

---

# DISPENSA DE LICITAÇÃO: HIPÓTESES APLICÁVEIS ÀS ATIVIDADES DAS FORÇAS ARMADAS

*Cláudio Roberto Miguel da Silva Vicentino  
Advogado da União em exercício no NAI/RJ*

*Paulo Kusano Bucalen Ferrari  
Advogado da União em exercício no NAI/RJ  
Especialista em Direito da Administração  
Pública pela Universidade Federal  
Fluminense*

*Romilson de Almeida Volotão  
Advogado da União, Especialista em Direito  
do Estado e Regulatório pela Fundação  
Getúlio Vargas. Coordenador-Geral  
Substituto do NAI/RJ*

---

Sumário: Introdução. 1 Previsão constitucional do princípio licitatório; 1.2 Princípio licitatório enquanto subprincípio dos princípios da isonomia, impessoalidade e eficiência; 1.3 Significado e alcance do princípio licitatório; 1.4 Limitações ao princípio licitatório: inexigibilidade de licitação, licitação dispensada e dispensa de licitação; 2 Inexigibilidade de licitação: quando o processo licitatório é imprestável à realização da isonomia, da impessoalidade e da eficiência; 3 Dispensa de licitação: quando outros princípios, valores ou bens jurídicos, em hipóteses previamente estabelecidas pela lei, se sobrepõem ao princípio licitatório; 4 Dispensa de licitação: hipóteses aplicáveis às Forças Armadas previstas na Lei 8.666/1993; 4.1 Dispensa de licitação nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem; 4.2 Dispensa de licitação na hipótese de comprometimento da segurança nacional; 4.3 Dispensa de licitação para abastecimento durante operações ou exercícios militares; 4.4 Dispensa de licitação na hipótese de padronização de materiais de uso das Forças Armadas; 4.5 Dispensa de Licitação para bens e serviços produzidos ou prestados no País, que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional; 4.6 Dispensa de licitação na aquisição de bens e contratação de serviços para atender aos contingentes militares das Forças Singulares brasileiras empregadas em operações de paz no exterior; 5 Conclusões.; Referências.

**RESUMO:** As Forças Armadas, para o cumprimento de suas atribuições constitucionais, precisam contratar obras, bens e serviços perante os fornecedores do mercado. Tais contratações devem observância aos ditames do princípio licitatório. Assim, este artigo parte de uma abordagem do que é o princípio licitatório e sua previsão constitucional. Tal princípio é apresentado como corolário dos princípios da isonomia, da impessoalidade e da eficiência. Em seguida, o significado, o alcance e as limitações ao princípio são apresentados. O princípio licitatório é classificado em razão de sua destinatária por excelência: a Administração Pública, direta e indireta. A natureza instrumental da licitação é explicitada, demonstrando-se não se tratar de procedimento que se esgota em si mesmo. Busca-se coadunar o princípio licitatório com outros valores e bens jurídicos constitucionalmente protegidos, cujo exercício foi conferido às Forças Armadas. Faz-se uma breve conceituação da inexigibilidade de licitação e da dispensa de licitação. Passa-se, então ao estudo das hipóteses específicas de dispensa de licitação aplicáveis às Forças Armadas previstas na Lei 8.666/1993.

**PALAVRAS-CHAVE:** Princípio licitatório. Licitação. Contratação direta. Inexigibilidade de licitação. Dispensa de licitação. Lei 8.666/1993. Forças Armadas.

## INTRODUÇÃO

“Si vis pacem, para bellum”

Com a clássica citação latina, cuja tradução é: “*Se queres paz, prepara-te para a guerra*”, inicia-se este artigo. A expressão não significa um chamamento à guerra. Pelo contrário, apenas um alerta aos povos de que a paz não é uma dádiva, mas, uma conquista, segundo Levi Bucalem Ferrari:

A paz, como a democracia, nunca serão estágios definitivos a que chegam as sociedades e daí a passarem a ser considerados como naturais, imutáveis. Ao contrário, tanto uma como outra são conquistas históricas a serem mantidas institucionalmente por sobre o intenso jogo de interesses concretos de indivíduos, classes e nações. Interesses em torno dos quais se forjam alianças, coalizões, conspirações, tiranias e guerras, todas e quaisquer, enfim formas sociais de dominação, violentas ou não. São assim, democracia e paz, flores tão sofisticadas quanto frágeis a exigirem cuidados constantes.<sup>1</sup>

É preciso estar preparado para a guerra para se atingir a paz, ou mesmo para evitar a própria guerra.

Por mais românticos que sejam os ideais pacifistas, para que uma nação viva em paz, ela não pode prescindir da preocupação com segurança e defesa. O Estado-Nação moderno pressupõe a existência de forças armadas profissionais para a preservação: do povo; da soberania; do território; das riquezas naturais; do espaço aéreo, marítimo e fluvial; da infraestrutura econômica, energética e logística; do próprio Estado; e dos poderes públicos.

Mesmo para o Brasil, que tradicionalmente busca a solução pacífica de controvérsias com outros países, a preocupação com segurança e defesa não pode ser ignorada. Até o exercício da diplomacia pressupõe a necessidade de uma política de defesa:

É interessante ressaltar, também, ao se abordar o binômio política externa e política de defesa, que as conquistas ou a defesa de interesses vitais pela diplomacia só se viabilizam quando há, por trás dela, um força capaz de respaldá-la.<sup>2</sup>

1 FERRARI, Levi Bucalem. A Guerra do Brasil. In: LUCAS, Fábio e BELLUZO, Luiz Gonzaga (Org.). *A Guerra do Brasil*. São Paulo: 2000. p. 201.

2 COSTA, Darc. *Fundamentos para o Estudo da Estratégia Nacional*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2009. p. 483.

### A segurança, conforme o estudioso em estratégia Darc Costa:

[...] envolve tanto a prevenção à choques intraestatais, defesa interna – algo que se processa no âmbito das soberanias dos estados envolvidos –, quando à prevenção a ação dos choques interestatais, que visam defender soberanias e vontades nacionais e que se conceituam como defesa externa.<sup>3</sup>

As Forças Armadas do Brasil não detém a capacidade de produzir e executar todos os bens, obras e serviços de que necessitam. Assim, tais instituições, para o cumprimento de suas atribuições constitucionais, precisam se valer de fornecedores do mercado, através de contratações públicas. Por sua vez, o direito administrativo contratual é, em regra, precedido de um processo denominado *licitação*.

Assim, este artigo parte de uma abordagem do que é o princípio licitatório e sua previsão constitucional. Tal princípio é apresentado como corolário dos princípios da isonomia, da impessoalidade e da eficiência. Em seguida, o significado, o alcance e as limitações a tal princípio são apresentados.

O princípio licitatório é classificado em razão de sua destinatária por excelência: a Administração Pública, direta e indireta. Assim, as Forças Armadas brasileiras, como órgãos da estrutura administrativa pública, são também destinatárias do princípio licitatório.

A natureza instrumental da licitação é explicitada, demonstrando-se não se tratar de procedimento que se esgota em si mesmo. Deste modo, busca-se coadunar o princípio licitatório com outros valores e bens jurídicos constitucionalmente protegidos, cujo exercício foi conferido às Forças Armadas, em caráter privativo, ou concorrente com as forças de segurança. Faz-se uma breve conceituação da inexigibilidade de licitação e da dispensa de licitação. Passa-se, então ao estudo das hipóteses de dispensa de licitação potencialmente aplicáveis às Forças Armadas, previstas na Lei 8.666/1993.

A ciência jurídica que tem a finalidade de interpretar as normas de regência da sociedade, do Estado e dos agentes públicos não pode atuar isoladamente. As normas jurídicas provêm dos representantes dos mais diversos setores da sociedade e se destinam, igualmente, à regulação dos mais diferentes ramos de atividades, públicas ou privadas. Em que pese caber ao exegeta a função interpretativa da norma, não é ele depositário do conhecimento enciclopédico humano a ponto de pronunciar-se sobre todas as definições, conceitos e noções de outras ciências do conhecimento.

3 COSTA, op. cit., p. 482.

O diferencial que se busca neste estudo em relação às respeitadas opiniões da doutrina nacional é o enriquecimento da interpretação das hipóteses de dispensa de licitação com conceitos e lições extraídas das lições da história e da ciência estratégica.

Neste sentido, o trabalho ousará discordar de determinados entendimentos consolidados, sem que isso, contudo, implique em menosprezo por eminentes juristas.

## **1 PREVISÃO CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO LICITATÓRIO**

A importância do princípio licitatório é tamanha que o legislador constituinte, na esteira de diversos outros ordenamentos jurídicos, entendeu relevante sua inserção expressa no texto constitucional em capítulo destinado a traçar os princípios basilares da Administração Pública brasileira, estampando-o no inciso XXI do Art. 37:

XXI – ressalvados os casos específicos 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 necessidade de se assegurar igualdade de condições aos particulares interessados na formação de vínculo contratual com a Administração Pública não guarda relação direta apenas com a isonomia prestigiada no *caput* do Art. 5º da Constituição. Um conjunto de princípios constitucionais, insculpidos na Carta Política de 1988, harmoniza-se para formar o princípio licitatório como se verá mais adiante.

### **1.1 PRINCÍPIO LICITATÓRIO ENQUANTO SUBPRINCÍPIO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, IMPESSOALIDADE E EFICIÊNCIA**

Uma leitura rápida do dispositivo do inciso XXI do Art. 37 da Constituição da República levaria à idéia de dele se extrair tão somente uma regra e não um princípio.

As normas jurídicas (princípios ou regras) não se confundem com os respectivos dispositivos normativos em que se encontram insertas.

As normas consistem no sentido extraído dos dispositivos. São variados os critérios de distinção entre princípios e regras.

Na fascinante obra *Teoria dos Princípios*, o Professor Humberto Ávila aborda todas as teorias dissociativas para propor seus próprios conceitos sobre as espécies normativas. Para o jurista, as regras são normas imediatamente descritivas<sup>4</sup>, posto que sua função é descrever condutas a serem adotadas ou evitadas. Os princípios são normas imediatamente finalísticas<sup>5</sup>, uma vez que determinam fins a serem almejados pelo direito para promoção de valores juridicamente relevantes.

O Professor Humberto Ávila rejeita alternativas exclusivas entre as espécies. Ao contrário, propõe alternativas inclusivas, nos quais os dispositivos podem gerar, simultaneamente, mais de uma espécie normativa<sup>6</sup>. Assim, um mesmo dispositivo pode dar enseja tanto a uma regra, quanto a um princípio.

Afinal, o dispositivo do inciso XXI do Art. 37 da Constituição Federal comportaria um princípio ou uma regra?

O dispositivo comporta diversas regras e princípios relativos a valores jurídicos distintos entre si, mas, aplicáveis à relação administrativa contratual. Em relação à obrigatoriedade de licitação, do aludido dispositivo extrai-se, simultaneamente, tanto uma regra, quanto um princípio.

A regra de conduta direcionada à Administração Pública para a contratação de obras, serviços ou compras consiste na utilização do processo licitatório, cujo objetivo maior é a busca pela proposta mais vantajosa. As exceções à regra, disciplinadas pela lei, admitem a contratação sem que se leve a termo o certame.

Ao mesmo tempo, do dispositivo extrai-se um princípio, que propugna que a escolha dos contratantes de Administração Pública deve ser norteadada pela isonomia, pela impessoalidade e pela eficiência, a serem atingidas, em tese, através do regular processo licitatório. Este princípio é dirigido não somente ao administrador, mas ao legislador, aos órgãos de controle e a todos os operadores do direito.

Não se está a asseverar uma pretensa hierarquia entre princípios e regras. Na verdade, ambos possuem a mesma hierarquia (no caso de normas constitucionais). Ocorre que a concepção da licitação enquanto princípio permite ao intérprete uma visão muito mais enriquecedora do assunto, porquanto revela os valores jurídicos a serem perseguidos

4 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios; da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 71

5 Ibid. p. 71.

6 Ibid. p. 69.

e a articulação com outros valores e princípios jurídicos também consagrados na Constituição da República.

O princípio licitatório decorre dos sobreprincípios da isonomia, da impessoalidade e da eficiência. Os princípios de caráter mais específico exercem uma função definitiva relativamente aos sobreprincípios mais amplos:

[...] delimitam, com maior especificação, o comando mais amplo estabelecido pelo sobreprincípio axiologicamente superior. Por exemplo, os subprincípios da proteção da confiança e da boa-fé objetiva deverão especificar, para situações mais concretas, a abrangências do sobreprincípio da segurança jurídica.<sup>7</sup>

O sobreprincípio da isonomia pressupõe uma igualdade de condições entre os participantes do certame licitatório que se encontrem numa mesma situação jurídica<sup>8</sup>. Assim, discriminações são admitidas, desde que os licitantes sejam desiguais, como, por exemplo, no tratamento privilegiado às microempresas e empresas de pequeno porte.<sup>9</sup>

O princípio da impessoalidade veda o estabelecimento de “... privilégios ou favorecimentos a qualquer pessoa ou grupo específico”<sup>10</sup>.

O princípio da eficiência, em conceituação livre e bem concisa, consiste na busca pela melhor relação de custo-benefício entre os fins a serem atingidos pela Administração e os meios e recursos adotados.

Assim, nas situações mais específicas que se relacionam às contratações públicas, os sobreprincípios da isonomia, da impessoalidade e da eficiência adquirem contornos mais específicos através do princípio licitatório.

O princípio licitatório relaciona-se com o princípio da legalidade, muito embora deste último não derive. O princípio da legalidade, para a Administração Pública, implica na possibilidade de fazer apenas aquilo que a lei permite<sup>11</sup>.

Não obstante isto, nenhum princípio é absoluto. Outros princípios, bens e valores jurídicos também constitucionalmente protegidos devem ser levados em consideração quando das contratações públicas.

7 ÁVILA, op. cit., p. 98.

8 GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e Contratos* (Casos e Polêmicas). ed. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2007. p. 6.

9 BRASIL. Lei Complementar 123/2007.

10 GARCIA, Flávio Amaral. Op. Cit. p. 5.

11 BANDEIRA DE MELO, *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p.101.

### 1.3 SIGNIFICADO E ALCANCE DO PRINCÍPIO LICITATÓRIO

O princípio licitatório não se caracteriza como princípio geral de direito, com larga amplitude e generalidade. Sua aplicação é dirigida e setORIZADA para a Administração Pública. Ou seja, consiste em princípio setorial, se adotada a classificação por Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>12</sup>. Conforme já dito, as Forças Armadas brasileiras, como órgãos da estrutura administrativa pública, são destinatárias do princípio licitatório.

Segundo Marçal Justen Filho, a Constituição de República estabeleceu uma presunção absoluta em favor do processo licitatório como meio que precede a contratação<sup>13</sup>.

Ousa-se, aqui discordar do Autor, porquanto, em seguida ele mesmo assevera que o texto constitucional trata de limitar a presunção, facultando a contratação direta, nos termos da lei<sup>14</sup>. Ora, ou se trata de uma presunção absoluta, que não admite exceções, ou a Constituição tratou de instituir uma presunção relativa em favor do processo licitatório, como forma de escolha da melhor proposta.

De fato, trata-se de presunção relativa, seja, pelo franqueamento da contratação direta, nos casos excepcionais em que a lei permitir, seja, pelo caráter meramente instrumental da licitação<sup>15</sup>. Melhor dizendo, a licitação não é um processo que se esgota em si mesmo. Segundo Flávio Amaral Garcia: “a licitação é um meio e não um fim em si mesmo”<sup>16</sup>. Serve à escolha da melhor proposta. Portanto, a licitação é um processo, ou instrumento cujo objetivo que lhe é extrínseco, daí seu caráter instrumental.

### 1.4 LIMITAÇÕES AO PRINCÍPIO LICITATÓRIO: INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO, LICITAÇÃO DISPENSADA E DISPENSA DE LICITAÇÃO

A pluralidade de hipóteses de atuação administrativa para a consecução das finalidades públicas, no entanto, impõe o reconhecimento de que nem sempre a instauração de um procedimento licitatório se apresenta como a melhor solução ou mesmo como uma solução viável. Em razão da natureza instrumental da licitação verifica-se a possibilidade

12 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 90.

13 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12 ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 281.

14 Ibid.

15 Ibid. p. 57.

16 GARCIA, op. cit., p. 31.

de seu afastamento, quando não há possibilidade de realizá-la, ou nos casos em que a licitação não se mostrar como a melhor e única forma de atender aos interesses públicos<sup>17</sup>.

O próprio texto constitucional concede autorização para que lei venha a estabelecer exceções à regra da licitação.

Trata-se, por vezes, do resultado de um necessário exercício de ponderação entre princípios ou bens jurídicos que se apresentam em conflito e que autorizam o legislador ordinário a legitimar o afastamento de uns em detrimento de outros, como forma de viabilizar a atuação indispensável para a salvaguarda do elemento preponderante albergado no ordenamento pátrio.

Precisa a lição do ilustre Ministro Benjamin Zymler sobre a existência de limitações a tais exceções legais delegadas ao legislador ordinário:

Em que pese a CF não ter especificado as exceções à regra geral, isso não significa que o legislador ordinário possa, a seu alvedrio, estabelecer as mais diversas hipóteses. Pelo contrário. As situações a serem açambarcadas pela legislação devem buscar sua validade no cumprimento de princípios ou paradigmas constitucionais, sob pena de inconstitucionalidade, por violação dos princípios da isonomia e da impessoalidade.

Tome-se como exemplo os casos de emergência ou calamidade pública. A realização do certame licitatório, em que pese prestigiar o princípio da isonomia, poderia, pela demora inerente aos procedimentos administrativos, colocar em risco a incolumidade pública. Entre assegurar o princípio da isonomia (em relação às pessoas passíveis de contratar com o Poder Público) e a vida humana, evidente que deve o administrador optar por esta última.<sup>18</sup>

A Lei nº 8.666/1993 dispõe três categorias para as chamadas contratações diretas, a saber:

- a) Licitação dispensada (artigos. 17, I e II): são hipóteses relacionadas à alienação de bens imóveis e móveis em que seria vedado ao administrador licitar pois o certame poderia inviabilizar o atingimento da finalidade da norma;
- b) Licitação dispensável (Art. 24): são as conhecidas “dispensas de licitação” que conferem ao administrador discricionariedade

17 GARCIA, op. cit., p. 31.

18 ZYMLER, Benjamin. *Direito Administrativo e Controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p.121-122.

- para optar entre licitar ou contratar diretamente em hipóteses exaustivas definidas em lei, tendo sempre em foco o melhor atuar para atendimento ao interesse público;
- c) Inexigibilidade de licitação (Art. 25): hipóteses em que a licitação não se afigura viável por limitações do mercado ou inerentes à própria natureza do objeto, condições estas genericamente reconhecidas pela lei e, portanto, meramente exemplificativas ou indicativas de parâmetros para seu reconhecimento em concreto pelo administrador.

No caso concreto, faz-se necessário harmonizar o princípio licitatório com outros valores e bens jurídicos constitucionalmente protegidos, cujo exercício foi conferido às Forças Armadas. Assim, a defesa do território, da soberania e do desenvolvimento nacionais, das riquezas naturais, da ordem pública, dos poderes constituídos também são valores constitucionalmente protegidos e que, em determinadas circunstâncias, implicam em limitação ao princípio licitatório.

Deixar-se-á de aprofundar o estudo da licitação dispensada por fugir ao escopo do estudo, promovendo-se a breve conceituação da inexigibilidade de licitação e, finalmente, as hipóteses de dispensa de licitação relacionadas às atividades das Forças Armadas brasileiras.

## **2 INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO: QUANDO O PROCESSO LICITATÓRIO É IMPRESTÁVEL À REALIZAÇÃO DA ISONOMIA, DA IMPESSOALIDADE E DA EFICIÊNCIA;**

Nem sempre a Administração, para o exato desempenho de suas atividades, se vê diante de um cenário que lhe permita promover a salutar competição com vistas à obtenção de vantajoso ajuste. Em certas situações peculiares o atuar do gestor encontra limites no próprio mercado ou na natureza da própria pretensão administrativa. É o que ocorre, por exemplo, na aquisição de um bem ou na prestação de um serviço oferecidos por único fornecedor ou prestador de serviços.

Em tais casos, em que a inviabilidade de competição é passível de segura justificativa, o processo licitatório é afastado validamente, pois não se apresenta apto a alcançar seus objetivos maiores, quais sejam: a promoção da isonomia, da impessoalidade e da eficiência na utilização de recursos públicos. A imposição do certame certamente não conduz à seleção da mais vantajosa proposta para o interesse estatal.

A inexigibilidade de licitação encontra-se disciplinada no Art. 25 da Lei 8.666/1993, que assim dispõe:

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

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

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

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

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

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

O pressuposto lógico da inexigibilidade de licitação é a inviabilidade de competição. Ou seja, a ausência de competidores torna o processo licitatório (de cunho nitidamente competitivo) impossível e inútil.

Ante a inviabilidade de competição, a instauração de certame licitatório se mostra completamente impréstável à isonomia, porquanto inexistente uma pluralidade de interessados aptos a receber igualdade de tratamento.

A impessoalidade também não se concretiza na ausência de competidores, pois, se apenas um deles é capaz de atender a demanda administrativa, sua escolha não significa favorecimento ou privilégio em favor do escolhido.

Por fim, se uma única proposta atende a uma necessidade administrativa, a realização de certame não atende à finalidade de escolha da melhor relação custo-benefício. Todavia, não se infere a possibilidade de contratação à margem de qualquer fundamentação do valor a ser pactuado. A inviabilidade de competição torna impossível o julgamento de preços, porém, não afasta a necessidade de justificação. O inciso III do Art. 26 da Lei 8.666/1993 preconiza como um dos elementos essenciais, tanto à dispensa, quanto à inexigibilidade de licitação a “justificativa do preço”. A expressão foi bem empregada pelo legislador. De fato, a “justificativa do preço” não se confunde à comparação com preços de outros fornecedores ou prestadores de obras, serviços ou bens que não atendam à demanda administrativa. Na verdade, consiste no dever inafastável, frise-se, de comprovação de que a contratação direta se faz nos mesmos valores e condições praticados pelo particular escolhido no mercado em geral, em situações análogas. Trata-se do entendimento institucional da Advocacia-Geral da União, emanado através da Orientação Normativa nº 17, de 1º de abril de 2009:

É obrigatória a justificativa de preço na inexigibilidade de licitação, que deverá ser realizada mediante a comparação da proposta apresentada com preços praticados pela futura contratada junto a outros órgãos públicos ou pessoas privadas<sup>19</sup>.

A inviabilidade de competição é uma condição extranormativa<sup>20</sup>, ou seja, reside no mundo dos fatos.

As hipóteses de inexigibilidade, que surgem em meio à complexidade crescente do mundo real, são tão abrangentes que impedem sua ampla descrição pelo legislador, restando a este apenas a indicação de parâmetros para seu reconhecimento por parte do aplicador da norma no desempenho diário de suas atribuições. Ao contrário das hipóteses de dispensa de licitação, taxativas, as hipóteses de inexigibilidade são meramente exemplificativas. Por tal razão, a doutrina é assente em considerar as hipóteses dos incisos do Art. 25 do Diploma Federal de Licitações como meramente exemplificativos<sup>21</sup>.

19 ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Orientação Normativa nº 17, de 1º de abril de 2009. Publicada no Diário Oficial da União. Ano CXLVI, Nº 66, de 7 de abril de 2009. Seção 1. p. 14.

20 JUSTEN FILHO, op. cit., p. 340.

21 Cf. JURUENA, Marcos Juruena Villela Souto. *Direito Administrativo Contratual*. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2004. p. 128; GARCIA, Flávio Amaral. op. cit., p. 37; JUSTEN FILHO, Marçal. op. cit., p.

Assim, mostra-se possível conceituar a inexigibilidade de licitação como a espécie de contratação direta que decorre da inviabilidade de competição constatada no mundo fenomênico, que esvazia a razão e o propósito da realização de um certame licitatório, tornando-o um meio imprestável à realização da isonomia, da impessoalidade e da eficiência.

### **3 DISPENSA DE LICITAÇÃO: QUANDO OUTROS PRINCÍPIOS, VALORES OU BENS JURÍDICOS, EM HIPÓTESES PREVIAMENTE ESTABELECIDAS PELA LEI, SE SOBREPÕEM AO PRINCÍPIO LICITATÓRIO**

A dispensa de licitação encontra-se disciplinada pelas hipóteses taxativas dos incisos do Art. 24 da Lei 8.666/1993.

Na dispensa de licitação a competição é viável. Assim, em tese, mostra-se possível a instauração de procedimento licitatório. Porém, a legislação infraconstitucional, em determinadas e exaustivas situações confere ao administrador uma “margem de discricionariedade para afastar o procedimento seletivo, com vistas ao atendimento do interesse público”<sup>22</sup>.

A dispensa de licitação permite a contratação direta em favor do atendimento de finalidades públicas, ou da proteção de outros interesses, princípios, valores e bens jurídicos tutelados pelo Estado:

Assim, em alguns casos previamente estabelecidos pelo legislador, o princípio da licitação cede espaço ao princípio da economicidade ou ao primado da segurança nacional, ou ainda para garantir o interesse público maior, concernente à necessidade de o Estado intervir na economia. Em todos os casos delineados pela Lei 8.666/1993, em que a licitação foi dispensada ou considerada inexigível, pelo menos no plano teórico, entendeu o legislador estar em confronto o princípio jurídico da licitação e outros valores igualmente tutelados pela ordem jurídica, tendo sido aquele subjugado por um destes.<sup>23</sup>

Novamente, aqui, vale a lição de que o princípio licitatório não possui caráter absoluto e de nada adiantaria ao Estado proceder à

---

343; NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública*. 2 ed. Belo Horizonte. Fórum. 2008. p. 248 e TORRES, Ronny Charles Lopes. *Leis de Licitações Públicas Comentadas*. Salvador. Jus Podivm. 2008. p. 120

22 GARCIA, op. cit, p. 34.

23 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação: dispensa de licitação: inexigibilidade de licitação: comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão: procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta*. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 195.

licitação em detrimento de outros interesses públicos que deve curar. Neste sentido, as hipóteses legislativas de dispensa de licitação são fruto de uma ponderação entre o princípio licitatório e outros valores, princípios, interesses e bens jurídicos, de igual, ou maior relevância. Tal ponderação é realizada, com fundamento constitucional, pelo Poder Legislativo, o qual é detentor de soberania popular e legitimidade para inovar o direito.

#### **4 DISPENSA DE LICITAÇÃO: HIPÓTESES APLICÁVEIS ÀS FORÇAS ARMADAS PREVISTAS NA LEI 8.666/1993**

Marçal Justen sistematiza as hipóteses de dispensa nos seguintes termos:

As hipóteses de dispensa de licitação podem ser sistematizadas segundo o ângulo de manifestação de desequilíbrio na relação custo/benefício, do seguinte modo:

- a. custo econômico da licitação: quando o custo econômico da licitação for superior ao benefício dela extraível (incs. I e II);
- b. custo temporal da licitação: quando a demora na realização da licitação puder acarretar a ineficácia da contratação (incs. III, IV, XII e XVIII);
- c. ausência de potencialidade de benefício: quando inexistir potencialidade de benefício em decorrência da licitação (incis. V, VII, XI, XIV, XVII, XXIII, XXVI e XXVIII);
- d. função extraeconômica da contratação: quando a contratação não for norteada pelo crivo da vantagem econômica, porque o Estado busca realizar outros fins (incs. VI, IX, X, XIII, XV, XVI, XIX, XX, XXI, XXIV, XXV e XXVII).<sup>24</sup>

O presente trabalho não pretende estabelecer uma nova classificação das hipóteses de dispensa de licitação, com vistas a concluir pela existência de normas voltadas exclusivamente às Forças Armadas.

A rigor, apenas o inciso XIX do Art. 24 da Lei 8.666/1993 menciona expressamente as Forças Armadas. Porém uma série de

---

<sup>24</sup> JUSTEN FILHO, op. cit., p. 288.

normas extraídas de outros incisos do Art. 24 coaduna-se (ainda que não exclusivamente) com as atribuições constitucionais das Forças Armadas. Algumas hipóteses de contratação direta por dispensa de licitação se destinam ao atendimento de situações e circunstâncias relacionadas às atividades desempenhadas pelas Forças Armadas, algumas também extensíveis às forças policiais e corpos de bombeiro dos Estados e do Distrito Federal.

Fundamental se ter em mente que em qualquer destas hipóteses, a presença de todos os variados requisitos exigidos em cada dispositivo deve ser minuciosamente demonstrada pela autoridade competente no âmbito da justificativa de trata o Art. 26 da Lei, por certo acompanhada dos documentos que se fizerem necessários. Trata-se de medida indispensável para a segurança do gestor e para a eficiente atuação dos órgãos de controle.

Não se pode restringir a análise das hipóteses de dispensa de licitação à interpretação lógico-formal que lhe têm feito a quase totalidade dos administrativistas. Daí a insistência em caracterizar a licitação não apenas como regra, mas, como princípio, que se relaciona com outros bens jurídicos, valores e princípios constitucionais. As compras e contratações governamentais não se subsumem exclusivamente a uma lógica de mercado e à busca do menor preço. Não se pode restringir a atuação estatal a uma estratégia tão simplória e de curto prazo, retirando-se do Estado a função indutora de desenvolvimento e emancipação, social, econômica e tecnológica. São notórias as opções legislativas extraeconômicas, ou econômicas, de médio e longo prazos, ao estabelecer preferências e privilégios, por exemplo: por bens ou serviços produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional; por bens produzidos no País; por bens ou serviços produzidos ou prestados por empresas brasileiras; por bens produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País (incisos I a IV do § 2º do Art. 3º da Lei 8.666/1993); por microempresas e empresas de pequeno porte (Lei Complementar 123/2006).

Cada hipótese de dispensa de licitação, objeto deste trabalho, será explicitada, nos termos da classificação de Marçal Justen Filho (ainda que se façam críticas ao pensamento do renomado Autor), bem como, demonstrado qual o princípio, valor ou bem jurídico sopesado pelo legislador para fins de dispensar o certame licitatório.

Precipuaente, interesses extraeconômicos ditam as hipóteses de dispensa de licitação aplicáveis às Forças Armadas. Interesses relacionados à soberania, à defesa, à segurança, à estratégia e ao desenvolvimento tecnológico, por exemplo, foram sopesados pelo

legislador. Não é possível que o debate jurídico se faça sem que se tragam à baila as lições dos especialistas em segurança, defesa e estratégia nacional.

#### **4.1 DISPENSA DE LICITAÇÃO NOS CASOS DE GUERRA OU GRAVE PERTURBAÇÃO DA ORDEM**

O inciso III do Art. 24 da Lei 8.666/1993 franqueia a possibilidade de dispensa de licitação nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem.

Evidentemente, a mobilização e o esforço de guerra têm nas Forças Armadas o seu foco principal. Assim, há de se imaginar a utilização do dispositivo para a compra e contratação de obras, serviços e bens para fins militares. Porém, não se trata, a rigor, de uma espécie de dispensa de licitação privativa às Forças Armadas. Outras atividades estatais, relacionadas à saúde, à defesa civil, à segurança pública e à infraestrutura, por exemplo, são passíveis de contratação por dispensa, com fulcro na norma do dispositivo, se necessárias à preservação da população, do Estado e das atividades econômicas.

Na classificação retrocitada de Marçal Justen Filho, trata-se de hipótese de dispensa de licitação na qual se vislumbra um custo temporal da licitação, ou seja, a demora na realização da licitação pode acarretar na ineficácia da contratação. Os autores deste trabalho entendem que, além do custo temporal, verificam-se fatores extraeconômicos à contratação. Neste sentido, a contratação deixa de buscar a mera vantagem econômica, cumprindo ao Estado a proteção de outras finalidades, como a defesa, a soberania, a integridade do povo, do território e da infraestrutura.

A declaração de guerra compete ao Presidente da República, com autorização prévia, ou referendo posterior, do Congresso Nacional, nos termos do inciso XIX do Art. 84 da Constituição da República.

Parte da doutrina confere um entendimento restritivo ao dispositivo, reduzindo o alcance da norma. Para Marçal Justen Filho quando a demora para realização do certame em nada comprometer a segurança nacional aplica-se normalmente a licitação<sup>25</sup>. Por sua vez, Joel de Menezes Niebuhr exige a demonstração de um nexo de causalidade entre a necessidade da dispensa (no plano dos fatos) e o estado de guerra para concluir que: “Nem todos os contratos devem ser firmados mediante dispensa: apenas os afetados pelo estado de guerra, cuja realização da licitação pública daria azo ao perecimento de interesse público”<sup>26</sup>. Em seu turno, Carlos Ari Sunfeld impõe a demonstração

25 JUSTEN FILHO, op. cit., p. 291.

26 NIEBUHR, op. cit., p. 441.

do perigo ao território nacional, ponderando que operações bélicas em locais distantes, como ocorrido na 2ª Guerra Mundial não inviabilizam as licitações<sup>27</sup>.

Ousa-se discordar dessa parcela da doutrina. Tais entendimentos partem da premissa da licitação como regra e não como um princípio, que se relaciona com outros valores e bens jurídicos constitucionais. Em razão da regra licitatória, as hipóteses de exceção são interpretadas restritivamente a partir de raciocínios lógico-formais isolados dos dispositivos. Por ser o Brasil um País de tradição pacifista custa a parcela da doutrina imaginar os desdobramentos de um conflito, ou da mera ameaça de conflito. Se falta ao exegeta a vivência para compreender os impactos do estado beligerante, a ponderação do princípio licitatório com valores supremos de nossa Carta Política, tais como a soberania e a integridade nacionais, não pode prescindir das lições históricas e estratégicas.

Concorda-se que no cenário de guerra o fator temporal, apoiado no valor jurídico da celeridade, seja um dos motes da referida hipótese de dispensa de licitação, a fim de que o Poder Público possa promover uma rápida contratação que atenda as finalidades que deve prover. Discorda-se, contudo, da simplicidade como é posta a obrigação de licitar, quando “existir tempo hábil” para tanto. Difícil é a avaliação fática de tal aspecto. Segundo Darc Costa:

O binômio espaço e tempo sempre foi o elemento determinante para a condução da guerra. Hoje o fator tempo está maximizado, ele é fundamental, tanto para quem defende como para quem ataca. A luta também é contra o relógio.<sup>28</sup>

Com a facilidade tecnológica com a qual um país pode sofrer uma agressão, como é possível prever à priori, quando há, ou não, tempo hábil para realizar um certame? Uma eventual avaliação equivocada colocaria em risco bens jurídicos de igual ou maior relevância que o princípio licitatório.

O fator temporal também é maximizado para fins de não apenas do conflito, mas, para o exercício do poder de dissuasão. A dissuasão, no conceito do estrategista inglês Liddell consiste na estratégia “em que o país visado procura evitar a ação bélica impondo uma ameaça

27 SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e Contrato Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 50 *apud* NIEBUHR, Joel de Menezes. op. cit., p. 441-442.

28 COSTA, Darc. op. cit., p. 486.

que o agressor não possa ou não esteja disposto a pagar”<sup>29</sup>. Trata-se da clássica lição de Sun Tzu:

Por isto, os que ganham todas as batalhas não são realmente profissionais; os que conseguem que se rendam impotentes os exércitos alheios sem lutar, são os melhores mestres do Arte da Guerra.<sup>30</sup>

Aqui também se faz necessária a existência de mecanismos rápidos de aparelhamento do Estado para demonstrar poder dissuasório ao inimigo.

Ademais, o tempo não consiste no único fator determinante da escolha administrativa. Primeiramente, a celeridade é um mero meio, para a proteção da população, do Estado e de sua soberania, ameaçados, no contexto de guerra. Não obstante, o estado beligerante traz outras gravidades além do fator temporal. O estado de guerra talvez seja um dos cenários que mais acarrete alterações e incertezas no curso das atividades político-administrativas, econômicas e sociais. O simples risco à integridade do povo, do território, da infraestrutura, altera de maneira profunda o investimento em produção, a oferta e circulação de bens e serviços, tornando o abastecimento muito mais custoso e difícil.

Concorda-se, parcialmente, com Niebuhr acerca da necessidade de demonstração de um nexos causal entre o estado de guerra e a necessidade da dispensa. Adota-se, entretanto, o entendimento de que a mera ameaça, a potencialidade de agressão, típica do estado beligerante já é o suficiente para que as diligências sejam tomadas no sentido de afastá-la, pela força, ou pela persuasão.

Discorda-se da limitação territorial de Sundfeld. Primeiramente, há equívoco histórico do exemplo citado. Na verdade, a participação do Brasil na 2ª Guerra não foi adstrita ao cenário europeu. Embarcações mercantis brasileiras sofreram hostilidades nas proximidades da própria costa brasileira, o que acarretou a necessidade de pronta resposta das Forças Armadas no sentido de estabelecer o patrulhamento naval e aéreo da costa, do qual resultou o afundamento de diversos submarinos alemães<sup>31</sup>. Em segundo lugar, restou comprovado, desde aquele grande conflito mundial, que ainda que o foco dos combates fosse os cenários europeus e asiáticos, nenhuma parte do Mundo encontrava-se livre de ameaças.

29 Ibid. p. 487.

30 TZU, Sun. *A Arte da Guerra*. Disponível em: <<http://www.culturabrasil.org/zip/artedaguerra.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2010.

31 FERRARI, Marcelo de. *Submarinos alemães naufragados no Brasil*. Disponível em: <<http://www.naufragios.com.br/subbra.htm>>. Acesso em: 11 jul. 2010.

Por todos estes motivos, prefere-se a doutrina de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, para quem basta o simples estado de guerra formalmente declarada, quando do comentário do inciso III do Art. 24 da Lei 8.666/1993:

Pode, contudo, seja por qualquer razão, não advir o conflito armado, invasão ou expedição de tropas militares; basta, porém a declaração formal para autorizar o uso do dispositivo, porque até o estado de guerra, ainda que sem efetivo conflito, já é suficiente para alterar de modo extraordinário a atividade administrativa. Além disso, postergar a dispensa para o início do conflito é ignorar a relevância da mobilização e planejamento.

Há correlação entre a pretensa e futura contratação e a necessidade de se dispensar a licitação, podendo exsurgir vários fatores determinantes:

- a) alteração do mercado, em razão da decretação do estado de guerra, inviabilizando a credibilidade como fator de contratação, como, por exemplo, determinados bens terem se tornado escassos ou raros, ou as relações entre fornecedores e vendedores terem se tornado inviáveis, podendo haver, nesse caso, correlação com as autorizações de dispensa expostas, *v.g.*, nos incisos V, VI, X, XVII e XVIII do mesmo art. 24;
- b) urgência de atendimentos imprevistos e inadiáveis, caso correlato ao do inciso IV;
- c) necessidade de se proceder à dispensa por motivo de segurança nacional, correlacionando-se este inciso com o IX do mesmo artigo;
- d) outros motivos, entre os quais até o fato da declaração de dispensa que possa comprometer a segurança, circunstância que leva a acolher apenas em termos a necessidade de publicação do despacho previsto no art. 26 da Lei de Licitações.<sup>32</sup>

Eventual declaração de guerra vazia de motivos, ou com o intuito deliberado de burlar o processo licitatório, caracterizaria crime de

---

<sup>32</sup> FERNANDES, *op. cit.*, p. 325.

responsabilidade do Presidente da República, nos termos do inciso V do Art. 4º da Lei 1.079/1950.

Em relação à grave perturbação da ordem, vale o conceito de Hely Lopes Meirelles; “grave perturbação da ordem é a comoção interna generalizada ou circunscrita a uma região, provocada por atos humanos, tais como revolução, motim, greve que paralisa ou retarda atividades ou serviços essenciais à comunidade”<sup>33</sup>.

Adota-se aqui a interpretação estrita a afastar a aplicação da norma em perturbações ordinárias da ordem. É imperiosa a caracterização de anormalidade e excepcionalidade de situação e da extensão deletéria de seus efeitos à sociedade.

Em relação à situação de guerra, conclui-se não se tratar de uma hipótese de dispensa de licitação privativa às Forças Armadas. Trata-se de hipótese de dispensa de licitação fundada no custo temporal da licitação e em fatores extraeconômicos. Criticam-se as interpretações restritivas da norma, adotando-se o entendimento de que basta a declaração formal de guerra para a utilização de tal hipótese de dispensa. Concorde-se com a necessidade de demonstração denexo causal entre o objeto de contratação pretendido e o atendimento a uma necessidade oriunda do estado beligerante. Adota-se, entretanto, o entendimento de que a mera ameaça, a potencialidade de agressão, típica do estado beligerante já é o suficiente para que as diligências sejam tomadas no sentido de afastá-la, pela força, ou pela persuasão. Discorda-se da restrição da norma à guerra no espaço territorial brasileiro, ante a possibilidade de agressões e hostilidades ao nosso território, infraestrutura, ou embarcações, mesmo que o cerne do conflito seja distante.

No que concerne à grave perturbação da ordem, adota-se o entendimento estrito da norma, afastando sua caracterização em circunstâncias ordinárias, exigindo-se a demonstração da anormalidade e excepcionalidade da situação e da extensão deletéria de seus efeitos à sociedade.

#### **4.2 DISPENSA DE LICITAÇÃO NA HIPÓTESE DE COMPROMETIMENTO DA SEGURANÇA NACIONAL**

O inciso IX do artigo 24 da Lei nº 8.666/93 trata da hipótese de dispensa de licitação “quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional”.

---

33 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 32 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006. p. 279-280 *apud* FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Op. Cit. p. 326.

Trata-se de hipótese de dispensa de licitação que se lastreia, segundo a retrocridada sistematização de Marçal Justen Filho, em uma função extraeconômica da contratação.

Indubitavelmente o termo “segurança nacional” constitui um conceito jurídico indeterminado. Nas palavras do professor Marçal Justen Filho:

O assunto de segurança nacional é aquele que envolve interesses permanentes e superiores da sobrevivência do Estado brasileiro. A ‘segurança nacional’ reporta-se exclusivamente ao relacionamento do Estado brasileiro perante a comunidade internacional. A alteração do enfoque da ‘segurança nacional’ verificou-se na ‘exteriorização’ do conceito. Os eventuais interesses do ocupante do cargo público não envolvem ‘segurança nacional’.<sup>34</sup>

Para o mestre Manoel de Oliveira Franco Sobrinho:

A razão política da segurança nacional reside na verdade de que os acontecimentos externos influem nas sociedades nacionais e nos indivíduos, tornando precárias certas linhas de defesa que mantêm certas nações soberanas e independentes, passando a justificar a autodefesa dos Estados modernos através das medidas de segurança de seu povo e de suas instituições, mas em nenhum ponto conceitua a segurança nacional, limitando-se a caracterizar a segurança interna, como um dos ‘direitos do Estado’ para a preservação das instituições quando ameaçadas por inimigos internos ou externos.<sup>35</sup>

A interpretação que deve ser dada a essa hipótese de dispensa de licitação é no sentido de que não basta à contratação servir ao atendimento da segurança nacional. É preciso que seja verificado um pouco mais que isso. Em outras palavras, é necessário que haja comprovação de que a mera publicidade da futura realização da contratação venha a acarretar um prejuízo, seja efetivo ou potencial, à segurança nacional.

Não há dúvida de que há fatos e informações ligados à aquisição de recursos bélicos, pesquisas científicas e tecnológicas e atividades relacionadas à área da inteligência que não devam ser trazidos ao conhecimento irrestrito do público em geral, sob pena de causar sérios

34 JUSTEN FILHO, op. cit., p. 307.

35 OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, Manoel. A Segurança Interna nas Cartas Constitucionais do Brasil. In: *RDP*, v. 10, 1969. p.25 e segs.

riscos à sobrevivência do Estado e da Nação. Nessas hipóteses, não há dúvida de que a utilização do permissivo legal em tela, como fundamento para a contratação direta de negócio jurídico pretendido preserva não só a eficácia das estratégias de defesa do País, como também vidas humanas.

Não obstante, há de ser reconhecido que o requisito da ocorrência de risco à segurança nacional não é facilmente sindicável pelo operador do direito encarregado de analisar o enquadramento da contratação direta com a norma extraída do citado dispositivo legal.

O Decreto nº 2.295/1997, editado com fundamento no art.84, inciso IV, da Constituição da República Federativa do Brasil para regulamentar o dispositivo legal *sub examen*, estabelece que:

Art. 1º Ficam dispensadas de licitação as compras e contratações de obras ou serviços quando a revelação de sua localização, necessidade, característica do seu objeto, especificação ou quantidade coloque em risco objetivos da segurança nacional, e forem relativas à:

I - aquisição de recursos bélicos navais, terrestres e aeroespaciais;

II - contratação de serviços técnicos especializados na área de projetos, pesquisas e desenvolvimento científico e tecnológico;

III - aquisição de equipamentos e contratação de serviços técnicos especializados para a área de inteligência.

Parágrafo único. As dispensas de licitação serão necessariamente justificadas, notadamente quanto ao preço e à escolha do fornecedor ou executante, cabendo sua ratificação ao titular da pasta ou órgão que tenha prerrogativa de Ministro de Estado.

Art. 2º Outros casos que possam comprometer a segurança nacional, não previstos no art. 1º deste Decreto, serão submetidos à apreciação do Conselho de Defesa Nacional, para o fim de dispensa de licitação.

O regulamento leva à conclusão de não ser esta uma hipótese de licitação privativa das Forças Armadas. Os três incisos do Art. 1º preconizam circunstâncias que podem ser afetas às Forças Armadas, mas, também a órgãos de pesquisa científica e tecnológica e de inteligência.

Em suma, trata-se de dispensa de licitação que tem por escopo o atendimento de uma função extraeconômica da contratação. Mostra-

se necessária a comprovação de que a mera publicidade da futura contratação venha a acarretar um prejuízo, seja efetivo ou potencial, à segurança nacional. Tal hipótese de dispensa é regulamentada pelo Decreto nº 2.295/1997. Não é hipótese de dispensa de licitação privativa às Forças Armadas, aplicando-se a órgãos ou entidades de pesquisa científica e tecnológica e de inteligência.

#### **4.3 DISPENSA DE LICITAÇÃO PARA ABASTECIMENTO DURANTE OPERAÇÕES OU EXERCÍCIOS MILITARES**

Estipula o inc. XVIII do art. 24 que:

nas compras ou contratações de serviços para o abastecimento de navios, embarcações, unidades aéreas ou tropas e seus meios de deslocamento, quando em estada eventual de curta duração em portos, aeroportos ou localidades diferentes de suas sedes, por motivo de movimentação operacional ou de adestramento, quando a exigüidade dos prazos legais puder comprometer a normalidade e os propósitos das operações e desde que seu valor não exceda ao limite previsto na alínea “a” do inciso II do art. 23 desta Lei.

Trata-se de hipótese de dispensa de licitação fulcrada no custo temporal do certame, de acordo com a retrocitada sistematização de Marçal Justen Filho.

Os múltiplos requisitos legais limitam sobretudo a contratação por este fundamento, em especial ao se considerar que as grandes operações militares acabam por ser precedidas de planejamento que comporta a realização prévia de certames para o necessário apoio.

A redação do dispositivo autoriza a conclusão de que forças policiais estaduais e federais, como a Guarda Nacional e a Polícia Federal, também podem utilizá-lo em seus deslocamentos. Verifica-se equívoco redacional ao se mencionar exigüidade de prazos legais como causa do comprometimento da normalidade e propósitos das operações. Em verdade, a delonga nos prazos previstos para os procedimentos licitatórios é que pode inviabilizar a célere atuação administrativa no abastecimento ou reparo de meios de locomoção ou de tropas. Isso implica na conclusão de que o abastecimento se presta a estadas de curta duração, que devem se balizar no prazo necessário à modalidade licitatória de convite.

A eventualidade do deslocamento e o limite do valor das contratações são questões de relevo que merecem especial atenção do gestor encarregado do abastecimento. Nas palavras de Jorge Ulisses

Jacoby Fernandes, eventual é aquele que “depende de acontecimento incerto, casual, fortuito, acidental, opondo-se à noção de periódico, mas que pode ser até razoavelmente previsível.”<sup>36</sup> Dessa forma, deslocamentos rotineiros com a ocorrência de paradas atípicas, imprevisíveis, podem dar ensejo à contratação direta. Por outro lado, a plena previsibilidade do itinerário e de suas dificuldades exige amplo planejamento, com a realização dos necessários certames licitatórios com antecedência devida, por parte dos órgãos encarregados de apoio.

O legislador entendeu por bem equiparar o limite de valor da contratação direta àquele fixado para a modalidade convite, ou seja, oitenta mil reais. Este valor, objeto de crítica por alguns doutrinadores, não deve ser ultrapassado e se refere a cada etapa do deslocamento em que se faça necessário o abastecimento. A eventual necessidade de extrapolação na mesma etapa deve ensejar contratação com base em outro fundamento, como aquele constante do inciso IV do Art. 24, relativo à dispensa emergencial, desde que presentes todos os requisitos específicos.

Neste sentido, referida hipótese de dispensa de licitação funda-se no custo temporal da licitação. Não é hipótese privativa das Forças Armadas. Aplica-se a estadas incertas, casuais, fortuitas, acidentais, ou razoavelmente previsíveis, restando inviabilizada a aplicação em eventos plenamente previsíveis. Limita-se ao montante correspondente à modalidade licitatória do convite.

#### **4.4 DISPENSA DE LICITAÇÃO NA HIPÓTESE DE PADRONIZAÇÃO DE MATERIAIS DE USO DAS FORÇAS ARMADAS**

O inciso XIX, também do artigo 24 da Lei 8.666/93, trata da dispensa de licitação:

para as compras de material de uso pelas Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante parecer de comissão instituída por decreto.

Para boa parte da doutrina essa disposição legal específica seria totalmente desnecessária, uma vez que o princípio da padronização já estaria positivado no Art. 15, inciso I, combinado com o Art. 25 caput, ambos do Estatuto Licitatório<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> FERNANDES, op. cit. p. 477.

<sup>37</sup> Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. p. 319; NIEBUHR, Joel de Menezes. op. cit., p. 497-499.

Para o professor Marçal Justen Filho:

A introdução do inc. XIX era desnecessária, pois o caso é de inexigibilidade de licitação. O art.25 seria suficiente para autorizar o resultado preconizado pelos dispositivos. Aliás, o inc. XIX não disciplina propriamente a contratação direta. Dispõe, isto sim, sobre a padronização de materiais no âmbito das Forças Armadas. Porém e quanto a isso, o art.15, inc.I, já regulava a matéria. Assim, verificasse a necessidade de padronização e constatando-se existir um único fornecedor para determinados bens, aplicar-se-ia o art.15, inc.I, com o art.25, inc.I.

A previsão de parecer de uma comissão a ser instituída por decreto, assim como a exclusão de materiais de uso pessoal e administrativo também são desnecessários.<sup>38</sup>

Contudo, curiosamente, Marçal Justen Filho, nos termos da sistematização retrocitada considera basear-se tal hipótese de dispensa de licitação em função extraeconômica da contratação.

Na realidade, com respeito às opiniões retrocitadas, prefere-se a doutrina da Jorge Ulisses Jacoby Fernandes. Segundo o festejado Autor, a finalidade histórica a ser a ser almejada com a referida hipótese de afastamento do certame era:

a preparação da indústria nacional para o “esforço de guerra”, desenvolvendo a capacidade de mobilização nacional. Assim, por exemplo, projetado e definido determinado tipo de veículo blindado, seria conveniente que algumas unidades fossem encomendadas em um fábrica do sul do País e outras em regiões diversas, de modo que, em caso de conflito, houvesse no território nacional mais de uma indústria apta a fabricar aquele veículo com o nível de padronização necessário.<sup>39</sup>

Neste sentido é que o Autor conclui:

não se acolhe a idéia comungada por alguns autores no sentido de que, havendo viabilidade de competição, ou seja, mais de um fornecedor com capacidade de oferecer o produto padronizado, seria obrigatória a realização da licitação, invariavelmente. O

<sup>38</sup> JUSTEN FILHO, op. cit., p. 319.

<sup>39</sup> FERNANDES, op. cit., p. 481.

que deve nortear a escolha do fornecedor é uma causa legítima, amparada em interesse público e impessoal. A preparação da indústria nacional para a mobilização de guerra – que deve ser preocupação permanente das Forças Armadas, mesmo em tempo de paz – é uma justificativa legítima para a escolha do fornecedor, nos termos do art. 26 da Lei 8.666/93.<sup>40</sup>

O valor jurídico que ampara a dispensa de licitação consiste na soberania nacional, prevista nos incisos I do Art. 1º e inciso I do Art. 170, ambos da Constituição da República.

Busca-se, preventivamente, resguardar a soberania através de uma política industrial de defesa para fomento a uma pluralidade de produtores nacionais de materiais bélicos. Desta maneira, o Estado visa atingir sua independência em relação a materiais importados. Além disso, uma pluralidade de produtores significa “reserva” de infraestrutura produtiva. No caso de destruição de uma planta industrial, restariam outras como alternativas de suprimento.

A política industrial de defesa é descrita por Darc Costa como:

A prioridade em termos de política industrial para a área de defesa deve, por um lado, estruturar múltiplas indústrias voltadas para as necessidades do campo, nos pequenos centros urbanos imersos na área rural; e, por outro, de indústrias que desenvolvam atividades civis e militares vinculadas a mísseis guiados, como miniaturização eletrônica e mecânica, propelentes, explosivos, cartografia digitalizada e outras tecnologias, nas áreas urbanas mais desenvolvidas do país. Só com esta autonomia estratégica, ou seja, com capacidade de produzirmos o necessário para nos defender é que tem sentido falar-se em política de defesa.<sup>41</sup>

Mais adiante o Autor ao discorre sobre a autonomia estratégica nos seguintes termos:

Autonomia estratégica. O armamento e o equipamento destinados a esta força dissuasória deverão ser fabricados no Brasil, tanto quanto possível, dentro de um planejamento e logística, a fim de evitar embargos internacionais ao cumprimento de sua missão de defesa. A força dissuasória, para ser efetiva e durar na luta,

---

40 Ibid. p. 482.

41 COSTA, op. cit., p. 489.

precisará dispor de autonomia estratégica, isto é, de capacidade operativa e autonomia logística.<sup>42</sup>

O objeto da contratação envolve apenas compras de materiais de uso das Forças Armadas. Obras e serviços não são abarcados pela norma.

A previsão expressa do dispositivo refere-se apenas às Forças Armadas. A doutrina diverge quanto à possibilidade de aplicação para polícias militares, que consistem, constitucionalmente em forças auxiliares das Forças Armadas. Jacoby admite que a dispensa seja aplicada pelas polícias militares e outras organizações, sob controle das Forças Armadas<sup>43</sup>. Por sua vez, Jessé Torres e Lucia Valle Figueiredo entendem que a norma tem aplicação privativa às Forças Armadas<sup>44</sup>.

Inclina-se este trabalho para a posição de Jacoby, ou seja, pela viabilidade do emprego da dispensa não apenas pelas Forças Armadas. Funda-se a posição na inexistência de referência à exclusividade ou privatividade da hipótese de dispensa em favor das Forças Armadas. Ademais, o dispositivo alude a “materiais de uso pelas Forças Armadas”. Não se trata, portanto, de materiais “para uso das Forças Armadas”.

A padronização a ser promovida em situação lógica e cronologicamente anterior à dispensa, deve ser oriunda de processo administrativo próprio para este fim, cujo parecer caiba a comissão regularmente instituída por decreto.

Neste sentido, conclui-se que tal hipótese de dispensa de licitação funda-se em função extraeconômica da contratação. O valor jurídico visado pelo legislador é a soberania nacional, através de uma política industrial de defesa para fomento a uma pluralidade de produtores nacionais de materiais bélicos, com vistas a garantir a autonomia estratégica do País para com materiais bélicos. O objeto da contratação é restrito às compras de materiais de uso das Forças Armadas, todavia, tal hipótese de dispensa é aplicável a outras organizações. A padronização depende de parecer prévio de comissão instituída por decreto.

---

42 Ibid. p. 492.

43 FERNANDES, op. cit. p. 483.

44 PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e contratações da administração pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. p. 166; e FIGUEIREDO, Lúcia Valle; FERRAZ, Sérgio. *Dispensa e Inexigibilidade de Licitação*. São Paulo: Malheiros. 1994. P. 67 apud FERNANDES, op. cit., p. 483.

#### **4.5 DISPENSA DE LICITAÇÃO PARA BENS E SERVIÇOS PRODUZIDOS OU PRESTADOS NO PAÍS, QUE ENVOLVAM, CUMULATIVAMENTE, ALTA COMPLEXIDADE TECNOLÓGICA E DEFESA NACIONAL**

A hipótese de dispensa de licitação encontra-se inserta no inciso XXVIII do Art. 24 da Lei 8.666/1993.

Na sistematização de Marçal Justen Filho, retrocitada, o fundamento para a contratação direta incide na ausência de potencialidade de benefício na instauração de um certame. Mais adiante, quando do comentário do supracitado dispositivo, o Autor ao considera: “A defesa nacional somente se configura quando houver risco de comprometimento dos bens e valores essenciais à Nação brasileira”<sup>45</sup>.

Ousa-se apontar um duplo-equívoco na concepção do festejado jurista. Primeiramente, se o escopo da hipótese de dispensa relaciona-se à defesa nacional, afigura-se uma razão extraeconômica a justificar o afastamento do certame, ao contrário da ausência de potencialidade de benefício em utilizar-se o certame. Em segundo lugar, o conceito apresentado de “defesa nacional” na verdade coaduna-se muito mais com o de “segurança nacional” e com a hipótese do inciso IX do Art. 24 da Lei 8.666/1993. Ocorre que a avaliação do risco de comprometimento dos bens e valores essenciais à Nação brasileira é atividade muito mais abrangente, a envolver ato político-jurídico do Presidente da República, após oitiva do Conselho de Defesa Nacional. Não seria a comissão especial de um único órgão a proceder tal espécie de avaliação.

Niebuhr não vislumbra na citada norma qualquer interesse público a ser protegido. Assim, ausente razão jurídica para afastar o certame, a regra inculpada no dispositivo seria inconstitucional<sup>46</sup>.

Na verdade, a norma, com a vigente redação introduzida pela Lei nº 11.484/2007, tem por intuito o fomento às atividades desenvolvidas no Brasil de pesquisa na área tecnológica que tenham repercussão direta na defesa nacional, tanto que os dois mais significativos requisitos descritos na norma – alta complexidade tecnológica e defesa nacional se apresentam cumulativos e sua associação deve ser atestada por parecer prévio de comissão especialmente designada pela máxima autoridade do órgão.

Os valores jurídicos que amparam tal dispensa de licitação consistem na soberania e no desenvolvimento nacionais (Art. 1º, inciso I, Art. 3º, inciso II e Art. 170, inciso I, todos da Constituição da República).

45 JUSTEN FILHO, op. cit., p. 337.

46 NIEBUHR, op. cit. p. 510.

Trata-se aqui também de uma ferramenta de atuação estatal com fins à promoção de política industrial de defesa e desenvolvimento nacionais. Como já dito anteriormente, as contratações públicas não podem se resumir apenas à lógica do menor preço e a uma estratégia de curto prazo. Tal entendimento acarreta na completa alienação do Estado como indutor do desenvolvimento nacional, frise-se um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, segundo a Carta Política de 1988. A atuação estatal deve mirar-se no médio e longo prazos. Ademais, o desenvolvimento tecnológico na área militar é aproveitado no parque industrial civil. Sobre tal opção estratégica vale a magistral lição do Tenente Brigadeiro do Ar Sérgio Xavier Ferolla:

Como alternativa possível, nesse complexo ambiente que o mundo nos apresenta, resta-nos priorizar aqueles setores ainda sob controle nacional e buscar investir em segmentos estratégicos, que de forma direta e, ou indireta gerarão subsídios para a participação da tecnologia e da empresa brasileira em produtos mais elaborados, além de maximizar os incentivos aos laboratórios dos Institutos de Pesquisa e das Universidades, com vistas ao aumento da produção científica doméstica.

Contrariamente às indústrias que visam o grande público, nas quais se buscam grandes quantidades a baixos custos, quando um país investe em áreas de interesse estratégico enfoca qualidade e confiabilidade, não tendo significado quantificar as pequenas séries e suas aplicações (aviões, foguetes, satélites, supercomputadores, radares etc.) e cabendo ao Estado, de forma clara ou dissimulada, arcar com o suporte financeiro para tais Programas, como ocorre, geralmente, nos países industrialmente desenvolvidos.

Esse modelo foi aplicado na Europa, na década dos 60, quando os países da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)...

[...]

Dessa forma, os componentes e materiais obtidos deixam no parque industrial um resíduo tecnológico totalmente subsidiado, que possibilitará o surgimento de equipamentos profissionais de elevada qualidade e a custos competitivos, atendendo aos reais anseios

da sociedade e aumentando o espectro de opções para o mercado externo, com um valor agregado local bastante acentuado.<sup>47</sup>

Considerando a competência privativa da União para assuntos inerentes à defesa nacional, delineada no inc. III do art. 21 da Constituição Federal, a citada Comissão deverá ser constituída apenas no âmbito dos Comandos Militares ou do Ministério da Defesa. Trata-se, então, de espécie de dispensa de licitação privativa das Forças Armadas, por não se vislumbrar quaisquer outras instituições que sejam dotadas da mesma atribuição administrativo-constitucional.

A hipótese de licitação admite o sigilo, para tratar de defesa nacional<sup>48</sup>.

No tocante aos preços, entende Jacoby Fernandes no sentido de que:

deverá haver a demonstração inequívoca da vantagem que a dispensa, nesta hipótese de contratação pública proporcionará, quando ponderada com a realização de um processo licitatório normal, avaliada segundo os aspectos da economicidade, eficiência e eficácia.<sup>49</sup>

Ousa-se discordar do referido entendimento.

Se uma hipótese de dispensa envolve uma complexidade de interesses também exige uma complexa justificativa dos preços e dos fins esperados com a contratação de determinado objeto, para fins de controle prévio. Em seu turno uma complexa aferição dos resultados obtidos com o objeto deve ser levada em consideração para fins do controle posterior. Exigem-se, pois, novos paradigmas de motivação e justificação das finalidades da contratação, dos preços e da verificação dos resultados à *posteriori*.

Se a dispensa de licitação funda-se em motivos extraeconômicos, então, a justificativa dos preços não pode se basear no cotejamento simples com o preço que seria obtido através de eventual certame. Evidentemente, se o Estado atua com o escopo do fomento à indústria nacional, então, a eventualidade de produtos ou serviços domésticos terem preços superiores aos similares estrangeiros não consubstancia fator impeditivo da contratação. Ocorre que a sociedade não pode arcar com qualquer ônus, indefinido ou injustificado. Na verdade, uma boa

47 FEROLLA, Sérgio Xavier. A Guerra do Brasil. In: LUCAS, Fábio e BELLUZO, Luiz Gonzaga (Org.). *A Guerra do Brasil*. São Paulo: Textonovo, 2000. p. 77-78.

48 TORRES, op. cit., p. 118.

49 FERNANDES, op. cit. p. 528.

opção consiste na exigência de demonstração analítica dos custos do fornecedor ou do prestador de serviços, com a respectiva apresentação dos comprovantes dos custos dos insumos. Neste sentido, atende-se à justificativa dos preços nos custos da produção ou da execução do serviço, conferindo-se transparência ao procedimento. Assim, a sociedade passa a custear um fomento justificado e não uma proposta fechada e não transparente passível de conter margens de lucro exorbitantes.

Por sua vez, no que concerne à justificativa da contratação através da dispensa, incumbirá à comissão designada explicitar os objetivos a serem atingidos com a aquisição do bem ou contratação do serviço, bem como, se aqueles bens ou serviços inserem-se em um projeto tecnológico maior. Assim, o controle posterior poderá verificar se a contratação foi adequada aos objetivos e se estes últimos foram, ou não atingidos.

Assim, suponha-se, por exemplo, que o Comando da Aeronáutica desenvolva um projeto de veículo lançador de satélites e, no âmbito do projeto, necessite encomendar propelentes para o referido veículo. A estratégia de defesa nacional pode levar à opção pela aludida dispensa de licitação, com intuito de fomentar a indústria interna e evitar a dependência de fornecedores externos. Assim, a justificativa deve mencionar todos estes detalhes, bem como, os resultados esperados com o produto. Caberá ao controle externo verificar se há adequação entre a escolha e os resultados efetivamente alcançados.

Em suma, considera-se uma hipótese de dispensa de licitação fundada em razões extraeconômicas ou econômicas sob o prisma de uma estratégia de médio e longo prazos. O objetivo a ser alcançado pela norma é o fomento às atividades desenvolvidas no Brasil de pesquisa na área tecnológica que tenham repercussão direta na defesa nacional. Os valores jurídicos que amparam tal dispensa de licitação consistem na soberania e no desenvolvimento nacionais. Necessita-se de parecer prévio de comissão especialmente designada pela máxima autoridade do órgão. Trata-se de hipótese de dispensa privativa das Forças Armadas. Admite-se o sigilo do objeto da contratação. A complexidade da hipótese de dispensa também exige uma complexa justificativa dos preços e dos fins esperados com a contratação de determinado objeto para fins de controle prévio. Em seu turno uma complexa aferição dos resultados obtidos com o objeto deve ser levada em consideração para fins do controle posterior. Exigem-se, pois, novos paradigmas de motivação e justificação das finalidades da contratação, dos preços e da verificação dos resultados à *posteriori*, afastando-se a lógica da vantagem pelo simples cotejamento dos preços de mercado.

#### 4.6 DISPENSA DE LICITAÇÃO NA AQUISIÇÃO DE BENS E CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS PARA ATENDER AOS CONTINGENTES MILITARES DAS FORÇAS SINGULARES BRASILEIRAS EMPREGADAS EM OPERAÇÕES DE PAZ NO EXTERIOR

Trata-se de hipótese prevista no inciso XXIX do Art. 24 da Lei 8.666/1993. A hipótese de dispensa de licitação foi inserida pela Lei 11.783/2008. Tal Lei foi oriunda do Projeto de Lei 5939/2005, de autoria do Poder Executivo.

Não foram encontradas referências sobre a citada hipótese de dispensa de licitação na doutrina pátria.

Se adotada a mesma lógica da sistematização de Marçal Justen Filho, a hipótese se fundaria tanto no custo temporal da licitação, quanto na eventual ausência de potencialidade de benefício da licitação. Estas conclusões podem ser extraídas da exposição de motivos do Projeto de Lei<sup>50</sup>, que alude à necessidade de mobilizações rápidas, eventuais conflitos armados, na impossibilidade de contratação de todos os bens e serviços no Brasil para suprimento das tropas no estrangeiro tendo em vista eventuais dificuldades de acesso, necessidade de contratação local em condições adversas etc.

Consiste em fato notório a participação cada vez mais frequente do Brasil em operações de paz em países estrangeiros. São exemplos amplamente noticiados as missões em Angola e, mais recentemente, no Haiti. A participação do Brasil neste tipo de operação tende a aumentar em razão dos compromissos do País com a ONU e a OEA<sup>51</sup>.

A hipótese em comento é de aplicação privativa das Forças Armadas, seja pela menção expressa no dispositivo ao “Comandante da Força”, seja, pela privatividade das Forças Armadas na participação de operações de paz, nos termos do *caput* do Art. 15 da Lei Complementar 97/1999.

Trata-se de hipótese muito semelhante àquela do inciso XVIII do Art. 24 da Lei 8.666/1993, comentado no item 5.3 deste trabalho. Todavia, não se subsume ao limite de valor da modalidade convite.

Aplica-se tanto às compras, quanto às contratações de serviços. Sua utilização deve ser adstrita ao atendimento aos contingentes militares empregados em operações de paz no exterior.

A exigência expressa de justificativa de preço e da escolha do fornecedor, presente no dispositivo seria dispensável, porquanto, trata-

50 BRASIL. Exposição de Motivos nº 276/Ministério da Defesa. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/MostrarIntegra.asp?CodTeor=341670>. Acessado em: 13.07.2010.

51 COSTA, op. cit., p. 491.

se de obrigação comum a qualquer inexigibilidade ou dispensa de licitação, nos termos dos incisos do Art. 26 da Lei 8.666/1993.

O ato de ratificação é privativo do Comandante da Força e não da autoridade superior, tal como a regra geral do *caput* do Art. 26 do Diploma Federal de Licitações.

Em que pese a inexistência quaisquer limitações expressas à norma permissiva da dispensa de licitação, sua interpretação deve conferir-se de caráter restritivo. Questão tormentosa atine à imposição de limites à referida hipótese de dispensa de licitação. Se o custo temporal e a eventual ausência de potencialidade de benefício na licitação são fatores preponderantes para afastar o certame, então, tais circunstâncias devem ser comprovadas caso a caso. Há de se considerar as dificuldades impostas às tropas de paz em locais estrangeiros, muitas vezes assolados por guerras civis, ou graves perturbações institucionais, com infraestrutura precária e outros problemas. Por outro lado, se os contingentes se encontrarem em circunstâncias de normalidade, em que o suprimento das necessidades possa ser objeto de regular planejamento, então perde sentido a hipótese de dispensa de licitação, impondo-se a realização de certame.

Neste sentido, a referida hipótese de dispensa de licitação tem por fundamento tanto custo temporal da licitação, quanto a eventual ausência de potencialidade de benefício da licitação. A aplicação é privativa às Forças Armadas, ou mais precisamente, ao atendimento do contingente em missão de paz no exterior. Aplica-se para compras e contratações de serviços. O ato de ratificação é privativo do Comandante da Força. Propugna-se pela demonstração caso a caso das circunstâncias adversas impeditivas do certame de forma a justificar a adoção da aludida dispensa de licitação.

## 5 CONCLUSÕES

Ante as discussões realizadas no bojo deste trabalho, mostra-se possível atingir as seguintes conclusões:

1. O princípio licitatório encontra-se insculpido no inciso XXI do art. 37 da Constituição da República;
2. Em relação ao dispositivo do inciso XXI do Art. 37 da Carta Política se extrai, simultaneamente, tanto uma regra, quanto um princípio;
3. O princípio licitatório propugna que a escolha dos contratantes de Administração Pública deve ser norteada pela isonomia, pela impessoalidade e pela eficiência, a serem atingidas, em tese, através do regular processo licitatório. Este princípio

- é dirigido não somente ao administrador, mas ao legislador, aos órgãos de controle e a todos os operadores do direito;
4. Nenhum princípio é absoluto. Outros princípios, bens e valores jurídicos também constitucionalmente protegidos devem ser levados em consideração quando das contratações públicas;
  5. A licitação é um meio e não um fim em si mesmo. Serve à escolha da melhor proposta. Portanto, a licitação é um processo, ou instrumento cujo objetivo que lhe é extrínseco, daí seu caráter instrumental;
  6. Faz-se necessário ponderar o princípio licitatório com outros valores e bens jurídicos constitucionalmente protegidos, cujo exercício foi conferido às Forças Armadas. Assim, a defesa do território, da soberania e do desenvolvimento nacionais, das riquezas naturais, da ordem pública, dos poderes constituídos também são valores constitucionalmente protegidos e que, em determinadas circunstâncias, implicam em limitação ao princípio licitatório;
  7. A inexigibilidade de licitação é espécie de contratação direta que decorre da inviabilidade de competição constatada no mundo fenomênico, que esvazia a razão e o propósito da realização de um certame licitatório, tornando-o um meio imprestável à realização da isonomia, da impessoalidade e da eficiência;
  8. Na dispensa de licitação a competição é viável. Assim, em tese, mostra-se possível a instauração de procedimento licitatório. Porém, a legislação infraconstitucional, em determinadas e exaustivas situações confere ao administrador uma margem de discricionariedade para afastar o procedimento seletivo, com vistas ao atendimento do interesse público;
  9. De nada adiantaria ao Estado proceder à licitação em detrimento de outros interesses públicos que deve curar. Neste sentido, as hipóteses legislativas de dispensa de licitação são fruto de uma ponderação entre o princípio licitatório e outros valores, princípios, interesses e bens jurídicos, de igual, ou maior relevância. Tal ponderação é realizada, com fundamento constitucional, pelo Poder Legislativo, o qual é detentor de soberania popular e legitimidade para inovar o direito;
  10. Marçal Justen sistematiza as hipóteses de dispensa conforme: custo econômico da licitação, custo temporal da

licitação, ausência de potencialidade de benefício e função extraeconômica da contratação;

11. O presente trabalho não pretende estabelecer uma nova classificação das hipóteses de dispensa de licitação, com vistas a concluir pela existência de normas voltadas exclusivamente às Forças Armadas. Visa-se aprofundar algumas hipóteses de dispensa de licitação que se destinam ao atendimento de situações e circunstâncias relacionadas às atividades desempenhadas pelas Forças Armadas, algumas também extensíveis às forças policiais e corpos de bombeiro dos Estados e do Distrito Federal;
12. Precipuamente, interesses extraeconômicos ditam as hipóteses de dispensa de licitação aplicáveis às Forças Armadas. Interesses relacionados à soberania, à defesa, à segurança, à estratégia e ao desenvolvimento tecnológico, por exemplo, foram sopesados pelo legislador. Não é possível que o debate jurídico se faça sem que se tragam à baila as lições dos especialistas em segurança, defesa e estratégia nacional;
13. Na dispensa de licitação por situação de guerra ou grave perturbação da ordem, conclui-se não se tratar de uma hipótese de dispensa de licitação privativa às Forças Armadas. Trata-se de hipótese de dispensa de licitação fundada no custo temporal da licitação e em fatores extraeconômicos. Criticam-se as interpretações restritivas da norma, adotando-se o entendimento de que basta a declaração formal de guerra para a utilização de tal hipótese de dispensa. Concorde-se com a necessidade de demonstração de nexos causal entre o objeto de contratação pretendido e o atendimento a uma necessidade oriunda do estado beligerante. Adota-se, entretanto, o entendimento de que a mera ameaça, a potencialidade de agressão, típica do estado beligerante já é o suficiente para que as diligências sejam tomadas no sentido de afastá-la, pela força, ou pela persuasão. Discorda-se da restrição da norma à guerra no espaço territorial brasileiro, ante a possibilidade de agressões e hostilidades ao nosso território, infraestrutura, ou embarcações, mesmo que o cerne do conflito seja distante. No que concerne à grave perturbação da ordem, adota-se o entendimento estrito da norma, afastando sua caracterização em circunstâncias ordinárias, exigindo-se a demonstração da anormalidade e excepcionalidade da situação e da extensão deletéria de seus efeitos à sociedade;

14. A dispensa de licitação na hipótese de comprometimento da segurança nacional tem por escopo o atendimento de uma função extraeconômica da contratação. Mostra-se necessária a comprovação de que a mera publicidade da futura contratação venha a acarretar um prejuízo, seja efetivo ou potencial, à segurança nacional. Tal hipótese de dispensa é regulamentada pelo Decreto nº 2.295/1997. Não é hipótese de dispensa de licitação privativa às Forças Armadas, aplicando-se a órgãos ou entidades de pesquisa científica e tecnológica e de inteligência;
15. A dispensa de licitação para abastecimento durante operações ou exercícios militares funda-se no custo temporal da licitação. Não é hipótese privativa das Forças Armadas. Aplica-se a estadas incertas, casuais, fortuitas, acidentais, ou razoavelmente previsíveis, restando inviabilizada a aplicação em eventos plenamente previsíveis. Limita-se ao montante correspondente à modalidade licitatória do convite;
16. A dispensa de licitação na hipótese de padronização de materiais de uso das Forças Armadas funda-se em função extraeconômica da contratação. O valor jurídico visado pelo legislador é a soberania nacional, através de uma política industrial de defesa para fomento a uma pluralidade de produtores nacionais de materiais bélicos, com vistas a garantir a autonomia estratégica do País. O objeto da contratação é restrito às compras de materiais de uso das Forças Armadas, todavia, tal hipótese de dispensa é aplicável a outras organizações. A padronização depende de parecer prévio de comissão instituída por decreto;
17. A dispensa de Licitação para bens e serviços produzidos ou prestados no País, que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional consiste em hipótese de dispensa de licitação fundada em razões extraeconômicas ou econômicas sob o prisma de uma estratégia de médio e longo prazos. O objetivo a ser alcançado pela norma é o fomento às atividades desenvolvidas no Brasil de pesquisa na área tecnológica que tenham repercussão direta na defesa nacional. Os valores jurídicos que amparam tal dispensa de licitação consistem na soberania e no desenvolvimento nacionais. Necessita-se de parecer prévio de comissão especialmente designada pela máxima autoridade do órgão. Trata-se de hipótese de dispensa privativa das Forças Armadas. Admite-se o sigilo do objeto da contratação.

A complexidade da hipótese de dispensa também exige uma complexa justificativa dos preços e dos fins esperados com a contratação de determinado objeto para fins de controle prévio. Em seu turno uma complexa aferição dos resultados obtidos com o objeto deve ser levada em consideração para fins do controle posterior. Exigem-se, pois, novos paradigmas de motivação e justificação das finalidades da contratação, dos preços e da verificação dos resultados à *posteriori*, afastando-se a lógica da vantajosidade pelo simples cotejamento dos preços de mercado;

18. A dispensa de licitação na aquisição de bens e contratação de serviços para atender aos contingentes militares das Forças Singulares brasileiras empregadas em operações de paz no exterior temporfundamentotantoocustotemporal dalicitação, quanto a eventual ausência de potencialidade de benefício da licitação. A aplicação é privativa às Forças Armadas, ou mais precisamente, ao atendimento do contingente em missão de paz no exterior. Aplica-se para compras e contratações de serviços. O ato de ratificação é privativo do Comandante da Força. Propugna-se pela demonstração caso a caso das circunstâncias adversas impeditivas do certame de forma a justificar a adoção da aludida dispensa de licitação.

## REFERÊNCIAS

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Orientação Normativa nº 17, de 1º de abril de 2009. Publicada no Diário Oficial da União. Ano CXLVI, Nº 66, de 7 de abril de 2009. Seção 1. p. 14

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios; da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Exposição de Motivos nº 276/Ministério da Defesa. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/MostrarIntegra.asp?CodTeor=341670>>. Acesso em: 13 jul. 2010.

COSTA, Darc. *Fundamentos para o Estudo da Estratégia Nacional*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2009.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação Direta sem Licitação*. 7 ed. Belo Horizonte. Fórum. 2008.

FEROLLA, Sérgio Xavier. A Guerra do Brasil. In: LUCAS, Fábio e BELLUZO, Luiz Gonzaga (Org.). *A Guerra do Brasil*. São Paulo: Textonovo, 2000.

FERRARI, Levi Bucalem. A Guerra do Brasil. In: LUCAS, Fábio e BELLUZO, Luiz Gonzaga (Org.). *A Guerra do Brasil*. . São Paulo: Textonovo, 2000

FERRARI, Marcello de. Submarinos alemães naufragados no Brasil. Disponível em: <<http://www.naufragios.com.br/subbra.htm>>. Acesso em: 11 JUL. 2010.

GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e Contratos Administrativos. Casos e Polêmicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.

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

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12 ed. São Paulo: Dialética. 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do Direitos Administrativo Pós-Moderno*. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2008.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum. 2008.

OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, Manoel. A Segurança Interna nas Cartas Constitucionais do Brasil. In: *RDP*, vol. 10, 1969.

TORRES, Ronny Charles Lopes. *Leis de Licitações Públicas Comentadas*. Salvador: *Jus Podívum*. 2008.

TZU, Sun. *A Arte da Guerra*. Disponível em: <<http://www.culturabrasil.org/zip/artedaguerra.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2010.

ZYMLER, Benjamin. *Direito Administrativo e Controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.