

Contratação direta na Lei nº 14.133/2021

Direct contracting in Law no. 14.133/2021

Gabriela Shizue Soares de Araujo

Desembargadora do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professora de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9832170880530059>

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5787-1067>

Alessandro de Oliveira Soares

Advogado. Doutor com láurea no programa de Administração, Fazenda e Justiça no Estado Social pela Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca (USAL). Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Professor de Direito Constitucional e Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM/SP).

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5244994811136898>

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2571-9508>

RESUMO: A exigência da licitação na Administração Pública surge como uma regra que visa assegurar os pilares do Estado isonômico e de face coletiva, em que vigora o princípio da indisponibilidade do interesse público. Nesse contexto, quando se aborda a contratação direta, é preciso reconhecer que o núcleo das principais discussões acerca do tema gira em torno da possível violação de princípios legitimadores do Estado. Tratar dessa questão é o objetivo desse artigo. Para tanto, a partir de uma estratégia de abordagem metodológica qualitativa, será realizada uma pesquisa com objetivo descritivo e explicativo, mediante análise da nova legislação e de levantamento bibliográfico e jurisprudencial, com o escopo de examinar como a contratação direta no âmbito da Administração pública pode efetivamente remeter a uma necessidade de atendimento ao interesse público concretamente identificado. Nesse desiderato, serão analisados os dispositivos da nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021), referentes ao trâmite da contratação direta, na modalidade de inexigibilidade e dispensa de licitação, destacando as hipóteses e os requisitos de cada modalidade. Por fim, considerando que esse método de contratação apresenta um conjunto de riscos de abusos e violações das regras e princípios que norteiam a atuação do Estado democrático, será ressaltado como o gestor público deve ter um cuidado mais do que redobrado, sempre atento a todos os requisitos que configuram e legitimam essas formas de contratação, para não incorrer em prejuízo ao interesse público.

PALAVRAS-CHAVE: Licitação; Lei nº 14.133/2021; contratação direta; inexigibilidade; dispensa.

ABSTRACT: The requirement for public tenders in public administration arises as a rule that aims to ensure the pillars of an isonomic state with a collective face, in which the principle of the unavailability of the public interest is in force. In this context, when it comes to direct contracting, it must be recognized that the core of the main discussions on the subject revolves around the possible violation of principles that legitimize the state. Addressing this issue is the aim of this article. To this end, using a qualitative methodological approach, a descriptive and explanatory study will be carried out, through an analysis of the new legislation and a bibliographical survey, with the aim of examining how direct contracting within the scope of public administration can effectively refer to a need to meet a concretely identified public interest. To this end, the provisions of the new Bidding Law (Law 14.133/2021) will be analyzed, referring to the procedure for direct contracting, in the form of unenforceability and waiver of bidding. The hypotheses and requirements of each modality will be highlighted. Finally, considering that this method of contracting presents a set of risks of abuse and violations of the rules and principles that guide the actions of the democratic state, it will be emphasized how the public manager must be more than careful, always attentive to all the requirements that configure and legitimize these forms of contracting, so as not to incur damage to the public interest.

KEYWORDS: Bidding; Law 14.133/2021; direct contracting; unenforceability; waiver.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Dever de licitar x contratação direta. 3 Inexigibilidade de licitação. 4 Dispensa de licitação. 5 Considerações finais. Referências.

1 Introdução

Quando se aborda a contratação direta no âmbito da Administração Pública, é preciso reconhecer que o núcleo das principais discussões acerca do tema gira em torno da possível violação de princípios legitimadores do Estado. Cumpre dizer, portanto, que o poder estatal, em sua efetividade institucional, enquanto poder real que se exerce de forma estável na vida concreta, deve tender a alcançar um nível de reconhecimento social como autoridade legítima, como um poder que obriga moralmente aqueles que vão receber seus influxos (Heller, 1968, p. 261).

Nessa linha, disserta Maurice Duverger (1980, p. 523): “O poder sempre busca ser aceito: e mais, deseja ser amado e reverenciado por intermédio dos sistemas de crenças”. O poder político estatal não deve realizar-se como um mero *poder de fato*, realidade inequívoca de quem detém e exerce o mando político, mas também como um *poder simbólico*, que induz respeito e consideração subjetiva dos destinatários do poder.

A legitimidade do Estado moderno reside em um conjunto de princípios que o fazem representar a totalidade social. Os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, delineados no *caput* do artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), juntamente com o princípio da igualdade, estabelecido no artigo 5º, *caput*, dão os contornos iniciais a essa representação do bem comum (da coletividade). Ao Poder Público é defeso manifestar qualquer traço particularista; suas atividades, portanto, devem ser desenvolvidas de forma impessoal e isonômica, como uma máquina fria e calculista, sem paixões.

Nesse cenário, a exigência da licitação pública¹ surge como mecanismo necessário a esse Estado isonômico e de face coletiva. Nas contratações públicas, não há espaço para a vontade pura do gestor, sua escolha se limita ao ritual impessoal conformado na lei, ainda quando haja discricionariedade. Vigora o princípio da indisponibilidade do interesse público. O dever do gestor é, sobretudo, o de garantir a participação ampla dos interessados em contratar com o Poder Público e a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração. Assim, procura-se evitar ofensas a princípios legitimadores do poder estatal, afirmando a dimensão coletiva e o interesse público como valores fundamentais da comunidade política democrática.

Pelo exposto acima, se percebe que a própria ideia de uma contratação direta, isto é, sem a realização de um processo licitatório prévio em que se

¹ “Pode-se definir a licitação como o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato. [...] No direito brasileiro, a Lei nº 14.133, de 1º-4-2021, que disciplina as licitações e os contratos da Administração Pública, indica, no art. 11, os objetivos da licitação, permitindo a formulação de outro conceito: licitação é o procedimento prévio à celebração dos contratos administrativos, que tem por objetivo selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, assegurar a justa competição, evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução do contrato, bem como incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável”. (Pietro, 2024, p. 363)

garanta igualdade entre os competidores, somente pode ser entendida como uma exceção. A regra é licitar.

Nesse contexto, quando se aborda a contratação direta, é preciso reconhecer que o núcleo das principais discussões acerca do tema gira em torno da possível violação de princípios legitimadores do Estado. Tratar dessa questão é o objetivo desse artigo.

Para tanto, a partir de uma estratégia de abordagem metodológica qualitativa, será realizada uma pesquisa com objetivo descritivo e explicativo, mediante análise da nova legislação e de levantamento bibliográfico e jurisprudencial, com o escopo de examinar como a contratação direta no âmbito da Administração pública pode efetivamente remeter a uma necessidade de atendimento ao interesse público concretamente identificado.

Nesse desiderato, serão analisados os dispositivos da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021 - LLCA), referentes ao trâmite da contratação direta, na modalidade de inexigibilidade e dispensa de licitação, destacando as hipóteses e os requisitos de cada modalidade.

Por fim, considerando que esse método de contratação apresenta um conjunto de riscos de abusos e violações das regras e princípios que norteiam a atuação do Estado democrático, será ressaltado como o gestor público deve ter um cuidado mais do que redobrado, sempre atento a todos os requisitos que configuram e legitimam essas formas de contratação, para não incorrer em prejuízo ao interesse público.

2 Dever de licitar x contratação direta

A perspectiva sobre a obrigatoriedade da licitação, sendo a contratação direta uma exceção², está expressa na redação do artigo 37, XXI, da CF/88, que determina:

Art. 37. [...]

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.

Desse modo, a ressalva do início do artigo supra confere ao legislador o poder de excepcionar a regra do dever de licitar, estabelecendo hipóteses específicas de contratação direta (Nohara, 2024, p. 286). Reconheceu o

² “[...] apesar de tida como exceção, a contratação direta assume um papel de destaque no âmbito da administração pública, notadamente a federal. Em termos de volume de recursos, por exemplo, em anos anteriores, nota-se uma preponderância nas contratações diretas. No ano de 2021, e.g., as contratações por dispensa e inexigibilidade feitas pela administração pública federal corresponderam a 56% de todas as contratações, no tocante ao valor dos contratos. 5 Na mesma toada, no ano de 2023, apurou-se que as contratações diretas feitas pela União totalizaram o significativo montante de mais de 28 bilhões de reais”. (Cabral, 2024, p. 72)

constituente, portanto, que no âmbito da prática nem sempre é viável ou desejável (do ponto de vista público) a realização da licitação, pois os contextos das contratações públicas são complexos e muitas vezes tornam problemática a instauração de um processo licitatório.

Assim, existem duas situações gerais a legitimar a realização de uma contratação direta pelo Poder Público: i. inexigibilidade, quando impossível a efetivação da licitação, e; ii. dispensa, nas circunstâncias em que “a realização do certame acarrete sacrifícios ou prejuízos de monta a valores relacionados ao interesse público” (Niebuhr, 2023, p. 122).

Aqui é importante destacar um aspecto prático: tanto o legislador ao criar hipóteses de contratação direta, quanto os agentes públicos, ao concretizar as normativas relacionadas ao tema, devem sempre partir da premissa interpretativa de que a licitação é a regra, sendo a inexigibilidade e a dispensa exceções. A contratação direta, exige, portanto, a exposição de motivação razoável e ponderada em cada caso. Deve ser apresentada justificativa fundamentada que sustente a escolha da dispensa ou inexigibilidade da licitação, portanto:

[...] Toda contratação realizada com dinheiro público deve ser motivada e justificada. Essa é uma regra inafastável. Como assevera Carlos Pinto Coelho Motta, tais contratações devem se revestir de motivos sérios, exatos e lícitos, sem os quais ruirão pela base. É nesse contexto, inclusive, que a Lei no 9.784/1999, que dispõe sobre os processos administrativos, exige a motivação dos atos que dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório, com a indicação de todos os fatos e fundamentos jurídicos que os alicerçam (art. 50, IV). (Bittencourt, 2021, p. 108)

Impende dizer que a contratação direta não significa contratação arbitrária desprovida de requisitos mínimos. Em outros termos, o mecanismo de contratação direta conforma-se também a partir de premissas legalmente estabelecidas, seguindo os princípios³ constitucionais da Administração Pública. Em vista disso, mesmo nos casos de contratação direta, é essencial a realização de um processo formal estruturado e justificado⁴:

³ No que tange aos princípios previstos pela LLCA, importa ressaltar que: “na Lei 8.666/1993, o *caput* do art. 3º enunciava apenas três princípios: a isonomia, que assegura igual tratamento a todos os participantes do procedimento licitatório, zelando pela competitividade e pela livre iniciativa; a vantajosidade, que representa a busca, pela Administração, da melhor relação custo-benefício nas suas aquisições de produtos e serviços; e a sustentabilidade, que é o acatamento da proposta que se apresentar mais apta a causar, direta ou indiretamente, o menor impacto negativo e, simultaneamente, os maiores benefícios econômicos, sociais e ambientais. Já na Lei 14.133/2021, o art. 5º traz um extenso rol de dezessete princípios. Para além dos três citados acima e dos cinco aprioristicamente aplicáveis a qualquer atividade administrativa – legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (caput do art. 37 da Constituição da República) –, foram inseridos os seguintes: interesse público, probidade administrativa, planejamento, transparência, eficácia, segregação de funções, motivação, vinculação ao edital, julgamento objetivo, segurança jurídica, razoabilidade, competitividade, proporcionalidade, celeridade e economicidade”. (Mill, 2022, p. 15)

⁴ Ainda no bojo da Lei nº 8.666/1993, “criou-se uma indevida imagem de que o procedimento licitatório seria extremamente rigoroso e burocrático, ao passo que a contratação direta seria mais célere, uma vez que demandaria um rigor menos excessivo. Essa compreensão levava a diversos processos de contratação direta sendo encaminhados às assessorias jurídicas com uma instrução bastante deficiente, faltando documentos, sem a apresentação das devidas justificativas, tendo sido elaborados às pressas e sem uma cautela ou planejamento mínimos”. (Cabral, 2024, p. 73)

[...] Sem embargo, a referida ideia de que nas contratações diretas haveria uma informalidade ou, ainda, um rigor mitigado quando cotejado com a licitação é totalmente enganosa. A contratação direta se mostra mais célere quando comparada com o regular procedimento licitatório em razão da eliminação da chamada fase externa. Não há fase autônoma de propostas, julgamento e habilitação. No entanto, no tocante à fase interna, isto é, os procedimentos preparatórios necessários à contratação, o rigor exigido para a contratação direta e para as hipóteses em que há licitação são essencialmente os mesmos. O distintivo, repita-se, é que, após a finalização da fase interna da contratação direta, como regra, já ocorre a celebração do contrato, e não a publicação de um edital que inaugura a fase externa. (Cabral, 2024, p. 74)

Nesse sentido, o artigo 72 da LLCA lista um conjunto de documentos que devem instruir os processos de contratação direta. São estes:

Art. 72: [...]

I - documento de formalização de demanda⁵ e, se for o caso⁶, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo;

II - estimativa de despesa⁷, que deverá ser calculada na forma estabelecida no artigo 23 desta Lei;

III - parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso⁸, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos;

IV - demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido;

V - comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária;

VI - razão da escolha do contratado;

VII - justificativa de preço e;

VIII - autorização da autoridade competente.

⁵ "O Documento de Formalização de Demanda é o registro inicial que dará início a um processo de contratação, no qual estarão anotados todos os dados do objeto que o setor requisitante necessita. Como dissemos, a Nova Lei impôs às contratações diretas uma obrigatória fase de planejamento, tal como ocorre nos procedimentos licitatórios. Tanto é que, ao tratar do documento inicial de uma contratação direta, determina, quando for o caso, a elaboração de estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo." (Bittencourt, 2021, p. 97)

⁶ "Em relação aos demais elementos citados no inciso (estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo), veja que o legislador se valeu da expressão 'se for o caso', a qual deve ser lida não como um 'cheque em branco' para se dispensar, de maneira discricionária, qualquer um dos documentos ali listados. A dispensa de algum dos documentos constantes do inciso I somente deverá ocorrer diante da incongruência fático-jurídica do objeto a ser contratado (ex.: não é exigido projeto básico ou executivo em contratações que não se refiram a obras ou serviços de engenharia) ou em razão de autorização específica prevista em lei ou regulamento próprio". (Cabral, 2024, p. 76)

⁷ "A previsão do inciso II do artigo 72 em comento se refere à realização da pesquisa de preços, de modo a se obter o orçamento estimado. Veja que o inciso remete justamente ao artigo 23, que indica meios de se realizar a pesquisa de preços. De fato, embora o legislador permita a realização de contratações sem licitação, isso não implica o pagamento de qualquer valor pela administração pública (a vantajosidade continua a ser um pressuposto das contratações públicas).¹⁶ Uma pesquisa realizada de maneira completa é pressuposto inafastável para essas contratações". (Cabral, 2024, p. 77)

⁸ "No que concerne aos pareceres técnicos, a previsão da expressão 'se for o caso' deve ser lida no sentido de que, diante de determinadas contratações, não será exigida nenhuma espécie de parecer de ordem técnica, seja pela simplicidade da contratação seja pela natureza do objeto a ser contratado (não há, contrariamente ao que possa transparecer da leitura do inciso, uma discricionariedade na exigência do parecer técnico, caso ele realmente se mostre necessário)". (Cabral, 2024, p. 78)

Como se observa, esse dispositivo impõe uma espécie de roteiro lógico mínimo do processo de contratação direta. A documentação arrolada visa evidenciar as motivações que levaram à inexigibilidade ou à dispensa da licitação, as razões da escolha do contratado e o preenchimento dos requisitos básicos para o cumprimento das obrigações do negócio jurídico.

De fato, o artigo 72 da LLCA, mais do que enumerar documentos obrigatórios, materializa um itinerário temporal de diversas ações a serem tomadas ao longo do processo de contratação direta. Refere-se, portanto, ao seu planejamento, de maneira a garantir a devida regularidade de todo o procedimento:

[...] Comparando-se com a lei anterior, verifica-se um aumento do rol de documentos, retratando tipicamente a atividade de controle, dado que, após a primeira avaliação da hipótese incidente de não competição realizada pelo ordenador de despesas, caberá à autoridade superior o juízo final, para então ser providenciada a divulgação, que deverá ser mantida à disposição do público em sítio eletrônico oficial. (Bittencourt, 2021, p. 95)

Essa documentação, por certo, facilita o controle do processo e confere maior transparência à contratação. Nesse sentido, note-se que o parágrafo único do artigo 72, determina que “o ato que autoriza a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial”. Nesse sentido, verifica-se que:

[...] O parágrafo único do indigitado artigo 72 se propõe a conferir publicidade às contratações diretas. A mudança em relação à Lei n. 8.666/1993 é que antes se exigia que essa publicidade ocorresse por meio do Diário Oficial (o que, em realidade, somente gerava uma publicidade formal, mas não material), tendo sido substituído por divulgação em sítio eletrônico (que, de acordo com o artigo 174, §2º, inciso III, é o Portal Nacional de Contratações Públicas – PNCP). (Cabral, 2024, p. 79)

Essa medida permite “o controle social, principalmente pelo mercado (outros possíveis interessados), possibilitando que analise se efetivamente estão preenchidos os requisitos para a contratação direta e, caso entenda que não, que seja impugnada a contratação direta” (Pedra, 2022, p. 505).

Importante mencionar que, conforme o artigo 337-E do Código Penal⁹, a contratação direta ilegal inclusive configura crime, nos seguintes termos:

⁹ “PROCESSO PENAL. PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO VIOLAÇÃO. CONTINUIDADE TÍPICO-NORMATIVA DO ART. 89 DA LEI N. 8.666/1993 PELO ART. 337-E DO CP. DENÚNCIA. ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. PRESENÇA DE JUSTA CAUSA. HIGIDEZ DA EXORDIAL ACUSATÓRIA. [...] II - Apesar da revogação da Lei n. 8.666/93 pela Lei n. 14.133/21, os crimes cometidos em prejuízo dos procedimentos licitatórios ou das contratações diretas realizados pela Administração Pública não foram revogados. Especificamente em relação crime previsto no art. 89 da Lei n. 8666/93, em continuidade típico-normativa, agora encontra-se em vigor no art. 337-E do Código Penal. III - Segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a alegação de ausência de dolo específico, na fase de recebimento da denúncia, só pode ser acolhida quando for demonstrável *ictu oculi*. Caso contrário, é imperativo que se permita o prosseguimento da ação penal visando à devida instrução probatória. No caso, à época do recebimento da denúncia, foram constatados indícios que apontavam para a existência do fim especial de causar danos ao erário, de modo que não havia motivos para proceder ao trancamento prematuro da ação penal. IV - Nos termos do art. 41 do Código de Processo Penal, a denúncia deve descrever o fato criminoso, com todas as suas

Art. 337-E: Admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei.

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa. (tipo incluído pela LLCA)

Para além da tipificação penal, a contratação direta indevida poderá dar ensejo a processos judiciais por cometimento de atos de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/1992), particularmente quando esta causar prejuízo efetivo ao erário.

[...] fato de haver crime que diga respeito à contratação direta indevida atrai a demonstração de que o dolo deixe de ser genérico e passe a ser considerado dolo específico do crime, devendo o órgão de controle legitimado indicar a vontade consciente e deliberada, do agente e eventualmente do contratante de violar aquele bem jurídico tutelado. Em suma, há de se demonstrar que “o agente admitiu, possibilitou ou deu causa à uma contratação direta fora das hipóteses previstas em lei”. (Mill, 2022, p. 20)

Ainda no campo da responsabilização, o artigo 73 da LLCA prevê que “na hipótese de contratação direta indevida ocorrida com dolo, fraude ou erro grosseiro¹⁰, o contratado e o agente público responsável responderão solidariamente pelo dano causado ao erário, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis”:

[...] Observa-se que a legislação pretérita (Lei n. 8.666/1993) previa a possibilidade de responsabilização solidária somente nos casos de contratação direta em que houvesse superfaturamento (artigo 25, §2º). Assim, a nova lei amplia essa possibilidade, indicando que a solidariedade ocorrerá nos casos em que a contratação direta for feita “com dolo, fraude ou erro grosseiro”. É dizer, pode haver situações em que não há superfaturamento, mas havendo algum dano decorrente dessa contratação, oriundo de dolo, fraude ou erro grosseiro, haverá a responsabilidade solidária. (Cabral, 2024, p. 80)

Entretanto, a responsabilidade depende da verificação de algum dano¹¹, não bastando a alegação de irregularidade do procedimento. Ademais, só pode

circunstâncias, bem como a qualificação do acusado e a classificação do crime”. (STJ, 5ª Turma, AgRg no HC 858.804/BA, Ministro Messod Azulay Neto, j. 17/06/2024, DJe 20/06/2024)

¹⁰ “[...] Anote-se que o Decreto nº 9.830/2019, que regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei no 4.657/1942 (LINDB), dispõe que considera-se erro grosseiro aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia, não devendo ser configurado dolo ou erro grosseiro do agente público se não restar comprovada, nos autos do processo de responsabilização, situação ou circunstância fática capaz de caracterizar o dolo ou o erro grosseiro, não servindo como caracterização, para fins de responsabilização, o mero nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso”. (Bittencourt, 2021, p. 115-116)

¹¹ “PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DESPROVIMENTO DO AGRAVO INTERNO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA. I - Na origem, trata-se de ação civil pública por ato de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público Federal. Sustenta-se que os acusados, enquanto prefeito do município de Jundiá/AL, auxiliado pelo então procurador municipal, firmou com a empresa ré, mediante dispensa de licitação, contrato para a realização de shows artísticos no evento intitulado ‘IX Jundiá Fest 2010’, cujas despesas foram, em maior parte, custeadas com verbas federais repassadas pelo Ministério do Turismo em razão do Convênio. [...] argumenta o recorrente que a contratação direta da empresa ré, ora recorrida, foi realizada fora das hipóteses legais, visto que ‘a carta de exclusividade apresentada [...] destinava-se, em verdade, unicamente àquele evento’, sendo,

ocorrer a responsabilização mediante processo administrativo em que sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa (Cabral, 2024, p. 81).

3 Inexigibilidade de licitação

Imprescindível considerar que a premissa de qualquer licitação pública é a viabilidade de disputa entre interessados em celebrar negócio jurídico com o Poder Público. Não seria racional as normas exigirem certame diante de circunstâncias em que a sua realização seria concretamente impossível (Nohara, 2024, p. 286).

Como afirma Celso Antônio Bandeira de Mello (2023, p. 422), “é pressuposto lógico da licitação a existência de uma pluralidade de objetos e de uma pluralidade de ofertantes. Sem isto não há como conceber uma licitação”. O que existe nessa situação é uma caracterização de inexigibilidade do processo licitatório, legitimando a abertura de procedimento de contratação direta, pois nesses casos:

[...] a Administração não pode – nem deve – fazer licitação, porque falta o pressuposto que a justifica: a existência de mais de um potencial interessado qualificado para atender à necessidade da Administração; e não havendo mais de uma pessoa qualificada, será impossível a competição, que constitui o fundamento constitucional do dever de licitar. (Calasans Jr., 2021, p. 138)

Dispõe o *caput* do artigo 74 da LLCA que “é inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de [...]”. É fácil concluir que o rol das hipóteses de inexigibilidade de licitação trazidas pelo referido artigo é meramente exemplificativo, não exaustivo, uma vez que o legislador jamais poderia prever todas as situações em que seria inconcebível o processo licitatório.

De fato, o contexto de uma inexigibilidade de licitação decorre das características do objeto pretendido ou de uma situação relacionada à pessoa a ser contratada. Diz respeito, portanto, à “natureza das coisas” (Justen Filho, 2023, p. 293), do contexto geral de contratação. São esses elementos que determinam a inviabilidade da licitação.

A primeira hipótese de inexigibilidade diz respeito à “aquisição de materiais, de equipamentos ou de gêneros ou contratação de serviços que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comerciais exclusivos” (artigo 74, I, da LLCA). De fato, não se pode falar em processo de competição pública se apenas uma única pessoa é capaz de ofertar o objeto desejado pela Administração. A contratação direta por inexigibilidade é inevitável.

portanto, evidenciado o dolo genérico, suficiente à condenação. VIII - No entanto, sem razão, em detida análise dos autos, verifica-se do acórdão recorrido que, à luz da legislação vigente, não ficou demonstrado cabalmente que os recorridos agiram com o dolo necessário à configuração do ato ímprobo. É dizer que ausente está o necessário elemento anímico da conduta ímproba, sem o qual não é possível a caracterização da tipicidade subjetiva da ilicitude guerreada pela Lei n. 8.429/92. Para além da ausência dos elementos indicativos do dolo, sobressalta também que não há comprovação da ocorrência de efetivo prejuízo ao erário, sobretudo, quando comprovado documentalmente e por testemunhas que o evento efetivamente ocorreu.” (STJ, 2ª Turma, AgInt AREsp 2.497.742/AL, Relator Ministro Francisco Falcão, j. 28/10/2024, DJe 30/10/2024).

A configuração da inexigibilidade nesse caso impõe que o objeto desejado para atendimento do interesse público apenas possa ser ofertado por uma única pessoa. O gestor público deve estar atento, pois o primeiro passo para determinar a inexigibilidade é a caracterização do objeto a ser contratado, que deve estar vinculada diretamente à demanda pública a ser satisfeita com a contratação. Se muitos atores de mercado podem suprir a necessidade pública, oferecendo seus serviços e produtos específicos e singulares, a licitação será obrigatória e a contratação direta por inexigibilidade vedada.

Não é suficiente, por exemplo, que um determinado serviço tenha características exclusivas e que somente uma pessoa esteja habilitada a prestá-lo, pois podem existir serviços similares, capazes de atender o interesse público, oferecidos por outras pessoas e atores de mercado. Nessa situação, não se poderá reconhecer a inexigibilidade de licitação.

Nesse sentido, permanece válido o seguinte trecho de julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ), emanado ainda sob a vigência da Lei nº 8.666/1993:

[...] o que torna inexigível a licitação [...], não é o simples fato de o fornecedor deter a patente de seu produto, mas o fato desse produto deter certas características peculiares, não encontradas nos produtos que lhe são concorrentes, e, ainda, que tais características sejam decisivas para contemplar o interesse público.

(STJ, 2ª Turma, RMS 37.688/MG, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, j. 26/06/2012, DJe 06/08/2012)

O § 1º do artigo 74 da LLCA estabelece que, quanto a hipótese prevista em seu inciso I:

Art. 74. [...]

§ 1º. Para fins do disposto no inciso I do *caput* deste artigo, a Administração deverá demonstrar a inviabilidade de competição mediante atestado de exclusividade, contrato de exclusividade, declaração do fabricante ou outro documento idôneo capaz de comprovar que o objeto é fornecido ou prestado por produtor, empresa ou representante comerciais exclusivos, vedada a preferência por marca específica.

Assim, uma vez caracterizado o objeto a ser contratado, o Poder Público, ao justificar a inexigibilidade da licitação, deverá apresentar o documento comprobatório da existência de uma única pessoa (exclusividade) capaz de celebrar o contrato com a Administração.

Sobre esse ponto, releva mencionar que:

O art. 41, que versa sobre o fornecimento de bens, admite que a Administração possa, excepcionalmente, indicar marcas ou modelos, desde que formalmente justificado, elencando as possibilidades. Dentre as hipóteses, consta "quando determinada marca ou modelo comercializados por mais de um fornecedor forem os únicos capazes de atender às necessidades do contratante". Evidentemente, se essa única marca capaz de atender às necessidades da Administração estiver sendo comercializada por um único fornecedor, dar-se-á a exclusividade. (Bittencourt, 2021, p. 126-127).

Ademais, imprescindível considerar que a Súmula nº 255 do TCU determina que:

Súmula 255: Nas contratações em que o objeto só possa ser fornecido por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, é dever do agente público responsável pela contratação a adoção das providências necessárias para confirmar a veracidade da documentação comprobatória da condição de exclusividade.

A contratação de profissional de setor artístico é a segunda hipótese de inexigibilidade elencada pela lei (art. 74, II, da LLCA). Essa contratação pode ocorrer diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que o respectivo artista preencha o requisito de consagração pela crítica especializada ou pela opinião pública.

O preenchimento do requisito de consagração pela crítica especializada ou pela opinião pública deve ser analisado com muito cuidado em cada situação fática. Como destaca Bittencourt (2021, p. 131), “a situação é análoga a referente ao profissional de notória especialização: o reconhecimento deve ocorrer perante certo público, certa localidade. Há vários exemplos de artistas consagrados em certas regiões, mas não conhecidos em outras”.

Conforme § 2º da LLCA, será considerado como empresário exclusivo a “pessoa física ou jurídica que possua contrato, declaração, carta ou outro documento que ateste a exclusividade permanente e contínua de representação, no País ou em Estado específico, do profissional do setor artístico”. A lei afasta a possibilidade de contratação direta por inexigibilidade por meio de empresário com representação restrita a evento ou local específico.

Esse requisito referente à exclusividade permanente e contínua da representação do profissional inexistia na lei anterior e há doutrinadores que entendem que “afronta os princípios da isonomia e da igualdade de oportunidades”, na medida em que “inviabiliza a contratação daqueles artistas que, por ainda não disporem de reconhecimento mais amplo, não contam com representante permanente” (Calasans Jr., 2021, p. 139).

Outrossim, em relação à remuneração nesses casos, a justificativa de preço deve estar baseada no cachê normalmente cobrada pelo artista, “com base em histórico de suas apresentações, inclusive, é a linha de ação adotada pela AGU, que, por meio da Orientação Normativa no 17/2009” (Bittencourt, 2021, p. 133).

Constitui também hipótese de inexigibilidade (a terceira) a contratação de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação (art. 74, III, da LLCA).

Dentre os serviços técnicos especializados arrolados pela lei estão:

Art. 74. [...]

III – [...]

- a) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos ou projetos 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 de bens de valor histórico;
- h) controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem no disposto neste inciso.

Reforce-se, não se trata de rol exaustivo.

Importante dizer que, a teor § 3º do artigo 74 da LLCA, considera-se de notória especialização:

Art. 74. [...]

§ 3º. Para fins do disposto no inciso III do *caput* deste artigo, 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 reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

Esses requisitos, naturalmente, não são cumulativos, isto é, “a lei permite que o gestor público afira, discricionariamente, outros elementos não arrolados, mas suficientes para validarem a notoriedade do profissional ou empresa. O elenco de predicados é, indubitavelmente, meramente exemplificativo” (Bittencourt, 2021, p. 137).

Convém assinalar que a lei não impõe expressamente que o serviço especializado tenha natureza singular, como era exigido anteriormente pela Lei nº 8.666/1993, evidenciando que:

[...] o legislador optou por desconsiderar o entendimento que predominava, tanto na jurisprudência do Tribunal de Contas da União como na de Cortes do Poder Judiciário, que considerava irregular, por exemplo, a contratação de profissionais da advocacia, quando não caracterizada a singularidade dos serviços. (Calasans Jr., 2021, p. 139)

Sob esse aspecto, no que tange à contratação de serviços jurídicos, pode existir um conjunto de especialistas em determinada área do Direito e o Poder Público necessitar de seus serviços em razão de uma situação extraordinária. Não é possível, nesse caso, realizar comparações e competição entre especialistas com reconhecida capacidade técnica. Na verdade, a notória especialização e o trabalho predominantemente intelectual induzem uma espécie de singularidade inerente de todos os possíveis ofertantes (singular por natureza).

No STJ, há julgado em que a matéria foi abordada, conforme trecho abaixo:

[...] 4. Conforme disposto no art. 74, III, da Lei n. 14.133/2021 e no art. 3º-A do Estatuto da Advocacia, o requisito da singularidade do serviço advocatício foi suprimido pelo legislador, devendo ser demonstrada a notória especialização do agente contratado e a natureza intelectual do trabalho a ser prestado.

5. A mera existência de corpo jurídico próprio, por si só, não inviabiliza a contratação de advogado externo para a prestação de serviço específico para o ente público.

(STJ, 5ª Turma, AgRg no HC 669.347/SP, Relator Ministro Jesuino Rissato, Relator para o Acórdão Ministro João Otávio de Noronha, j. 13/12/2021, DJe 14/02/2022)

Sobre essa temática, recente decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) fixou a seguinte tese, ainda considerando os termos da Lei nº 8.666/1993:

[...] b) São constitucionais os arts. 13, V, e 25, II, da Lei nº 8.666/1993, desde de que interpretados no sentido de que a contratação direta de serviços advocatícios pela Administração Pública, por inexigibilidade de licitação, além dos critérios já previstos expressamente (necessidade de procedimento administrativo formal; notória especialização profissional; natureza singular do serviço), deve observar: (i) inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e (ii) cobrança de preço compatível com a responsabilidade profissional exigida pelo caso, observado, também, o valor médio cobrado pelo escritório de advocacia contratado em situações similares anteriores.

(STF, Tribunal Pleno, RE 656.558/SP, Relator Ministro Dias Toffoli, j. 25/10/2024, DJe 04/11/2024)

Na escolha realizada pela Administração, contudo, deve ficar demonstrada que a qualificação do respectivo contratado é essencial e reconhecidamente adequada à plena satisfação do objeto contratado (art. 74, § 3º, parte final). Por fim, cumpre ressaltar que a LLCA veda a subcontratação de empresas ou a atuação de profissionais distintos daqueles que tenham justificado a inexigibilidade. Assim, a proibição da subcontratação é aplicável:

[...] quando o contratado for pessoa jurídica (empresa), cujos profissionais integrantes de sua equipe técnica não poderão ser substituídos por outros, ainda que de igual especialização. No caso de contratação de pessoa física (profissional), a prestação dos serviços deverá ser, por óbvio, sempre pessoal. Nesse ponto, a inovação é positiva. (Calasans Jr., 2021, p. 144)

Como quarta situação de inexigibilidade, encontra-se a contratação de objetos que devam ou possam ser contratados por meio de credenciamento (art. 74, IV, da LLCA). De fato, o Poder Público, antes mesmo do advento da nova lei, sempre se utilizou desse mecanismo para realizar suas contratações, embora não houvesse previsão normativa na Lei nº 8.666/1993.

A LLCA tratou o credenciamento como um procedimento auxiliar às contratações públicas (art. 78 da LLCA). Nos termos da lei, o credenciamento é:

Art. 6º. [...]

XLIII – [...] processo administrativo de chamamento público em que a Administração Pública convoca interessados em prestar serviços ou fornecer bens para que, preenchidos os requisitos necessários, se credenciem no órgão ou na entidade para executar o objeto quando convocados.

Pelo conceito legal, os credenciados não competem entre si, isto é, todos os particulares interessados, desde que cumpram as exigências mínimas estabelecidas pela Administração, são credenciados.

O credenciamento envolve circunstância em que muitos interessados estão aptos a atender a demanda pública e, ao mesmo tempo, a contratação de um único sujeito não atende de forma devida o interesse público. Com efeito, elabora-se uma lista de possíveis prestadores que são convocados para firmar contratos ao longo do tempo, seguindo regras objetivas estabelecidas. Em suma, no credenciamento, a Administração não elimina nenhum interessado, indicando que todos poderão ser contratados.

São três as hipóteses de contratação em que o credenciamento poderá ser utilizado. A primeira é a contratação paralela e não excludente. Envolvem casos em que é viável e vantajosa para a Administração a realização de contratações simultâneas e não excludentes em condições padronizadas. Enquadra-se nesse cenário a situação em que o Poder Público necessita contratar determinados bens ou serviços e a demanda é muito maior do que os possíveis interessados ou habilitados em atendê-la, por exemplo, a contratação de fornecimento permanente de gêneros alimentícios para feitura de merendas em escolas públicas.

Note-se que, em respeito aos princípios da isonomia, impessoalidade e moralidade, “quando o objeto não permitir a contratação imediata e simultânea de todos os credenciados, deverão ser adotados critérios objetivos de distribuição da demanda” (art. 79, parágrafo único, II, da LLCA).

A segunda hipótese de credenciamento diz respeito a seleção de contratado a critério de terceiros. Isso significa que a Administração Pública irá apenas credenciar os interessados, deixando a decisão quanto a escolha de quem será contratado nas mãos dos particulares beneficiários. Exemplo típico dessa situação é o credenciamento de laboratórios para a realização de exames pelo SUS. Os usuários do serviço de saúde, ao terem acesso à lista dos laboratórios credenciados junto ao Poder Público, elegem em qual desejam realizar exame.

A última hipótese legal de credenciamento (terceira), traz a previsão da contratação de bens e serviços relacionados a mercados fluidos, isto é, aqueles em que há flutuação constante do valor da prestação e das condições de contratação. Nesses mercados, o mais vantajoso para o Poder Público (interesse público) é cadastrar os potenciais interessados, de modo a poder analisar em cada momento as melhores condições para celebrar contratos. Nesse sentido, o credenciamento oferece a flexibilidade necessária para se atingir o interesse público.

Finalizando, tem-se a hipótese de inexigibilidade para a aquisição ou locação de imóvel cujas características de instalação e de localização tornem necessária sua escolha (art. 74, V, da LLCA), devendo ser observadas os seguintes requisitos:

Art. 74. [...]

§ 5º. [...]

I - avaliação prévia do bem, do seu estado de conservação, dos custos de adaptações, quando imprescindíveis às necessidades de utilização, e do prazo de amortização dos investimentos;

II - certificação da inexistência de imóveis públicos vagos e disponíveis que atendam ao objeto;

III - justificativas que demonstrem a singularidade do imóvel a ser comprado ou locado pela Administração e que evidenciem vantagem para ela.

4 Dispensa de licitação

A dispensa da licitação, conforme já antecipado neste artigo, ocorre nos casos em que a realização do procedimento licitatório não é conveniente ou oportuna para o interesse público, ainda que seja possível deflagrar uma competição e que exista alguma modalidade de licitação que poderia se enquadrar perfeitamente àquela situação.

Nesse sentido, esclarecem Augusto Neves Dal Pozzo e Sílvio Luís Ferreira da Rocha (2024, p. 375) que, mesmo havendo a possibilidade e viabilidade de realizar a licitação, “como a presença de pluralidade de bens ou de ofertantes, mas razões de interesse público, descritas hipoteticamente em lei, autorizam o Poder Público a não a realizar”.

O artigo 75 da LLCA estabelece um rol taxativo de casos específicos em que a autoridade competente pode usar de sua discricionariedade para dispensar a licitação, o que não a dispensará, contudo, de realizar procedimento administrativo prévio. Nesse sentido, deve ressaltar que:

[...] Na licitação dispensável, os fatos concretos devem se adequar perfeitamente ao respectivo dispositivo legal, com atendimento a todos os requisitos neles constantes, não se permitindo, em nenhuma hipótese, qualquer exercício de criatividade do agente público. Logo, as circunstâncias de sua ocorrência estão expressamente previstas na lei, abraçando no ordenamento jurídico pátrio um elenco fechado (*numerus clausus*), não sendo facultado ao administrador público ultrapassar os conteúdos legalmente traçados. (Bittencourt, 2021, p. 159)

Os incisos I e II do artigo 75 da LLCA¹² tratam das hipóteses em que, em razão do valor¹³ – considerado pequeno – que será gasto para compras, obras e serviços, é dispensável a licitação, nos seguintes termos:

¹² Sobre os incisos I e II do artigo 75 da Lei nº 14.133/2021, importante ler os §§1º a 4º e §7º do mesmo dispositivo, *in verbis*:

“§ 1º Para fins de aferição dos valores que atendam aos limites referidos nos incisos I e II do *caput* deste artigo, deverão ser observados:

I - o somatório do que for despendido no exercício financeiro pela respectiva unidade gestora;

II - o somatório da despesa realizada com objetos de mesma natureza, entendidos como tais aqueles relativos a contratações no mesmo ramo de atividade.

§ 2º Os valores referidos nos incisos I e II do *caput* deste artigo serão duplicados para compras, obras e serviços contratados por consórcio público ou por autarquia ou fundação qualificadas como agências executivas na forma da lei.

§ 3º As contratações de que tratam os incisos I e II do *caput* deste artigo serão preferencialmente precedidas de divulgação de aviso em sítio eletrônico oficial, pelo prazo mínimo de 3 (três) dias úteis, com a especificação do objeto pretendido e com a manifestação de interesse da Administração em obter propostas adicionais de eventuais interessados, devendo ser selecionada a proposta mais vantajosa.

§ 4º As contratações de que tratam os incisos I e II do *caput* deste artigo serão preferencialmente pagas por meio de cartão de pagamento, cujo extrato deverá ser divulgado e mantido à disposição do público no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP).

[...]

§ 7º Não se aplica o disposto no § 1º deste artigo às contratações de até R\$ 8.000,00 (oito mil reais) de serviços de manutenção de veículos automotores de propriedade do órgão ou entidade contratante, incluído o fornecimento de peças”.

¹³ “Mirando oferecer mecanismo para a definição do valor estimado para a contratação de obras e serviços de engenharia nos processos de contratação direta no âmbito da Administração Pública federal direta,

Art. 75 [...].

I - para contratação que envolva valores inferiores a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), no caso de obras e serviços de engenharia ou de serviços de manutenção de veículos automotores;

II - para contratação que envolva valores inferiores a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), no caso de outros serviços e compras.

Os valores acima referidos serão atualizados anualmente¹⁴ e duplicados para compras, obras e serviços contratados por consórcio público ou por autarquia ou fundação qualificadas como agências executivas na forma da lei (art. 75, § 2º, da LLCA).

A dispensa também é possível para contratação que mantenha todas as condições definidas em edital de licitação deserta ou fracassada¹⁵ realizada há menos de 1 (um) ano, quando se verificar que naquela licitação, conforme preconiza o inciso III do artigo 75 da LLCA:

Art. 75 [...].

III - [...]

a) não surgiram licitantes interessados ou não foram apresentadas propostas válidas;

b) as propostas apresentadas consignaram preços manifestamente superiores aos praticados no mercado ou incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes.

O Tribunal de Contas da União (TCU), com relação à dispensa de licitação em razão de realização de licitação prévia para a qual não surgiram licitantes interessados ou não foram apresentadas propostas válidas, firmou entendimento no sentido de que “a licitação deserta deve ser repetida ou justificada a inviabilidade de sua repetição” (TCU, Acórdão 6440/2011, Primeira Câmara, Relator Augusto Sherman), sendo que a “contratação direta por licitação deserta deve demonstrar que a repetição do certame poderá resultar em prejuízo à Administração, em exposição de motivos constante no processo de contratação” (TCU, Acórdão 7049/2010, Segunda Câmara, Relator José Jorge).

No mesmo sentido, o STJ já se manifestou:

[...] No regime do Decreto-lei 2300/86, a licitação deserta - assim entendida aquela a que não ocorrem licitantes - dá margem à repetição do procedimento licitatório ou à contratação direta, desde que comprovado o prejuízo à Administração em repetir o certame (art. 22, VI).

(STJ, 1ª Turma, REsp 582.030/DF, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, j. 03/05/2005, DJ 16/05/2005)

Decidiu também o TCU pela irregularidade da contratação direta “com fundamento em *licitação fracassada* sem que antes tenha sido concedido o prazo

autárquica e fundacional, foi editada a Instrução Normativa SEGES/ME no 72, de 12.08.2021”. (Bittencourt, 2021, p. 173)

¹⁴ Lei nº 14.133/2021, “Art. 182. O Poder Executivo federal atualizará, a cada dia 1º de janeiro, pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) ou por índice que venha a substituí-lo, os valores fixados por esta Lei, os quais serão divulgados no PNCP”.

¹⁵ “Licitação deserta é aquela em que nenhum proponente interessado comparece no certame. Licitação frustrada (ou fracassada) é aquela em que nenhum proponente é selecionado em decorrência de inabilitação ou de desclassificação das proposta”. (Bittencourt, 2021, p. 176)

de oito dias úteis às empresas participantes do certame para apresentação de outras propostas escoimadas das falhas que ensejaram a desclassificação” (TCU, Acórdão 756/2022, Plenário, Relator Marcos Bemquerer).

Vale ressaltar, contudo, que tais decisões se deram sobre eventos ocorridos ainda sob a égide da antiga lei de licitações, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, revogada pela Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.

No inciso IV, alíneas “a” a “m” do artigo 75 da LLCA¹⁶, são verificadas hipóteses de dispensa de licitação em razão do objeto. As alíneas “c”, “d”, “j” e “k” do

¹⁶ “Art. 75. É dispensável a licitação:

[...]

IV - para contratação que tenha por objeto:

a) bens, componentes ou peças de origem nacional ou estrangeira necessários à manutenção de equipamentos, a serem adquiridos do fornecedor original desses equipamentos durante o período de garantia técnica, quando essa condição de exclusividade for indispensável para a vigência da garantia;

b) bens, serviços, alienações ou obras, nos termos de acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional, quando as condições ofertadas forem manifestamente vantajosas para a Administração;

c) produtos para pesquisa e desenvolvimento, limitada a contratação, no caso de obras e serviços de engenharia, ao valor de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais);

d) transferência de tecnologia ou licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida, nas contratações realizadas por instituição científica, tecnológica e de inovação (ICT) pública ou por agência de fomento, desde que demonstrada vantagem para a Administração;

e) hortifrutigranjeiros, pães e outros gêneros perecíveis, no período necessário para a realização dos processos licitatórios correspondentes, hipótese em que a contratação será realizada diretamente com base no preço do dia;

f) bens ou serviços produzidos ou prestados no País que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional;

g) materiais de uso das 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 autorização por ato do comandante da força militar;

h) bens e serviços para atendimento dos contingentes militares das forças singulares brasileiras empregadas em operações de paz no exterior, hipótese em que a contratação deverá ser justificada quanto ao preço e à escolha do fornecedor ou executante e ratificada pelo comandante da força militar;

i) abastecimento ou suprimento de efetivos militares em estada eventual de curta duração em portos, aeroportos ou localidades diferentes de suas sedes, por motivo de movimentação operacional ou de adestramento;

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

k) aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que inerente às finalidades do órgão ou com elas compatível;

l) serviços especializados ou aquisição ou locação de equipamentos destinados ao rastreamento e à obtenção de provas previstas nos incisos II e V do *caput* do art. 3º da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, quando houver necessidade justificada de manutenção de sigilo sobre a investigação;

m) aquisição de medicamentos destinados exclusivamente ao tratamento de doenças raras definidas pelo Ministério da Saúde;”.

mencionado inciso IV, assim como os incisos V¹⁷, X¹⁸, XII¹⁹, XIV²⁰, XV²¹ e XVI²², todos do artigo 75, enumeram casos em que há função extraeconômica da contratação, quando o Estado busca a realização de outros fins estatais, o que justificaria a dispensa, na avaliação de Rosmari Aparecida Ferraiolo (2022, p. 219-238).

Seguindo a mesma linha classificatória da autora supra referida, a dispensa de licitação também pode ocorrer em razão do custo temporal, isto é, quando a demora na realização do certame pode acarretar a ineficácia da contratação (incisos IV, alíneas “e” e “i”; VII²³; VIII²⁴ e XIII²⁵); e quando se constata a ausência de potencialidade de benefício (incisos III, alíneas “a” e “b”; IV, alíneas “a”, “b”, “f”, “g”, “h”, “l” e “m”; VI²⁶; IX²⁷ e XI²⁸).

Merece destaque a dispensa de licitação quando há situações excepcionais, como (i) nos casos de guerra, estado de defesa, estado de sítio, intervenção federal

¹⁷ Art. 75 [...] V - para contratação com vistas ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 3º-A, 4º, 5º e 20 da Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, observados os princípios gerais de contratação constantes da referida Lei;

¹⁸ “Art. 75 [...] X - quando a União tiver que intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento;”.

¹⁹ “Art. 75 [...] XII - para contratação em que houver transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde (SUS), conforme elencados em ato da direção nacional do SUS, inclusive por ocasião da aquisição desses produtos durante as etapas de absorção tecnológica, e em valores compatíveis com aqueles definidos no instrumento firmado para a transferência de tecnologia;”.

²⁰ “Art. 75 [...] XIV - para contratação de associação de pessoas com deficiência, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgão ou entidade da Administração Pública, para a prestação de serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado e os serviços contratados sejam prestados exclusivamente por pessoas com deficiência;”.

²¹ “Art. 75 [...] XV - para contratação de instituição brasileira que tenha por finalidade estatutária apoiar, captar e executar atividades de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo à inovação, inclusive para gerir administrativa e financeiramente essas atividades, ou para contratação de instituição dedicada à recuperação social da pessoa presa, desde que o contratado tenha inquestionável reputação ética e profissional e não tenha fins lucrativos;”.

²² “Art. 75 [...] XVI - para aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de insumos estratégicos para a saúde produzidos por fundação que, regimental ou estatutariamente, tenha por finalidade apoiar órgão da Administração Pública direta, sua autarquia ou fundação em projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e de estímulo à inovação, inclusive na gestão administrativa e financeira necessária à execução desses projetos, ou em parcerias que envolvam transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o SUS, nos termos do inciso XII deste *caput*, e que tenha sido criada para esse fim específico em data anterior à entrada em vigor desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;”.

²³ “Art. 75 [...] VII - nos casos de guerra, estado de defesa, estado de sítio, intervenção federal ou de grave perturbação da ordem;”.

²⁴ “Art. 75 [...] VIII - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a continuidade dos serviços públicos ou a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para aquisição dos bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 1 (um) ano, contado da data de ocorrência da emergência ou da calamidade, vedadas a prorrogação dos respectivos contratos e a recontração de empresa já contratada com base no disposto neste inciso;”.

²⁵ “Art. 75 [...] XIII - para contratação de profissionais para compor a comissão de avaliação de critérios de técnica, quando se tratar de profissional técnico de notória especialização;”.

²⁶ “Art. 75 [...] VI - para contratação que possa acarretar comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos pelo Ministro de Estado da Defesa, mediante demanda dos comandos das Forças Armadas ou dos demais ministérios;”.

²⁷ “Art. 75 [...] IX - para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integrem a Administração Pública e que tenham sido criados para esse fim específico, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;”.

²⁸ “Art. 75 [...] XI - para celebração de contrato de programa com ente federativo ou com entidade de sua Administração Pública indireta que envolva prestação de serviços públicos de forma associada nos termos autorizados em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação;”.

ou de grave perturbação da ordem (artigo 75, inciso VII); e (ii) nos casos de emergência ou de calamidade pública (artigo 75, VIII).

Nesta última hipótese, como estabelece o próprio dispositivo legal, deve ficar comprovada a necessidade urgente de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a continuidade dos serviços públicos ou a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares.

Nos termos do § 6º do artigo 75 da LLCA, considera-se emergencial a contratação por dispensa com objetivo de manter a continuidade do serviço público, devendo ser observados os valores praticados pelo mercado²⁹, bem como adotadas as providências necessárias para a conclusão do processo licitatório, sem prejuízo de apuração de responsabilidade dos agentes públicos que deram causa à situação emergencial.

O TCU entende que há possibilidade de responsabilização do gestor público quando se comprovar que a necessidade de contratação emergencial se deu por conta de desídia ou má gestão dos recursos públicos:

[...] Para caracterizar situação emergencial passível de dispensa de licitação, deve restar evidente que a contratação imediata é a via adequada e efetiva para eliminar iminente risco de dano ou de comprometimento da segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, restringindo-se ao estritamente necessário ao atendimento da situação calamitosa. Deve-se divisar a conduta dos agentes públicos que concorreram para originar a situação emergencial da ação daqueles que apenas atuaram para elidir o risco de dano.
(TCU, Acórdão 1217/2014, Plenário, Relatora Ana Arraes)

[...] A situação de contratação emergencial decorrente da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos públicos pode implicar a responsabilização do gestor que lhe deu causa, em face de sua omissão quanto ao dever de agir a tempo, adotando as medidas cabíveis para a realização do regular procedimento licitatório.
(TCU, Acórdão 1122/2017, Plenário, Relator Benjamin Zymler)

A dispensa nos casos de emergência ou de calamidade pública é autorizada somente para aquisição dos bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa³⁰ e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 1 (um) ano, contado da data de ocorrência da emergência ou da calamidade, vedadas a prorrogação dos respectivos contratos e a recontração de empresa já contratada com base na mesma justificativa de excepcionalidade.

²⁹ Lei nº 14.133/2021, "Art. 23. O valor previamente estimado da contratação deverá ser compatível com os valores praticados pelo mercado, considerados os preços constantes de bancos de dados públicos e as quantidades a serem contratadas, observadas a potencial economia de escala e as peculiaridades do local de execução do objeto".

³⁰ "A contratação direta *emergencial*, fundamentada no art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/1993, deve se restringir somente à parcela mínima necessária para afastar a concretização do dano ou a perda dos serviços executados, devendo a solução definitiva, conforme o caso, ser objeto de *licitação* formal".
(TCU, Acórdão 6439/2015, Primeira Câmara, Relator Augusto Sherman)

Acerca ao impedimento da recontração, que inexistia na lei anterior, houve recente julgamento no STF em que foi dada interpretação conforme à Constituição ao artigo 75, VIII, da Lei nº 14.133/2021, sem redução de texto, fixando a seguinte tese:

[...] É constitucional a vedação à recontração de empresa contratada diretamente por dispensa de licitação nos casos de emergência ou calamidade pública, prevista no inc. VIII do art. 75 da Lei n. 14.133/2021; - A vedação incide na recontração fundada na mesma situação emergencial ou calamitosa que extrapole o prazo máximo legal de 1 (um) ano, e não impede que a empresa participe de eventual licitação substitutiva à dispensa de licitação e seja contratada diretamente por outro fundamento previsto em lei, incluindo uma nova emergência ou calamidade pública, sem prejuízo do controle de abusos ou ilegalidades na aplicação da norma.
(STF, Tribunal Pleno, ADI 6.890/DF, Relator Ministro Cristiano Zanin, j. 09/09/2024, DJe 17/09/2024)

Sobre a dispensa de licitação motivada por intervenção federal (artigo 75, inciso VII), embora sob a égide da legislação anterior, importa trazer o posicionamento do TCU a respeito, em resposta à consulta na qual foram delineados requisitos para sua autorização:

[...] É possível a realização de contratações diretas com fulcro no art. 24, inciso III, da Lei 8.666/1993 durante intervenção federal decretada em razão de grave comprometimento da ordem pública, desde que o processo de dispensa seja instruído com os seguintes requisitos:

- i) demonstração de que a contratação está restrita à área temática abrangida pelo documento que decretou a intervenção, assim entendidos os bens e serviços essenciais à consecução dos seus objetivos, sejam eles relacionados com as atividades finalísticas ou de apoio dos órgãos formalmente envolvidos com a intervenção federal, por meio da descrição das circunstâncias fáticas, documentos e dados que ensejaram essa conclusão;
- ii) caracterização da urgência que acarreta a impossibilidade de se aguardar o tempo necessário a um procedimento licitatório regular;
- iii) limitação e justificativa dos quantitativos de bens e serviços a serem adquiridos, os quais devem ser suficientes ao atendimento da demanda;
- iv) vigência dos contratos firmados limitada à data final estabelecida para a intervenção, não admitidas prorrogações; e
- v) comprovação nos autos do atendimento às disposições do art. 26, parágrafo único, da Lei 8.666/1993, em especial a razão da escolha do fornecedor ou executante e a justificativa do preço contratado, a partir de pesquisa prioritariamente junto a fontes públicas.
(TCU, Acórdão 1358/2018, Plenário, Relator Vital do Rêgo).

Note-se que a simples decretação da intervenção federal não permite a dispensa de licitação. É necessário comprovar a correlação temática entre os motivos que ensejaram a intervenção federal e a contratação com dispensa de licitação, a qual deve conter apenas bens e serviços essenciais para que sejam atingidos os objetivos específicos da intervenção.

Dando seguimento à análise das demais hipóteses de dispensa previstas nos incisos do artigo 75 da LLCA, insta destacar que, dentre as classificações possíveis, a doutrina alude à dispensa de licitação em razão da pessoa que irá contratar com a Administração, como ocorre nos casos dos incisos IX (órgão ou

entidade que integrem a Administração Pública e que tenham sido criados para esse fim específico); XIV (associação de pessoas com deficiência, sem fins lucrativos); XV (instituição brasileira que tenha por finalidade estatutária apoiar, captar e executar atividades de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico; e instituição dedicada à recuperação social da pessoa presa); e XVI (fundação que apoia órgão da Administração Pública direta em projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e de estímulo à inovação).

A dispensa de licitação também pode ocorrer na contratação de entidades privadas sem fins lucrativos, (i) para a implementação de cisternas ou outras tecnologias sociais de acesso à água para consumo humano e produção de alimentos, a fim de beneficiar as famílias rurais de baixa renda atingidas pela seca ou pela falta regular de água (artigo 75, inciso XVII); e (ii) para a implementação do Programa Cozinha Solidária, que tem como finalidade fornecer alimentação gratuita preferencialmente à população em situação de vulnerabilidade e risco social, incluída a população em situação de rua, com vistas à promoção de políticas de segurança alimentar e nutricional e de assistência social e à efetivação de direitos sociais, dignidade humana, resgate social e melhoria da qualidade de vida (artigo 75, inciso XVIII).

Por fim, vale mencionar que o artigo 76 da LLCA estabelece normas para a “alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado”, elencando diversas hipóteses em que fica dispensada a realização de licitação para essa alienação, por exemplo, em caso de dação em pagamento, venda a outro órgão ou entidade da Administração Pública de qualquer esfera de governo, venda de materiais e equipamentos sem utilização previsível por quem deles dispõe para outros órgãos ou entidades da Administração Pública, entre outras (Bittencourt, 2021, p. 289 e ss.).

Assim, para finalizar, convém ressaltar posicionamento no sentido de que:

[...] não são todos os casos de dispensa que obrigam a Administração a dispensar, ou não, a licitação, pois, enquanto o art. 74 determina que “é dispensável a licitação”, o inciso II do art. 76 estabelece ostensivamente que “dispensada está (a licitação) nos seguintes casos”, ou seja, nesses casos, a Administração é obrigada a dispensar a licitação. Assim, diversos autores, na esteira do posicionamento de Hely Lopes Meirelles, expõem que, na realidade, há três categorias de contratação direta:

- a licitação inexigível do art. 74 – que é inviável;
- a licitação dispensável do art. 75 – de dispensa discricionária;
- a licitação dispensada do art. 76, II – em que é obrigatória a dispensa.

A diferença entre a licitação dispensável e a dispensada reside, como regra geral, no fato de que esta última é compulsória, ou seja, não confere discricionariedade à Administração para avaliar se dispensará ou não a licitação nas situações contempladas na lei. (Nohara, 2024, p. 292)

5 Considerações finais

Da análise dos dispositivos legais e da jurisprudência correlata, evidencia-se que a contratação direta no âmbito da Administração pública remete a uma necessidade de atendimento ao interesse público concretamente identificado de maneira mais célere.

Esse método de contratação, contudo, apresenta um conjunto de riscos de abusos e violações das regras e princípios que norteiam a atuação do Estado democrático. Em razão disso, a nova LLCA procurou detalhar o procedimento de maneira a ressaltar o papel do planejamento, com toda a documentação necessária para justificar a exceção à licitação, sem prejuízo ao interesse público.

De fato, numa sociedade tão desigual e violenta como a brasileira, cujos grandes desafios históricos nunca foram equacionados, o patrimonialismo e a apropriação privada do Estado constituem um traço marcante.

Nesse cenário, o gestor público deve ter um cuidado mais do que redobrado, especialmente, ao trilhar o caminho da inexigibilidade e da dispensa de licitação, estando muito atento a todos os requisitos que configuram e legitimam essas formas de contratação, a fim de que todo o processo seja realizado de maneira robusta, demonstrando a devida motivação e justificativa, para garantir a transparência e o controle, de modo a evitar arbitrariedades e qualquer prejuízo ao Estado e à coletividade.

Referências

BITTENCOURT, Sidney. *Contratando sem licitação: contratação direta por dispensa ou inexigibilidade*. 3. ed. São Paulo: Almedina, 2021.

BRASIL. Lei nº 14.133/2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 04 dez. 2024.

BRASIL. Lei nº 8.666/1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 04 dez. 2024.

BRASIL. STF, Tribunal Pleno, *ADI 6.890/DF*, Relator Ministro Cristiano Zanin, j. 09/09/2024, DJe 17/09/2024.

BRASIL. STF, Tribunal Pleno, *RE 656.558/SP*, Relator Ministro Dias Toffoli, j. 25/10/2024, DJe 04/11/2024.

BRASIL. STJ, 1ª Turma, *REsp 582.030/DF*, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, j. 03/05/2005, DJ 16/05/2005.

BRASIL. STJ, 2ª Turma, *AgInt AREsp 2.497.742/AL*, Relator Ministro Francisco Falcão, j. 28/10/2024, DJe 30/10/2024.

BRASIL. STJ, 2ª Turma, *RMS 37.688/MG*, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, j. 26/06/2012, DJe 06/08/2012.

BRASIL. STJ, 5ª Turma, *AgRg no HC 669.347/SP*, Relator Ministro Jesuíno Rissato, Relator para o Acórdão Ministro João Otávio de Noronha, j. 13/12/2021, DJe 14/02/2022.

BRASIL. STJ, 5ª Turma, *AgRg no HC 858.804/BA*, Ministro Messod Azulay Neto, j. 17/06/2024, DJe 20/06/2024.

BRASIL. TCU, Plenário, Acórdão 756/2022, Relator Marcos Bemquerer.

BRASIL. TCU, Plenário, Acórdão 1122/2017, Relator Benjamin Zymler.

BRASIL. TCU, Plenário, Acórdão 1217/2014, Relatora Ana Arraes.

BRASIL. TCU, Plenário, Acórdão 1358/2018, Relator Vital do Rêgo.

BRASIL. TCU, Primeira Câmara, Acórdão 6439/2015, Relator Augusto Sherman.

BRASIL. TCU, Primeira Câmara, Acórdão 6440/2011, Relator Augusto Sherman.

BRASIL. TCU, Segunda Câmara, Acórdão 7049/2010, Relator José Jorge.

CABRAL, Flávio Garcia. A necessária fase preparatória da contratação direta na Lei nº 14.133/2021. *Controle em Foco: Revista do MPC/MG*, Belo Horizonte, v. 4, n. 7, p. 70-83, jan./jun. 2024. Disponível em:

<https://revista.mpc.mg.gov.br/controleemfoco/article/view/133/105>. Acesso em: 03 dez. 2024.

CALASANS JR., José. *Manual da licitação*. 3. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2021.

DAL POZZO, Augusto Neves; ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2024.

DUVERGER, Maurice. *Métodos de las ciencias sociales*. Barcelona: Ariel, 1980.

FERRAILOLO, Rosmari Aparecida. Hipóteses de contratação direta: inexigibilidade, dispensa e alienações. In: CAMARGO, Bibiana Helena Freitas; ROSSI, Sérgio Ciquera; COMPARONI, Patrick Raffael. *Reflexões sobre a nova lei de licitações*. São Paulo: TCESP, 2022, p. 219-238.

HELLER, Herman. *Teoria do Estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Forense, 2023.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 36. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

MILL, Lorenzo Caser. Notas sobre a Lei 14.133/2021: “novos” princípios, alterações no processo de contratação direta e ressignificação do critério de julgamento por menor preço. *Revista da PGBC*, v. 16, n. 2, dez. 2022. Disponível em: <https://revistapgbc.bcb.gov.br/revista/issue/view/37/186>. Acesso em: 03 dez. 2024.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

NOHARA, Irene Patrícia D. *Direito Administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2024.

PEDRA, Anderson Sant’Ana. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021 – v. 2*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. *Direito Administrativo*. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

Data de submissão: 25 out. 2024
Data de aprovação: 08 dez. 2024