



Abril 2019 - ISSN: 1696-8352

CONTRATAÇÃO DIRETA SEM LICITAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Maria Rossete Viana De Souza Brasil –

FACI WIDEN

Claudio Carvalho –

FACI WIDEN

Heriberto Wagner Amanajás Pena –

UEPA

Para citar este artículo puede utilizar el siguiente formato:

Maria Rossete Viana De Souza Brasil, Claudio Carvalho y Heriberto Wagner Amanajás Pena (2019): “Contratação direta sem licitação na administração pública”, Revista Observatorio de la Economía Latinoamericana, (abril 2019). En línea:

<https://www.eumed.net/rev/oel/2019/04/licitacao-administracao-publica.html>

RESUMO

Este estudo analisa as possibilidades de contratação direta por parte da Administração Pública com os particulares, observando aspectos que justifiquem a obrigatoriedade e necessidade do processo licitatório. Além disso, destacam-se os dispositivos legais acerca da dispensa e inexigibilidade de licitação, demonstrando as principais diferenças entre os dois institutos. Ademais, comenta-se os princípios legais envolvidos na atividade administrativa quando afastada a obrigatoriedade de licitar. O método utilizado para a construção do estudo é o descritivo dedutivo a partir de pesquisa de abordagem qualitativa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Licitação; Gestão; Administração Pública; Inexigibilidade e Contratos

ABSTRACT

This study analyzes the possibilities of direct contracting by the Public Administration with individuals, observing aspects that justify the obligatoriness and necessity of the bidding process. In addition, the legal provisions regarding the waiver and unenforceability of bidding stand out, showing the main differences between the two institutes. In addition, the legal principles involved in administrative activity are discussed

when the obligation to bid is removed. The method used to construct the study is the descriptive deductive from a qualitative bibliographical and documentary approach.

Keywords: Bidding; Management; Public administration; Inexigibility and Contracts

RESUMEN

Este estudio analiza las posibilidades de contratación directa por parte de la Administración Pública con los particulares, observando aspectos que justifiquen la obligatoriedad y necesidad del proceso licitatorio. Además, se destacan los dispositivos legales acerca de la dispensa e inexigibilidad de licitación, demostrando las principales diferencias entre los dos institutos. Además, se comenta los principios legales involucrados en la actividad administrativa cuando alejada la obligatoriedad de licitar. El método utilizado para la construcción del estudio es el descriptivo deductivo a partir de la investigación de abordaje cualitativo bibliográfico y documental.

Palabras clave: Licitación; gestión; Administracion PUBLICA; Inexigibilidad y Contratos

INTRODUÇÃO

O presente trabalho faz uma breve análise sobre as exceções que permitem a Administração Pública contratar diretamente com particulares, analisando as hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação, buscando rever o pensamento comum de que a licitação é um mandamento, e a contratação por dispensa ou inexigibilidade, a exceção. Nesse sentido, busca-se demonstrar que existe tanto o dever e licitar quanto o de não licitar, de acordo com o ordenamento jurídico, em outras palavras, tanto a realização da licitação quanto a contratação por dispensa ou inexigibilidade dependem da observação de pressupostos legais e de certos requisitos. É baseando-se nessas condições que se pode afirmar se a contratação, por licitação ou sem licitação, foi legal ou não.

A principal finalidade do processo de contratação pública é possibilitar a plena satisfação da necessidade da Administração, seja mediante licitação, seja através de dispensa ou inexigibilidade. Dessa forma, não se deve confundir tratamento isonômico com eficiência, pois nem sempre esta pode ser viabilizada por meio daquele. Portanto, é extremamente importante que se separe devidamente os dois caminhos para que se possa atingir a plena satisfação da finalidade pública.

No que diz respeito à eficiência contratual, esta depende da tomada de decisões adequadas em todas as fases do processo e nas diferentes etapas que as integram. Uma decisão inadequada em uma das etapas pode comprometer todas as anteriores e inviabilizar a prática de atos subsequentes, impedindo o sucesso da contratação e, muitas vezes, obrigando a Administração a ter de contratar de forma emergencial.

Para os fins deste estudo, a contratação direta será tratada de acordo com a Lei nº 8.666/1993 e a Lei nº 13.303/2017 (Lei das Estatais), já que especificamente sobre as hipóteses de dispensa e de inexigibilidade não há distinção substancial entre os regimes. Nesse sentido, este trabalho busca fazer uma abordagem dos casos onde a Administração pública pode contratar de forma direta com o particular, comparando os institutos da dispensa e da inexigibilidade, demonstrando sua importância e os casos onde estas devem ser aplicadas, buscando analisar ainda seus benefícios e problemáticas visando ao aprofundamento específico do assunto.

1. ASPECTOS ESSENCIAIS SOBRE O DEVER DE LICITAR E O (DEVER) DA CONTRATAÇÃO DIRETA SEM LICITAÇÃO.

O princípio constitucional de licitar, como veremos adiante, não tem valor absoluto, devendo ser coordenado com outros princípios jurídicos. Assim, em alguns casos previamente estabelecidos pelo legislador, o princípio da licitação é substituído pelo princípio da economicidade ou ao da primazia da segurança nacional, ou ainda, para garantir o interesse público maior, concernente à necessidade de o Estado intervir na economia. Em todos os casos delineados pela Lei nº 8.666/1993, em que a licitação puder ser dispensada ou considerada inexigível, entende-se que há um confronto entre o princípio jurídico da licitação e outros valores igualmente protegidos pela ordem jurídica.

Por força da Constituição Federal, art.37, inciso XXI, a regra no Brasil é que as contratações sejam precedidas de licitação. Somente a lei pode definir exceções. Segundo, Fernandes (2016), porém, é imperioso não iludir a sociedade com a informação de que, havendo rigoroso controle de licitação, haverá controle da despesa pública, porque a parcela dos recursos, em tese, licitável não ultrapassa, na melhor das hipóteses, a 10% da despesa pública. Assim, não é em si o fato de licitar ou deixar de licitar que revela a falta de ética, moral ou desonestidade do gestor público, a boa ou má gestão. A licitação é um instrumento de transparência pública.

Conforme Fernandes (2016), desde a Declaração dos Direitos do Homem é dever do gestor público prestar contas à sociedade. Nesse sentido, a expressão “transparência” é um corolário desse dever, que a licitação torna mais objetiva. Quando não ocorre a licitação, pode o procedimento da contratação direta suprimir, em parte, esse dever de “transparência” com a publicação na forma exigida no artigo 26, da Lei nº 8.666/1993. Todavia, ainda falta ao gestor compreender que a contratação direta nem sempre é o meio mais adequado de adquirir um produto ou serviço, apresentando-se, muitas vezes, mais desvantajoso em relação a outras modalidades.

Atualmente, a literatura e a transparência demonstram que tem havido um evidente aumento da realização de procedimentos licitatórios no âmbito do Poder Público. Contudo, o fenômeno da dispensa de licitação continua em destaque no panorama brasileiro, já que o legislador cuidou de estabelecer um rol taxativo e sempre crescente das hipóteses, conforme disposto no artigo 24 Lei Licitações, conforme veremos a seguir.

2. LICITAÇÃO DISPENSADA, DISPENSÁVEL E INEXIGÍVEL.

Segundo Fernandes (2016) a maioria dos autores nacionais realiza a distinção entre licitação dispensada, dispensável e inexigível, seguindo a estrutura básica definida pela Lei Nº 8.666/1993. No entanto, vale

salientar que não existe unanimidade de opiniões sobre o assunto. Assim, de maneira geral, a licitação dispensada é tratada no art. 17; a dispensável, no art. 24; e a inexigível, no art. 25 da Lei de Licitações.

A principal distinção entre licitação dispensada e as dispensas de licitação, baseia-se no ente que promove a alienação. Dessa forma, enquanto no primeiro caso figura a Administração agindo no interesse de ceder seu patrimônio, vender bens ou prestar serviços, no segundo caso, a situação é oposta, estando a Administração, via de regra, na condição de compradora ou tomadora dos serviços.

2.1. HIPÓTESES EM QUE A LICITAÇÃO É DISPENSADA

Quando se fala em licitação dispensada é necessário destacar que se trata de hipóteses em que a dispensa é vinculada, isto é, são formas de dispensas estabelecidas na lei de forma taxativa. Além disso, tais hipóteses devem sempre levar em conta o princípio da indisponibilidade do interesse público, conforme podemos observar no caput do art. 17, o qual determina que “A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação (...)”. Nesse sentido, a alienação pode ser entendida como a transferência do domínio de bens da Administração Pública e, conforme descrito, tal transferência deve sempre ocorrer em prol do interesse público, além de vir sempre acompanhada de prévia avaliação.

No que diz respeito à avaliação prévia, Fernandez (2016) enfatiza que se trata de atividade de natureza técnica, não podendo ser realizada por qualquer pessoa. Dessa forma, o papel dos profissionais engenheiros e contadores é de extrema importância, pois em qualquer avaliação é essencial que o valor fixado pelo perito corresponda à realidade e à finalidade da perícia, apoiando-se em dados objetivos, comprovados e ponderados tecnicamente em laudo.

Para Oliveira (2015) a licitação dispensada apresenta três características básicas: a) rol taxativo; b) objeto do contrato restrito: alienação de bens; e c) ausência de discricionariedade do administrador, pois o próprio legislador já se encarregou de dispensar previamente a licitação. Ademais, o mesmo autor resume as hipóteses da licitação dispensada da seguinte forma:

- a) doação em pagamento;
- b) doação;
- c) permuta;
- d) investidura;
- e) venda para outros órgãos ou entidades administrativas;
- f) programas habitacionais;
- g) vendas de ações, que poderão ser comercializadas em bolsa;
- h) venda de bens quando a entidade administrativa possui essa finalidade;
- i) procedimentos de legitimação de posse de que trata o art. 29 da lei 6.383, de 07.12.1976,
- j) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis de uso comercial de âmbito local com área de até 250 m².

2.2. HIPÓTESES EM QUE A LICITAÇÃO É DISPENSÁVEL

A licitação dispensável, por sua vez, ao contrário das hipóteses em que a lei determina sua dispensa, trata de situações em que é facultado à Administração licitar ou não, deixando, pois, esta escolha a critério da competência discricionária desta. Tais hipóteses estão previstas na lei 8.666/1993 em um rol taxativo e, conforme entendimento de Di Pietro (2012), podem ser divididas em quatro categorias:

- a) Em razão do pequeno valor;
- b) Em razão de situações excepcionais;
- c) Em razão do objeto; e
- d) Em razão da pessoa.

2.2.1. Em razão do pequeno valor

Em razão do pequeno valor, são dispensáveis a licitação para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso I do artigo 23 da Lei 8.666/93, 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 (atualmente, após a atualização monetária estabelecida pelo Decreto Nº 9.412/2018, este valor corresponde a R\$ 33.000,00); para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo 23 (atualmente, após a atualização monetária estabelecida pelo Decreto Nº 9.412/2018, este valor corresponde a R\$ 17.600,00), e para alienações, nos casos previstos na Lei de licitações, 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.

Já a Lei nº 13.303/2016 diz em seu art. 29, inciso I, é dispensável a licitação para obras e serviços de engenharia de valor até R\$ 100.000,00, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda a obras e serviços de mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjuntas e concomitantemente; inciso II, do art. 29, para outros serviços e compras de valor até R\$ 50.000,00 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 realizado de uma só vez.

Estas hipóteses tratam, basicamente, de possibilidades de dispensa baseadas em critérios de valor, todavia, se considerar mais conveniente, a administração pode optar por realizar licitação. Sobre esse aspecto, Pinto (2016) observa que a intenção da licitação é proporcionar a maior competição possível entre as empresas interessadas, a fim de selecionar a melhor proposta e, ao mesmo tempo, menos onerosa. Para isso, o legislador buscou abranger os princípios da economicidade e da eficiência administrativa.

2.2.2. Em razão de situações excepcionais

Em razão de situações excepcionais, a possibilidade de dispensa ocorre em situações cuja demora do procedimento é inviável diante da urgência na celebração do contrato ou quando sua realização vir a contrariar o interesse público, ou mesmo quando se comprovar falta de interesse dos particulares no objeto do contrato. Nessa esteira, segundo Di Pietro (2012), de forma geral, incluem-se nessa categoria as seguintes hipóteses:

- a) Casos de guerra ou grave perturbação da ordem;
- b) Casos de emergência ou de calamidade pública;
- c) Casos em que não há interessados na licitação anterior (hipótese denominada de licitação deserta);
- d) Na contratação de remanescentes de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual;
- e) Quando a União precisar intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento;
- f) Quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional, ou forem incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes;
- g) Quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República;
- h) 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;
- i) Nas compras ou contratações de serviços, até o limite previsto na alínea a do inciso II do artigo 23, se feitas para abastecer navios, embarcações, estada eventual de curta duração em portos, aeroportos ou localidades de adestramento, quando a exiguidade dos prazos legais puder comprometer a normalidade e os propósitos das operações;
- j) Na contratação de coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema coleta seletiva de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda;
- k) Para fornecimento de bens e serviços, produzidos ou prestados no País, que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional.

2.2.3. Em razão do objeto

As hipóteses de dispensa em razão do objeto são casos em que a finalidade de atender às necessidades do ente público é restrita a objetos e serviços específicos, além disso, estes devem ser indispensáveis à Administração. Di Pietro (2012), resume estas hipóteses nos seguintes casos:

- a) Para compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípua da Administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado;
- b) Nas compras de hortifrutigranjeiros, pão e outros gêneros perecíveis, no tempo necessário para a realização dos processos licitatórios correspondentes;
- c) 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;
- d) 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;
- e) Nas compras de materiais 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;

- f) Para aquisição de bens destinados exclusivamente à pesquisa científica e tecnológica com recursos concedidos pela CAPES, FINEP, CNPq ou outras instituições de fomento a pesquisas credenciadas pelo CNPq para esse fim específico;
- g) 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;
- h) 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 Comandando da Força;
- i) 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 de Extensão Rural na Agricultura Familiar e na Reforma Agrária, instituído por lei federal;
- j) Nas contratações visando ao cumprimento do disposto nos artigos 3º, 4º, 5º e 20 da Lei Nº 10.973/2004 que dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo.

2.2.4. Em razão da pessoa

Os casos de licitação dispensável em razão da pessoa, conforme entendimento de Di Pietro (2012), tratam de hipóteses em que a aquisição de bens ou serviços deve ocorrer através de órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico, sendo que o preço deve estar condicionado ao de mercado. A mesma autora ainda sugere que contratante e contratado sejam do mesmo nível de governo. Ao mesmo tempo, Fernandes (2016) adiciona que os casos que compõem a categoria de hipóteses de licitação dispensáveis em razão da pessoa devem observar todas as formalidades previstas no art. 26 da Lei 8.666. Nesse sentido, tais hipóteses podem ser listadas da seguinte forma:

- a) 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;
- b) Para a impressão dos diários oficiais, formulários padronizados de uso da Administração, de edições técnicas oficiais, a 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;
- c) 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;
- d) 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;

- e) Na contratação do fornecimento ou suprimento de energia elétrica e gás natural, com concessionário, permissionário ou autorizado, segundo as norma da legislação específica;
- f) 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;
- g) Para celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para as atividades contempladas no contrato de gestão;
- h) 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 de autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação.

Por fim, conforme se observa, de maneira geral, os casos de licitação dispensável devem ser executados de acordo os requisitos previstos na lei de licitações, ainda que exista ampla margem de discricionariedade por parte do administrador.

2.3. MODALIDADE DE INEXIGIBILIDADE (ART. 25 DA LEI Nº 8.666/1993 E ART. 30 DA LEI Nº 13.303/2016)

Após a análise dos principais casos de licitação dispensável, as quais tratam de situações em que pode haver a licitação, entretanto, sua realização deixa de ser conveniente, passa-se neste momento para o exame das hipóteses de inexigibilidade, outro modo de contratação direta, sem licitação.

Ao contrário das possibilidades de dispensa, basicamente, conforme ensinamento de D Pietro (2012) a inexigibilidade se embasa na inviabilidade da competição propriamente dita. Ao mesmo tempo, enquanto a dispensa apresenta um rol taxativo, a inexigibilidade porta um rol meramente exemplificativo, podendo exceder às opções expostas no art. 25 da Lei de licitações e art.30 da Lei das estatais, bastando haver a adequação do caso em questão.

Ao analisar a inviabilidade de competição Binenbojm (2008) afirma que este é um conceito relativo e contextual que se verifica diante das circunstâncias de cada caso concreto, quando a busca da solução mais vantajosa para a Administração não se mostrar possível através do procedimento licitatório. Para ele, essa inviabilidade de competição não apresenta um conceito absoluto e geral, carecendo da análise da situação em questão, reiterando que o objetivo da Administração Público deve ser sempre o de perseguir a maior vantagem. Por outro lado, Souto (1998) atrela a inexigibilidade à inviabilidade de competição e impossibilidade de comparações ao alegar que a licitação inexigível ocorre nas hipóteses em que a competição é inviável ante a inexistência de concorrentes ou da impossibilidade de serem comparados itens heterogêneos; assim, por exemplo, não se compara uma letra de música de Tom Jobim com uma de Vinicius de Moraes, ou um parecer de Celso Ribeiro Bastos com uma de Celso Antônio Bandeira de Mello. Dessa forma, não havendo como se estabelecer a competição, não tem sentido a realização do procedimento licitatório.

Nesse sentido a inexigibilidade de licitação ocorrerá sempre que houver a impossibilidade jurídica de competição entre os contratantes nas mais diversas situações existentes, seja pelo tipo de produto ou serviço de que se necessite ou pelos objetivos sociais visados pela administração. Vale salientar, no entanto, que ainda está em processo de consolidação o adequado equilíbrio em torno do dever de licitar e o dever de contratar por inexigibilidade. Ainda existem muitas incertezas norteando a aceitação da inexigibilidade, principalmente porque, em parte, confunde-se impossibilidade de disputa com inviabilidade de competição, bem como é comum se dimensionar exageradamente a ideia de tratamento isonômico.

Para uma melhor análise e posterior comparação, cabe citar cada uma das hipóteses previstas expressamente nas leis 8.666/1993 e 13.303/2016, conforme descrito a seguir:

1) Lei 8.666/1993

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

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

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

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

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

§ 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

2) LEI N° 13.303/2016

Art. 30. A contratação direta será feita quando houver inviabilidade de competição, em especial na hipótese de:

I - aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo;

II - contratação dos seguintes serviços técnicos especializados, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:

- a) estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;
- b) pareceres, perícias e avaliações em geral;
- c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
- d) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
- e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
- f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
- g) restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

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

§ 2º Na hipótese do caput e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado, pelo órgão de controle externo, sobrepreço ou superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado quem houver decidido pela contratação direta e o fornecedor ou o prestador de serviços.

§ 3º O processo de contratação direta será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

II - razão da escolha do fornecedor ou do executante;

III - justificativa do preço.

Diante do exposto, pela análise do caput do artigo 25 da Lei 8.666/1993 e do caput do artigo 30 da Lei 13.303/2016 nota-se que são enunciadas hipóteses genéricas (e casos específicos) de afastamento do dever de licitar, ou seja, é expressamente dito quando a licitação não pode ser exigida, dando assim sentido jurídico para a parte inicial do inc. XXI do art. 37 da Constituição Federal. Assim, a lógica adotada na estrutura do art. 25 da Lei 8.666/1993 e do art. 30 da Lei 3.303/2016 e a de que a licitação não deverá ser exigível se houver inviabilidade de competição.

Ademais, segundo entendimento de Mendes (2014), a inviabilidade de competição envolve uma realidade complexa que exige a análise conjunta e articulada de quatro realidades;

- a) Quando a necessidade da Administração somente puder ser satisfeita por um só agente econômico, independentemente de existir mais de uma solução disponível no mercado.
- b) Quando, mesmo existindo mais de uma solução capaz de satisfazer necessidade administrativa e os dois ou mais agentes econômicos, a solução for insuscetível de definição, comparação e julgamento por critérios objetivos.
- c) Quando, mesmo existindo mais de uma solução e havendo possibilidade de disputa entre os eventuais agentes econômicos, a satisfação da necessidade da administração exigir o atendimento por meio de todos os possíveis agentes.

Portanto, para entender a inexigibilidade de licitação, é fundamental não confundir os principais aspectos que costumam provocar confusão: a possibilidade de disputa e a viabilidade de competência. Por fim, segue abaixo um quadro comparativo com as hipóteses de inexigibilidade de licitação previstas na Lei 8.666/1993 e no Art. 30 da Lei 13.303/2016:

Tabela 01: Quadro comparativo entre hipóteses de inexigibilidade previstas na Lei 8.666/1993 e na Lei 13.303/2016.

Lei 8.666/1993	Lei 13.303/2016	Comparação
Art. 25, caput	Art. 30, caput	- Inexigibilidade: Mesmos pressupostos; - Ambos possuem rol exemplificativo.
Art. 25, Inc. I	Art. 30, Inc. I	- Mesmos pressupostos: inexigibilidade diante de exclusividade do fornecedor.
Art. 25, Inc. II	Art. 30, Inc. II	- Mesmos pressuposto: serviços técnicos profissionais especializados (rol exemplificativo); de natureza singular; que necessite ser executado por notório especialista.
Art. 25, Inc. III	-	Embora ausente no enunciado específico da Lei 13.303/2016, em razão da singularidade do objeto, é igualmente possível contratar via inexigibilidade.
Art. 25, Paragrafo 1º	Art. 30, Paragrafo 1º	- Ambos possuem a mesma caracterização quanto à notória especialização.
Art. 25, Paragrafo 2º	Art. 30, Paragrafo 2º	- Ambos possuem mesmo tratamento para a hipótese de configuração de sobrepreço ou superfaturamento.
Art. 26.	Art. 30, Paragrafo 3º	- Basicamente possuem os mesmo elementos quanto a instrução processual; - Ambos possuem definições pormenorizadas nos regulamentos quanto a estatais.

Fonte: Mendes (2014).

CONCLUSÃO

Este trabalho buscou apresentar aspectos gerais sobre as possibilidades de dispensa de licitação que, por sua vez, implicam em formas de contratação direta pela Administração Pública. Para isso, foram comentados conceitos legais e constitucionais através de visões individualizadas de diferentes autores. Dessa forma, foram abordadas as principais hipóteses presentes na Lei 8.666 e Lei 13.303 que caracterizam a inviabilidade de competição (inexigibilidade), a obrigação do Estado de não licitar em determinadas hipóteses (licitação dispensada) e os casos em que está presente a discricionariedade da Administração no ato de licitar ou não a partir de sua conveniência e oportunidade (licitação dispensável). Assim, foi possível concluir que dependendo do objeto a ser licitado é possível a utilização de uma ou mais modalidades na realização do procedimento executado pela Administração Pública.

Ressalta-se que foi de grande relevância o conhecimentos dos principais princípios que regem a obrigatoriedade da Administração no ato de licitar ou não, bem como a importância da ética na Administração Pública, já que sua falta costuma provocar fraudes e condutas amorais que atentam contra o uso devido dos recursos públicos, bem como o desvio da finalidade pública. No entanto, é importante lembrar que é equivocada a crença de que apenas o rigoroso controle das compras públicas via licitação implicará no devido controle da despesa pública.

Ademais, foi importante destacar o papel do princípio da economicidade no processo de licitação e compra direta, ao promover a regulação econômica das contas públicas, dado que a Administração deve sempre buscar minimizar seus gastos a fim de garantir os interesses sociais, não gerando, pois, investimentos excessivos que prejudiquem o equilíbrio financeiro das contas públicas.

Por fim, é possível concluir que da mesma forma que a licitação é uma ferramenta para se atingir o interesse público, a exceção ao dever de licitar também deve o ser. Nesse sentido a Administração Pública deve estabelecer correlações que identifiquem a importância da licitação ou sua dispensa e evidenciem fatores quantitativos e qualitativos com respaldos jurídicos e éticos que justifiquem a contratação direta.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BINENBOJM, Gustavo. **Temas de Direito Administrativo e Constitucional**. Ed. São Paulo: Renovar, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Casa Civil. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

BRASIL. **Lei 8.666 de 1993**. Brasília, DF: Presidência da República. Casa Civil. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>.

BRASIL. **Lei 13.303 de 2016**. Brasília, DF: Presidência da República. Casa Civil. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm>.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanela. **Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo. Atlas, 2012.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação Direta sem Licitação**. 10ª ed. Belo Horizonte, Ed. Horizonte, 2016.

MENDES, Renato Geraldo. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 21ª ed. Curitiba. ZENITE. 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e Contratos Administrativos**. 5ª ed. Método, 2015.

PINTO, Marina Nogueira. **Contratação Direta pela Administração Pública: Aspectos Legais**. Monografia de submetida para a obtenção de título de bacharel em Direito. PUC-Rio. Rio de Janeiro. 2016. Disponível em: <
<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/30025/30025.PDF>>.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Contratual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.