodologia da pesquisa no Direito**. São Paulo: Saraiva, 2009.

ROESLER, Átila Da Rold. Dispensa e inexigibilidade de licitação: uma visão geral. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1970, 22 nov. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11996>>. Acesso em: 27 out. 2013.

SAMPIERI, Roberto H.; COLLADO, Carlos F.; LUCIO, Pilar B. **Metodologia de pesquisa**. 3. ed. São Paulo: McGraw-Hill, 2006.

SOUZA, Larissa Carvalho de. Os princípios gerais de licitações. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, IX, n. 27, mar. 2006. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1028](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1028)>. Acesso em set 2014.

VALENÇA, Verônica Mendonça Vilanova. Licitação – Inexigibilidade e Dispensa, Disponível. **Juris Way**, 20 mai. 2008. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=628](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=628)>. Acesso em: 20 mar. 2014.