

LICITAÇÃO: CASOS DE DISPENSA

José Carlos de Oliveira

Professor de Direito Administrativo na graduação
e no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade
de Ciências Humanas e Sociais da Unesp/Franca

1. DISPENSA DE LICITAÇÃO

Conforme já ficou claro até aqui, a regra maior, em termos de contratação entre particulares e a Administração Pública, é a da *obrigatoriedade da realização de licitação*, tendo em vista o interesse público da obtenção, sempre, da melhor contratação, observando-se a igualdade de condições e oportunidades garantidas aos participantes dos certames.

Segundo a jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU), tal obrigatoriedade (JUSTEN FILHO, 2012)

não é mera formalidade burocrática, decorrente apenas de preceitos legais. Ela se funda em dois princípios maiores: os da isonomia e da impessoalidade, que asseguram a todos os que desejam contratar com a administração a possibilidade de competir com outros interessados em fazê-lo, e da eficiência, que exige a busca da proposta mais vantajosa para a administração. (Acórdão nº 34/2011, Plenário, rel. Min. Aroldo Cedraz).

Situações há, entretanto, em que a própria lei autoriza que a Administração Pública contrate sem prévia realização de processo licitatório tradicional e completo, ocorrendo tão-somente procedimentos simplificados: trata-se da figura da **contratação direta**, obtida mediante **dispensa** ou **inexigibilidade de licitação**, temas que passam a ser analisados adiante.

1.1. Dispensa: conceito e principais hipóteses

A *dispensa*, regulamentada no art. 24 da Lei 8.666/93 (BRASIL, 1993), verifica-se em ocasiões em que, embora fosse, em princípio, viável a licitação, tal procedimento não se compatibiliza, em termos de custos e benefícios, com a atividade administrativa. Tal incompatibilidade,

tradicionalmente, pode levar em conta razões *econômicas* – isto é, quando o custo do processo licitatório for maior que o benefício auferido pela Administração com a sua realização –, razões *temporais* – quando a demora na realização da licitação pode implicar a ineficácia da contratação, razões de *custo-benefício* – quando a realização de licitação claramente não traz qualquer vantagem ao ente administrativo – ou pela *função extra econômica da contratação* – que ocorre quando a atividade estatal busca um fim dissociado da vantajosidade econômica.

O artigo 24 da Lei de Licitações contempla trinta e uma hipóteses de *dispensa de licitação*, dentre as quais serão analisadas as principais, mais comumente relacionadas com o dia-a-dia de nossa instituição.

a) Incisos I e II e parágrafo único – contratação com valor reduzido (BRASIL, 1993)

Neste particular, a lei autoriza que a Administração dispense o procedimento licitatório quando o valor dos bens ou serviços contratados for pequeno, de modo que até a mais simples modalidade licitatória se afigure inadequada, em razão do custo-benefício entre o objeto

adquirido e a realização de qualquer procedimento formal. Neste sentido, quanto menor o valor do objeto, mais simplificado será o procedimento de aquisição.

Importante ressaltar que quando a lei veda a dispensa quando a contratação se refira a “parcelas de uma mesma obra ou serviço”, não está proibindo, terminantemente, o fracionamento, em si. O que não se permite é que haja *fracionamento que conduza à dispensa de licitação*. Assim, em compras ou serviços naturalmente fracionados, em que cada parcela, por seu pequeno valor, autoriza a dispensa de licitação, tal dispensa é absolutamente válida; por outro lado, se a compra ou serviço não for de natureza fracionada e a Administração intente a divisão apenas para fugir da obrigatoriedade de licitação, haverá violação à lei.

Quanto às hipóteses de parcelamento, e em caso de contratações sucessivas, a análise deve ser feita caso a caso, com base nas circunstâncias. Nos termos da mais autorizada doutrina (JUSTEN FILHO, 2012),

a regra subordina a Administração ao dever de prever todas as contratações que realizará no curso do exercício. Não se vedam contratações isoladas ou fracionadas – proíbe-se que cada

contratação seja considerada isoladamente, para fim de determinação do cabimento de licitação ou da modalidade cabível. Se a contratação superveniente derivar de evento não previsível, porém, nenhum vício existirá em tratar-se os dois contratos como autônomo e dissociados.

b) Inciso IV – contratação em situação emergencial ou de calamidade pública (BRASIL, 1993)

“Emergência”, para o caso das contratações diretas, significa necessidade de atendimento imediato e inafastável a certos interesses compreendidos nas finalidades do Estado. Para tanto, é necessária a demonstração concreta e efetiva do perigo de dano caso o objeto contratado não se realize. A Administração deverá demonstrar que *a) o prejuízo, se ocorrido, será irreparável e b) a contratação emergencial evitará que isto ocorra*.

Em princípio, a situação emergencial se refere ao comprometimento à segurança, que “significa o risco de destruição ou de sequelas à integridade física ou mental de pessoas ou, quanto a bens, o risco de seu perecimento ou deterioração” (JUSTEN FILHO, 2012), razão pela qual

a jurisprudência do TCU se orienta no sentido de que a emergência tem que ser concreta e imediata, a exemplo do desabamento de parte do muro de um presídio, possibilitando a fuga de presos” (Acórdão nº 300/2004, Plenário, rel. Min. Ubiratan Aguiar; JUSTEN FILHO, 2012, excluindo deste conceito os “transtornos normais ao desafio de administrar”, que não autorizam a dispensa do processo licitatório (Acórdão nº 1.020/2008 – 1ª C., rel. Min. Marcos Vileça; JUSTEN FILHO, 2012).

De outra parte, na comprovação de que a contratação direta é adequada e efetiva para eliminar ou diminuir o risco, aplicam-se os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, de modo a se demonstrar, por via lógica e mediante explicação fundamentada, a adequação entre os meios (contratação) e os fins (eliminação do risco).

Cumpra salientar, também, a questão da chamada “emergência fabricada”, que ocorre quando a Administração deixa de tomar, a tempo, as providências necessárias para a realização de uma licitação cuja necessidade é previsível, criando uma situação emergencial em razão do término de um contrato sem que o processo licitatório do contrato seguinte tenha sequer se iniciado.

Em casos assim, é necessário avaliar se a medida a ser tomada, apesar de decorrer de desídia ou má gestão do administrador, configura-se, efetivamente, como situação emergencial – caso seja constatado risco real e iminente de dano irreparável caso não se proceda à contratação –, hipótese em que será atingida pela autorização do inciso IV do art. 24 da Lei 8.666/93 (BRASIL, 1993), por se tratar de emergência real. Entretanto, conforme o entendimento atual do TCU, a conduta do agente público que não adotou tempestivamente as providências necessárias deverá ser analisada para fins de apuração de responsabilidade.¹

Neste sentido, a doutrina reconhece que (JUSTEN FILHO, 2012)

a existência de falha administrativa no tocante ao planejamento da licitação não poderá impedir a contratação emergencial quando existir risco de danos irreparáveis a pessoas ou bens. Caberá promover a contratação direta e instaurar processo administrativo para verificar o cabimento da responsabilização dos agentes que deixaram de promover as medidas necessárias e adequadas para instaurar a licitação tempestivamente.

¹ Cf. Acórdão nº 2.369/2009, Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler.

Importante frisar, ainda, que a contratação emergencial deve se limitar à contratação do mínimo necessário para eliminar o dano ou risco de dano existente, ponderando-se os interesses segundo o princípio da proporcionalidade, podendo, conforme a gravidade do caso, haver a extrapolação do próprio prazo de 180 (cento e oitenta) dias previsto pelo artigo em questão como limite à conclusão das obras e serviços urgentes que dispensam a licitação. A prorrogação do prazo deve ser apontada em procedimento administrativo formal, com as devidas razões, em obediência ao princípio da motivação² (JUSTEN FILHO, 2012).

Aponte-se, ainda, que a Lei não distingue a fonte causadora da situação emergencial, de modo que a não realização ou não conclusão de um procedimento licitatório instaurado tempestivamente pela Administração pode não ser concluída inclusive por obstáculos judiciais, bem como pela revogação do certame em observância ao princípio da autotutela, no caso de vícios e nulidades. Nestes casos,

2 Cf. TCU, acórdãos de nos 2.134/2011, 2ª C., rel. Min. Raimundo Carreiro, 3.238/2010, Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler e 1.901/2009, Plenário, rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti.

a dispensa de licitação e a contratação emergencial são plenamente cabíveis, desde que configuradas as hipóteses do inciso IV do art. 24, conforme entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça. O **inciso V** (BRASIL, 1993) cuida da dispensa de licitação por *ausência de interessados*. Para que se configure tal hipótese, exige-se a) a realização de licitação anterior, infrutífera; b) a ausência de interessados na licitação anterior; c) o risco de prejuízo ao Estado caso tente uma nova licitação e d) a contratação em situação idêntica às estabelecidas no edital da licitação anterior. Ocorrendo estes quatro pressupostos, a Lei autoriza a realização da contratação direta, ainda que a licitação anterior – em que não houve interessados – tenha sido revogada. Neste caso, o edital será aproveitado para estabelecer a identidade de condições para a contratação direta via dispensa.

Cumpra-se, porém, que antes de aplicar a medida prevista no referido inciso V, a Administração deve analisar se a frustração da licitação anterior, pela ausência de concorrentes, não foi ocasionada por falhas nos critérios e regras utilizados quando da elaboração do instrumento convocatório. Se este for o caso, a contratação direta

não será possível, e haverá necessidade de realização de nova licitação (Tribunal de Contas da União, Acórdão nº 6.440/2011, 1ª C., rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti).

c) Inciso VII – contratação direta em caso de propostas apresentadas que possuem valor manifestamente excessivo (BRASIL, 1993)

Neste caso, depois de concedidas duas chances aos licitantes, e persistindo como proposta mais baixa uma de valor acima do preço praticado no mercado, a Administração localiza um terceiro disposto a contratar por valor inferior aos apresentados no certame. Tal contratação deve ser precedida de pesquisas de preço e de demonstração de que o valor contratado diretamente, através de dispensa, é compatível com os preços de mercado (TCU, Acórdão nº 1.941/2006, Plenário, rel. Min. Marcos Bemquerer Costa; JUSTEN FILHO, 2012).

O **inciso VIII** (BRASIL, 1993) trata da contratação com pessoa da Administração Pública. Segundo tal dispositivo, é dispensável a licitação

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.

Importante apontar que a entidade estatal contratada diretamente *não pode ter atuação no mercado*, uma vez que tal implicaria a ofensa à isonomia com relação aos particulares, bem como à livre concorrência. Bem por isso, as empresas que se enquadram no permissivo do inciso VIII devem ser entidades que prestam serviços ou fornecem bem *exclusivamente para a Administração*. Excluem-se, portanto, as empresas públicas e sociedades de economia mista, entre outras.

d) Inciso X – contratação direta em caso de compra ou locação de imóvel (BRASIL, 1993)

Neste caso, é manifesta a impossibilidade de satisfação do interesse tutelado pelo Estado mediante locação ou compra de imóvel diverso. Para que incida a autorização de dispensa, é necessário que o imóvel seja fundamental para o desempenho da atividade administrativa, que seja adequado à satisfação das necessidades buscadas pelo

ente estatal e que o preço para aluguel ou compra seja compatível com os parâmetros de mercado.

- e) **Inciso XI – contratação de licitantes vencidos, na ordem de classificação, quando, realizada a licitação, a contratação do autor da proposta mais vantajosa é rescindida pela Administração, havendo parte remanescente do objeto contratado a ser finalizada (BRASIL, 1993)**

Não é o caso, entretanto, da necessidade de correção, emenda, substituição de parcelas prestadas erroneamente ou outros defeitos; para esta finalidade, é necessário realizar nova licitação. Convém notar, inclusive, que os demais licitantes não são obrigados a aceitar a contratação.

- f) **Inciso XII – compras eventuais de alimentos e produtos perecíveis (BRASIL, 1993)**

Trata-se, neste caso, de aquisições *eventuais*, durante o interim de realização de licitações para contratos de fornecimento – estes, sim, realizados regularmente, inclusive com a estimativa, pelo fornecedor e pela Administração, das condições de contratação.

- g) **Inciso XIII – contratação entre a Administração e instituições sem fins lucrativos (BRASIL, 1993)**

Neste particular, cumpre frisar a questão das *fundações de apoio*. No âmbito das Universidades, o TCU veda expressamente a "*utilização da Fundação de Apoio para a prática de atos de competência exclusiva da Universidade*" (Acórdão nº 718/2011, 2ª C., rel. Min. Aroldo Cedraz), sendo possível a contratação direta de tais fundações apenas no contexto de um plano de desenvolvimento institucional, relacionando-se os contratos de melhoria de infraestrutura apenas com obras laboratoriais, aquisição de materiais, equipamentos e insumos relacionados às atividades de inovação e pesquisa científica e tecnológica.³

- h) **Inciso XVI – contratações especiais, versando sobre impressão de diários oficiais e prestação de serviços de informática (BRASIL, 1993)**

Tais contratações exigem, em geral, uma íntima integração entre o contratado e a Administração (pense-se, por exemplo, nos serviços de informática que podem envolver transmissão de dados e informações sigilosas). Para tais

³ Cf. Decreto Federal nº 7.423, art. 2º, §§ 1º e 2º.

serviços, o ente administrativo pode optar por atribuir autonomia formal aos órgãos prestadores, não havendo, neste caso, obrigatoriedade de licitação. O mesmo não ocorre quando as empresas estatais desenvolvem atividades no mercado ou não tiverem sido criadas especificamente para prestar serviços à Administração, hipótese em que há necessidade de realização de procedimento licitatório.

i) Inciso XVII – contratações de peças e acessórios para fins de manutenção de garantia junto ao fornecedor específico dos equipamentos adquiridos pela Administração (BRASIL, 1993)

Neste caso, a contratação direta só está autorizada quando o fornecedor impuser, na proposta original, quando da aquisição do equipamento, que a utilização de suas próprias peças e acessórios constitua requisito indispensável à manutenção da garantia. Além disso, as peças “originais” devem, comprovadamente, apresentar alguma qualidade especial que se relacione diretamente com a eficiência e durabilidade do equipamento. Pode a Administração, para tanto, determinar a audiência do fornecedor para que justifique, tecnicamente, tal circunstância.

j) Inciso XXI – aquisição de bens para pesquisa científica (BRASIL, 1993)

Um detalhe importante, nesta questão, é que (JUSTEN FILHO, 2012, p. 384)

nas hipóteses de compras relacionadas à pesquisa, o critério de seleção não é a maior vantagem para a Administração – mas a pertinência com a atividade de pesquisa. Não é viável selecionar o bem pelo critério de “melhor qualidade”, eis que a pesquisa supõe incerteza acerca das qualidades.

É claro que a Administração deverá, como é a regra, buscar a melhor proposta; o que se entende é que nem sempre o preço ou a qualidade do bem, para fins de pesquisa, geram, automaticamente, a vantajosidade, já que não é possível determinar com precisão, antecipadamente, qual o bem que melhor satisfará a necessidade do Estado.

No mais, note-se que a lei usa o termo “aquisição de bens”, o que leva à conclusão de que a dispensa atinge somente as compras, seja de equipamentos ou máquinas ou de insumos, sempre essenciais ou úteis à atividade de pesquisa.

1.2. Agências reguladoras

Dispõe o §1º do artigo 24 da Lei de Licitações, incluído pela Lei nº 12.715/2012, que (BRASIL, 2012)

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

Desta forma, para tais entidades, o valor máximo estipulado pela lei para dispensa de licitação, nos incisos I e II do art. 24 – 10% sobre os valores das alíneas “a” dos incisos I e II do artigo 23 – é elevado ao dobro (20%), passando a dispensa por valor reduzido a ser aplicável para obras e serviços de engenharia na ordem de até R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) e compras e serviços na ordem de até R\$ 16.000,00 (dezesesseis mil reais).

É importante ressaltar, contudo, que tal permissivo legal **não se aplica automaticamente** às pessoas jurídicas mencionadas no dispositivo em questão (consórcios públicos, sociedades de economia mista, empresas públicas,

autarquias e fundações), uma vez que, conforme disciplinado pelo Decreto Federal nº 2.487, de 2 de fevereiro de 1998, a qualificação de autarquias e fundações como agências executivas deverá se dar por decreto, após a assinatura de um Contrato de Gestão com o Ministério supervisor e a elaboração de um “plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional, voltado para a melhoria da qualidade da gestão e para a redução de custos, já concluído ou em andamento” (art. 1º, § 1º), requisitos abarcados pelo texto do art. 51, I e II, da Lei nº 9.649/1998.

Para Justen Filho (2012, p. 337), “não se trata propriamente de um ‘contrato’, mas de uma decisão concertada entre entidades administrativas, com a natureza de convênio. A avença deverá encontrar respaldo legislativo”. É necessária, assim, a **qualificação formal da entidade como Agência Executiva**, mediante procedimento previsto na legislação. De acordo com a doutrina, embora a mencionada Lei 9.649/1998 reja o procedimento no âmbito federal, a disposição se estende também às demais órbitas federativas; para tanto, porém, continua sendo exigido que tal celebração se formalize mediante instrumento legislativo.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 21 jun. 1993. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 24 jul. 2012.
- BRASIL. Lei nº 12.715, de 17 de setembro de 2012. Altera a alíquota das contribuições previdenciárias sobre a folha de salários devidas pelas empresas que especifica [...] e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 set. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12715.htm>. Acesso em: 21 maio 2013.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- ALEXANDRINO, Marcel; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 20. ed. São Paulo: Método, 2012.
- ARAÚJO NETTO, Edmir. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRASIL. Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 maio 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9649cons.htm>. Acesso em: 21 maio 2013.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Lei 8.666/93 Licitações e contratos e outras normas pertinentes**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2012.

ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Método, 2011.