

DISPENSA DE LICITAÇÃO DURANTE A COVID-19 E ASPECTOS JURÍDICOS DA RELATIVIZAÇÃO DO PROCESSO LICITATÓRIO EM CONTRATAÇÕES EMERGENCIAIS

BIDDING EXEMPTIONS DURING COVID-19 AND LEGAL ASPECTS OF THE RELATIVIZATION OF THE BIDDING PROCESS IN EMERGENCY CONTRACTS

Fernanda de Brito Muniz ¹
Roberto Mauro Guarda ²

Resumo: Este artigo propõe uma análise empírica dos processos de dispensa de licitação, no cenário da pandemia causada pela COVID-19. Diante de situações emergenciais, vez que estas circunstâncias impõem a adoção de medidas urgentes para satisfazer o interesse público. É missão da Administração Pública a gerência dos serviços que representem a coletividade, daí a importância do processo licitatório, visto que possui vertentes extremamente relevantes, expondo as modalidades e princípios. Logo adiante, tratou da obrigatoriedade de licitar como princípio constitucional e suas ressalvas. Em específico, destacou-se o artigo 24, inciso IV, da Lei 8.666/93, cuja matéria trata da dispensa de licitação em situações de emergência ou calamidade pública. A pandemia de covid-19 como materialização das contratações emergenciais. Recorrendo a pesquisas fundamentadas em leis, doutrinas, jurisprudências, trabalhos acadêmicos e conteúdos referenciados disponibilizados pela internet, pretende-se expor que a contratação emergencial sem o processo licitatório regular é perfeitamente válida, desde que observadas as determinações impostas pela lei. A inobservância gera consequências jurídicas ao agente público, que deve pautar-se na boa-fé e probidade administrativa, sem afrontar princípios balizadores da Administração Pública.

Palavras-chave: Licitação. Interesse público. Dispensa de Licitação. Emergência. Coletividade.

Abstract: This article proposes an empirical analysis of bidding waiver processes, in the scenario of the pandemic caused by COVID-19. Faced with emergency situations, as these circumstances require the adoption of urgent measures to satisfy the public interest. It is the mission of the Public Administration to manage the services that represent the community, hence the importance of the bidding process, as it has extremely relevant aspects, exposing the modalities and principles. Soon after, it dealt with the obligation to bid as a constitutional principle and its reservations. In particular, article 24, item IV, of Law 8,666/93, which deals with the waiver of bidding in emergency situations or public calamities, stood out. The covid-19 pandemic as a materialization of emergency hiring. Using research based on laws, doctrines, jurisprudence, academic works and referenced content made available on the internet, it is intended to expose that emergency contracting without the regular bidding process is perfectly valid, provided that the provisions imposed by law are complied with. Non-compliance generates legal consequences for the public agent, who must be guided by good faith and administrative probity, without violating the guiding principles of Public Administration.

Keywords: Bidding. Public interest. Exemption from Bidding. Emergency. Collectivity.

1

2 Professor do curso de Administração. Centro Universitário ITOP - UNITOP. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9629813384421017>.
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2588-6114>. E-mail: robertomaurog@gmail.com.

Introdução

Em março de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) conferiu o status de pandemia à Covid-19. A síndrome respiratória com altos índices de transmissão e, em casos mais graves, risco real de morte, tornou-se uma preocupação em todo o mundo. A rápida disseminação do vírus demandou a adoção de diversas medidas de prevenção como o lockdown, distanciamento social, adoção de máscaras faciais e uso frequente de higienizadores como o álcool em gel.

O combate, contudo, não se restringiu à sanitização, mas repercutiu em diversas áreas, como o direito administrativo. A Lei Federal nº 13.979/2020⁴, também conhecida como “Lei do Coronavírus”, buscou agilizar o processo de compras e aquisições para prover os itens necessários ao combate à pandemia. Para isso, entre outras previsões, a lei instituiu nova modalidade de dispensa de licitação para compras e aquisições durante a pandemia. Desde então, as dispensas, normalmente uma exceção no direito administrativo, têm se multiplicado pelos estados da federação.

Com o aumento das dispensas de licitação, também ascenderam no Brasil os termos de uma tensão já conhecida no país. De um lado, órgãos de controle levantam dúvidas sobre a boa aplicação dos recursos públicos. A pandemia nem acabou e os escândalos de fraudes e desvios de verbas já chamam a atenção nacional. De outro lado, gestores receiosos de serem as próximas vítimas de uma operação histriônica dos controladores reagem cruzando os braços, com receio de realizar novas compras emergenciais.

A disputa entre os lados é carregada de presunções. Para os gestores públicos, os controladores ignoram a realidade dura da administração pública estadual durante a pandemia, premida pela emergência, pelo mercado rarefeito e pela urgência em agir para salvar vidas. Para os controladores, por sua vez, a emergência de saúde pública não é nem pode ser uma licença para corrupção e desmandos com dinheiro público, que há tanto tempo magoam a credibilidade do estado brasileiro. Na disputa entre desconfianças, quem sai perdendo é o país.

A Administração Pública tem por missão prover as necessidades de ordem coletiva. Em razão de um dos princípios basilares do direito administrativo, a supremacia do interesse público, é imprescindível que o interesse coletivo se prepondere ao interesse do particular.

A coletividade, por sua vez, necessita diretamente dos serviços prestados pelo Estado. Todavia, nem sempre a Administração disporá de meios próprios para satisfazer o interesse público primário e, por essa razão, estará obrigada a recorrer aos serviços prestados por particulares.

Ocorre que ao revés do particular que dispõe de ampla liberdade para celebrar suas aquisições como planeja, a Administração deverá, em regra, recorrer ao instituto da licitação para a consecução de suas contratações, seja de obras, serviços, compras, alienações e locações, enraizada expressamente a obrigatoriedade de licitar por determinação constitucional.

Para tratar a matéria, em 21 de junho de 1993 foi sancionada a Lei nº 8.666, instituindo normas para licitações e contratos administrativos no âmbito da Administração Pública. Deve-se pontuar que o instituto da licitação desempenha um papel altamente relevante em matéria administrativa.

A licitação corresponde ao procedimento administrativo destinado a selecionar a proposta mais vantajosa possível aos cofres públicos, possibilitando aos interessados, mediante competição, a igualdade de oportunidades para contratar com o poder público. É significativo evidenciar que a licitação se subordina aos princípios constitucionais, bem como aqueles previstos na lei nº 8.666/93, dada a importância individualizada de cada um deles para atingir o objetivo norteador: satisfação do interesse público.

Para a realização de um processo licitatório válido, a Lei 8.666/93 prevê uma série de procedimentos, que considerando o decurso de tempo para sua realização, demandam determinado lapso temporal, tendo em vista que as formalidades devem ser fielmente observadas.

Contudo, há situações de excepcionalidade, ou seja, casos em que as contratações de bens, obras ou serviços não podem esperar o tempo da tramitação das fases de uma licitação. Para tanto, a própria lei tratou de elencar casos em que a Administração Pública poderá efetuar suas aquisições sem a realização de processo licitatório regular. Dentre as hipóteses de excepcionalidade da não

realização de licitação recepcionadas taxativamente pela Lei de Licitações, destaca-se o artigo 24, inciso IV, da aludida lei: dispensa de licitação em casos de emergência ou calamidade pública.

No que concerne ao tema, à ferramenta da dispensa do processo licitatório, embora necessária e apta a suprir as necessidades coletivas com maior celeridade, não exime a subordinação aos princípios aplicáveis e das formalidades previstas em lei. Por fim, traz a materialização clara e atual de um cenário que impõe a adoção de medidas como as contratações emergenciais: a pandemia de covid-19.

Licitação

A Constituição Federal de 1988 expendeu em seu artigo 37, caput, que a Administração Pública deve atuar de forma uníssona aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Logo adiante, o inciso XXI, estabeleceu a licitação como instituto a ser usado pela Administração Pública, em sentido amplo, para que se proceda às suas aquisições e contratações.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] XXI - 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 econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

A previsão contida no artigo refere-se à existência do instituto, mas não a sua forma. Para tanto, no dia 21 de junho de 1993 foi sancionada a Lei Federal nº 8.666, que instituiu normas para licitações e contratos da Administração Pública, regulamentando o supramencionado dispositivo legal. A Lei de Licitações trouxe todas as regras aplicáveis ao procedimento, que deve obrigatoriamente obedecer à legislação.

Conceito

Precedentemente ao aprofundamento do tema, a pesquisa deve elucidar o conceito do termo licitação. Doutrinadores do Direito Administrativo consultados para a consecução deste trabalho apresentam suas definições. Mello (2014, p. 533) disserta acerca do conceito de licitação:

Ao contrário dos particulares, que dispõem de ampla liberdade quando pretendem adquirir, alienar, locar bens, contratar a execução de obras ou serviços, o Poder Público, para fazê-lo, necessita adotar um procedimento preliminar rigorosamente determinado e pré-estabelecido na conformidade da lei. Tal procedimento denomina-se licitação. 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.

Nota-se que o Poder Público não dispõe da mesma liberdade que um particular, ao passo que deve obedecer a um procedimento administrativo previsto em lei para realizar suas aquisições. Justen Filho (2014, p. 15) ao comentar a Lei de Licitações se manifesta:

Licitação é o procedimento administrativo destinado a selecionar, segundo critérios objetivos predeterminados, a proposta de contratação mais vantajosa para a Administração e a promover o desenvolvimento nacional sustentável, assegurando-se ampla participação dos interessados e o seu tratamento isonômico, com observância de todos os requisitos legais exigidos.

As licitações constituem regra constitucional e, dentre as vertentes relevantes, são dotadas de objetivos definidos, apresentando vantagens a ambas as faces: para a Administração Pública, que estará em busca da menor oneração possível ao erário; e ao particular, pois permite a mais ampla participação dos interessados em contratar com o poder público. Nas palavras de Mello (2014, p. 538):

A licitação, nos termos do que hoje estabelece a legislação, visa a alcançar um triplo objetivo: proporcionar às entidades governamentais possibilidades de realizarem o negócio mais vantajoso (pois a instauração de competição entre ofertantes preordena-se a isto), assegurar aos administrados ensejo de disputarem a participação nos negócios que as pessoas governamentais pretendam realizar com os particulares e concorrer para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Em síntese, a licitação nada mais é que procedimento administrativo apto a garantir o desenvolvimento nacional sustentável, além de proporcionar a correta adequação dos recursos públicos ao garantir a busca da maior vantajosidade possível em suas aquisições governamentais, cuja finalidade é atender o interesse público.

Princípios balizadores

No direito, princípios são diretrizes gerais. São fontes que contribuem para o ordenamento jurídico brasileiro, inclusive, auxiliando na materialização da aplicação da lei ao caso concreto. A Constituição Federal trouxe no artigo 37, caput, o rol de princípios aplicáveis a toda Administração Pública. Não obstante, o artigo 3º, da Lei 8.666/93, traz princípios específicos acerca do tema:

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.

A licitação, por ser um procedimento administrativo aplicável aos entes da Administração Pública Direta e Indireta, está subordinada aos princípios constitucionais, além daqueles próprios estabelecidos da legislação regente, que merecem breve exame individualizado.

Legalidade

O princípio da legalidade é um dos principais sustentáculos do Estado de Direito e também a base de todo o regime jurídico da Administração Pública.

Carvalho Filho (2008, p. 224) ensina que “significa dizer que o administrador não pode fazer prevalecer sua vontade pessoal; sua atuação tem que se cingir ao que a lei impõe.”

Nos dizeres de Di Pietro (2017, p. 361) “o princípio da legalidade é de suma relevância, em

matéria de licitação, pois esta constitui um procedimento inteiramente vinculado à lei.”.

Em afirmação concisa, cumpre dizer que o princípio da legalidade determina que a Administração Pública somente deva atuar conforme os ditames da lei, por corolário, poderá fazer apenas aquilo que a lei autoriza.

Impessoalidade.

A Administração Pública deve ater-se à vontade da lei, agir de forma neutra, imparcial, não impondo benefícios, tampouco desvantagens aos licitantes. Pondera-se os ensinamentos de Justen Filho (2014, p. 86):

A impessoalidade consiste na vedação a preferências ou aversões da autoridade julgadora relativamente à identidade ou aos atributos pessoais dos participantes no certame licitatório. O resultado do certame não pode fundar-se em características pessoais dos licitantes [...].

No processo licitatório, em respeito ao princípio da impessoalidade, os licitantes devem ser tratados com absoluta neutralidade e imparcialidade.

Moralidade

O princípio da moralidade deve ser compreendido através da expressão “non omne quod licet honestum est” (nem tudo que é legal é honesto). Mello (2014, p. 552) faz essa aproximação:

O princípio da moralidade significa que o procedimento licitatório terá de se desenrolar na conformidade de padrões éticos prezáveis, o que impõe, para Administração e licitantes, um comportamento correto, liso, honesto, de parte a parte.

Portanto, deve o administrador público pautar-se na ética, moral, e probidade administrativa. Além do mais, que o legal se concatene ao ético. Diga-se de passagem, a moralidade administrativa se destaca como princípio relevantíssimo para a prática de atos administrativos, devendo ser preservada por parte do administrador onde lhe couber, leia-se, em todos os atos inerentes ao processo licitatório, bem como em suas exceções.

Igualdade

Carvalho Filho (2008, p. 225) assevera que o princípio da igualdade tem origem na Constituição Federal:

O princípio da igualdade, ou isonomia, tem sua origem no art. 5º da CF, como direito fundamental e indica que a Administração deve dispensar idêntico tratamento a todos os administrados que se encontrem na mesma situação jurídica. Ao tratar da obrigatoriedade de licitação, a Constituição, de forma expressa, assegurou no art. 37, XXI, que o procedimento deve assegurar “igualdade de condições a todos os concorrentes”. [...] A igualdade na licitação significa que todos os interessados em contratar com a Administração Pública devem competir em igualdade de condições, sem que a nenhum se ofereça vantagem não extensiva a outro.

No processo licitatório, em função do princípio da igualdade, vigora a vedação a quaisquer preferências ou benefícios de um licitante em detrimento dos demais, estabelecendo a todos iguais oportunidades de competição. Vale ressaltar que tais definições se estendem a toda atuação da Administração.

Publicidade

Este princípio, explicitamente consagrado no artigo 37, caput, da Constituição Federal, visa garantir transparência aos atos públicos. Di Pietro (2017, p. 362) vai além:

Outro princípio previsto no artigo 3º da Lei nº 8.666/93 é o da publicidade, que diz respeito não apenas à divulgação do procedimento para conhecimento de todos os interessados, como também aos atos da Administração praticados nas várias fases do procedimento, que podem e devem ser abertas aos interessados, para assegurar a todos a possibilidade de fiscalizar sua legalidade.

Vale salientar que a publicidade é exigida em vários artigos da Lei 8.666/93, e, de fato, é indispensável para o desenrolamento dos atos administrativos diante do processo licitatório. Além disso, permite aos cidadãos o acesso de todo o desenvolvimento da licitação e até impugnar atos relacionados.

Probidade administrativa

Intimamente ligado ao princípio da moralidade, a probidade tem sentido de honestidade, integridade, boa-fé. Tal é a definição:

Especificamente para a Administração, tal princípio está reiterado na referência ao princípio da probidade administrativa. Sublinha-se aí que o certame haverá de ser por ela conduzido em estrita obediência a pautas de moralidade, no que se inclui, evidentemente, não só a correção defensiva dos interesses de quem a promove, mas também as exigências de lealdade e boa-fé no trato com os licitantes. (Mello, 2014, p. 552).

Outros escritores do Direito Administrativo também fazem a aproximação entre os princípios da moralidade e da probidade.

Vinculação ao instrumento convocatório

O processo licitatório se submete a um instrumento convocatório, denominado edital ou carta-convite. Há afirmativas contundentes que o edital é a “lei interna da licitação” e, como tal, vincula os licitantes aos seus termos, bem como a Administração, que o expede. As normas lá estabelecidas devem ser fielmente obedecida pelas partes.

Di Pietro (2017, 363) considera este um dos princípios mais importantes das licitações, in verbis:

Trata-se de princípio essencial cuja inobservância enseja nulidade do procedimento. Além de mencionado no artigo 3º da Lei nº 8.666/93, ainda tem seu sentido explicitado no artigo 41, segundo o qual “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”. E o artigo 43, inciso V, ainda exige que o julgamento e classificação das propostas se façam de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital. O princípio dirige-se tanto à Administração, como se verifica pelos artigos citados, como aos licitantes, pois estes não podem deixar de atender aos requisitos do instrumento convocatório (edital ou carta-convite); se deixarem de apresentar a documentação exigida serão considerados inabilitados e receberão de volta,

fechado, o envelope-proposta (art. 43, inciso II); se deixarem de atender às exigências concernentes à proposta, serão desclassificados (art. 48, inciso I).

Dessa forma, o ato convocatório é soberano entre as partes, que devem atender na íntegra todas as exigências ali especificadas.

Julgamento objetivo

O julgamento do certame licitatório deve ser objetivo e claro, sobretudo, elencado previamente no edital e na legislação.

O princípio do julgamento objetivo consiste em que os critérios e fatores seletivos previstos no edital, devem ser adotados inafastavelmente para o julgamento, evitando-se, assim qualquer surpresa entre os participantes da competição. Carvalho Filho (2008, p. 226).

Portanto, a Administração deverá observar os critérios objetivos definidos no instrumento convocatório, bem como os denominados tipos de licitação, quais sejam: menor preço, melhor técnica, técnica e preço, e, maior lance ou oferta.

Os princípios que lhe são correlatos

Como demonstrado, a Lei nº 8666/93 explanou os princípios que foram dissertados neste capítulo. Contudo, preconizou que há outros princípios correlatos aplicáveis à matéria, amplamente sobrepostos ao direito brasileiro, tais como os princípios da economicidade, competitividade, razoabilidade, indisponibilidade do interesse público, princípio da licitação sustentável, entre outros.

Modalidades de licitação

O artigo 22 da Lei nº 8.666/93 arrola cinco modalidades de licitação, ou seja, procedimentos específicos a serem seguidos, a depender do objeto ou do valor do que se está a licitar, que serão sucintamente expostas.

Nos termos do artigo 22, §1º da referida lei: “concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto.” Geralmente, a concorrência é usada para contratações de maior vulto econômico. Em alguns casos, a Lei a exige em razão da natureza do futuro contrato, independente de valor, como é o caso das licitações internacionais, contratos de concessão, entre outros.

A segunda modalidade de licitação relacionada é a tomada de preços, que exige o cadastramento prévio de todos os interessados, e aqueles que ainda não possuem poderão efetuarlo até o terceiro dia anterior à data de recebimento das propostas. É uma modalidade de licitação de objeto de médio vulto econômico. Para o convite, única modalidade de licitação que não exige publicação de edital, mas iniciada por meio de um instrumento chamado carta-convite, conforme Mello (2014, p. 576-577):

O convite (art. 22, § 3Q) é a modalidade licitatória cabível perante relações que envolverão os valores mais baixos, na qual a Administração convoca para a disputa pelo menos três pessoas que operam no ramo pertinente ao objeto, cadastradas ou não, e afixa em local próprio cópia do instrumento convocatório, estendendo o mesmo convite aos cadastrados do ramo pertinente ao objeto que hajam manifestado seu interesse até 24 horas antes da apresentação das propostas.

Concurso é a modalidade de licitação elencada no artigo 22, §4º, da lei em comento. Diferente dos demais procedimentos aborda um objeto específico, como veementiza Spitzcovsky (2019, p. 544): “modalidade de licitação aberta a quaisquer interessados voltada para a escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores.” Urge frisar que o legislador não previu expressamente limite de valores para o convite.

Leilão é a modalidade de licitação que está disciplinada no artigo 22, §5º, da Lei de Licitações:

Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação.

Ainda no que concerne ao leilão, Justen Filho (2014, p. 360) acrescenta:

A regra do leilão é a inexistência de sigilo quanto ao conteúdo das propostas. Muito pelo contrário, é da essência do leilão que tais propostas sejam públicas e de amplo conhecimento. Os proponentes ficam vinculados por sua proposta até que outra, mais elevada, seja formulada.

Além das modalidades de licitação recepcionadas pela Lei Federal nº 8666/93, existem outras regulamentadas por outras leis esparsas, como é o caso da consulta, prevista no artigo 37, caput, da Lei 9.986/2000, usada nas contratações e aquisições feitas pelas Agências Reguladoras.

Por fim, o pregão, modalidade de licitação regimentada pela Lei Federal nº 10.520/2002 que instituiu normas gerais no âmbito da União, Estados, Municípios e Distrito Federal, tendo por objeto a aquisição de bens e serviços comuns, em qualquer que seja o valor para contratação. Outrossim, convém ponderar que existem dois tipos de pregão: presencial e eletrônico.

O pregão foi uma tentativa assertiva da busca de eficiência pela Administração Pública, uma vez que se trata de procedimento mais célere, desburocratizado e eficaz.

A regra da obrigatoriedade da licitação para as compras públicas e suas ressalvas

A supremacia do interesse público sobre o privado norteia a Administração Pública a sempre satisfazer o interesse da coletividade. Para tanto, surge à necessidade de contratar serviços prestados por particulares para fomentar sua demanda. A Constituição Federal de 1988 estatuiu a regra da obrigatoriedade de licitação para a contratação de obras, serviços, compras e alienações.

Acerca do tema, Carvalho Filho (2008, p. 228) afirma que “o princípio da obrigatoriedade de licitação impõe que todos os destinatários do Estatuto façam realizar o procedimento antes de contratarem obras e serviços.”

Di Pietro (2017, p. 368) salienta:

A Constituição Federal exige licitação para os contratos de obras, serviços, compras e alienações (art. 37, XXI), bem como para a concessão e a permissão de serviços públicos (art. 175). [...] 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).

No mesmo viés, Amorim (2017, p. 27):

Ademais, estão obrigadas a realizar licitação pública as entidades integrantes das Administrações indiretas dos entes federativos, ou seja, autarquias, fundações públicas, empresas

públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Com efeito, o processo licitatório é indispensável à Administração por permitir a melhor contratação possível aos cofres públicos, viabilizando a justa competição, tendo em vista que ele abarca a possibilidade de as pessoas ofertarem os seus preços, e só após as devidas etapas, efetivar a contratação.

Além disso, a licitação tem por finalidade assegurar interesses relevantes, tais como a escolha de proposta mais vantajosa, subordinação aos princípios constitucionais e administrativos pertinentes, já demonstrados, e, indubitavelmente, evitar a prática de arbitrariedades por parte do administrador.

Exceções à obrigatoriedade de licitar

Embora a regra imposta determine a realização de licitação prévia às contratações públicas, decorrente de preceitos legais, o próprio dispositivo constitucional (Artigo 37, XXI, CF) traz a expressão “ressalvados os casos especificados na legislação”, indicando a possibilidade de relativização da regra.

O artigo 2º, da Lei de Licitações valida a mesma perspectiva da Carta Magna:

Art. 2º. As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

Seguindo esta ordem, os entendimentos consolidados do Superior Tribunal de Justiça demonstram que “nas contratações da Administração Pública, a regra é a realização de prévia licitação. Os casos de dispensa e inexigibilidade são exceções e exigem justificativa fundamentada do gestor público”.

Justen Filho (2014, p. 390) ressalta:

A Constituição acolheu a presunção de que prévia licitação produz a melhor contratação - entendida como aquela que assegura a maior vantagem possível à Administração Pública, com observância do princípio da isonomia. Mas a própria Constituição se encarregou de limitar tal presunção, facultando contratação direta nos casos previstos por lei.

Carvalho Filho (2019, p. 394) enuncia:

O princípio da obrigatoriedade da licitação impõe que todos os destinatários do Estatuto façam realizar o procedimento antes de contratarem obras e serviços. Mas a lei não poderia deixar de ressaltar algumas hipóteses que, pela sua particularidade, não se compatibilizam com o rito e a demora do processo licitatório.

Deve-se dizer que existem exceções à obrigatoriedade de licitar, eis que a Administração Pública poderá efetuar contratações diretas em casos específicos ressalvados pela legislação. Destarte, não há que confundir a contratação direta com ausência de procedimento administrativo, porquanto o administrador público está adstrito às possibilidades previstas em lei, devendo observar todos os princípios pertinentes e as formalidades determinadas.

Contratação direta na administração pública

Sobreleva-se ressaltar a definição de contratação direta para o Tribunal de Contas da União – TCU (2010, p. 579): “Contratação direta é aquela realizada sem licitação, em situações excepcionais, expressamente previstas em lei”.

As contratações diretas devem ser justificadas e fundamentadas pelo administrador, e podem se concretizar na forma de dispensa (licitação dispensada ou dispensável) ou inexigibilidade (licitação inexigível).

Nesta seara, afirma Oliveira (2018, p. 457):

Os casos de contratação direta não dispensam, em regra, a observância de um procedimento formal prévio, como a apuração e comprovação das hipóteses de dispensa ou inexigibilidade de licitação, por meio da motivação da decisão administrativa (art. 26 da Lei 8.666/1993). As hipóteses de contratação direta são:

- a) licitação dispensada (art. 17 da Lei 8.666/1993);
- b) dispensa de licitação ou licitação dispensável (art. 24 da Lei 8.666/1993);
- c) inexigibilidade de licitação ou licitação inexigível (art. 25 da Lei 8.666/1993).

Amorim (2018, p. 169) conceitua:

- a) Licitação dispensada: é aquela cuja realização é afastada pela própria lei, relacionada com a alienação de imóveis e de móveis públicos (art. 17 da Lei nº 8.666).
- b) Licitação dispensável: é aquela em que existe uma desobrigação de instauração de procedimento licitatório, caso seja conveniente ao interesse público (art. 24 da Lei nº 8.666).
- c) Licitação inexigível: é aquela em que há inviabilidade de competição (art. 25 da Lei nº 8.666).

Dentre as hipóteses de contratação direta, reafirma-se que essas devem figurar em caráter excepcional, ou seja, apenas nos casos em que a licitação for inconveniente, inoportuna ou inviável.

Contudo, prevalece o escopo de a Administração estar em busca da obtenção de melhor proposta possível, não podendo ser associada a eventuais contratações que lhe venham a ser desvantajosas.

Dispensa de licitação

O regular processo licitatório comporta várias etapas para a sua realização, tais quais possuem rito específico previsto em lei, dotados de formalidades, tornando-o moroso. Por essa razão, surge a dispensa de licitação, tendo em vista que em certas ocasiões de excepcionalidade, as aquisições públicas carecem de maior celeridade.

Justen Filho (2014, p. 397) afirma que “a dispensa de licitação verifica-se em situações em que, embora viável competição entre particulares, a licitação afigura-se objetivamente incompatível com os valores norteadores da atividade administrativa”.

No mesmo sentido, Spitzcovsky (2019, p.554) explica:

Em outras palavras, em se tratando de dispensa de licitação, fica a critério do administrador a escolha pela abertura ou não do certame competitivo, porque, como visto, a possibilidade de contratação direta também se apresenta, desde que o caso concreto esteja inserido em uma das hipóteses abstratamente previstas no art. 24 dessa lei.

Ou seja, embora haja a possibilidade de competição, a Administração Pública não poderá esperar o trâmite legítimo de uma licitação para proceder à suas compras. A dispensa de licitação

configura-se como forma de contratação direta apta a suprir situações em que apresentam tais circunstâncias ocorridas.

Insta destacar que todas as causas de dispensa de licitação previstas na Lei 8.666/93 constituem rol taxativo, portanto, jamais poderá o agente público alargar ou criar causas além daquelas previstas.

Sob essa óptica, Carvalho Filho (2008, p. 228) comenta:

Há, porém, dois aspectos preliminares que merecem ser considerados. O primeiro diz respeito à excepcionalidade, no sentido de que as hipóteses previstas no art. 24 traduzem situações que fogem à regra geral, e só por essa razão se abriu a fenda do princípio da obrigatoriedade. O outro diz respeito à taxatividade das hipóteses. Daí a justa advertência de que os casos enumerados pelo legislador são taxativos, não podendo, via de consequência, ser ampliados pelo administrador. Os casos legais, portanto, são os únicos cuja dispensa de licitação legislador considerou mais conveniente ao interesse público.

O Tribunal de Contas da União – TCU (2010, p. 589), ao deliberar sobre a temática, firmou entendimento:

É indiscutível que licitação é a regra e dispensa é a exceção. A dispensa, que pressupõe viabilidade de competição, pode se dar por licitação dispensada - art. 17, incisos I e II, da Lei de Licitações, ato vinculado - e por licitação dispensável - art. 24 da referida lei. Acórdão 2378/2006 Plenário (Voto do Ministro Relator)

Além disso, a doutrina faz uma considerável subdivisão nas hipóteses de dispensa de licitação, dividindo-as em licitação dispensada e licitação dispensável. Mas, ambos os casos são formas de contratação direta.

Licitação dispensada

Os casos de licitação dispensada estão incluídos no artigo 17, incisos I e II, da Lei 8.666/93. Eles restringem-se a alienação de bens móveis e imóveis da Administração Pública.

A Lei foi cautelosa ao trazer todas as hipóteses pertinentes, tais como dação em pagamento, doação, alienação gratuita ou onerosa de bens imóveis, entre outros. Sobre o tema, Oliveira (2018, p. 69) grifa:

Costuma-se afirmar que a licitação dispensada consagra a hipótese de “dispensa legal”, pois a decisão pela não realização da licitação já foi tomada previamente pelo legislador, não subsistindo qualquer discricionariedade para o administrador.

Nas palavras de Di Pietro (2017, p. 369): “Existem, contudo, casos de dispensa que escapam à discricionariedade administrativa, por estarem já determinados por lei; é o que decorre do artigo 17, incisos I e II, da Lei no 8.666/93”.

Observa-se que a lei impôs que o procedimento para contratação será feito diretamente, sem exigência de prévia licitação. Isso significa que se trata de ato administrativo vinculado, ou seja, não há margem de liberdade conferida ao administrador para optar pela realização ou não do processo licitatório.

Licitação dispensável

Por vezes, a imprescindível finalidade de atender o interesse público carece de maior

celeridade. Pensando nisso, o legislador delimitou causas em que entendeu ser mais eficiente a contratação através da dispensa de licitação (licitação dispensável), facultando essa possibilidade.

O artigo 24 da Lei de Licitações enumera todas as causas em que é possível dispensar a licitação, sendo um rol manifestamente exaustivo.

Amorim (2018, p. 172-173) afirma:

As hipóteses previstas para que o administrador deixe de realizar licitação como condição para a contratação estão taxativamente previstas no art. 24 da Lei nº 8.666/1993. Portanto, em tais casos, será discricionária a decisão de fazer ou não a licitação, conforme critérios de conveniência e oportunidade da Administração.

Nesse contexto, em tema de licitação dispensável, resta claro que é ato discricionário. Em tais parâmetros, a licitação pode ou não ser dispensada, devendo a Administração atuar estribando-se em critérios de conveniência e oportunidade, vulgo mérito administrativo.

A doutrina manifesta certa classificação concernente às hipóteses de dispensa de licitação, como menciona Di Pietro (2017, p. 371):

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 (cf. Lúcia Valle Figueiredo, 1980:32).

Sobre a dispensa em hipótese de valor, importa frisar que recentemente o Decreto nº 9.412/2018 alterou os valores autorizados para a dispensa de licitação:

Art. 1º Os valores estabelecidos nos incisos I e II do caput do art. 23 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ficam atualizados nos seguintes termos:

I - para obras e serviços de engenharia:

- a) na modalidade convite - até R\$ 330.000,00 (trezentos e trinta mil reais);
- b) na modalidade tomada de preços - até R\$ 3.300.000,00 (três milhões e trezentos mil reais); e
- c) na modalidade concorrência - acima de R\$ 3.300.000,00 (três milhões e trezentos mil reais); e

II - para compras e serviços não incluídos no inciso I:

- a) na modalidade convite - até R\$ 176.000,00 (cento e setenta e seis mil reais);
- b) na modalidade tomada de preços - até R\$ 1.430.000,00 (um milhão, quatrocentos e trinta mil reais); e
- c) na modalidade concorrência - acima de R\$ 1.430.000,00 (um milhão, quatrocentos e trinta mil reais).

Os incisos III e IV, entre outros, do artigo 24, da Lei 8.666/93 (casos de guerra ou grave perturbação da ordem; casos de emergência ou calamidade pública) integram a dispensa em razão de situação excepcional. As demais situações previstas no artigo 24 da Lei de Licitações constituem dispensa em razão do objeto e da pessoa, devidamente classificadas pela doutrina.

Por ser um rol extenso (trinta e cinco incisos), não se vislumbra necessário explicitar todas as causas de dispensa de licitação, uma vez que o presente trabalho irá focar a dispensa em situação emergencial.

Inexigibilidade de licitação

O termo “inexigibilidade” em âmbito de licitações remete a ideia que em determinadas

ocasiões, a licitação pode ser suprimida em razão de ser inexigível.

Entrementes, é o caso da inviabilidade de competição, nos termos da Lei de Licitações, artigo 25, caput. O dispositivo legal traz incisos que também merecem destaque:

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. (Grifado)

O dispositivo legal traz situações em que não há possibilidade de competição entre licitantes, sendo, portanto, a licitação inexigível. Mello, (2014, p. 557) comenta:

São licitáveis unicamente objetos que possam ser fornecidos por mais de uma pessoa, uma vez que a licitação supõe disputa, concorrência, ao menos potencial, entre ofertantes. Segue-se que há inviabilidade lógica deste certame, por falta de seus “pressupostos lógicos”, em duas hipóteses: a) quando o objeto pretendido é singular, sem equivalente perfeito. Neste caso, por ausência de outros objetos que atendam à pretensão administrativa, resultará unidade de ofertantes, pois, como é óbvio, só quem dispõe dele poderá oferecê-lo; b) quando só há um ofertante, embora existam vários objetos de perfeita equivalência, todos, entretanto, disponíveis por um único sujeito. [...] Em rigor, nos dois casos cogitados não haveria como falar em “dispensa” de licitação, pois só se pode dispensar alguém de um dever possível. Ora, em ambas as situações descritas a licitação seria inconcebível. Por isso a legislação optou por denominá-las como casos de “inexigibilidade de licitação”.

Entretanto, o rol apresentado no artigo 25 é exemplificativo, como informa Carvalho Filho (2019, p. 417):

O legislador, depois de afirmar o sentido da inexigibilidade, acrescenta a locução “em especial”. A interpretação que nos parece correta é a de que, firmada a regra pela qual na inexigibilidade é inviável a competição, a lei tenha enumerado situações especiais nos incisos I a III de caráter meramente exemplificativo, não sendo de se excluir, portanto, outras situações que se enquadrem no conceito básico.

Seguindo esta análise, Amorim (2018, p. 170):

A inexigibilidade de licitação justifica-se nas hipóteses em que se verifica a inviabilidade prática de competição. O elenco instituído pelo art. 25 da LGL não é exaustivo, mas exemplificativo, admitindo-se outras hipóteses em que se verifica a inexigibilidade de realização do procedimento licitatório.

Extraí-se que um dos pressupostos para a realização da licitação é a pluralidade de licitantes, justamente para possibilitar a ampla competição. Todavia, em situações excepcionais, tais como objeto ou fornecedor exclusivo, a licitação não só deixará de ser exigida, como sua realização tornar-se-á impraticável. Di Pietro (2017, p. 369) explica:

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

Repara-se que há diferença notória entre dispensa e inexigibilidade de licitação, ao passo que na dispensa ainda há viabilidade para o processo licitatório regular, enquanto na inexigibilidade torna-se impossível a sua realização.

Conclusão

A análise realizada demonstra que a dispensa de licitação em situações emergenciais, como a pandemia de COVID-19, é um instrumento legítimo e necessário para garantir a agilidade e a efetividade das ações da Administração Pública em prol do interesse coletivo. Contudo, a flexibilização do processo licitatório não exime o gestor público da observância rigorosa dos princípios constitucionais e das formalidades legais, especialmente quanto à boa-fé, probidade administrativa e transparência. O respeito a esses fundamentos é essencial para evitar desvios, responsabilizações e assegurar que as contratações emergenciais cumpram sua finalidade sem comprometer a integridade dos recursos públicos. Portanto, a contratação direta, quando devidamente fundamentada e justificada, revela-se válida e eficaz, desde que pautada pela legalidade e pelo compromisso ético do agente público.

Referências

AMORIM, Victor Aguiar de. **Licitações e contratos administrativos: teoria e jurisprudência**. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017.

BRASIL, TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Licitações e Contratos: orientações e jurisprudência do TCU / Tribunal de Contas da União**. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30. ed. Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e Contratos Administrativos: teoria e prática**. 7. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2018.

SPITZCOVSKY, Celso **Direito administrativo esquematizado**® / Celso Spitzcovsky. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

OLIVEIRA, Ari Eduardo de; ALMEIDA, Damiana Machado de; LOPES, Luis Felipe Dias. Exceções ao princípio da obrigatoriedade das licitações. **Pensamento & Realidade**, v. 1, n. 29, p. 79-97, 2014. 30

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 mar. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 9.412**, de 18 de junho de 2018. Atualiza os valores das modalidades de licitação de que trata o art. 23 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9412.htm#art1. Acesso em 12 set. 2020.

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. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 27 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.520**, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10520.htm. Acesso em 27 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em 14 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.205.605/SP 2010/0142113-5**, Relatora: Ministra Eliana Calmon. 15. ago. 2013. T2 – Segunda Turma. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24047603/recurso-especial-resp1205605-sp-2010-0142113-5-stj/inteiro-teor-24047604?ref=serp>. Acesso em 27 ago. 2020.

BRENTANO, Alexandre. **A utilização da contratação emergencial** – dispensada – pela Administração Pública. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/37432/a-utilizacao-dacontratacao-emergencial-dispensada-pela-administracao-publica>. Acesso em 09 set. 2020. 31

Contratação direta na administração pública. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/contratacao-direta-naadministracao-publica/>. Acesso em 01 set. 2020.

CASTROVIEJO, Gabriela Gomes Acioli. **Coronavírus (covid-19) e Dispensa de licitação**: análise sob a ótica da Lei 13.979/2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/coronavirus-covid-19-edispensa-de-licitacao-analise-sob-a-otica-da-lei-13-979-2020/>. Acesso em 01 set. 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Efeitos Jurídicos da Crise sobre as Contratações Administrativas**, 2020. Disponível em: <https://www.justen.com.br/pdfs/IE157/IE%20-%20MJF%20-%20200318-Crise.pdf> Acesso em 10 set. 2020.

OLIVEIRA, Thaís Tarquinio. **Dispensa de licitação e a “Lei do Coronavírus”**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-02/thais-oliveira-dispensadelicitacao-lei-coronavirus>. Acesso em 09 set. 2020.

SERPA, Julio César Lopes. **Dispensa de licitação por emergência ou calamidade pública**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/56663/dispensa-de-licitacao-poremergencia-ou-calamidade-publica>. Acesso em 09 set. 2020.

CELLA, Nayara Zanella. **A dispensa de licitação: consequências jurídicas da emergência “fabricada”**. 2012. Curso de pós-graduação lato sensu em direito administrativo – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2012

Recebido em 15 de setembro de 2024
Aceito em 10 de novembro de 2025

