

Licitação dispensável e dispensa de licitação

I – INTRODUÇÃO.

O presente artigo trata da análise da dispensa de licitação e da licitação dispensável, a fim de confirmar se há diferença ou não nos institutos e quais as consequências.

II – DESENVOLVIMENTO.

Alguns doutrinadores, como por exemplo, o professor José dos Santos Carvalho Filho, fazem a distinção entre licitação dispensada (art. 17) e licitação dispensável (art. 24). Para eles, na licitação dispensada, a lei manda que haja ausência do processo licitatório; já na licitação dispensável, a lei permite que não faça licitação, mas se o administrador público preferir, ele pode realizar o procedimento licitatório.

Por outro lado, o doutrinador Marçal Justen Filho não faz tal distinção. Conforme seu entendimento, a lei tratou da dispensa de licitação em dois artigos – são eles, o art. 17 e o art. 24 – no entanto só fez distinção de nomenclatura (entre dispensada no art. 17 e dispensável no art. 24), mas o tratamento jurídico dado a estes artigos é o mesmo, eis que eles usufruem da mesma natureza jurídica.

O professor Marçal ainda acrescenta que o art. 17 não tratou de forma exaustiva das possibilidades de alienações de bens pelo Poder Público na modalidade de dispensa de licitação, tendo em vista que o art. 24, VI, da Lei nº 8.666/93 dispõe sobre a intervenção do Estado no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento; e pode ocorrer casos de a alienação de bens configurar a inviabilidade de competição, prevista no art. 25 da mesma lei.

Adentrando ao mérito propriamente dito do art. 17 da Lei nº 8.666/93, verifica-se que a alienação de bens da Administração Pública deverá ser devidamente comprovada a existência de interesse público e precedida de avaliação.

No caso de alienação de bens imóveis (inciso I), a regra, é a realização de licitação na modalidade de concorrência, precedida de autorização legislativa e de avaliação prévia. Contudo, haverá dispensa de licitação para dação em pagamento; doação; permuta; investidura; venda a outro órgão; alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis; e nos casos de procedimento de legitimação de posse.

Estas hipóteses previstas no art. 17, I, da Lei de Licitações, relacionam-se com a configuração de situações em que não existe interesse público na obtenção de recursos econômicos como contrapartida da transferência da titularidade do bem para outrem.

Ademais, no caso de alienação de bens móveis da Administração Pública (inciso II), precisa-se de avaliação prévia e realização de licitação. Todavia, esta poderá ser dispensada nos casos de doação; permuta; venda de ações; venda de títulos; venda de bens produzidos ou comercializados por órgãos públicos; e venda de materiais e equipamentos para outro órgão/entidade público.

O doutrinador Marçal Justen Filho comenta o inciso II do art. 17 nestes termos:

Os procedimentos para alienação de bens móveis envolvem cautelas menos relevantes do que se passa com imóveis, mas apenas na medida em que a operação não produza efeitos irremediáveis de redução da dimensão da estrutura estatal. Ou seja, muitos bens móveis são fungíveis e renováveis. Quanto a esses, sua alienação não importa alteração de concepção vigente sobre a função e as dimensões reservadas ao Estado. Mas há bens móveis que são instrumentos para o desempenho de funções estatais reputadas como a ele pertinentes.

Em suma, o Plenário do TCU resumiu o tema – licitação dispensada – na decisão proferida por meio do Acórdão nº 2837/2008, em que afirma que na licitação dispensada, diferentemente do que ocorre nos casos de licitação dispensável, não cabe ao administrador a decisão de licitar ou não, pois é a própria lei que diretamente determina a contratação direta. Aduziu, ainda, que a doutrina tem entendido que, em decorrência da ausência de discricionariedade, não há que se aplicar os dispositivos contidos no art. 26 da Lei nº 8.666/93, de justificativa de preço e de escolha do fornecedor, não se exigindo, tampouco, ratificação pela autoridade superior.

Já em outra esteira, observa que nos casos de dispensa de licitação, ela – a licitação – é possível acontecer por haver competição, mas por conveniência legislativa, resolve-se criar algumas hipóteses em que libera a Administração Pública a contratar sem fazer todo o procedimento licitatório. No entanto, se o administrador público preferir, ele pode preparar uma licitação para contratar o bem, a obra ou o serviço necessitado.

Ressalta que a contratação direta por dispensa de licitação deve sim seguir um procedimento prévio, em que a observância de etapas e formalidades é imprescindível, porque a ausência de licitação não equivale a contratação informal, realizada com quem a Administração quiser, sem cautelas nem documentação.

O procedimento prévio que a Administração deve seguir compõe da chamada fase interna, ou seja, deve-se verificar a existência de uma necessidade a ser contratada; dever-se-á diagnosticar o meio mais adequado para atender à necessidade; definir o objeto da contratação; elaborar o projeto básico; conferir as previsões orçamentárias; pesquisar a melhor solução tendo em vista os princípios da isonomia e da supremacia e indisponibilidade dos valores reservados para as aquisições estatais; e contratar com a interessada que melhor garantir a vantajosidade econômica para a Administração Pública.

A Administração ficará dispensada somente de realizar a fase externa do procedimento licitatório, que inclui a publicação do ato convocatório; abertura da

sessão pública de licitação; conferência das empresas habilitadas jurídica, técnica e financeiramente; constatação da proposta mais vantajosa para a Administração; homologação do certame; e adjudicação do objeto licitação à empresa primeira classificada na disputa licitatória.

O administrador público deve ser cuidadoso na contratação direta, uma vez que o Estatuto de Licitações e Contratos Administrativos considera crime dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses legais, ou se deixar de observar as regras procedimentais para concretizar tal contratação direta (art. 80), além de ser considerado ato de improbidade administrativa (art. 10, VIII, da Lei nº 8.429/92).

A Lei de Licitações e Contratos Administrativos traz no art. 24 um rol taxativo, fechado, de hipóteses em que a licitação é considerada dispensável, embora seja possível a competição. Aqui o administrador não pode fazer interpretação extensiva a fim de encaixar situações não arroladas expressamente nos inúmeros incisos do art. 24, sob pena de incorrer em crimes.

Há, também, de se observar a excepcionalidade das hipóteses deste artigo 24, no sentido de que elas traduzem situações que fogem da regra geral e, somente nestes casos, o administrador está autorizado a abrir uma brecha no princípio da obrigatoriedade de licitação.

O professor José dos Santos Carvalho Filho na aludida obra doutrinária resume os casos excepcionais de dispensa de licitação tratados no art. 24 pelo critério de valor da contratação; situação de guerra, calamidade pública, emergência e segurança nacional; gêneros perecíveis e obras de arte; desinteresse na contratação; entidades sem fins lucrativos; disparidade de propostas; intervenção no domínio econômico; complementação do objeto; pessoas administrativas; locação e compra de imóvel; pesquisa científica e tecnológica; energia elétrica, consórcios públicos e convênios de cooperação; materiais de uso militar; e catadores de materiais recicláveis.

III – CONCLUSÃO.

Diante do que foi exposto acima, observa que no Brasil a licitação dispensada, diferentemente do que ocorre nos casos de licitação dispensável, não cabe ao administrador a decisão de licitar ou não, pois é a própria lei que diretamente determina a contratação direta.