

GABRIELA PAULINO DA SILVA

**CONTRATAÇÃO SEM LICITAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA**

Fortaleza

2008

GABRIELA PAULINO DA SILVA

**CONTRATAÇÃO SEM LICITAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação da Prof^a. Msc. Déborah Sales Belchior.

Fortaleza

2008

GABRIELA PAULINO DA SILVA

CONTRATAÇÃO SEM LICITAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Esta monografia foi submetida ao Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel.

A citação de qualquer trecho desta monografia é permitida desde que feita de acordo com as normas da ética científica.

Monografia apresentada à Banca Examinadora:

MSc. Déborah Sales Belchior

(Orientadora)

Conselheiro Luís Alexandre A. Figueiredo de Paula Pessoa

(Membro)

Adv. Aline Saldanha de L. F. Sena

(Membro)

Fortaleza

2008

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à minha mãe Risalva, grande exemplo de força, ao meu pai Antonio Gomes, in memoriam, que certamente, hoje, também se alegra por mais este importante passo em minha vida, ao meu irmão Rivanio, grande incentivador de meus estudos e ao meu namorado, Luis Eduardo, por toda compreensão dispensada a mim, nos momentos mais necessários.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, mormente a Deus, fonte perene de renovação das minhas forças, à minha orientadora, prof^a. Déborah Sales, pela forma amiga e serena com a qual me acolheu como orientanda, à Aline Saldanha, que fomentou com sua grande experiência este trabalho e pacientemente ajudou-me na revisão, ao Conselheiro Alexandre Figueiredo que, gentilmente, deu-me a honra de aceitar o convite para compor a banca de avaliação, ao amigo Gessivando, figura ímpar, que me ajudou na formatação e edição. Enfim, aos meus familiares, amigos e colegas de trabalho pelo apoio e carinho. Todos vocês foram singularmente importantes para concretização desta monografia. Muito Obrigada!

“Posso ter defeitos, viver ansioso e ficar irritado algumas vezes, mas não esqueço que a minha vida é a maior empresa do mundo. E que posso evitar que ela vá à falência. Ser feliz é reconhecer que vale a pena viver, apesar de todos os desafios, incompreensões e períodos de crise. Ser feliz é deixar de ser vítima dos problemas e se tornar um autor da própria história. É atravessar desertos fora de si, mas ser capaz de encontrar um oásis no recôndito da sua alma. É agradecer a Deus a cada manhã pelo milagre da vida. Ser feliz é não ter medo dos próprios sentimentos. É saber falar de si mesmo. É ter coragem para ouvir um "não". É ter segurança para receber uma crítica, mesmo que injusta. Pedras no caminho? Guardo todas, um dia vou construir um castelo...”

Fernando Pessoa

RESUMO

O presente trabalho desenvolve-se sobre as principais hipóteses em que a Administração Pública, a despeito de seu dever constitucionalmente previsto de realizar licitação para a contratação de serviços, de obras, de compras e de alienações, realizará com os particulares a contratação direta sem licitação. A importância do presente estudo reside na sistematização dessas possibilidades, à luz da Constituição Federal e guiada pela Lei de Licitações e Contratos – Lei nº 8.666/93. Foram também verificados os limites que norteiam tal contratação, bem como as devidas punições nos casos de descumprimento destes. Em destaque está, ainda, o Sistema de Registro de Preços e os chamados “*caronas*”, que surgem como uma alternativa ao crescente número de contratos sem licitação. A fundamentação deste estudo reside em diversas referências bibliográficas, além do estudo de casos concretos, especialmente, os demonstrativos referentes ao Estado do Ceará, analisados por meio de seu Tribunal de Contas e da Central de Licitações do Estado. O entendimento do Tribunal de Contas da União foi também destacado por meio de alguns acórdãos colacionados ao longo de todo o estudo em epígrafe.

Palavras-chaves: Licitação. Contratação Direta. Administração Pública.

ABSTRACT

The current work is developed on the main hypotheses where the Public Administration, in despite of its duty constitutionally foreseen to make licitation for the act of contract services, workmanships, purchases and alienations, will make with the private a direct contract without a licitation. The important of this study inhabits in the systematization of these possibilities, in the light of the Federal Constitution and guided by the Law of Licitations and Contracts – Law 8.666/93. Also the limites that guide such contrats, as well as the punishments in the cases that neglets it. In prominence still is the System of Register of Prices and the called “hitchhikings”, that appear as an option to the increasing number of contrats without licitation. The recital of this study consists on the several bibliographical references, beyond the study of concrete cases, especially, the referring demonstratives to the State of Ceará, analyzed by its Court of Accounts and the Central Office of Licitations of the State. The opinion of the Union’s Court of Accounts also was detached by some sentences compared through all the study in epigraph.

Keywords: Licitacion, Direct Contract, Public Administration.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 LEI DE LICITAÇÕES PÚBLICAS (Lei nº. 8.666/93):	
CONSIDERAÇÕES.....	13
2.1. Considerações Gerais	13
2.2. Licitações Públicas: Princípios Aplicáveis.....	15
2.2.1 Considerações Preliminares	15
2.2.2. Princípios Explícitos	16
2.2.2.1 Princípio da Legalidade	16
2.2.2.2 Princípio da Moralidade ou Probidade	17
2.2.2.3 Princípio da Impessoalidade	18
2.2.2.4 Princípio da Igualdade ou Isonomia	19
2.2.2.5 Princípio da Publicidade	20
2.2.2.6 Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório	22
2.2.2.7 Princípio do Julgamento Objetivo	23
2.2.3. Princípios Implícitos	23
2.2.3.1 Princípio da Motivação	23
2.2.3.2 Princípio da Competitividade	24
2.2.3.3 Princípio da Indistinação	24
2.2.3.4 Princípio da Adjudicação Compulsória	24
2.2.3.5 Princípio da Obrigatoriedade	25
2.3 Limites Legais	25
2.3.1. Fracionamento.....	25
2.3.2. Superfaturamento	29
2.3.3. Entendimento do Tribunal de Contas da União acerca da matéria	30
3 CONTRATAÇÃO SEM LICITAÇÃO	34
3.1. Considerações Gerais	34
3.2. Distinção entre licitação dispensada, dispensável e inexigível	36
3.2.1. Considerações Preliminares	36
3.2.2 Licitação Dispensável	37
3.2.2.1 Conceito	37

3.2.2.2 Hipóteses de Incidência	38
3.2.3. Licitação Dispensada	50
3.2.3.1. Conceito	50
3.2.3.2 Hipóteses de Incidência	50
3.2.4. Licitação Inexigível	57
3.2.4.1. Conceito	57
3.2.4.2. Hipóteses de Incidência	57
3.5 Procedimento para Contratação Direta	61
3.5.1 Considerações Gerais	61
3.5.2. Fases do Procedimento e Instrução Processual	64
3.6: Responsabilização Criminal dos Gestores	65
4 CONTRATAÇÕES DIRETAS NO ÂMBITO DO ESTADO DO	
CEARÁ	75
4.1. Análise Geral – 2005 – 2007	75
4.2. Considerações	78
5 REGISTRO DE PREÇO – UTILIZAÇÃO DO “CARONA”	79
5.1. Considerações Gerais	79
5.2. Utilização do “carona”	82
5.3. Entendimento do Tribunal de Contas da União	86
5.4. No âmbito do Estado do Ceará	86
CONSIDERAÇÕES FINAIS	90
ANEXO 1	92
ANEXO 2	93
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	

1 INTRODUÇÃO

O Direito Brasileiro, por meio do art. 37, XXI, da Constituição Federal, consagra o dever de efetuar licitação pública antes da contratação de obras, serviços, inclusive os de publicidade, compras, alienações e locações, pela Administração Pública. Tal imposição legal decorre, principalmente, do princípio basilar da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado, que norteia toda a atividade da Administração e determina como dever do gestor público buscar a contratar com o melhor qualificado, em condições mais vantajosas para a Administração Pública e para obter o melhor resultado possível.

Essa normatização é decorrência do fato de a Administração Pública não agir em nome próprio, mas sim em nome de terceiros – a coletividade - podemos concluir que licitar significa, portanto, selecionar com quem contratar, definir as condições de direito e de fato no intuito de obter sempre a proposta mais vantajosa, subordinando-se aos princípios gerais da Administração, além dos específicos, definidos no art. 3º da Lei n.º 8.666/93.

No entanto, percebe-se que o mesmo Texto Constitucional ao passo que determina a licitação como regra geral, prevê também casos específicos onde estará autorizada a Administração Pública a contratação direta, dispensando-se o processo licitatório. Neste momento, surge, então, uma celeuma, ficando a cargo da legislação regulamentar os casos excepcionais onde será dispensável ou inexigível o processo licitatório.

Neste diapasão, a contratação direta, por ser justamente uma exceção à regra, deve se apresentar apenas em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei.

O presente trabalho irá analisar esses casos excepcionais, mostrando em quais situações, por quais motivos e através de qual processamento, faz-se uso de contratação direta – casos de licitação dispensável, dispensada e inexigível. Sobre o tema, analisamos o posicionamento e a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, trazendo-os também para o presente estudo. Além disso, tecemos comentários acerca da questão da responsabilização dos gestores públicos pelo mau uso da “prerrogativa” de contratar diretamente.

Antes, porém, é feita uma abordagem geral acerca do tema licitação, delineando seus princípios e tecendo comentários sobre a Lei nº 8.666/93 que regulamenta o retro

mencionado inciso XXI do art. 37 da Carta Magna e institui normas gerais para as licitações contratos públicos.

O âmbito estadual foi prestigiado através de demonstração dos gastos efetuados por meio de licitação e por meio de contratações diretas no Estado do Ceará, com base no exame dos Pareceres Prévios das Contas do Governo referentes aos anos de 2005, 2006 e 2007, processadas pelo Tribunal de Contas do Estado – TCE. Inclusive, colacionamos dados específicos desta Corte Estadual de Contas, além de casos concretos ocorridos.

Analisaremos, também, o Sistema de Registro de Preços – SRP, previsto expressamente no art. 15, II, da Lei n.º 8.666 (regulamentado pelos decretos n.º. 3.931/2001 e n.º. 4.342/2002), que através da figura do “carona” instituída por intermédio do Decreto n.º. 3.931, de 19 de setembro de 2001, que alterou a regulamentação do Sistema de Registro de Preços e possibilitou que uma proposta mais vantajosa alcançada numa licitação seja aproveitada por órgãos e entidades não participantes do certame.

Por fim, observaremos que a possibilidade de adesão pelo “carona” à Ata de Registro de Preço vem gerando uma série de discussões acerca de sua utilização. Nesse contexto observaremos o Sistema de Registro de Preço, através da figura do “carona” acaba por representar uma forma de a Administração Pública reduzir custos, bem como diminuir a realização de contratações diretas. Para demonstração das vantagens desse Sistema relacionamos dados específicos do nosso Estado fornecidos pela Secretaria de Planejamento e Gestão - SEPLAG.

2 Lei de Licitações Públicas (Lei n.º 8.666/93): Considerações

2.1 Considerações Gerais

A Administração Pública não tem como, sozinha, satisfazer integralmente todas as necessidades e interesses públicos – primários e secundários, por isso, socorre-se aos particulares, pessoas físicas ou jurídicas, objetivando atender tais necessidades. Assim, a celebração de contratos entre a Administração Pública e esses particulares orienta-se pelo interesse geral, visando a contratar com o melhor qualificado, em condições mais vantajosas para a Administração Pública e para obter o melhor resultado possível. Portanto, como regra geral, é obrigatória a realização de licitação pública antecedendo a contratação administrativa.

Diógenes Gasparini leciona sobre essa questão:

Essa busca é, para umas, facultativa, e, para outras, obrigatória. Para as pessoas particulares é facultativa. Para, por exemplo, as públicas (União, Estado-Membro, Distrito Federal, Município, autarquia) e governamentais (empresa pública, sociedade de economia mista, fundação), é, quase sempre, obrigatória (...) ¹

Por sua vez, o.art. 37, inciso XXI da Carta Política estabeleceu a seguinte previsão, “*in verbis*”:

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. (grifo nosso).

Ademais, o Texto Constitucional, no seu art. 22, inciso XXVII, tratou acerca das competências legislativas, dentre as quais estabeleceu que compete, privativamente, à União legislar sobre: “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as

¹ GASPARINI, Diógenes, *Direito Administrativo*. 11ed. São Paulo: Saraiva: 2006, p.470.

administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios² (...)”.

Assim, é vedada a competência legislativa de outras esferas do governo para legislar sobre normas gerais. Salvo mediante lei complementar da União, é que outros entes poderão legislar e, tão-somente, sobre questões específicas.

Ou seja, a União detém competência privativa concedida pela Carta Magna para legislar sobre as normas gerais de licitações e contratos administrativos. Como normas gerais³, podemos classificar, sinteticamente, e à luz do próprio texto constitucional, aquelas relacionadas aos princípios da licitação, modalidades e tipos de licitação, hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação, à garantia da competitividade e da igualdade no certame, à observância do dever de licitar, às exceções à licitação, por exemplo.

Vale, portanto, a lição de Alice Gonzáles Borges:

São normas gerais aquelas que, por alguma razão, convém ao interesse público sejam tratadas por igual, entre todas as ordens da Federação, para que sejam devidamente instrumentalizados e viabilizados os princípios constitucionais com que têm pertinência.⁴

A Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993, entrou em vigor justamente com o escopo de promover a regulamentação do art. 37, inciso XXI, estabelecendo as normas gerais das licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

A Lei de Licitações, portanto, é uma lei federal que possui caráter nacional, ou seja, aplica-se, no que diz respeito às regras gerais, a toda a Administração Pública Direta e Indireta no âmbito de todos os entes federativos – União, Estados, Distrito Federal e Municípios, e não somente à União, incluídos os Poderes Legislativo e Judiciário.

² - BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*.

³ GUIMARÃES, Edgar. *Contratação Direta, comentários às hipóteses de licitação dispensável e inexigível* (coleção 10 ano de Pregão). Curitiba: Editora Negócios Públicos. 2008, p.13.

⁴ GONZALES, Borges Alice. Normas Gerais no Estatuto de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p.22.

2.2 Licitações Públicas: princípios aplicáveis

2.2.1 Considerações Preliminares:

As normas de Direito Público definem quais os interesses, dentre os gerais, que serão valorados como de interesse público e, conseqüentemente, prevalecerão sobre os demais, cabendo ao Poder Público, por meio dos poderes a ele conferidos pelo ordenamento jurídico, à realização desses interesses, sob pena de estar incorrendo em desvio de finalidade.

Daí infere-se que a licitação é, na verdade, um pressuposto de desempenho satisfatório pelo Estado das funções administrativas a ele atribuídas. Ressalte-se, ainda, que os gestores, para desempenhar essas funções, devem pautar suas escolhas na lei e nos princípios que regem a Administração Pública.

Note-se que os princípios gerais que regem a Administração Pública são, também, aplicáveis às licitações devendo, inclusive, serem observados quando das contratações diretas. A Lei nº. 8.666/93, no art. 3º, estabeleceu, expressamente, os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da proibição administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, entre outros que lhe são correlatos.

Dentre os princípios, merece destaque o tão conclamado **Princípio da Supremacia e Indisponibilidade do Interesse Público** que, em síntese, estabelece o parâmetro da conduta administrativa, pois a própria existência do Estado pressupõe a defesa e a proteção do interesse da coletividade, assim, em caso de conflito entre o interesse de um indivíduo e o interesse da sociedade, este deve prevalecer, via de regra.

Entendemos que esse princípio é o que dá sustentação a exigência, como regra geral, de prévia licitação para as contratações da Administração, filiando-nos as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello: “o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular é o princípio geral do direito inerente a qualquer sociedade”.

Passaremos, em seguida, a tecer breves comentários acerca dos princípios explícitos e implícitos aplicáveis às licitações públicas.

2.2.2 Princípios Explícitos:

A Lei n.º8.666/93 estabeleceu expressamente em seu texto os princípios que trataremos neste tópico.

2.2.2.1 Princípio da Legalidade:

O **Princípio da Legalidade** é de suma importância e, pode-se dizer basilar de toda a atividade estatal, ele obriga o administrador a cumprir o que está estabelecido em lei, não podendo prevalecer sua vontade pessoal. Tal limitação serve como garantia para os indivíduos contra abusos de conduta e desvios de objetivos.

Em uma moderna concepção do princípio, podemos dizer que é necessário lei para que a Administração possa exigir do particular qualquer comportamento positivo ou negativo, conforme o art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, nesse sentido também podemos dizer que é necessário lei para criar órgãos ou entidades públicas e para tratar de temas os quais o texto da Constituição Federal, a exigiu expressamente para o seu disciplinamento. Nesses casos, nos quais a Lei Maior requer lei, é onde podemos enquadrar as licitações e os contratos administrativos – art. 37, XXI e 173, § 1º.⁵

Desta feita, na seara das licitações, impõe-se que o administrador observe todas as normas descritas em lei para a escolha da proposta mais vantajosa - ou mesmo dispensa de licitação, nos casos descritos no art. 24 da Lei nº 8.666/93. A não observância de algum destes comandos previstos em lei sujeita o ato a vícios insanáveis ou a nulidades absolutas. Do princípio, infere-se, ainda, que só deve se deixar de realizar a licitação nos casos permitidos na lei.

Entretanto, não pode o princípio configurar entrave capaz de proporcionar o formalismo exacerbado, por meio de uma interpretação literal e rigorosa da matéria, vindo a prejudicar o processamento dos certames e dessas contratações públicas.

Em outras palavras, podemos dizer que o princípio da legalidade estabelece uma das principais diferenças entre a Administração Pública e os particulares, ou seja, enquanto

⁵ FURTADO, Rocha Lucas. *Cursos de Direito Administrativo*. Editora Fórum. 2007. p. 410.

estes podem fazer tudo o que a lei não proíbe, aquela tem toda sua atuação restringida ao que permite a lei.

2.2.2.2 Princípio da Moralidade ou Probidade:

Já o **Princípio da Moralidade ou Probidade** tem o objetivo de compatibilizar o comportamento ético do administrador público em seus atos administrativos não só pelo que a lei autoriza, mas dando a devida ênfase a moral, as regras da boa administração, os bons costumes, a boa fé, os princípios da justiça e equidade, ou seja, a idéia comum de honestidade. A conduta moralmente reprovável acarreta a nulidade do ato ou do procedimento.

Segundo Marçal Justen Filho, podemos dizer:

O direito condena condutas dissociadas dos valores jurídicos e morais. Por isso, mesmo quando não há disciplina legal, é vedado ao administrados conduzir-se de modo ofensivo à ética e à moral. A moralidade está associada à legalidade: se uma conduta é imoral, deve ser invalidada⁶

Assim, a ausência de lei proibindo a prática de determinada conduta não está autorizando o administrador ou o particular a proceder de modo a ofender a ética e a moral. Nesse sentido, vale colacionar o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

EMENTA: ADMINISTRATIVO – LICITAÇÃO – DESCLASSIFICAÇÃO – EMPRESA – LICENCIADO – ÓRGÃO CONTRATANTE.

Não pode participar de procedimento licitatório, a empresa que possuir, em seu pessoal, servidor ou dirigente do órgão ou entidade contratante ou responder licitação (Lei nº. 8.666/93, artigo 9º, inciso III). O fato de estar o servidor licenciado, à época do certame, não ilide a aplicação do preceito legal, eis que não deixa de ser funcionário o servidor em gozo de licença. Recurso Provido. (STJ, Resp nº. 254.115/SP, 1ª T., Rel. Min. Garcia Vieira, DJU 14.08.2000).

Ora, o princípio em comento vincula tanto o administrador quanto o aos particulares que participam do processo de contratação. Baseado na moralidade é que se deve impedir, por exemplo, a realização de conluio entre os licitantes ou a contratação de empresas

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações contratos administrativos*. 11 ed. São Paulo: Dialética, 2005. p.31

de parentes dos administradores, principalmente se tratando de hipóteses de contratação direta prevista em lei. Acerca do tema, observa-se outro significativo julgado do STJ:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. RELACIONAMENTO AFETIVO ENTRE SÓCIA DA EMPRESA CONTRATADA E O PREFEITO DO MUNICÍPIO LICITANTE. OFENSA AOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. INOBSERVÂNCIA DO PRAZO MÍNIMO PARA CONVOCAÇÃO DOS LICITANTES. VIOLAÇÃO DO ART. 21, § 2º, DA LEI 8.666/93. (...)

Consectariamente, a comprovação na instância ordinária do relacionamento afetivo público e notório entre a principal sócia da empresa contratada e o prefeito do município licitante, ao menos em tese, indica quebra da impessoalidade, ocasionando também a violação dos princípios da isonomia e da moralidade administrativa, e ao disposto nos arts. 3º e 9º da Lei de Licitações. Deveras, no campo da probidade administrativa no trata da coisa pública o princípio norteador é o do in dubio pro populo. REsp 615432 / MG. Recurso Especial- 003/0231437-9

A moralidade, portanto, é vista como um atributo ínsito e necessário à atuação de qualquer pessoa que lide com a administração pública. O administrador deve no exercício de sua função pública, respeitar os princípios éticos de razoabilidade e justiça, pressupostos de validade de toda administração pública.

2.2.2.3 Princípio da Impessoalidade:

Por sua vez, o **Princípio da Impessoalidade** está ligado aos princípios do julgamento objetivo e da isonomia, uma vez que traduz na forma objetiva em que o administrador deve tomar suas decisões desconsiderando as vantagens ou condições pessoais de um dos interessados, limitando seu julgamento tão somente ao que versa o edital ou outro tipo de instrumento de convocação.

A licitação tem como principal ponto o julgamento objetivo e a escolha da proposta mais vantajosa para a administração pública e é também através deste princípio que se consegue chegar à razão de ser do procedimento licitatório.

Assim, o que se conclui é que o administrador não pode prejudicar pessoas em benefício de outras por um julgamento feito de forma subjetiva, ou seja, deve prevalecer o

interesse público no uso de suas atribuições administrativas, não devendo estar inseridas suas preferências subjetivas.

2.2.2.4 Princípio da Igualdade ou Isonomia:

O **Princípio da Igualdade ou Isonomia** que tem sua origem no art. 5º da Constituição Federal como direito fundamental, visou assegurar tratamento isonômico aos iguais, evitando, assim, o não favoritismo em proveito ou detrimento de alguém. Este princípio é de importância ímpar para a lisura da licitação pública. Aplica-se não somente a licitação, como também nos casos em que a contratação é feita de forma direta.

Diante deste princípio o administrador fica impedido de escolher subjetivamente o licitante baseado em fatos alheios ao interesse público e da escolha da proposta mais vantajosa, assegurando a igualdade de direito/condições a todos os interessados.

De forma sintética, Celso Antônio Bandeira de Melo afirmou que “o princípio da igualdade consiste em assegurar regramento uniforme às pessoas que não sejam entre si diferenciáveis por razões lógicas e substancialmente (isto é, em face da Constituição) afinadas com eventual disparidade de tratamento”.⁷

Ora, tratar desigualmente os desiguais não é repellido, o que deve sim ser afastada é a desigualdade injustificada.⁸

Assim, fica claro que tal princípio não impede que o administrador, ao determinar as regras do procedimento, defina alguns requisitos e condições para a competição. Como bem esclarecer Ivan Rigoli, “essa igualdade é de expectativa, porque todos têm, em princípio, iguais expectativas de contratar com a Administração”.⁹

⁷ DE MELLO, Bandeira Antônio Celso Antônio, “Princípio da Isonomia”, Revista Trimestral de Direito Público 1/83.

⁸FERRAZ, Sérgio e FIGUEIREDO, Valle Lúcia, *Dispensa e Inexigibilidade de Licitação*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1994, p.24.

⁹ Ricardo Rigolin apudi FILHO, Carvalho dos Santos José. *Manual de Direito Administrativo*. 18ª edição. Rio de Janeiro: lúmen Júris: 2007.

Nesse contexto, note-se que a Lei Complementar nº. 123, de 14 de dezembro de 2006, na aplicação deste princípio determinou um tratamento diferenciado as Micro Empresa, dispondo “*in verbis*”:

Art. 1º Esta Lei Complementar estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, especialmente, no que se refere:

(...)

III – ao acesso a crédito e ao mercado, inclusive quanto à **preferência nas aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos**, à tecnologia, ao associativismo e às regras de inclusão.

Art. 42. Nas licitações públicas, a comprovação de regularidade fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte somente será exigida para efeito de assinatura do contrato.(grifo nosso).

Ademais, verifica-se que a Lei Complementar nº 123/2006 possibilitou um maior equilíbrio nos certames licitatórios, dando um tratamento mais isonômico entre pequenas e grandes empresas, permitindo, assim, que através do tratamento diferenciado dispensado aos desiguais (micro empresas e grandes empresas), a Administração Pública assegure a aplicação do princípio da igualdade, conforme determina a Constituição Federal.

2.2.2.5 Princípio da Publicidade:

O **Princípio da Publicidade** tem o intuito de que seja amplamente divulgado o procedimento licitatório para que um maior número possível de pessoas tome conhecimento de suas regras, garantindo uma também maior eficiência da seleção e uma proposta mais vantajosa. Impõe, também, que se divulguem os atos praticados nas diversas fases do procedimento dando a transparência administrativa necessária, exatamente para que todos possam conferir se está bem ou mal conduzida. Este princípio está relacionado implicitamente com o da moralidade do ato administrativo.

A publicidade dos atos, no campo da licitação pública, busca a ampliação da competitividade do certame para garantir a seleção da proposta mais vantajosa à Administração.

A lei nº. 8.666/93, no art. 21, estabeleceu os meios a serem respeitados para efetiva publicidade dos certames licitatórios, através da publicação dos avisos contendo os resumos dos editais licitatórios, onde será indicado o local em que os interessados poderão ler e obter o texto integral do edital e de todas as informações sobre a licitação. Ressalte-se, ainda, que para o efetivo cumprimento do ditame legal a publicação além de ocorrer na repartição pública interessada, deverá ser realizada nos Diários Oficiais (da União, do Estado ou do Distrito Federal) e em jornal diário de grande circulação pelo período mínimo indicado na legislação. Segundo o supracitado artigo, a publicação do aviso de licitação deve ocorrer nos seguintes termos:

Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez:

I – no Diário Oficial da União, quando se tratar de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Federal e, ainda, quando se tratar de obras financiadas parcial ou totalmente com recursos federais ou garantidas por instituições federais;

II – no Diário Oficial do Estado, quando se tratar de licitação por órgão ou entidade da Administração Pública Federal e, ainda, quando se tratar de obras financiadas parcial ou totalmente com recursos federais ou garantidas por instituições federais;

III – em jornal diário de grande circulação no Estado e também, se houver, em jornal de circulação no Estado e também, se houver, em jornal de circulação no município ou na região onde será realizada a obra, prestado o serviço, fornecido, alienado ou alugado o bem, podendo ainda a Administração, conforme o vulto da licitação, utilizar-se de outros meios de divulgação para ampliar a área de competição.

§1º O aviso publicado conterá a indicação do local em que os interessados poderão ler e obter o texto integral do edital e todas as informações sobre a licitação;

§2º O prazo mínimo até o recebimento das propostas ou da realização do evento será:

I - quarenta e cinco dias para:

a) concurso;

b) concorrência, quando o contrato a ser celebrado contemplar o regime de empreitada integral ou quando a licitação for do tipo "melhor técnica" ou "técnica e preço";

II - trinta dias para:

a) concorrência, nos casos não especificados na alínea "b" do inciso anterior;

b) tomada de preços, quando a licitação for do tipo "melhor técnica" ou "técnica e preço";

III - quinze dias para a tomada de preços, nos casos não especificados na alínea "b" do inciso anterior, ou leilão;

IV - cinco dias úteis para convite.

§ 3º Os prazos estabelecidos no parágrafo anterior serão contados a partir da última publicação do edital resumido ou da expedição do convite, ou ainda da efetiva disponibilidade do edital ou do convite e respectivos anexos, prevalecendo a data que ocorrer mais tarde.

§ 4º Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas.

Ademais, a Lei das Licitações, em seu art. 26 tratou acerca da publicidade que deverá ser dada também as contratações diretas, determinando que:

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

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

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

Portanto, verifica-se que a publicidade também é condição de eficácia dos atos praticados nas licitações públicas, visando propiciar a ampliação da competitividade nos certames licitatórios, bem como a transparência do ato administrativo possibilitando o controle pelas Cortes de Contas e por todos os interessados.

2.2.2.6 Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório:

Outro princípio expresso no art. 3º do diploma legal de licitações é o **Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório** que será, conforme a modalidade de licitação adotada, um edital ou um convite. Por ele temos que o referido instrumento deve ser a lei do caso, que irá regulamentar a atuação da Administração Pública e também dos licitantes. Contudo, não se pode dizer que o edital ou o convite são imutáveis, ou seja, sempre que houver a real necessidade de se fazer uma retificação deve a Administração fazê-lo, desde que observado o mandamento legal que exige a divulgação pela mesma forma que se deu o texto

original, reabrindo-se o prazo originalmente estabelecendo. Salvo no caso de, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas.

2.2.2.7 Princípio do Julgamento Objetivo:

Por meio do **Princípio do Julgamento Objetivo**, a lei procura sempre que possível for, estabelecer critérios objetivos para que atue a Administração, retirando, assim, do gestor, salvo em hipóteses excepcionais, todas as possibilidades de agir subjetivamente. Esses critérios objetivos devem, ainda, estarem expressos no edital, para se evitar, por exemplo, que no curso do procedimento licitatório, a Administração estabeleça novos critérios para o julgamento das propostas alheias ao edital.

Além dos ditos princípios fundamentais explícitos, acima citados, previstos expressamente outros tantos implícitos, correlatos a estes, estão dispersos ao longo da lei nº 8.666/93. Sucintamente, comentaremos alguns desses princípios, que merecem destaque devido a sua natureza e a sua aplicação prática.

2.2.3 Princípios Implícitos:

2.2.3.1 Princípio da Motivação:

O **Princípio da Motivação** que está ligado diretamente à própria existência do Estado de Direito, uma vez que não é admitida, em virtude dos princípios da moralidade, da publicidade e do controle jurisdicional, a existência de decisões sigilosas ou imotivadas. Sempre lembrando que o gestor público age em nome dos interesses da coletividade. Ainda, que possua certa discricionariedade prevista em lei, deve necessariamente estar buscando a satisfação desses interesses. O art. 38 da Lei de Licitações, ao determinar que será iniciado o procedimento da licitação será com a abertura de processo administrativo, exige, por consequência, que o administrador indique os motivos que o levam a realizar a licitação e a especificar o objeto a ser licitado¹⁰

Por fim, observa-se que a motivação é também uma forma de defesa útil ao administrador, frente às não raras acusações de direcionamento ou favorecimento em

¹⁰ FURTADO, Rocha Lucas. *Cursos de Direito Administrativo*. Editora Fórum. 2007. p. 413

licitações ou em contratações diretas¹¹, sob pena de, caso não tenha realizado a adequada motivação do ato praticado, ter sua atitude considerada como fraudulenta e sofrer as punições cabíveis.

2.2.3.2 Princípio da Competitividade:

O **Princípio da Competitividade**, corolário do princípio da Igualdade. Por ele, não pode a Administração Pública adotar medidas ou criar regras que possam de alguma maneira comprometer o caráter competitivo da licitação, deve ser propiciada a disputa entre os contratantes, para que, assim, seja feita a melhor escolha possível.

2.2.3.3 Princípio da Indistinção:

Outro corolário do Princípio da Igualdade é o **Princípio da Indistinção**, segundo o qual é vedado criar preferências ou distinções relativas à naturalidade, à sede ou ao domicílio dos licitantes. Esse princípio protecionista possui sua base no art. 19, III, da Lei Maior.

2.2.3.4 Princípio da Adjudicação Compulsória:

Conforme apregoa o **Princípio da Adjudicação Compulsória**, ao contrário do que possa parecer, a Administração Pública não está obrigada a contratar o licitante vencedor. Conforme adverte Hely Lopes Meireles¹² o direito que possui o licitante vencedor do certame é o de que lhe seja adjudicado o objeto, e não o de ser celebrado o contrato – direito subjetivo à contratação. Ou seja, não pode a Administração, para a realização do objeto licitado, contratar qualquer outra empresa que não a vencedora. Há casos em que antes de ser assinado o contrato, verifica-se a existência de menor preço praticado no mercado, nessa situação, pode a Administração revogar a licitação finda, por meio de decisão motivada e abrir novo processo licitatório. Importante observar que a Lei nº 8.666/93 em seu art. 64, § 2º, no entanto, estabelece a seguinte faculdade:

¹¹ No art. 26 da Lei 8.666/93, observamos o rigor da lei quanto a motivação.

¹² MEIRELES, Lopes Hely apud FURTADO, Rocha Lucas. *Cursos de Direito Administrativo*. Editora Fórum. 2007. p. 418

É facultado à Administração, quando o convocado não assinar o termo de contrato ou não aceitar ou retirar o instrumento equivalente no prazo e condições estabelecidos, convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para fazê-lo em igual prazo e nas mesmas condições propostas pelo primeiro classificado, inclusive quanto aos preços atualizados de conformidade com o ato convocatório, ou revogar a licitação independentemente da cominação prevista no art. 81 desta Lei.

Assim, se a Administração desejar celebrar o contrato, deverá convocar a licitante vencedor para assiná-lo, nos termos do edital do certame. Mas, caso a Administração venha à revogar ou anular a licitação, não pode o licitante alegar direito subjetivo à contratação.

2.2.3.5 Princípio da Obrigatoriedade:

Finalmente, vale apontar o **Princípio da Obrigatoriedade**, já mencionado no início deste trabalho, o referido princípio está consagrado tanto no art. 37, XXI da Carta Magna, quanto no art. 2º do diploma legal das licitações. Deve ser considerada obrigatória a licitação para compras, obras, serviços, alienações e locações, ressalvadas as hipóteses indicadas na Lei de Licitações, caso em que o administrador poderá realizar a contratação sem licitação.

1.3 Limites Legais:

Dentro dos limites que a legislação impõe às licitações, é mister fazemos especial alusão ao fracionamento e ao superfaturamento, visando evitar que o Gestor Público proceda de forma irregular e maliciosa para furtar-se do dever de proceder à licitação antes de contratar ou realizar contratações sem observar os preços praticados no mercado. Vejamos as principais questões acerca do tema.

2.3.1 Fracionamento:

Ocorre o que se costumou chamar de fracionamento, quando o administrador reduz o objeto para alcançar valor inferior e realizar várias licitações ou despesas para o mesmo objeto, objetivando fazer uso de modalidade de licitação inferior à recomendada pela legislação para o total da despesa, ou, ainda, para efetuar contratação direta, com fulcro no art. 24, incisos I e II. Em outras palavras, podemos dizer:

Foi a palavra, não inventada, mas escolhida para designar especificamente, naquela circunstância de fiscalização de contratos públicos, a quebra, a divisão, a fragmentação, a partição ou o desmembramento de objetos de contratos. Qualquer fracionamento em língua portuguesa significa isso, porém em direito público, e em matéria de licitação e contrato, a palavra costuma assustar, quando não arrepiar, os responsáveis por contratações do Poder Público, pela pesada conotação que ganhou¹³.

O limite imposto pela Lei nº 8.666/93 às modalidades de licitação – previstas no art. 24, inciso II, compras ou serviços outros que não os de engenharia – está intimamente relacionado com o art. 23, §§ 1º, 2º e 5º, vejamos:

Art. 23

(...)

§1º - As obras, serviços e compras efetuadas pela administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade, sem perda da economia de escala.

§2º - Na execução de obras e serviços e nas compras de bens, parceladas nos termos do parágrafo anterior, a cada etapa ou conjunto de etapas da obra, serviço ou compra, há de corresponder licitação distinta, preservada a modalidade pertinente para a execução do objeto em licitação.

§ 5º - É vedada a utilização da modalidade "convite" ou "tomada de preços", conforme o caso, para parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente, sempre que o somatório de seus valores caracterizar o caso de "tomada de preços" ou "concorrência", respectivamente, nos termos deste artigo, exceto para as parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço.

Art. 24

(...)

II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez;

Os referidos dispositivos legais, analisados conjuntamente, dispõem sobre a vedação ao uso do fracionamento de valores para se chegar a uma situação de dispensa de licitação fundamentada no suposto preço inferior ao limite mínimo - que hoje é de R\$ 8.000,00, ou seja, a pluralidade de licitações, mesmo reduzindo a dimensão do objeto a ser licitado, não pode conduzir à modificação do regime jurídico aplicável à licitação.

¹³ *Fracionamento de Objetos em Licitação*. Ivan Barbosa Rigolin. BLC – Boletim de Licitações e Contratos.

Ora, o fracionamento refere-se à despesa. Assim, a norma legal determina a obrigatoriedade de licitação e a escolha da modalidade cabível deve ser feita em face do montante conjunto de todas as contratações, independentemente de fracionamento.

Sobre essa questão, pronunciou-se por unanimidade a 2ª Câmara do Tribunal de Contas da União – TCU, no Acórdão nº. 1.275/2006-2 de relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues:

(...)

30. Irregularidade: Constatação de **fracionamento de licitação, uma vez que foram efetuados pagamentos, de mesma natureza, a empresas diferentes**, conforme demonstrado nos subitens 5.1.8, 5.1.10 e 5.1.11 do Relatório de Inspeção do FNDE nº 538/2000 (fls. 567/576), infringindo o disposto nos artigos 3º, 22 e 23 da Lei nº 8.666/93.

(...)

31.2. Os pagamentos foram realizados a empresas diferentes. Os objetos das licitações eram diferentes. Portanto, não se pode admitir que as ações acima mencionadas possam ser classificadas como de mesma natureza.

(...)

32.5. Desta forma, está configurada a fuga à modalidade obrigatória de licitação, tendo em vista que os limites estabelecidos para convite foram ultrapassados, havendo o descumprimento ao disposto no art. 23, § 5º, da Lei nº 8.666/93 (grifo nosso).¹⁴

E, ainda, sobre esse tema, pronunciou-se no Acórdão 81/2001 de relatoria do Ministro Lincoln Magalhães da Rocha, a Primeira Câmara, por unanimidade o Tribunal de Contas da União:

Tomada de Contas. 8ª Superintendência de Polícia Rodoviária Federal. SC. Exercício de 1997. Fracionamento de despesas. Homologação de licitação sem o mínimo de propostas válidas. Pendência de ressarcimento do adiantamento de férias e de gratificação natalina. Apresentação de razões de justificativas insatisfatórias. Irregularidade das contas do principal responsável. Multa. Regularidade das contas com ressalva dos demais responsáveis. Quitação. Determinação.

Dentre as diversas ocorrências verificadas na SPRF/SC na gestão sob exame, destacam-se, por sua gravidade e materialidade, as seguintes: **reiterado fracionamento de despesas na aquisição de combustíveis, caracterizando fuga ao procedimento licitatório pertinente; fracionamento de despesas na aquisição de jaquetas de couro; e, adjudicação e homologação de convites nos quais não foram apresentadas ao menos três propostas válidas.**

Conforme salientado pela SECEX-SC, as justificativas apresentadas, a propósito, pelo ex-Superintendente não merecem acolhida. No tocante ao fracionamento de

¹⁴ Tribunal de Contas da União. Processo TC nº 014.560/2003-2. Acórdão nº 1.275/2006- 2ª Câmara. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. <www.tcu.gov.br> Acesso em: 22 de outubro de 2008.

despesas, além de constituir notória afronta ao Estatuto das Licitações, o procedimento redundou em perda de economia de escala, agravando o alegado desinteresse dos potenciais licitantes e reduzindo as probabilidades de obtenção de preços mais vantajosos para a Administração. No caso específico dos combustíveis, o fracionamento implicou, ainda, na elevação do custo gerencial da Unidade, obrigada a promover, em curtos intervalos de tempo, sucessivos certames licitatórios. O fato, associado às claras deficiências de planejamento do órgão, levava as licitações a serem conduzidas, quase sempre, em caráter de urgência, o que, via de regra, entre outras impropriedades, impedia sua maior divulgação e obrigava sua homologação mesmo não havendo um número mínimo de propostas válidas.

Caracterizada, assim, a prática de atos ilegítimos e antieconômicos de gestão, há que se ter por irregulares, como propugnam os pareceres, as contas do responsável.

(...)

8.4.3. observe, com rigor, as disposições da Lei nº 8.666/93, notadamente quanto:
a) ao correto enquadramento da modalidade licitatória pertinente, **evitando o fracionamento indevido da despesa (art. 23)**; (grifo nosso)

Igualmente, não pode ocorrer fracionamento e a conseqüente utilização de modalidade inferior de licitação, quando o somatório do valor total a ser licitado caracterizar modalidade superior, pois não poderá a Administração realizar várias licitações ao longo de um mesmo exercício financeiro, para mesmo objeto ou finalidade, deve sempre ser observada a modalidade de licitação pertinente ao todo que deveria ser contratado. Nesse sentido, o Acórdão nº 73/2003 do TCU, destaca: “... atingido o limite legalmente fixado para a dispensa de licitação, as demais contratações para serviços da mesma natureza deverão observar a obrigatoriedade da realização de certamente licitatório, evitando a ocorrência de fracionamento de despesa.”

O gestor público jamais poderá se valer da divisão do objeto com o mero propósito de partir para uma contratação direta, com origem em “espertezas” matemáticas e desprovidas de pressupostos legais, de razoabilidade e de vinculação ao interesse público. Portanto, a lei não proíbe o fracionamento, porém, veda a sua invocação de forma a acarretar prejuízos econômicos à Administração, fugindo da modalidade adequada de licitação.

O fracionamento, em situações mais extremas, pode, inclusive, caracterizar crime¹⁵, uma vez que adotando uma modalidade inferior de licitação ou, ainda, uma contratação direta, restringir-se-á a competição ou, mesmo, a torná-la inexistente.

¹⁵ V. arts. 89 e 93 da Lei nº 8.666/93.

Por fim, compete, ainda, fazer a distinção entre o fracionamento e a realização de licitação por itens. A segunda hipótese consiste no procedimento em que se aprecia a proposta para apenas um item, ou seja, objetiva-se a aquisição de vários produtos, mas, para ampliar a participação, a licitação, de forma que cada item torna-se independente dos demais – o objeto é único, mas pode ser entregue por diversos fornecedores, cada um se comportando nos limites de sua capacidade.

Na licitação por itens, mais uma vez, busca-se favorecer a presença de um maior número de interessados e, conseqüentemente, proceder a contratação mais vantajosa. Nesse sentido, observou Diógenes Gasparini:

O Julgamento da proposta, em princípio, é uno e indivisível, admite-se, assim, um só proposta vencedora e, conseqüentemente, um só licitante vencedor. Embora seja a regra, o edital ou carta-convite deve, quando o objeto permitir, como é o caso de material de escritório, informar que o julgamento será por itens (caderno, lápis, borracha, caneta, papel almaço com pauta, apontador de lápis), de tal forma que se possam ter diversas propostas para cada item e ao fim uma proposta vencedora por item¹⁶.

O §1º do art. 23 da Lei nº 8.666/93 autoriza, em determinadas situações, o fracionamento, porém, este deve ser encarado como uma alternativa para a defesa do interesse público, sendo imperioso comprovar a adequação técnica e econômica da divisão do objeto em diversos grupos, sendo cada qual submetido a um procedimento licitatório distinto.

Nesse sentido, observe-se o art. 7º da Lei nº 8.666/93, com redação dada pela Lei nº. 9.648/98.

Na compra de bens de natureza divisível e **desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo**, é permitida a cotação de quantidade inferior à demandada na licitação, com vistas à ampliação da competitividade, podendo o edital fixar quantitativo mínimo para preservar a economia de escala. (grifo nosso).

Assim, só se justifica mencionada divisão quando esta representar a solução mais consentânea com o interesse público, não gerando qualquer espécie de distúrbio econômico.

2.3.2 Superfaturamento:

Após o advento da legislação específica das licitações e contratos públicos – Lei nº 8.666/93 – os gestores públicos passaram a ter suas responsabilidades mais claramente delineadas no que tange ao processo licitatório e à contratação, principalmente, em razão do dever de pronunciar-se sobre a compatibilidade de preços, na fase de julgamento, consoante dispões o art. 43, inciso IV:

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

(...)

IV - verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis;

Ainda sob a vigência da legislação anterior – Decreto nº. 449/92, o Tribunal de Contas da União consolidou o entendimento de que é irregular a ausência formal de aferição a respeito da compatibilidade dos preços propostos na licitação com os preços cotados no mercado. Quando a Administração não respeita o mandamento em tela, ocorre o que chamamos de superfaturamento, ou seja, o desembolso de valor excedente, devendo tal parcela ser considerada como prejuízo ao erário, sendo o agente responsabilizado e impelido a reembolsar os cofres públicos. Nesse sentido, deve ser instaurada a Tomada de Contas Especial, procedimento administrativo próprio dos Tribunais de Contas com vistas a promover a apuração do débito, a identificação do(s) responsável(is) e a consequente constituição de título executivo capaz de recompor o dano causado.

2.3.3 Entendimento do Tribunal de Contas da União acerca da Matéria:

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, toda a atividade dos Tribunais de Contas foi substancialmente ampliada. Assim, qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada que utilize, arrecada, guarde, gerencie ou administre dinheiro, bens e valores públicos ou pelos quais a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, em alguns casos, respondam, tem o dever de prestar contas perante o respectivo Tribunal de

¹⁶ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. Editora Saraiva, 2005 p.603

Contas. Os princípios gerais da fiscalização exercida por este órgão, encontram-se definidos no art. 70, do texto constitucional, *in verbis*:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumira obrigações de natureza pecuniária.

A fiscalização mencionada pelo artigo divide-se em contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial. Pela letra do mesmo dispositivo observa-se que o controle externo da administração direta e indireta cabe ao legislativo, com o auxílio dos Tribunais de Contas, porém sem relação de subordinação. O parágrafo único explicita quem está obrigado a prestar contas, outrossim, o Poder Legislativo, terá que prestar contas aos Tribunais.

A importância dos Tribunais de Contas é impar no sentido de que esses órgãos exercem o controle sobre a atividade dos gestores, podendo decidir além da legalidade, sempre que for necessário, sempre restando necessário para efetivar o comando da legitimidade e eficiência.

O entendimento do Tribunal de Contas da União é cediço no sentido de que o fracionamento deve ser evitado quando propiciar a fuga da modalidade de licitação correta, conforme o disposto no §5º do art. 23 da Lei nº 8.666/93.

Essa egrégia Corte Superior de Contas entende como já anteriormente observado, que a realização de procedimento licitatório para aquisição de bens e serviços é obrigatória, se ficar configurada a viabilidade de competição entre fornecedores, dessa forma, não são admitidos a indicação ou preferência por determinada marca, salva se restando comprovado que a alternativa adotada é a mais vantajosa e a única que atende às necessidades do órgão ou entidade, bem como o fracionamento de despesas como instrumento de alteração do procedimento licitatório adequado, ou mesmo de sua dispensa. Portanto, são julgadas

irregulares as contas quando comprovada a prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma legal.

Nesse sentido, destacamos um recente julgado da 1ª Câmara do TCU relacionado a este tema, referente à prestação de contas de uma entidade do chamado Sistema “S” que, embora adote regulamento próprio para suas licitações, os atos praticados sob a orientação dessas normas também se sujeitam ao controle de legalidade, que, em sentido amplo, refere-se à obediência às disposições desses regulamentos e aos princípios que os regem e devem, também, observar os princípios constitucionais gerais relacionados à Administração Pública, entre eles o de licitar. Vejamos as mais significativas disposições do Acórdão em comento:

PRESTAÇÃO DE CONTAS.

EXERCÍCIO DE 2004. FRACIONAMENTO DE DEPESAS. FUGA AO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO NA MODALIDADE ADEQUADA. INDICAÇÃO OU PREFERÊNCIA POR MARCAS. AQUISIÇÕES DIRETAS DE BENS SEM LICITAÇÃO. CONTAS IRREGULARES.

(...)

- aquisição de bens em processo licitatório com indicação de marca, desatendendo princípios norteadores de procedimento licitatório constantes no art. 2º da Resolução SENAC n. 810/2002;

- aquisição de cartas de consórcio de veículos, desatendendo princípios norteadores de licitação definidos na Resolução n. 810/2002;

- aquisição direta de bens desrespeitando a modalidade e os limites fixados por normativo interno (Resolução nº 810/2002 - SENAC);

- **aquisição de bens com dispensa de licitação irregular, originando prejuízo potencial decorrente da falta de procedimento licitatório.**

(...)

É razoável que os serviços sociais autônomos, embora não integrantes da Administração Pública, mas como destinatários de recursos públicos, adotem, na execução de suas despesas, regulamentos próprios e uniformes, livres do excesso de procedimentos burocráticos, em que sejam preservados, todavia, os princípios gerais que norteiam a execução da despesa pública. Entre eles podemos citar os princípios da legalidade - que, aplicado aos serviços sociais autônomos, significa a sujeição às disposições de suas normas internas -, da moralidade, da finalidade, da isonomia, da igualdade e da publicidade. Além desses, poderão ser observados nas licitações os princípios da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo. O fato de os serviços sociais autônomos passarem a observar os princípios gerais não implica em perda de controle por parte do Tribunal. Muito pelo contrário: o controle se tornará mais eficaz, uma vez que não se prenderá à verificação de formalidades processuais e burocráticas e sim, o que é mais importante, passará a perquirir se os recursos estão sendo aplicados no atingimento dos objetivos da entidade, sem favorecimento. O controle passará a ser finalístico, e terá por objetivo os resultados da gestão. O uso de procedimento uniformes irá facilitar o controle do Poder Público, tanto a cargo do Poder Executivo quanto do Tribunal de Contas da União. Uma vez aprovados, esses regulamentos não poderão ser infringidos sob pena de se aplicar aos administradores as sanções cabíveis, previstas na Lei n. 8.443/1992.

Destarte, no que concerne à renovação da frota de veículos da Entidade, restaram infringidos os princípios informadores do procedimento licitatório, objeto de Regulamento de Licitações e Contratos do Senar/PR, e as próprias disposições desse Regulamento, especialmente o art. 10, inciso IV, que trata da inexigibilidade de licitação, por inviabilidade de competição na permuta ou dação em pagamento de bens.

Afigura-se-me, desse modo, insustentável a hipótese de inviabilidade de competição entre revendedoras de veículos, localizadas na cidade de Curitiba, ainda que limitada a escolha a automóveis pertencentes a uma mesma marca, procedimento, aliás, que também é indevido, consoante o que consta nos autos. É que a indicação ou preferência por marca em procedimento licitatório só é admissível se restar comprovado que a alternativa adotada é a mais vantajosa e a única que atende às necessidades do Órgão ou Entidade, o que não ocorreu no caso.

“Portanto, as contas dos Senhores Ágide Meneguette, Ronei Volpi e Osvaldo de Bassi devem ser **consideradas irregulares, e, por conseguinte, ser-lhes aplicada a cominação prevista em Lei**, graduada de acordo com a responsabilidade da cada um¹⁷.” (grifo nosso).

Acerca do superfaturamento decidiu o Plenário do TCU, nos seguintes termos:

Acórdão 2134/2006 – Plenário -

REPRESENTAÇÃO. OBRAS DE CONSTRUÇÃO DA ALA FEDERAL E REFORMA DO PRESÍDIO PASCOAL RAMOS, NO ESTADO DE MATO GROSSO. CONVÊNIO COM A UNIÃO. **SUSPEITAS DE DISPENSA DE LICITAÇÃO INDEVIDA, ESCOLHA ARBITRÁRIA DA CONTRATADA E SUPERFATURAMENTO. EXCESSO DE ALTERAÇÕES DE SERVIÇOS DURANTE A EXECUÇÃO. PROJETO BÁSICO FALHO. CONVERSÃO DO PROCESSO EM TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CITAÇÃO.**

Configurados superfaturamento e outras irregularidades num processo de fiscalização de obras, cabe convertê-lo em tomada de contas especial, para citação e audiência dos responsáveis e aprofundamento das investigações.

.2.1. adoção indevida de dispensa de licitação, por não atender concretamente ao disposto no art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93;

9.2.2. escolha discricionária da proposta contratada, com aparência de seleção objetiva pelo menor preço global, uma vez que os valores apresentados pelas empresas supostamente concorrentes no processo de dispensa resultam apenas da multiplicação dos orçamentos de cada parte componente das obras (Raios 1, 3 e 5, Saúde II e Cozinha) por um fator constante individual, sem significar legítima formação de custos; (grifos nossos)

Assim, por todo o exposto, nos resta cediço que o entendimento do Tribunal de Contas da União, com relação ao fracionamento, coaduna com o disposto no art. 23, §5º, da Lei nº 8.666/93, no sentido de que se deve evitar o uso indevido do fracionamento, de forma afastar a Administração da devida modalidade licitatória e, conseqüentemente, inviabilizar a competição. No que tange, ao superfaturamento, de igual maneira, a posição da egrégia Corte de Contas é a de coibir tal prática, principalmente evitando dispensas indevidas de licitação, como mostra o acórdão acima colacionado.

3 CONTRATAÇÃO SEM LICITAÇÃO

3.1 Considerações Gerais:

O Direito brasileiro, como já é sabido, consagra a Licitação como forma de contratação de particulares, pela Administração Pública. Tal fato decorre, principalmente, dos princípios fundamentais que norteiam toda a atividade da Administração, em especial o da supremacia do interesse público sobre o privado. Porém, há hipóteses constitucionalmente previstas que autorizam a não realização de licitação e a consequente contratação direta quando da ocorrência de determinadas situações especiais.

Em tais casos permissivos, o procedimento licitatório normal conduziria ao sacrifício da finalidade maior buscada pelo Estado, qual seja a contratação mais vantajosa. Dessa forma, a própria Carta Magna autoriza a Administração a optar por um procedimento, no qual algumas formalidades podem ser supridas ou substituídas por outras.

Ante ao tema e nas palavras de Marçal Justen Filho, podemos, a respeito da contratação direta e suas peculiaridades, assim dizer:

(...) A contratação direta pressupõe um procedimento formal prévio, destinado a produzir a melhor escolha possível para a Administração. Esse procedimento envolve ampla discricionariedade para a Administração, mas a liberdade se restringe às providências concretas a serem adotadas. Não há margem de discricionariedade acerca da observância de formalidades prévias.

Ademais, é importante salientar que a contratação direta não desobriga o administrador público de seguir os princípios aplicáveis às licitações, em especial aqueles que exigem a existência de um processo administrativo e o da vinculação estatal à realização de suas funções¹⁸.

¹⁷ v. inteiro teor do Acórdão em anexo. Tribunal de Contas da União. Processo TC nº 012.868/2005-4 Acórdão nº 2573/2007 - 1ª Câmara. Relator: Ministro Marcos Bemquerer <www.tcu.gov.br> Acesso em: 23 de outubro de 2008

¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11.ed. São Paulo: Dialética: 2005. p. 227.

Desta feita, observamos que a Constituição Federal, ao passo que estabeleceu a regra geral de obrigatoriedade de licitação, permitiu que lei viesse a dispor sobre, situações especiais em que a Administração Pública irá contratar o particular, sem prévia licitação.

Contudo, essa “prerrogativa” não é sinônimo de discricionariedade total por parte do Gestor Público, primeiramente, porque tais hipóteses em que se poderá fazer uso de um procedimento mais simples estão taxativamente determinadas pelo legislador e, em segundo lugar, porque a mesma legislação determina, ainda, um procedimento administrativo que deverá ser rigorosamente seguido pelo administrador.

Note-se, o mesmo dispositivo constitucional ao passo que estabelece o dever de licitar como regra geral, também remete o operador do direito à legislação ordinária ao mencionar as exceções à licitação – contratação direta.¹⁹

Assim, em uma definição concisa podemos dizer que contratação direta é aquela realizada sem licitação em situações excepcionais, expressamente previstas em lei²⁰. É, segundo aduz Marçal Justen Filho: “(...) uma modalidade anômala de licitação (...)”

Observaremos detalhadamente no item 2.5 que o procedimento para contratação direta. Este tem de ser rigorosamente seguido, passo a passo, para que possa a Administração Pública contratar diretamente, sem licitar. Tal mandamento legal, por si só, configura-se como o mais importante limite a não adoção de licitação.

Sem dúvidas, todo o rigor com o qual se reveste tal procedimento garante que não se cercará de subjetivismo e arbitrariedade a opção do gestor público de contratar diretamente, pois, ainda que desobrigado do dever constitucional de executar um procedimento licitatório, fica ele cingido ao que determina o mandamento legal, afinal o Estado não pode se afastar da finalidade maior de selecionar a proposta mais vantajosa e que venha a trazer maiores benefícios para a Administração.

¹⁹ GUIMARÃES, Edgar. *Contratação Direta, comentários às hipóteses de licitação dispensável e inexigível* (coleção 10 anos de Pregão). Curitiba: Editora Negócios Públicos. 2008,p.14.

²⁰ Brasil. Tribunal de Contas da União. *Licitações e Contratos: orientações básicas/Tribunais de Contas da União*. – 3. ed. ver. Atualizada e Ampliada. Brasília: TCU, Secretaria de Controle Interno, 2006. P. 216.

O Processo administrativo de contratação direta está previsto no art. 38 do normativo legal de licitações e a sua instrução deve ser pautada, fielmente, nos comando que emanam do art. 26 e incisos, também, da referida lei.

Portanto, o administrador ao realizar a contratação direta, deve observar de acordo com cada caso concreto qual hipótese deve ser adotada: licitação dispensável, dispensada e inexigível. Observaremos, a seguir, mais detalhadamente, cada uma destas categorias.

3.2 Distinção entre licitação dispensada, dispensável e inexigível:

3.2.1 Considerações Preliminares:

Como já anteriormente aclarado, a Constituição Federal de 1988 tornou obrigatória a licitação de obras, serviços, compras e alienações para toda a Administração Pública direta, indireta e fundacional, reservados os casos especificados na legislação pertinente.

A despeito de a maioria dos autores promoverem a distinção entre os institutos da licitação dispensável, dispensada e inexigível, à luz da Lei nº 8.666/93, não há unanimidade entre eles, no que atine a este assunto.

As três hipóteses são tratadas em artigos diferentes da lei e, observadas dentro de um aspecto prático, percebe-se o quanto é importante delinear as distinções entre elas, pois implicam em consequências diversas para cada uma das hipóteses.

Tais hipóteses excepcionais estão devidamente regulamentadas na Lei nº 8.666/93. Podemos citar, em especial, os artigos 17, 24 e 25 da Lei de Licitações. O art. 24 da Lei de Licitações enumerou os casos em que a licitação é dispensável. Definidas no art. 17, incisos I, II, §2º e §4º da lei em referência, estão as hipóteses de Licitação Dispensada. Por fim, a lei enumera, no art. 25, algumas situações em que a licitação será inexigível, ou seja, a lei desobriga ao Administrador Público a realização de certame licitatório.

Nas três hipóteses supramencionadas, estaremos diante de contratação sem licitação. É importante salientar que tais hipóteses, como já exposto, ocorrerão apenas em situações excepcionais e, taxativamente, previstas em lei.

Faremos a seguir a conceituação e delimitaremos as ocasiões onde incidirá cada uma das hipóteses que ensejam a contratação sem licitação.

3.2.2 Licitação Dispensável:

O art. 24 da Lei nº 8.666/93, com redação alterada pela Lei nº 8.883/94 estabeleceu, originariamente, as hipóteses em que é dispensável a licitação. A lei nº. 9.648/98 acrescentou mais algumas hipóteses e, de lá pra cá, novas leis ampliarão a já extensa lista, com novas situações.

3.2.3.1 Conceito:

Será dispensável a licitação quando, em razão do poder discricionário do administrador público, poderá ser realizada ou não. Em outras palavras, ocorre em situações definidas, taxativamente, em lei, precisamente no art. 24 da Lei nº 8.666/93, nas quais, embora possível, não seja obrigatória a realização de licitação.

Segundo os ensinamentos de Lucas Rocha Furtado²¹, podemos dizer que:

O art. 24 da Lei de Licitações prevê as hipóteses em que a licitação é dispensável. São indicadas, de forma exaustiva, situações que legitimam a contratação direta sem licitação. As hipóteses previstas nesse dispositivo não podem ser aumentadas pelo administrador. Trata-se de lista fechada que não admite que, a pretexto de interpretações extensivas ou analogias, venham a ser criadas hipóteses não autorizadas pelo legislador.

Ou seja, essa faculdade do Administrador Público não está envolta em total discricionariedade, afinal o próprio legislador definiu as hipóteses em que se poderá aplicar tal procedimento simplificado. Ora, se assim não fosse, estaríamos diante de um flagrante desrespeito aos princípios norteadores da atividade administrativa, portanto, permanece o dever de realizar a melhor contratação possível, tratando de forma isonômica todos os possíveis contratantes.²²

²¹ FURTADO, Rocha Lucas. *Cursos de Direito Administrativo*. Editora Fórum. 2007.

²² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações contratos administrativos*. 11 ed. São Paulo: Dialética, 2005.

3.1.3 Hipóteses de Incidência:

O art. 24 da Lei nº 8.666/93 tem disposto nos seus vinte e nove incisos as hipóteses de aplicabilidade da exceção ao dever de licitar. Na inteligência do doutrinador Jacoby²³:

Para que a situação possa implicar dispensa de licitação, deve o fato concreto enquadrar-se no dispositivo legal, preenchendo todos os requisitos. Não é permitido qualquer exercício de criatividade ao administrador, encontrando-se as hipóteses de licitação dispensável previstas expressamente na lei, *numerus clausus*, no jargão jurídico, querendo significar que são aquelas hipóteses que o legislador expressamente indicou que comportam dispensa de licitação.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁴, divide as hipóteses de legislação dispensável em quatro categorias, vejamos:

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

Vejamos, agora, quais são estes permissivos legais:

Art. 24. É dispensável a licitação:

I - para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso I do artigo anterior, desde que não se refiram as parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente;

II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez;

III - nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem;

IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os 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 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

²³ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Contratação direta sem licitação. 6.ed. Brasília Jurídica, 2005. p.289.

²⁴ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo – 21. ed, São Paulo: Atlas: 2005.

V - quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas;

VI - quando a União tiver que intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento;

VII - quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional, ou forem incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes, casos em que, observado o parágrafo único do art. 48 desta Lei e, persistindo a situação, será admitida a adjudicação direta dos bens ou serviços, por valor não superior ao constante do registro de preços, ou dos serviços;

VIII - para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

IX - quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional;

X - para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

XI - na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido;

XII - nas compras de hortifrutigranjeiros, pão e outros gêneros perecíveis, no tempo necessário para a realização dos processos licitatórios correspondentes, realizadas diretamente com base no preço do dia; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

XIV - para a aquisição de bens ou serviços nos termos de acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional, quando as condições ofertadas forem manifestamente vantajosas para o Poder Público; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

XV - para a aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que compatíveis ou inerentes às finalidades do órgão ou entidade.

XVI - para a impressão dos diários oficiais, de formulários padronizados de uso da administração, e de edições técnicas oficiais, bem como para prestação de serviços de informática a pessoa jurídica de direito público interno, por órgãos ou entidades que integrem a Administração Pública, criados para esse fim específico; (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

XVII - para a aquisição de componentes ou peças de origem nacional ou estrangeira, necessários à manutenção de equipamentos durante o período de garantia técnica, junto ao fornecedor original desses equipamentos, quando tal condição de exclusividade for indispensável para a vigência da garantia; (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

XVIII - 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 exiguidade 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: (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

XIX - 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; (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

XX - na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado. (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

XXI - Para a aquisição de bens destinados exclusivamente a pesquisa científica e tecnológica com recursos concedidos pela CAPES, FINEP, CNPq ou outras instituições de fomento a pesquisa credenciadas pelo CNPq para esse fim específico. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

XXII - na contratação de fornecimento ou suprimento de energia elétrica e gás natural com concessionário, permissionário ou autorizado, segundo as normas da legislação específica; (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

XXIII - na contratação realizada por empresa pública ou sociedade de economia mista com suas subsidiárias e controladas, para a aquisição ou alienação de bens, prestação ou obtenção de serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

XXIV - para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

XXV - na contratação realizada por Instituição Científica e Tecnológica - ICT ou por agência de fomento para a transferência de tecnologia e para o licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida. (Incluído pela Lei nº 10.973, de 2004)

XXVI - na celebração de contrato de programa com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação. (Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005)

XXVII - na contratação da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por 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. (Redação dada pela Lei nº 11.445, de 2007).

XXVIII - para o fornecimento de bens e serviços, produzidos ou prestados no País, que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional, mediante parecer de comissão especialmente designada pela autoridade máxima do órgão. (Incluído pela Lei nº 11.484, de 2007).

XXIX - na aquisição de bens e contratação de serviços para atender aos contingentes militares das Forças Singulares brasileiras empregadas em operações de paz no exterior, necessariamente justificadas quanto ao preço e à escolha do fornecedor ou executante e ratificadas pelo Comandante da Força. (Incluído pela Lei nº 11.783, de 2008).

Alguns dos incisos supramencionados merecem especial destaque, passaremos a comentá-los, em seguida:

- **Incisos I e II:**

Esse incisos denotam situações que tornam dispensável a licitação por considerar que o valor da contratação não compensa os custos que a Administração Pública teria com todo o procedimento licitatório convencional. Tais valores não podem exceder 10% (dez por cento) do limite previsto para a modalidade convite, nos casos de:

- ✓ Obras e serviços de engenharia, de valor até R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), desde que não se refiram as parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda de natureza idêntica e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente;

- ✓ Compras e outros serviços, até R\$ 8.000,00 (oito mil reais), desde que não se refiram as parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez.

- ✓ O valor relativo à estimativa da despesa deve corresponder ao total da compra ou do serviço, a fim de que o objeto da licitação não venha a ser fracionado para fugir de modalidade superior ou enquadrar-se na hipótese de dispensa.

- ✓ As obras, serviços e fornecimentos devem ser programados na sua totalidade, com previsão de custos atual e final e dos prazos de sua execução.

Importante salientar que, a despeito do art. 26 da norma legal de licitações não estabelecer, nessa hipótese, a publicidade dos atos como regra, nada impede de que o administrador adote-a como forma de dar mais transparência ao processo de contratação direta.

A respeito desses dispositivos legais, observemos dois julgados, proferidos pelo Plenário e pela 2ª Câmara do Tribunal de Contas da União, respectivamente:

TCU – Acórdão n.º 1705/2003 – Plenário:

(...)

Abstenha-se de contratar serviços por dispensa de licitação quando o total das despesas anuais não se enquadrar no limite estabelecido pelo art. 24, II, da Lei n.º 8.666/93.

TCU – Acórdão n.º 89/2004 – 2ª Câmara

A Secex/SP não acatou as justificativas apresentadas, uma vez que: a) apesar de o art. 23 da Lei n.º 8.666/93 não estabelecer um lapso temporal para o parcelamento das compras, o seu § 2º determina que seja preservada a modalidade licitatória pertinente para o objeto total da contratação, com exceção da contratação direta por pequeno valor, quando a compra puder ser realizada de uma só vez; b) a quantidade a ser adquirida era conhecida, como ficou evidenciado na Requisição de Compra n.º 22/2001 quando foi dividido o que foi solicitado em duas compras diretas (86/01 e 88/01); c) o valor total das compras foi de R\$ 59.297,10, acima do limite estabelecido no art. 24, II, da LLC, que dispensa a licitação de compra de pequeno valor; d) não se pode considerar o consumo imprevisível, pois, no caso dos cartuchos, há uma relação de proporcionalidade entre o consumo de papel/formulário e o consumo de cartuchos de impressora de modo que tais aquisições podem ser razoavelmente previsíveis; e) a aquisição global, além de evitar a paralisação dos serviços, permite aproveitar a economia de escala; e f) há local adequado para armazenamento de suprimentos (cartuchos/impressoras), considerando que aquela Corte Trabalhista dispõe de um prédio sede com mais de 20 andares (Av. Consolação) e de um prédio anexo com 10 andares (Av. D. Antônia de Queiroz).

• **Inciso IV:**

O referido inciso também merece destaque, refere-se às hipóteses de emergência e calamidade pública. Ou seja, contratação deve servir somente para o atendimento de situação emergencial ou calamitosa situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade.

Com relação à hipótese delineada nesse inciso, observemos casos concretos na jurisprudência dos Tribunais de Contas de São Paulo e do Tribunal de Contas da União:

TC/SP – Decisão n.º 111.776/89 – Plenário:

Não ficou caracterizada a urgência alegada, à vista do interregno havido entre o pedido de compra e a data do termo contratual.

TCU – Decisão n.º 300/1995 – 2ª Câmara:

Falta de planejamento do administrador não é capaz de justificar a contratação emergencial.

TCU – Acórdão n.º 1.558/ 2003 – Plenário:

Determina que realize as licitações com a antecedência necessária, de modo a evitar situações em que o atraso do início dos certames licitatórios seja a causa para as contratações com fulcro no artigo 24, inciso IV, da Lei 8.666/93.

• **Inciso V:**

O inciso V trata da chamada “licitação deserta” que ocorre quando nenhum interessado acode ao chamado público, autorizando a dispensa observadas as seguintes condições legais²⁵:

- a) anterior tentativa de uma licitação, que restou frustrada pelo não comparecimento de interessados em contratar com o Poder Público. A licitação, embora programada e realizada em conformidade com o ordenamento com o ordenamento jurídico, resta inutilizada pelo livre desinteresse de participantes;
- b) impossibilidade de instauração de um novo procedimento licitatório, sob pena de prejuízo à Administração, especialmente quando a nova licitação, face às formalidades temporais e demais requisitos legais a serem cumpridos, se mostrar inoportuna e inconveniente para o atendimento do interesse público. Na é necessário, nesse caso, a caracterização da urgência ou emergência;
- c) as condições do edital da licitação anterior sejam exatamente as mesmas para a contratação direta, ou seja, objeto, condições de habilitação, prazos etc. serão idênticos para o contrato a ser formalizado e justificado por meio da dispensa de licitação.

Ressalta-se que deve a Administração Pública deve investigar o não comparecimento de interessados ao certame para certificar-se que de que este não decorreu da fixação de exigências desnecessárias ou mesmo ilegais. Constatada tal hipótese, nova licitação deve ser realizada, restando impedida a contratação por dispensa.

Cumpre-nos, por fim, ressaltar a diferença entre “licitação deserta” e “licitação fracassada”, nesta última os licitantes comparecem, mas são todos inabilitados ou todas as propostas são desclassificadas, não enseja, portanto, contratação direta com fulcro no artigo ora em comento.

Sobre essa matéria, o Tribunal de Contas da União proferiu decisão plenária, nesse sentido:

²⁵ GUIMARÃES, Edgar. *Contratação Direta, comentários às hipóteses de licitação dispensável e inexigível* (coleção 10 ano de Pregão). Curitiba: Editora Negócios Públicos. 2008.p. 30.

TCU - Acórdão 2.648/2007 – Plenário

REPRESENTAÇÃO. IRREGULARIDADES EM CONVÊNIO FORMULAÇÃO DO CONVÊNIO SEM A DEFINIÇÃO ADEQUADA DO OBJETO. LICITAÇÕES REALIZADAS SEM PROJETO BÁSICO APROVADO. **DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO**. TCE INSTAURADA PELO CONCEDENTE. ANÁLISE DOS ASPECTOS RELATIVOS À EXECUÇÃO DO CONVÊNIO NO ÂMBITO DA TCE. VERIFICAÇÃO DA NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DE MULTA POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DA TCE.

1. É irregular a celebração de convênio sem a adequada caracterização do objeto a ser executado, devendo estar presentes no plano de trabalho todos os elementos previstos no art. 2º da IN/STN nº. 1/97.

2. É irregular a realização de licitação sem que o projeto básico relativo ao objeto esteja aprovado.

3. O fato de uma empresa não estar presente na sessão de habilitação ou de julgamento das propostas não significa que ela tenha desistido de participar do certame.

4. Para efetuar a contratação por dispensa de licitação baseada no art. 24, inciso V, da Lei nº 8.666/93, é necessário que se demonstre que a repetição do certame traria prejuízos para a administração.(grifo nosso)

• Inciso VII:

Importante hipótese de licitação dispensável é a contida no inciso VII, qual seja a existência de licitação anterior, os licitantes apresentarem propostas com preços manifestamente superiores aos praticados no mercado ou incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes. Em tal situação, os responsáveis pela licitação devem, primeiramente, desclassificar todas as propostas e facultar a apresentação de novas ofertas de preço. Caso os preços, ainda assim, continuem superiores, é admitida a adjudicação direta dos bens ou serviços, desde que o valor não seja superior ao do registro de preços, ou da estimativa dos serviços.

Essa estimativa fundamenta-se em contratações anteriores, preços vigentes no mercado, registro de preços e contratos firmados com outras entidades públicas, no local onde a licitação ocorrerá.

A cautela por parte da Administração Pública é essencial para avaliar essa questão da excessividade dos preços. Os valores da estimativa devem estar corretos e refletindo a realidade do mercado, pois se estiverem acima da média, ocorrerá uma cotação de preços muito elevados na licitação. Ademais, provavelmente, outra consequência pode vir a ocorrer, qual seja, a impossibilidade da contratação direta, devido a não possibilidade de obter preços inferiores ao do certame licitatório.

Sobre o tema, acordou a 1ª Câmara do Tribunal de Contas da União:

TCU – Acórdão n.º 1.315/2004 – 1ª Câmara:

Determina, no âmbito das licitações e contratações vindouras, que exija da empresa contratada por meio de dispensa de licitação, com fulcro no art. 24, inciso VII, da Lei n.º 8.666/1993, a comprovação das condições de habilitação e da proposta estipuladas no edital da licitação precedente à qual a contratação direta se vincula, salvo motivo devidamente comprovado.

• **Inciso XI:**

O inciso XI diz respeito à contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento nos casos de rescisão contratual, neste contexto esta facultado à Administração convocar os demais participantes da licitação, respeitada a ordem de classificação, para proceder à verificação do interesse em contratar o remanescente, nas mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido.

Salientando, porém, que os licitantes, originalmente classificados, e que venham a ser convidados a dar continuidade à execução do contrato não finalizado, não fica obrigado a aceitar, ou seja, não está obrigado a contratar. Cabendo ao licitante avaliar e decidir livremente acerca da assunção do remanescente do contrato.

Nesse sentido, mais uma vez, observemos o *decisium* da 2ª Câmara do Tribunal de Contas da União:

TCU – Acórdão n.º 580/2002 – 2ª Câmara:

Não obstante, compreendo que as alegações de defesa apresentadas não alteram o entendimento que defendi no voto condutor da Decisão nº 417/2002-Plenário, no sentido de que, na assinatura de contratos, seja com fundamento no art. 24, inciso XI, seja com fundamento no art. 64, § 2º, da Lei nº 8.666/93, devem ser observadas todas as condições da proposta apresentada pelo primeiro classificado, tais como, prazos, preços globais e unitários, formas de reajuste. Esta é a única maneira de se manter, ao longo da execução do contrato, as mesmas condições ofertadas pela empresa vencedora da licitação. Qualquer alteração implicará, ao longo do tempo, desajustes em favor ou em desfavor da administração ou do contratado.

• **Inciso XII:**

A aquisição de hortifrutigranjeiros, de pão e de outros gêneros perecíveis, prevista no inciso XII, também deve ser salientada. Essa dispensa somente justifica-se pelo tempo

necessário para a realização da licitação correspondente e com base no preço do dia, o que ocorre, por exemplo, nos casos de entregas parceladas – diária, mensal, bimestral, etc.

Segundo o magistério de Diógenes Gasparini a utilização dessa permissão de licitação dispensável, fundamenta-se no atendimento de quatro requisitos, a saber: “a) que se trate de gênero alimentício; b) que seja perecível; c) que esteja instaurado o processo licitatório para sua aquisição; d) que se faça com base no preço do dia.”²⁶

Observemos, para melhor sedimentar esse tema, a jurisprudência do TCU acerca da matéria:

TCU – Acórdão n.º 2/2001 – Plenário:

Cumpra observar que, mesmo a previsão de dispensa de licitação nas compras de hortifrutigranjeiros, pão e outros gêneros perecíveis, no tempo necessário para a realização dos processos licitatórios correspondentes (inciso XII do art. 24 da Lei n.º 8.666/93), não exime o responsável do cumprimento da exigência contida no já mencionado art. 26 da mesma Lei.

Ademais, ficou devidamente caracterizada a falta de empenho da administração em conseguir preços mais baixos na aquisição dos gêneros alimentícios, inclusive porque as quantidades envolvidas propiciariam a obtenção de preços bem mais favoráveis. Tal procedimento viola, de fato, um dos princípios norteadores da Administração Pública, o da economicidade.

TCU – Acórdão n.º 1.805/2005 – Segunda Câmara:

Aprimore os mecanismos de planejamento de compra, armazenamento e distribuição da merenda escolar, no intuito de evitar distorções no cardápio diário, para a plena execução do Programa Nacional de Alimentação Escolar previsto na Resolução do FNDE de 16/06/2003 e 38, de 23/8/2004.

• **Inciso XVII:**

A Aquisição de componentes ou peças necessárias à manutenção de equipamentos, durante o período de garantia, está prevista no inciso XVII e justifica-se quando a Administração pode fazer a aquisição de componentes ou de peças, com origem nacional ou estrangeira, necessários à manutenção de equipamento durante o período de garantia técnica. Essa aquisição somente poderá ser feita junto ao fornecedor original dos equipamentos se essa condição for indispensável para a vigência da garantia.

²⁶ GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.p.526.

No entendimento de Lucas Rocha Furtado²⁷: “É inegável que a utilização de peças e componentes originais, adquiridas diretamente do fornecedor original, assegura uma vida útil maior ao equipamento o que, certamente, vem ao encontro dos interesses públicos.”

No entanto, findo o prazo de garantia, novas aquisições ou manutenções deverão observar a regra, ou seja, a realização da licitação.

• **Inciso XX:**

Pode, como retrata o inciso XX, ocorrer à contratação direta de associação de portadores de deficiência física para prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o de mercado, a associação não tenha fins lucrativos e seja de comprovada idoneidade moral.

Segundo Edgar Guimarães, em seu livro que trata especificamente do assunto, podemos aferir que:

(...) com supedâneo no inciso XX do art. 24 da Lei nº 8.666/93, a Administração poderá contratar associações de deficientes físicos, sempre que necessário para suprir prestação de serviço ou mão-de-obra, desde que:

- a) as associações não apresentem fins lucrativos, o que pode ser verificado no ato constitutivo da sociedade ou pelas demonstrações contábeis;
- b) as associações detenham idoneidade comprovada, ou seja, não se tratem de entidades meramente “de fachada” ou que não revertam todos os benefícios obtidos em favor de sua finalidade social;
- c) o preço contratado seja compatível com o de mercado, em consonância com o princípio da economicidade.

Sobre esse dispositivo legal, a Procuradoria Geral do Distrito Federal emitiu parecer:

Processo nº 146.000.742/98 – GDF. Parecer n.º 5875/98.

Mão-de-obra – associação de portadores de deficiência física.

A PGDF emitiu parecer no sentido de que é viável a contratação direta de associação de portadores de deficiência física para fornecimento de mão-de-obra com base no art. 24, inc.XX, desde que justificada a necessidade e inviabilidade de competição.

Ainda sobre o tema, o Tribunal de Contas do Distrito Federal também proferiu decisum, vejamos:

²⁷ FURTADO, Rocha Lucas. *Cursos de Direito Administrativo*. Editora Fórum. 2007.

Processo n.º 2.645/1999-TCDF:

(...) a inviabilidade de competição é requisito para a inexigibilidade prevista no art. 25 e não o é para as dispensas previstas no art. 24. Nesse sentido, destaca o voto vencedor no Processo n.º 2.645/1999-TCDF.

• **Inciso XXII:**

No inciso XXII disciplina-se a polêmica contratação do fornecimento ou suprimento de energia elétrica, por dispensa de licitação, com concessionário, permissionário ou autorizado de serviços públicos, segundo as normas da legislação específica. Até o advento da Lei n.º. 9.648/98, que alterou a Lei n.º 8.666/93, as despesas com energia elétrica não eram sujeitas à Lei de Licitações, dessa forma, enquadravam tal despesa no art. 25, caput, ou seja, no SIAFI – Sistema Integrado de Administração Financeira Federal.

A inclusão dessa determinação legal encontra sua fundamentação quando se analisa o inteiro teor da legislação que regulamenta o setor de energia, visto que o legislador vedou a justificativa baseada no art. 25 para a concessão e permissão relacionadas ao tema. Apesar disso, permanecem outras questões a serem observadas: a) o objeto tem de ser, unicamente, o fornecimento de energia elétrica; b) o contratado deve ser, obrigatoriamente, concessionário, permissionário ou autorizatário para fornecimento ou suprimento de energia elétrica e, c) serem observadas as formalidades listadas no art. 26, caput e parágrafo único, da Lei n.º 8.666/93.²⁸

Por fim, urge fazer distinção dos casos em que a Administração Pública figura como contratante e como usuária do serviço público prestado. Nesta segunda hipótese, não pode fazer uso de seu “Poder de Império” e todas as prerrogativas que o acompanham, tendo que se sujeitar às mesmas condições contratuais as quais se sujeitam os demais usuários.

O TCU, em Sessão Plenária, determinou a cerca do assunto disciplinado no artigo supramencionado:

TCU – Acórdão n.º 1.776/2004 – Plenário:

(...) na contratação dos serviços de fornecimento de energia elétrica, o fundamento para dispensa de licitação deve ser o art. 24, XXII, da Lei 8.666/93.

²⁸ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Contratação direta sem licitação.6.ed.Belo Horizonte: Fórum, 2006. p.584.

• **Inciso XXIV:**

Outro inciso duramente criticado, principalmente quanto ao aspecto constitucional, na seara das licitações dispensáveis, é o XXIV que autoriza a presente modalidade de contratação direta, nos casos de contratos de prestação de serviços celebrados com organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão.²⁹

Um vez celebrado o contrato de gestão, todas as posteriores contratações com a organização social que se referirem à execução das atividades nele arroladas, poderão ser realizadas segundo os mandamentos da licitação dispensável.

Em consonância com essa matéria, colacionamos o Acórdão proferido pelo Plenário do TCU:

TCU – Acórdão n.º 421/2004 – Plenário:

(...)

9.2.1 a contratação por dispensa de licitação fundada no art. 24, inciso XXIV, da Lei n.º 8.666/93 submete-se à estrita e simultânea observância dos seguintes requisitos:

9.2.1.1 a pessoa jurídica contratada deve ser qualificada como Organização Social, nos termos da Lei n.º 9.637/98, por ato formal da esfera de governo à qual pertence o órgão ou entidade contratante;

9.2.1.2 o objeto da contratação deve ser necessariamente a prestação de serviços, tomados na acepção do art. 6º, inciso II, da Lei n.º 8.666/93, devendo tais serviços estarem inseridos no âmbito das atividades fins, previstas no seu estatuto e constantes do contrato de gestão firmado entre a Organização Social e o Poder Público, na forma dos arts. 5º a 7º da Lei n.º 9.637/98;

9.2.2. na hipótese de não estarem preenchidos os requisitos arrolados nos itens 9.2.1.1 e 9.2.1.2 supra, não há amparo legal para a realização de contratação por dispensa de licitação fundamentada no art. 24, inciso XXIV, da Lei n.º 8.666/93, ainda que existam semelhanças entre o regime jurídico das entidades apresentadas para contratação e o das pessoas jurídicas mencionadas no item 9.2.1.1 retro;

9.2.3. os Serviços Sociais Autônomos somente poderiam ser contratados por dispensa de licitação com base no art. 24, inciso XXIV, da Lei n.º 8.666/93, caso atendam sobretudo aos requisitos contidos nos arts. 2º, 3º e 4º da Lei 9.637/98 e venham a ser formalmente qualificados, por ato do Poder Executivo, como Organizações Sociais nos termos do art. 1º da mesma Lei e, ainda, caso o objeto da contratação seja relacionado às atividades incluídas em contrato de gestão celebrado com a esfera de governo à qual pertence o órgão ou entidade contratante;

²⁹ Organização Social é uma qualificação dada às entidades privadas sem fins lucrativos (associações, fundações ou sociedades civis), que exercem atividades de interesse público. Esse título permite que a organização receba recursos orçamentários e administre serviços, instalações e equipamentos do Poder Público, após ser firmado um Contrato de Gestão com o Governo Federal. MODESTO, Paulo. Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 37, dez. 1999. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=474>>. Acesso em: 21 out. 2008.

Assim, em suma, essas são as principais hipóteses nas quais o Poder Público fará jus ao uso da prerrogativa da licitação dispensável, procedendo à contratação direta.

3.2.3 Licitação Dispensada

Uma outra modalidade de contratação direta é a chamada licitação dispensada, prevista no art. 17 da lei nº. 8.666/93. Sobre ela passaremos a delinear os aspectos mais significativos.

3.2.3.1 Conceito

Nas objetivas e sintéticas palavras de Lucas Rocha Furtado³⁰, podemos dizer que:

Todas as hipóteses enquadradas pela legislação como de licitação dispensada estão relacionadas à alienação de bens. A alienação de bens móveis ou imóveis pela Administração Pública estará condicionada à existência do interesse público e deverá ser precedida de prévia avaliação – Lei nº 8.666/93, art. 17, caput. Quanto aos imóveis, a lei vai ainda exigir autorização legislativa (art. 17, I) (...)

Licitação dispensada ou dispensa de licitação ocorre em situações em que, mesmo existindo viabilidade de competição entre particulares, a licitação configura-se incompatível, devido à relação objetiva entre custos e benefícios mostrar-se desequilibrada, com os valores nos quais se baseia a atividade administrativa.

3.2.3.2 Hipóteses de Incidência:

Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

I - quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, **dispensada** esta nos seguintes casos:

- a) dação em pagamento;
- b) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo, ressalvado o disposto nas alíneas f e h; (Redação dada pela Lei nº 11.481, de 2007)
- c) permuta, por outro imóvel que atenda aos requisitos constantes do inciso X do art. 24 desta Lei;

³⁰ FURTADO, Rocha Lucas. *Cursos de Direito Administrativo*. Editora Fórum. 2007. p. 423.

d) investidura;

e) venda a outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo; (Incluída pela Lei nº 8.883, de 1994)

f) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública; (Redação dada pela Lei nº 11.481, de 2007)

g) procedimentos de legitimação de posse de que trata o art. 29 da Lei nº 6.383, de 7 de dezembro de 1976, mediante iniciativa e deliberação dos órgãos da Administração Pública em cuja competência legal incluía-se tal atribuição; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

h) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis de uso comercial de âmbito local com área de até 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) e inseridos no âmbito de programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública; (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007)

II - quando móveis, dependerá de avaliação prévia e de licitação, dispensada esta nos seguintes casos:

a) doação, permitida exclusivamente para fins e uso de interesse social, após avaliação de sua oportunidade e conveniência sócio-econômica, relativamente à escolha de outra forma de alienação;

b) permuta, permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública;

c) venda de ações, que poderão ser negociadas em bolsa, observada a legislação específica;

d) venda de títulos, na forma da legislação pertinente;

e) venda de bens produzidos ou comercializados por órgãos ou entidades da Administração Pública.

Passaremos, agora, a analisar mais detalhadamente cada uma das hipóteses acima mencionadas:

• **Inciso I, alínea “a”:**

A alínea “a” retrata o instituto da dação em pagamento³¹, na qual a Administração Pública fará entrega de um bem imóvel de sua propriedade para pagar dívida contraída com terceiros, segundo a lei, neste caso a licitação é dispensada

Sobre a matéria, o Plenário do Tribunal de Contas da União assim se pronunciou no julgamento do Processo n.º 009.764/2003-1:

³¹ Dação em pagamento – também chamada de *datio pro soluto* ou *datio in solutum*, ocorre quando o credor consente em receber coisa que não dinheiro, em substituição à coisa devida. Será sempre avençada após a constituição da obrigação podendo ser antes ou depois de seu vencimento. FIUZA, César. Direito Civil: curso completo. 11.ed. revista, atualizada e ampliada. – Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 357.

TCU – Acórdão n.º 831/2003 – Plenário:

(...) o artigo 37, XXI, da Constituição Federal permite o afastamento do procedimento licitatório para a alienação de bens imóveis pertencentes ao Poder Público, desde que haja lei federal autorizando a venda direta.(...)

• **Inciso I, alínea “b”:**

Já na alínea “b” encontramos a figura da doação, instituto próprio do Direito Civil que, na seara do Direito Administrativo, exige alguns requisitos próprios para sua realização: só é permitida para outro órgão da Administração Pública, de qualquer esfera do governo, visando, claramente, proteger o patrimônio público de possíveis desvios de finalidades que lhe causariam dilapidação. Vale ressaltar a decisão do Supremo Tribunal Federal que restringiu o alcance desta norma para as unidades federadas, devendo a expressão “Administração Pública de qualquer esfera do governo” ser considerada estritamente para os órgãos da Administração Pública federal, direta, indireta e fundacional.³²

Na Adin n.º 927-3, o Supremo Tribunal Federal suspendeu a eficácia, em parte, do dispositivo legal em referência:

STF – ADIN n.º 927-3 – Eficácia Suspensa:

Nota: o STF deferiu, em parte, a medida cautelar para suspender, até a decisão final da ação, quanto aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, a eficácia da letra “b” do inciso I do art. 17, da Lei 8.666/93.

• **Inciso I, alínea “c”:**

A hipótese de permuta³³ ou troca por outro imóvel, é mais um instituto oriundo do Direito Civil, acolhido sob os princípios administrativos específicos e encontra-se na alínea “c” supra. Tal imóvel deve preencher os requisitos do art. 24, inciso X, da Lei. Desta feita,

³² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Representação n.º 911. Disponível em: <www.stf.jus.br/jurisprudencia/listadejurisprudencia> . Acesso em: 15.11.2008

³³ BRASIL, Código Civil. Art. 533, incisos I e II: Aplicam-se à troca as disposições referentes à compra e venda, com as seguintes modificações: I - salvo disposição em contrário, cada um dos contratantes pagará por metade as despesas com o instrumento da troca;II - é anulável a troca de valores desiguais entre ascendentes e descendentes, sem consentimento dos outros descendentes e do cônjuge do alienante. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm> . Acesso em: 15.11.2008.

imprescindível para a viabilização de permuta com licitação dispensada, a ocorrência dos seguintes requisitos.³⁴

- a) que o imóvel, objeto da futura alienação, somente se destaque do patrimônio público em atendimento ao interesse público, sendo precedido de avaliação prévia e, tratando-se de órgão da Administração direta, autárquica ou fundacional, de lei autorizadora;
- b) que a Administração esteja pretendendo adquirir outro imóvel;
- c) que o imóvel pretendido vise às finalidades precípua da Administração;
- d) que as necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha,
- e) que o preço considerado para fins de permuta seja compatível com o praticado no mercado. Esse aspecto deverá ser documentado também com laudo de avaliação ou outro instrumento idôneo;

• **Inciso I, alínea “d”:**

A investidura³⁵, instituto tipicamente característico do Direito Administrativo, está prevista na alínea “d”. Nesses casos, para que a licitação seja dispensada, além dos requisitos naturalmente exigíveis – interesse público, avaliação prévia e, quando for o caso, lei autorizadora – carece, simultaneamente³⁶:

1. existência pretérita de obra no local ou adjacências;
2. área resultante da conclusão de obra (remanescente ou resultante) ou núcleo residencial originado da construção de usinas hidrelétricas;
3. área remanescente, caracterizada por ser inaproveitável isoladamente; e ou edificações urbanas anexas, dispensáveis na fase de operação de usinas hidrelétricas e não atingidas pelo instituto da reversão ao final da concessão;
4. disposição dos proprietários de imóveis vizinhos à área e dos legítimos possuidores diretos em adquiri-los no caso de imóveis residenciais próximos a usinas hidrelétricas, ou do Próprio Poder Público;
5. ter preço decorrente da avaliação inferior ao valor do convite estabelecido no art. 23, II da Lei 8.666/93;
6. respeito ao valor mínimo da avaliação.

³⁴ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Contratação direta sem licitação.6.ed.Belo Horizonte: Fórum, 2006. p.289 e 290.

³⁵ Instituto por meio do qual a Administração aliena imóvel de sua propriedade.

³⁶ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Contratação direta sem licitação.6.ed.Belo Horizonte: Fórum, 2006. p.291 e 292.

- **Inciso I, alínea “e”:**

Por sua vez, alínea “e” traz a exceção à regra de licitação prévia, na modalidade concorrência, quando da venda de imóvel da Administração. Será dispensada a licitação se houver outro órgão ou entidade da Administração Pública interessado em adquiri-lo. Como não foram estabelecidos quaisquer outros requisitos, além dos já previstos no caput do artigo em comento – avaliação prévia e, em sendo o vendedor pessoa jurídica de direito público, lei autorizadora – pode-se dizer que a finalidade pretendida pelo agente comprador, pouco importa. Neste diapasão, no caso de caracterização de desvio de finalidade, responderá apenas o comprador, pois o imóvel não mais faz parte do patrimônio do vendedor, não podendo, portanto, ser apenado.

Por fim, mister lembrar que, em hipótese alguma, o preço da venda poderá ser inferior ao da avaliação, o que tornaria irrelevante todo o procedimento anterior e, ainda, ressaltar que a venda deve se dar de forma direta entre os órgãos ou agentes da Administração, não sendo autorizado a intermediação de terceiros, como corretores, por exemplo, pois estaríamos, de forma indireta, contratando serviços sem o devido procedimento licitatório em hipótese não autorizada por lei.

- **Inciso I, alínea “f”:**

Programas habitacionais de interesse social terão a prerrogativa da licitação dispensada, como aduz a alínea “f”. Justifica-se tal previsão devido ao interesse social, vertente da atividade pública, que visa à melhoria da qualidade de vida da população. Ora, segundo o próprio Texto Constitucional, é de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios a promoção de programas de construção moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico (art. 23, IX, da Constituição Federal). Contudo, necessária será a prévia avaliação e que a operação a ser contratada seja alienação, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso e que o órgão que venha a alienar, conceder ou permitir, seja criado especificamente com o fito de promover o programa social, além, de prévia lei autorizadora, quando for pertinente.

- **Inciso I, alínea “g”:**

Em 2005, o rol de hipóteses de dispensa de licitação cabíveis nos casos de alienação de bens imóveis da administração pública, foi ampliado pela Lei nº 11.196/2005 que introduziu o procedimento da “legitimação de posse” aos ocupantes de terras públicas que se tornaram produtivas por esforços seus e de suas famílias – alínea “g” do inciso I, art. 17. A deliberação, nesse sentido, deve partir dos órgãos públicos envolvidos e os princípios do interesse público e da avaliação prévia não podem sobremaneira serem desprezados.

Por sua vez, o inciso II do art. 17 supramencionado, cuida das situações de licitações dispensadas, em se tratando de alienações de bens móveis.

- **Inciso II, alínea “a”**

Na alínea “a” do inciso II, encontra-se a doação para fins e uso de interesse social. No que tange a sua natureza jurídica, aproveitam-se as observações atinentes ao disposto na alínea “b” do inciso I. Os requisitos são fins e uso de interesse social, bens que identifiquem atividades típicas da Administração, oportunidade e conveniência socioeconômica.

- **Inciso II, “alínea “b”:**

A alínea “b” fala da permuta³⁷ entre órgãos ou entidades da Administração, situação na qual o interesse público, ressalte-se, deve ser duplo, ou seja, motivador da alienação exonerativa e da aquisitiva de propriedade, já que estamos diante de duas representações da coletividade.

- **Inciso, II, alínea “c”:**

Encontra-se na alínea “c” a disciplina da espécie para venda de ações em bolsa que também visa proporcionar à Administração Pública a proposta mais vantajosa, porém não é reconhecida pela legislação pátria como uma modalidade de licitação. Para efetivar a venda de ações na bolsa, a Administração deve, no entanto, observar a legislação específica que regula essa seara, não podendo, simplesmente, fazer uso de seu poder de império e obter condições privilegiada de negociação.

- **Inciso II, alínea “d”:**

A venda de título, disposta na alínea “d”, assemelhasse à alínea anterior, no sentido de que o termo utilizado, “títulos”, denota enorme abrangência, podendo, inclusive, referir-se a ações. No entanto, podemos fazer a distinção observando que, no caso desta alínea, todo o tema foi deslocado para a “legislação pertinente”, enquanto na antecedente as ações devem ser negociadas na bolsa para que fique caracterizada a licitação dispensada.

- **Inciso II, alínea “e”:**

Por sua vez, a alínea “e” trata da venda por órgãos ou entidades da Administração. Nessa hipótese, os bens produzidos ou regulamente comercializados pela própria Administração é que vão ser vendidos. Observado que só existe a prerrogativa da dispensa de licitação no caso de venda, portanto, outro meio de alienação como a locação, a concessão de uso ou o empréstimo, não se enquadra na hipótese em tela.

- **Inciso II, alínea “f”:**

Finalmente, a alínea “f” do art. 17, II, ora estudado, trata da venda para outros órgãos ou entidades da Administração Pública. Tal situação é bastante peculiar e diversa das anteriormente relacionadas. Ocorre, aqui, simultaneamente, vários elementos, conforme relata Ulisses Jacoby³⁸:

- a Administração Pública exerce a atividade de venda, seja em caráter permanente ou eventual, de materiais e equipamentos;
- o comprador é outro órgão ou entidade da Administração, expressão que abrange entes personalizados ou não;
- no caso concreto, deverá ficar caracterizada a impossibilidade de prever ou estimar a quantidade de consumo (...).

Cumpre, ainda, trazer a baila, que com o advento da Lei nº 11.196/2005, foi dada nova redação ao § 2º e incisos do art. 17, em exame, estabelecendo a concessão de direito real de uso³⁹ de bens imóveis, com dispensa de licitação, às pessoas físicas que hajam

³⁷ Permuta é um instituto típico do Direito Civil, previsto no art. 533 do Código Civil de 2002.

³⁸ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação Direta sem Licitação*. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

³⁹ É o instituto de Direito Administrativo que deveria substituir a enfiteuse – própria do direito privado, por apresentar nítidas vantagens já que o Poder Público determina o regramento. JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Contratação direta sem licitação*. 6.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p.328.

implementado requisitos mínimos de cultura e moradia sobre a área rural da Amazônia Legal. Esse dispositivo legal, com certeza, representa um importante estímulo ao desenvolvimento econômico e social, sem falar no cumprimento do princípio constitucional da função social da propriedade.

3.2.4 Licitação Inexigível:

A inexigibilidade de licitação é prevista no art. 25 da Lei n.º 8.666/93, *caput* e mais três incisos, versando sobre situações de contratação: de fornecedor exclusivo, de serviço técnico singular desenvolvido por notório especialista e de artistas.

3.2.4.1 Conceito

Mais uma vez usando-nos das palavras de Lucas Rocha Furtado⁴⁰, podemos acerca da categoria prevista no art. 25 da Lei de Licitações, tecer o seguinte comentário:

Sabe-se que a competição é um dos fundamentos básicos da licitação. Realiza-se esta a fim de que se possa obter a proposta que, nos termos da lei, seja considerada mais vantajosa para a Administração. A licitação não pode ser realizada quando não houver competitividade em relação ao objeto que esteja sendo licitado. A principal característica da inexigibilidade de licitação é, portanto, a inviabilidade de competição, conforme dispõe o art. 25 da Lei de Licitações.

Portanto, diz-se que é inexigível a licitação quando esta se mostrar impossível, pela inviabilidade de competição em havendo apenas um determinado objeto ou pessoa que atenda às necessidades da administração contratante, ou quando, comprovadamente, considerada desnecessária (inexigível), como por exemplo, no caso do credenciamento de médicos e hospitais.

3.2.4.2 Hipótese de Incidência

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

⁴⁰ FURTADO, Rocha Lucas. *Cursos de Direito Administrativo*. Editora Fórum. 2007.

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.

O rol acima exposto, diferentemente do que ocorre nas outras hipóteses de contratação direta, não esgota todas as hipóteses de inexigibilidade de licitação, assim, o rol do art. 25 é apenas exemplificativo, no entanto, é importante que as regras sejam aplicadas, na medida do possível, ou seja, exigindo comprovação científica, documentação probatória, por exemplo, nos casos não enquadrados nos casos ali elencados.

Examinemos, agora, as situações supramencionadas mais detidamente:

- **Inciso I:**

O inciso I prescreve a inexigibilidade de licitação por ausência de pluralidade de soluções e configura-se como “inviabilidade de competição por natureza”, visto que é a mais evidente, ora se existe apenas um único produto em condições de satisfazer as necessidades do Estado, não faz sentido promover a licitação. Todavia, devem ser observadas algumas questões tais como a determinação do objeto segundo a relação entre as vantagens e os encargos financeiros, a vedação a preferência por marcas, ou seja, a avaliação administrativa deve ser estritamente objetiva e a já citada ausência de pluralidade de alternativas de contratação.

No caso de ser uma hipótese de inviabilidade de licitação de que se cuida decorre da exclusividade, nada mais natural que a Administração, com o escopo de melhor fundamentar a sua opção pela contratação direta, exija o certificado mencionado no inciso em alude. Além disso, o Plenário do Tribunal de Contas da União - TCU, posicionou-se no sentido de que a Administração deve, a título de cautela, até ir além da exigência dos atestados de exclusividade. Assim dispõe o referido julgado:

(...) 8.2.1 quando do recebimento de atestados de exclusividade de fornecimento de materiais, equipamentos ou gêneros (art. 25, inciso I, da Lei 8.666/93), adote, com fulcro nos princípios da igualdade e da proposta mais vantajosa, medidas cautelares visando a assegurar a veracidade das declarações prestadas pelos órgãos e entidades emitentes, como, por exemplo, consulta ao fabricante.” (Decisão n.º 578/2002-Plenário. Ata 17/2002 – Plenário. Sessão de 29.05.2002, DOU de 11.06.2002).

Tais medidas acautelatórias justificam-se em razão de, não raras vezes, as entidades mencionadas no inciso acima – Sindicato, Federação, Confederação Patronal – limitarem-se a reproduzir, nos atestados que emitem, as informações que lhe prestam as próprias empresas. Ou seja, há o risco de tais informações fornecidas estarem desatualizadas, pois a rápida mutabilidade da situação de “exclusividade” é inerente ao próprio dinamismo das relações empresariais⁴¹.

Ainda a respeito deste inciso e diante da necessidade inescusável de que a Administração Pública justifique, pormenorizadamente, a contratação direta por inexigibilidade de licitação, reforçamos que o administrador deve deixar clara a inviabilidade de competição, nos casos de contratações diretas por inviabilidade de competição. Dessa maneira, também nesse caso, é razoável a adoção, por medida de cautela, da exigência dos atestados de exclusividade. Nesse sentido, conforme o julgado acima, já se manifestou o TCU – a Administração deve, por dever de cautela, ir além da exigência dos atestados de exclusividade.

Nesse sentido, é importante destacarmos alguns posicionamentos do TCU:

TCU – Decisão n.º 578/2002 – Plenário:

Quando do recebimento de atestado de exclusividade de fornecimento de materiais, equipamentos ou gêneros (art. 25, inciso I, da Lei 8.666/1993), deverá ser adotado, com fulcro nos princípios da igualdade e da proposta mais vantajosa, medidas cautelares visando assegurar a veracidade das declarações prestadas pelos órgãos e entidades emitentes, como, por exemplo, consulta ao fabricante.

TCU – Acórdão n.º 125/2005 -/Plenário:

Não efetue aquisições e contratações por inexigibilidade de licitações quando houver viabilidade de competição, e também nos casos em que houver apenas exclusividade de marca e não exclusividade do produto de interesse da empresa.

⁴¹ ZYMLER, Benjamin. Direito Administrativo e controle. Belo Horizonte: Fórum, 2005.p. 99.

- **Inciso II:**

Outra causa de inviabilidade de competição está no inciso II que se refere aos serviços não disponíveis no mercado, ou seja, inexistente mercado de serviços concorrencial homogêneo. Assim como o inciso anterior, comporta interpretação extensiva. Na hipótese do inciso em tela, duas novas exigências são acrescidas à contratação direta por inexigibilidade, quais sejam, o objeto singular da contratação e a notória especialização.

Por notória especialização, pode-se entender que é o critério pessoal de um determinado indivíduo que atua peculiarmente e inconfundível, e é essa atuação ímpar o que, precisamente, busca a Administração Pública. Já no que diz respeito ao objeto singular da contratação, apesar da generalidade do termo singular, deve ser estendido como uma espécie de característica especial de algumas contratações de serviços especializados, ou seja, singular é a natureza do serviço contratado, e não o número de pessoas gabaritadas para proceder a sua execução.

Nesse sentido, observemos a decisão do Plenário do Tribunal de Contas da União:

TCU – Decisão 439/1998 – Plenário:

O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, **DECIDE:** considerar que as contratações de professores, conferencistas ou instrutores para ministrar cursos de treinamento ou aperfeiçoamento de pessoal, bem como a inscrição de servidores para participação de cursos abertos a terceiros, enquadram-se na hipótese de inexigibilidade de licitação prevista no inciso II do art. 25, combinado com o inciso VI do art. 13 da Lei nº 8.666/93; 2. retirar o sigilo dos autos e ordenar sua publicação em Ata; e 3. arquivar o presente processo.

- **Inciso III:**

Por fim, o **inciso III** trata da questão da contratação de profissional do setor artístico. A priori, cumpre salientar que via de regra, não é papel do Estado a contratação de profissionais do setor artístico, contudo situações existirão em que assumirá o encargo de promover eventos artísticos e culturais, tendo que proceder à contratação dos referidos profissionais. Apesar de uma eventual comparação entre performances artísticas por meio do concurso, há casos em que a necessidade da Administração pública encontra-se justamente no papel desempenhado por determinado artista, em tais situações, resta inviável a seleção por meio de licitação, uma vez que inexistente um critério objetivo para o julgamento.

Ora, não é possível mensurar o talento de um indivíduo comparando-o de forma objetiva com outros. As condições previstas no inciso III impõem somente que o artista seja consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública, não sendo exigido que tal consagração seja absoluta, bastando que se trate de uma unanimidade nacional, regional, ou até mesmo local, aferida de acordo com o caso concreto.

No caso se existirem vários artista em mesmas condições de serem contratados, ficará a cargo do gestor público, observados os critérios da conveniência e oportunidade, juntamente com o princípio da economicidade, escolher qual deles será contratado. Em síntese, independente de qual seja o caso, é imprescindível que a contratação seja analisada sob a ótica da razoabilidade, ou seja, deve ser a mais adequada para a finalidade a que se destina, atendendo aos anseios públicos.⁴²

3.5 Procedimento para Contratação Direta

3.5.1. Considerações Gerais:

O processo de contratação direta encontra-se disciplinado, especialmente, no art. 26 da Lei nº 8.666/93. Vejamos:

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos. (Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005)

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

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

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

Pela análise da redação literal desse dispositivo, a despeito de possíveis dúvidas acerca do caráter de tal processo – autônomo ou elemento integrante de outros processos –

⁴² GUIMARÃES, Edgar. *Contratação Direta, comentários às hipóteses de licitação dispensável e inexigível* (coleção 10 ano de Pregão). Curitiba: Editora Negócios Públicos. 2008. p. 61

conclui-se que tal deliberação deve ser parte integrante dos mesmos autos do processo de licitação, que restará concluído com a contratação e o adimplemento das obrigações das partes.

O Tribunal de Contas da União – TCU, no mesmo sentido determinou que o processo administrativo de contratação direta deve obedecer às regras gerais das licitações, manifestou seu entendimento, em voto proferido pelo Ministro Homero Santos, que o processo de contratação direta deve especificar os elementos previstos no art. 38, pois a decisão de licitar ou não é um ato dentro de um complexo procedimento que culmina na contratação, sendo perfeitamente correta, como preconiza a melhor doutrina e o entendimento do TCU, a exigência de que toda a documentação dos atos anteriores à licitação deve constar junto ao processo, tais como a perfeita identificação do objeto, a indicação dos recursos orçamentários, a minuta do contrato, a forma de entrega do objeto, a minuta do contrato, a forma de entrega do objeto comprado ou a prestação do serviço a ser contratado e, entre os posteriores, o contrato assinado pelas partes, as faturas atestadas pelos gestores dos contratos, recibos de entrega ou laudos circunstanciados, conforme o caso.⁴³

Vejamos o excerto mais significativo do voto em alude:

(...)

Além disso, o art. 38 da Lei nº 8.666/93, ao disciplinar de forma genérica o procedimento licitatório, especifica as informações "e os documentos que devem constar do processo respectivo, entre os quais destaco: a indicação do recurso próprio para a despesa e os pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade" ("caput" e inciso VI do referido dispositivo legal, respectivamente). Observa-se, portanto, que o procedimento da licitação, em seu sentido lato, tal como consta da Lei, abrange tanto as contratações diretas como aquelas realizadas mediante prévia licitação, e não poderia ser diferente, uma vez que, na lição do saudoso mestre Hely Lopes Meirelles, o procedimento administrativo, no qual se inclui o licitatório, "é a sucessão ordenada de operações que propiciam a formação de um ato final objetivado pela Administração" ("in" Direito Administrativo Brasileiro, 18ª ed., p. 139). Ora, se o gestor tem por dever e objetivo garantir a contratação mais vantajosa para o órgão, os atos precedentes devem integrar apenas um processo, ao qual são juntados, também, se for o caso, os elementos explicitados no parágrafo único, incisos I a III, do art. 26 da Lei nº 8.666/93. Nesse contexto, é de se concluir que inexistem processos autônomos de dispensa e inexigibilidade de licitação, sendo aplicável, portanto, à espécie as disposições contidas no "caput" do art. 38 da referida norma legal, tal como defendido pela Unidade Técnica. Com relação à determinação sugerida na alínea "d" da Conclusão da peça instrutiva, considero necessário fazer-se menção ali às cláusulas tidas como restritivas, a fim de que o Órgão possa cumprir o comando emanado desta Corte.

⁴³ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Contratação direta sem licitação. 6.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p.737.

Nesse contexto, é de se concluir que inexistem processos autônomos de dispensa e inexigibilidade de licitação, sendo aplicável, portanto, à espécie as disposições contidas no "caput" do art. 38 da referida norma legal, tal como defendido pela Unidade Técnica.⁴⁴

O diploma legal em referência estabelece, ainda, que constitui crime a não-observância das formalidades pertinentes à inexigibilidade e à dispensa de licitação.⁴⁵ Assim, observa-se que ainda que seja possível a contratação sem licitação, a Administração Pública, permanece o dever de seguir, pontualmente, os procedimentos estabelecidos para promover a contratação direta.

Segundo o professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes⁴⁶, o “rigor” do dispositivo legal representou um avanço significativo, pois não raramente, as justificativas da contratação direta eram elaboradas posteriormente à celebração do contrato e, ainda, após a ação dos órgãos de controle. Em síntese, passou a existir uma efetiva preocupação com a regularidade do procedimento da contratação direta.

No entendimento do doutrinador Celso Antônio Bandeira de Melo o procedimento da contratação direta é uma “sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos tendendo todos a um resultado final e conclusivo.”⁴⁷

Portanto, tendo em vista que é condição de eficácia dos atos a correta conclusão do processo administrativo de contratação direta por dispensa ou inexigibilidade de licitação, será ele instruído com fulcro no parágrafo único do art. 26 da Lei nº. 8.666/93, observados, fielmente, cada um dos seus mandamentos, pois, mesmo que o contrato já tenha sido assinado, carecerá de tal condição para que possa produzir validamente seus efeitos.

⁴⁴ Tribunal de Contas da União. Processo nº TC-625.373/95-2. Decisão nº 233/1996 – 1ª Câmara. Relator: Ministro Homero Santos. <www.tcu.gov.br> Acesso em: 17 de outubro de 2008.

⁴⁵ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública: Lei nº 8.666/93. Organização dos textos e índices. 6ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006. Art. 89.

⁴⁶ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Contratação direta sem licitação. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p.737.

⁴⁷ DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2004.

3.5.2. Fases do Procedimento e Instrução Processual

Em síntese, segundo as orientações básicas sobre licitações e contratos editadas pelo Tribunal de Contas da União⁴⁸, são as seguintes as fases do procedimento supra:

- a) Abertura do processo administrativo, devidamente autuado, protocolizado e numerado, junto com a devida autorização respectiva para a compra ou contratação da obra ou serviço;
- b) Perfeita indicação do objeto pretendido pela Administração Pública, conforme preconiza o art. 14, em se tratando de qualquer espécie de obra ou serviço,
- c) Elaboração da minuta do contrato a ser firmado⁴⁹;
- d) Elaboração de parecer técnico ou jurídico, no qual contenha: justificativa da dispensa ou inexigibilidade, razão de escolha do fornecedor e justificativa do preço⁵⁰;
- e) Decisão sobre licitar ou não, que poderá ter uma simples motivação caso acolha o parecer supra referido e estado este bem fundamentado⁵¹;
- f) Comunicação à autoridade superior, no prazo de três dias, da dispensa ou inexigibilidade de licitação;
- g) Ratificação da dispensa ou inexigibilidade de licitação;

⁴⁸ BRASIL, Tribunal de Contas da União. *Licitações & contratos: orientações básicas*. Brasília: TCU, Secretaria de Controle Interno, 3. ed.2006.

⁴⁹ Tal exigência de que a minuta do contrato deve ser elaborada antes da decisão de licitar ou não, não se encontra explicitamente prevista na lei 8.666/93, porém a antecedência de tal etapa reputa-se conveniente para facilitar a condução do processo.

⁵⁰ Conforme art. 26, *caput* e incisos II e II e art. 38 da Lei 8.666/93.

⁵¹ “(...) restrinja a subjetividade nos processos de dispensa e inexigibilidade de licitação, incluindo nas justificativas para contratação, documentos e/ou estudos técnicos que dêem suporte à escolha da empresa e ao preço avençado”. Tribunal de Contas da União. Processo nº TC-007.307/2003-4. Acórdão nº 837/2004-Plenário. Relator: Ministro Ubiratan Aguiar. <www.tcu.gov.br> Acesso em: 19 de outubro de 2008.

- h) Publicação da decisão retificadora⁵²
- i) Assinatura do termo do contrato ou retirada do instrumento equivalente, conforme o art. 38, inciso X;
- j) Execução do contrato, com rigoroso acompanhamento do respectivo gestor do contrato⁵³
- k) Recebimento do objeto com a devida observância das formalidades previstas nos arts. 73 e 15, §8º da Lei. 8.666/93;
- l) Pagamento das faturas conforme o previsto no art. 5º, §3º e 40, inciso XIV, alínea “a”⁵⁴

Em linhas gerais, a instrução do processo cabe à autoridade que normalmente autoriza a contratação e à sua equipe, podendo ainda contar com a participação do órgão jurídico ou técnico existente na unidade.

Cumpra mais uma vez aclarar a importância do fiel seguimento às normas do procedimento em análise. Ora, o que se deve ter sempre em vista é o fato de que a autorização para se contratar diretamente não importa em liberação para a Administração Pública realizar contratações não vantajosas ou inadequadas. O dever que possui o ente Público de buscar, sempre, a maior vantagem para a consecução dos interesses da coletividade não deixa de existir nos casos de inviabilidade de competição. Mesmo que não haja uma pluralidade de opções, subsiste o dever de firmar o melhor contrato possível. Dessa forma, o art. 25 do

⁵² Entendimento do TCU acerca da obrigatoriedade de publicação: Não é, todavia, obrigatória a publicação quando a contratação direta enquadrar-se também no art. 24, inciso I ou II da Lei 8.666/93, observando o respectivo parágrafo único. Processo nº TC-019.967/2005-4. Acórdão nº 1336/2006-Plenário. Relator: Ministro:Ubiratan Aguiar. <www.tcu.gov.br> Acesso em: 19 de outubro de 2008.

⁵³ Conforme preconiza o art. 67 e parágrafos da Lei 8.666/93.

⁵⁴ Art. 5º, §3º Observados o disposto no caput, os pagamentos decorrentes de despesas cujos valores não ultrapassem o limite de que trata o inciso II do art. 24, sem prejuízo do que dispõe seu parágrafo único, deverão ser efetuados no prazo de até 5 (cinco) dias úteis, contados da apresentação da fatura.

Art. 40, XIV, “a” O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte: XIV - condições de pagamento, prevendo: a) prazo de pagamento não superior a trinta dias, contado a partir da data final do período de adimplimento de cada parcela.

diploma legal das licitações - casos de inviabilidade de competição - reprime expressamente o abuso na contratação direta: “*Verbis*”:

Art. 25

(...)

§2º Nas hipóteses 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.

Sobre as sanções cabíveis nos casos de mau uso do instituto da contratação direta trataremos com mais vagar no próximo tópico.

3.6. Responsabilização Criminal dos Gestores:

Os crimes e as penas encontram-se, especificamente, previstas na Seção III da Lei de Licitações. O advento da norma legal representou importante inovação no sentido de que, embora a legislação penal tenha tratado do assunto, não havia um tratamento amplo e sistemático destinado a reprimir as possíveis condutas reprováveis praticadas no decorrer do processo licitatório e da execução dos contratos administrativos. Assim, justifica-se a existência de uma seção específica na Lei nº 8.666/93, tratando exclusivamente da repressão criminal.

Vale lembrar que os crimes em tela não admitem a modalidade culposa, uma vez que a quase totalidade dos casos exige a configuração de “dolo específico”, ou seja, somente é punido o agente que deixou de observar a formalidade imbuído de intenção de obter o resultado tido como reprovável – lesar a Administração Pública ou fraudar o princípio da isonomia. Se, caso contrário, o agente agiu em virtude de culpa, ficará sujeito a responsabilização administrativa, mas não criminal. Nesse sentido, o TCU proferiu a seguinte orientação: “é uniforme a doutrina quanto à necessidade da configuração de dolo, em particular o dolo específico na maior parte dos casos, nos crimes tipificados na lei de licitações e contratos.”⁵⁵

⁵⁵ Acórdão nº 2.346/2003 – Primeira Câmara, rel. Ministro Marco Vinícius Vilaça. <www.tcu.gov.br> Acesso em 24.10.2008

No campo da contratação direta, como sabido a lei contempla os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação, daí inferimos que ao poderá corresponder a um crime a contratação direta, quando o sujeito tiver a perfeita compreensão normativa acerca dos casos em que a licitação será necessária ou não e, ainda, se atuou visando a frustrar a previsão legal. Vejamos o que dispõe o primeiro dos artigos que versa sobre o tema:

Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

Pena: detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.

As expressões legais “dispensa” e “inexigibilidade” de licitação são utilizadas, justamente, no sentido próprio dos arts. 24 e 25 do Estatuto Licitatório, abrangendo, ainda, as hipóteses do art. 17 – licitação dispensada. A punição em alude é cabível tanto quando o agente ignorar os casos previstos em lei para a contratação direta, quanto, de modo fraudulento, simular a existência desses requisitos. No entanto, no caso de estarem presentes os elementos ensejadores da contratação direta, mas o administrador público deixou de atender as formalidades legais, a conduta é penalmente irrelevante. Serão puníveis a autoridade responsável pela contratação e, ainda, o assessor jurídico que emitiu o parecer favorável⁵⁶ à contratação e também o terceiro que, mesmo não integrante da Administração Pública, concorrer para o crime e tiver auferido vantagem em razão da contratação direta.

O **art. 90** da Lei de Licitações trata de outro crime que exige para sua caracterização que o agente tenha atuado visando a obter um resultado grave e efetivamente reprovável não apenas a mera contratação direta:

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº. 24.584**. EMENTA: ADVOGADO PÚBLICO - RESPONSABILIDADE - ARTIGO 38 DA LEI Nº 8.666/93 - TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - ESCLARECIMENTOS. Prevendo o artigo 38 da Lei nº 8.666/93 que a manifestação da assessoria jurídica quanto a editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes não se limita a simples opinião, alcançando a aprovação, ou não, descabe a recusa à convocação do Tribunal de Contas da União para serem prestados esclarecimentos. Disponível em: <www.stf.us.br/jurisprudencia/listarjurisprudencia> . Acesso em 15.11.2008.

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena: detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

O tipo penal do crime acima envolve o concurso de agentes, assim, o sujeito ativo poderá ser o particular que participa da licitação ou o servidor público que intervier na fase interna ou externa da licitação. O crime está visivelmente dividido em duas modalidades, a frustração e a fraude. A primeira envolve o artifício pelo qual o sujeito impede a eficácia da competição, já a segunda, refere-se à conduta através da qual se impede a disputa no procedimento licitatório, por exemplo, a inserção de cláusulas no edital destinadas a assegurar a vitória de um determinado licitante, bastando que alguns dos aspectos do certame sejam maculados, e não necessariamente todo o procedimento.

O dolo é dito específico na hipótese criminal do **art. 91** da Lei de Licitações, uma vez que a intenção do agente é a de obter, para si ou para terceiro, vantagem consistente na adjudicação:

Art. 91. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato, cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário:

Pena: detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

O tipo penal em tela dirige-se ao servidor público que, em vez de buscar os interesses fundamentais da Administração, agir de forma a orientar ou tutelar os interesses de particulares. O comportamento de tal servidor, para que haja a caracterização do crime, deve resultar em contratações que venham ou possam vir a ser invalidadas pelo Poder Judiciário – o sujeito tinha conhecimento do vício e, ainda assim, pretendia realizar o contrato. É um caso de dolo específico, relacionado à instauração de licitação ou celebração contrato inválido. Sobre tal artigo, observemos as palavras de Marçal Justen Filho:

Grande parte do elenco de tipos penais contidos na Lei nº 8.666 não apresenta maior importância prática. No entanto, o art. 91 afigura-se o dispositivo mais despropositado de todos. É virtualmente impossível promover a aplicação da regra.⁵⁷

⁵⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações contratos administrativos*. 11 ed. São Paulo: Dialética, 2005.p. 631

Por sua vez, o caso previsto no **art. 92** do diploma legal de licitações configura crime de ação ou omissão que possa produzir vantagem indevida para o contratado:

Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei:

Pena: detenção, de dois a quatro anos, e multa.

Parágrafo único. Incide na mesma pena o contratado que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, obtém vantagem indevida ou se beneficia, injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais.

O sujeito ativo do crime é o servidor público, porém no parágrafo primeiro foi estendida a punição ao particular que se beneficiar da irregularidade, evidentemente, caso tenha concorrido para a consumação da ilegalidade. Também estão acobertadas nesse artigo as hipóteses de concessão irregular de prazos ou dispensas e, também, vantagens sem a presença dos requisitos necessários. As regras do direito intertemporal, previstas no art. 121 que foi mencionado no referido dispositivo legal refere-se a ordem cronológica das exigibilidades, neste caso específico, aos contratos firmados ou derivados de licitações.

Já o **art. 93** da Lei nº 8.666/93 trata de crime no qual o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, inclusive o servidor público:

Art. 93. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório:

Pena - detenção, de 06 (seis) meses a 02 (dois) anos, e multa.

No caso em epígrafe, impedir significa a conduta reprovável que não permite a realização de determinado ato do procedimento de licitação, no entanto, tal ilícito não se configura quando se obtém do Judiciário certa medida proibitiva da prática de ato, por exemplo. Ora, não pode configurar crime o exercício do direito de ação, mesmo que esta seja inquinável como abusivo. Já perturbação é qualquer conduta que, mesmo que não venha a configurar obstáculo, dificulta de alguma maneira a prática do ato licitatório, ressalvado o direito de opinião, que não configura crime. Por fim, fraudar é utilizar-se de artifícios com o intuito de evitar o cumprimento de requisito legal ou dos efeitos da licitação. A vontade livre

e consciente de dificultar a realização do certame é suficiente para a caracterização do crime.⁵⁸

No crime do **art. 94** do Estatuto de Licitatório o sujeito ativo é o próprio servidor público:

Art. 94. Devassar o sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 3 (três) anos, e multa.

Nesse crime a palavra devassar o sigilo de proposta significa examinar *a priori* o conteúdo de envelope lacrado apresentado pelo licitante à Administração. Não configura crime a violação de envelope contendo simples documentos para habilitação. Possibilitar que um terceiro devasse o sigilo também configura o tipo penal, havendo, neste caso, concurso necessário de agentes.

A hipótese penal prevista no **art. 95** da Lei de Licitações pode ter como sujeito ativo qualquer pessoa, entre elas o servidor público:

Art. 95. Afestar ou procura afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar, em razão da vantagem oferecida.

Afestar o licitante significa eliminá-lo do procedimento licitatório. Quanto à vantagem ofertada, esta deve ser obrigatoriamente material e caracterizará o crime somente quando oferecida com o fito específico de retirar terceiro da participação na licitação.

Nos casos previstos no **art. 96**, o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa que participe do procedimento licitatório ou de contratação direta:

⁵⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações contratos administrativos*. 11 ed. São Paulo: Dialética, 2005.p. 633

Art. 96 Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente:

I - elevando arbitrariamente os preços;

II - vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada;

III - entregando uma mercadoria por outra;

IV - alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida;

V - tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato:

Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Fraudar, na hipótese desse artigo, quer dizer afastar-se da finalidade que deve buscar toda licitação – selecionar a proposta mais vantajosa, mediante disputa entre particulares, para a Administração Pública. Ressalvamos que a hipótese de elevação de preços não pode receber tipificação de crime, inclusive o dispositivo é inconstitucional, uma vez que ofende os arts. 5º, XXII e 170, IV da Constituição Federal – o primeiro que garante o direito de propriedade e o segundo que estabelece a livre concorrência.

Na hipótese do **inciso II** só estará configurado o ilícito quando o particular formular proposta cuja execução seja defeituosa.

Já no **inciso III** não configurará crime quando a substituição da mercadoria não proporcionar ao contratado vantagem econômica.

A mesma aceção ocorre no **inciso IV**, pois a modificação da substância, da qualidade ou da quantidade da mercadoria só será crime quando ocasionarem prejuízos à Administração e a obtenção de vantagem não estabelecida no contrato.

Por fim, quanto a previsão do **inciso V** coadunamos com o entendimento de Marçal Justen Filho que vê o dispositivo como inconstitucional, pois: “ofende os princípios da legalidade e da tipicidade. Não é compatível com a Constituição estabelecer que constituirá crime a prática de qualquer conduta danosa à Administração.”

Ora, observando o artigo 5º, Inciso XXXIX, podemos observar que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.” Assim, justificada a alegação do supracitado doutrinador, a qual nos filiamos.

O ilícito previsto no **caput do art. 97** na Lei de Licitações tem como sujeito ativo o servidor público, já o previsto no seu parágrafo único é qualquer pessoa:

Art. 97. Admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Incide na mesma pena aquele que, declarado inidôneo, venha a licitar ou a contratar com a Administração.

Quando o texto legal fala em “admitir à licitação” quer dizer permitir que participe do procedimento licitatório, tal julgamento ocorre na fase de habilitação, antes desse passo não tem a Administração possibilidade de aferir a idoneidade do licitante. Não existirá crime se o licitante, por meio de liminar judicial, participou da licitação e, posteriormente, essa liminar venha a ser revogada, bem como não haverá crime quando a penalidade imposta encontra-se, ainda, pendente de questionamento em via judicial ou administrativa. Quanto ao disposto no parágrafo único, observa-se os dizeres de Marçal Justen Filho:

A regra é inconstitucional por ferir os princípios da isonomia e proporcionalidade. É destituído de cabimento impor sancionamento penal contra o sujeito que, não dispondo de idoneidade, comparece para disputar uma licitação. Mas, se não fosse desproporcional cominar com sanção penal essa conduta, ter-se-ia de reconhecer que todos aqueles que, não preenchendo os requisitos de habilitação, pretendessem disputar o contrato incorreriam em idêntica ilicitude. Não há cabimento em restringir a punição penal apenas para o sujeito declarado inidôneo (...).

O crime do **art. 98** da Legislação de Licitações pode ter como sujeito ativo apenas o servidor:

Art. 98. Obstar, impedir ou dificultar, injustamente, a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais ou promover indevidamente a alteração, suspensão ou cancelamento de registro do inscrito:

Pena - detenção, de 06 (seis) meses a 02 (dois) anos, e multa.

Os termos utilizados: obstar, impedir ou dificultar possuem, respectivamente, o sentido de negar, tornar inviável e colocar empecilhos. Já a suspensão é restrição temporária à produção de efeitos, o cancelamento é a extinção definitiva da inscrição do interessado e a alteração consiste na modificação do conteúdo do registro. As condutas descritas somente serão reprovadas penalmente se não tiverem fundamento nos requisitos legais do procedimento licitatório.

No ilícito ora em comento, é imprescindível a intenção de prejudicar a Administração ou de auferir vantagens para si ou para outrem. Contudo, não se pode confundir a hipótese com o crime de concussão prevista no Código Penal, uma vez que não estão abrangidas as circunstâncias em que se condiciona a inscrição ao a alteração do registro a uma vantagem indevida. O agente não busca a obtenção de vantagem, e sim acarretar prejuízo ao particular ou beneficiar terceiros, conseqüentemente, trazendo potencial prejuízos para a Administração Pública.

O dispositivo contido no **art. 99** ratifica o entendimento de que a punição penal prevista na Lei nº 8.666/93 vincula-se a uma atuação direcionada à obtenção de vantagens indevidas e reprováveis:

Art. 99. A pena de multa cominada nos arts. 89 a 98 desta Lei consiste no pagamento de quantia fixada na sentença e calculada em índices percentuais, cuja base corresponderá ao valor da vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferível pelo agente.

§ 1º Os índices a que se refere este artigo não poderão ser inferiores a 2% (dois por cento), nem superiores a 5% (cinco por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com dispensa ou inexigibilidade de licitação.

§ 2º O produto da arrecadação da multa reverterá, conforme o caso, à Fazenda Federal, Distrital, Estadual ou Municipal.

A pena de multa prevista será calculada proporcionalmente sobre o valor da vantagem efetivamente percebida ou potencialmente auferida, contudo, os limites máximo e mínimo não serão estabelecidos em função da vantagem, mas sobre o valor do contrato pertinente ao caso concreto.

Note-se que a ação penal cabível para os crimes previstos no Estatuto é a pública incondicionada, sendo admitida a ação penal privada subsidiária, nos casos de inércia do Ministério Público Comum. Importante, também, observar:

Art. 101. Qualquer pessoa poderá provocar, para os efeitos desta Lei, a iniciativa do Ministério Público, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e sua autoria, bem como as circunstâncias em que se deu a ocorrência.

Parágrafo único. Quando a comunicação for verbal, mandará a autoridade reduzi-la a termo, assinado pelo apresentante e por duas testemunhas.

Dessa forma, sempre que existirem indícios da prática de um dos crimes acima descritos, os agentes terão o dever de levar ao conhecimento da autoridade competente, os fatos. O mesmo aplica-se para todos aqueles que de algum modo tenham acesso à licitação ou, por qualquer via, tenham conhecimento de ilicitudes, sendo aplicáveis os princípios gerais acerca da matéria. Esta disposição corresponde, em suma, a faculdade que possui qualquer indivíduo de comunicar ao Ministério Público Comum a ocorrência de suposto ilícito penal. Por sua vez, o *parquet* terá o dever, independente da forma pela qual a notícia chega ao seu conhecimento – escrita ou oralmente – de promover a sequência de investigações, entre elas a requisição de abertura de inquérito policial.

Ademais, no âmbito de atuação dos Tribunais de Contas, sempre que estes verificarem nos autos ou documentos que se submetem ao seu conhecimento, indícios de existência dos crimes definidos na legislação pertinente, deverão remeter ao Ministério Público Comum as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia.

4. CONTRATAÇÕES DIRETAS NO ÂMBITO DO ESTADO DO CEARÁ.

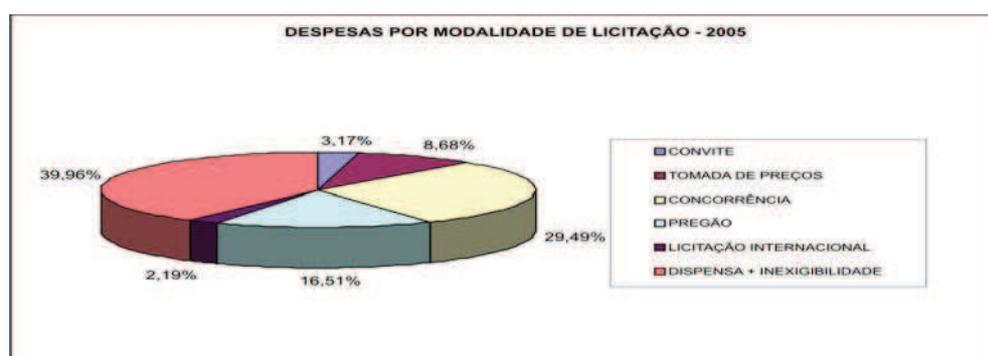
Como versa este trabalho acerca de licitações e contratos públicos e, mormente, acerca das contratações diretas, sem tal processo licitatório, nada mais pertinente do que proceder à análise da ocorrência deste tipo de contratação no âmbito estadual.

4.1 Análise Geral do Período de 2005 a 2007:

Para melhor demonstração da realização das contratações diretas no Estado do Ceará, passaremos à análise dos Pareceres Prévios das Contas do Governo referentes aos anos de 2005, 2006 e 2007, processadas pelo Tribunal de Contas do Estado, onde observaremos os gastos correspondentes às despesas realizadas através de licitação tradicional e por meio de contratação direta.

Contas do Exercício de 2005:

“O gráfico seguinte indica os percentuais correspondentes às despesas processadas por meios das respectivas modalidades licitatórias, bem como aquelas ocorridas mediante contratação direta (dispensa e inexigibilidade)”⁵⁹:



Fonte: www.tce.ce.gov.br/sitetce/Sessao.contaGoverno.tce

Pela análise deste segundo gráfico veremos à aplicação das diferentes modalidades de licitação e da contratação direta, em cada esfera do Poder Estadual:

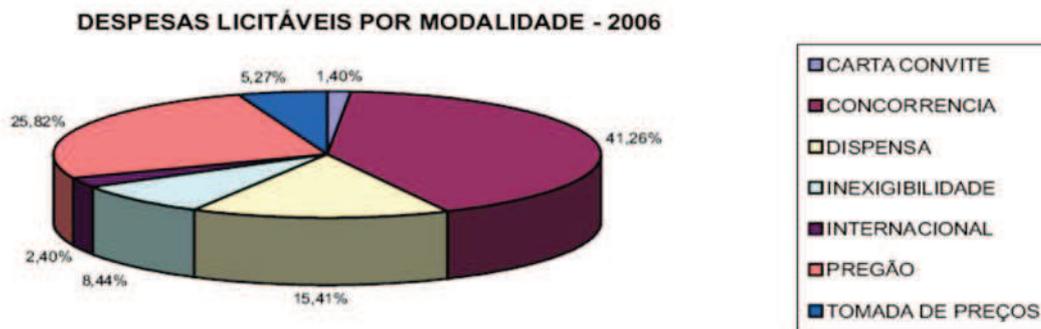
⁵⁹ Pareceres Prévios das Contas do Governo referentes ao exercício de 2005, 2006 e 2007. Disponível em: <www.tce.ce.gov.br/sitetce/Sessao.contaGoverno.tce> . Acesso em 10.11.2008.

PLANILHA 02					Em R\$	
MODALIDADES DE LICITAÇÃO	TOTAL POR PODER			TOTAL GERAL	%	
	EXECUTIVO	LEGISLATIVO	JUDICIÁRIO			
1. CONVITE	33.975.352,57	1.950.697,25	1.686.129,09	37.612.178,91	3,17	
2. TOMADA DE PREÇOS	94.431.831,83	3.232.241,19	5.357.571,44	103.021.644,46	8,68	
3. CONCORRÊNCIA	326.929.266,63	13.008.663,36	10.023.277,15	349.961.207,14	29,49	
4. PREGÃO	185.576.735,91	1.620.805,93	8.711.000,80	195.908.542,64	15,51	
5. LICIT. INTERNACIONAL	26.012.139,45	0,00	0,00	26.012.139,45	2,19	
TOTAL DESPESAS ATRAVÉS DE LICITAÇÃO (1+2+3+4+5)	666.925.326,39	19.812.407,73	25.777.978,48	712.515.712,60	60,04	
6. INEXIGIBILIDADE	151.116.992,84	1.398.807,26	9.106.075,50	161.621.875,60	13,62	
7. DISPENSA	269.490.634,81	35.806.412,29	7.262.568,33	312.559.615,43	26,34	
DISPENSA + INEXIGIBILIDADE (6 + 7)	420.607.627,65	37.205.219,55	16.368.643,83	474.181.491,03	39,96	
TOTAL DAS DESPESAS COM OBRAS, COMPRAS E SERVIÇOS (1+2+3+4+5+6+7)	1.087.532.954,04	57.017.627,28	42.146.622,31	1.186.697.203,63	100	

FONTE: BASE DE DADOS DO SIC

Contas do Exercício de 2006:

“O gráfico abaixo permite alcançar melhor visualização dos percentuais correspondentes às despesas processadas em 2006 por meio das respectivas modalidades licitatórias, bem como àquelas ocorridas mediante contratação direta (dispensa e inexigibilidade)”⁶⁰:



Fonte: www.tce.ce.gov.br/sitetce/Sessao.contaGoverno.tce

Mais uma vez, o segundo gráfico mostra à aplicação das diferentes modalidades de licitação e da contratação direta, em cada esfera do Poder Estadual:

⁶⁰ *idem.*

PLANILHA 03				Em R\$	
MODALIDADES DE LICITAÇÃO	TOTAL POR PODER			TOTAL GERAL	%
	EXECUTIVO	LEGISLATIVO	JUDICIÁRIO		
1. CONVITE	21.419.898,26	1.435.894,08	1.377.442,44	24.233.234,78	1,40
2. TOMADA DE PREÇOS	86.019.333,77	1.665.935,03	3.740.458,68	91.425.727,48	5,27
3. CONCORRÊNCIA	693.873.252,69	10.156.563,96	11.822.678,30	715.852.494,95	41,26
4. PREGÃO	424.007.675,45	11.832.958,59	12.208.725,60	448.049.359,64	25,82
5. LICIT. INTERNACIONAL	41.665.399,45	0,00	0,00	41.665.399,45	2,40
TOTAL DESPESAS ATRAVÉS DE LICITAÇÃO (1+2+3+4+5)	1.266.985.559,62	25.091.351,66	29.149.305,02	1.321.226.216,30	76,14
6. INEXIGIBILIDADE	132.413.479,61	2.426.684,04	11.661.095,97	146.501.259,62	8,44
7. DISPENSA	240.425.806,78	21.754.446,98	5.276.930,29	267.457.184,05	15,41
DISPENSA + INEXIGIBILIDADE (6 + 7)	372.839.286,39	24.181.131,02	16.938.026,26	413.958.443,67	23,86
TOTAL DAS DESPESAS COM OBRAS, COMPRAS E SERVIÇOS (1+2+3+4+5+6+7)	1.639.824.846,01	49.272.482,68	46.087.331,28	1.735.184.659,97	100,00

Obs: Os valores correspondentes ao Ministério Público Estadual encontram-se inseridos nas despesas do Poder Executivo.

FONTE: BASE DE DADOS DO SIC

Contas do Exercício de 2007:

“O gráfico a seguir permite uma melhor visualização dos percentuais correspondentes às despesas processadas em 2007 por meio das respectivas modalidades licitatórias, bem como àquelas ocorridas mediante contratação direta (dispensa e inexigibilidade)”⁶¹:



Fonte: www.tce.ce.gov.br/sitetce/Sessao.contaGoverno.tce.

Por fim, com referência ao ano de 2007, observa-se a aplicação das diferentes modalidades de licitação e da contratação direta, em cada esfera do Poder Estadual:

⁶¹ *Ibem. idem*

PLANILHA 03

MODALIDADES DE LICITAÇÃO	TOTAL POR PODER			Em R\$	
	EXECUTIVO	LEGISLATIVO	JUDICIÁRIO	TOTAL GERAL	%
1. CONVITE	3.830.476,03	2.274.003,15	741.796,40	6.846.275,58	0,48
2. TOMADA DE PREÇOS	30.016.133,07	2.132.040,52	1.705.070,47	33.853.244,06	2,38
3. CONCORRÊNCIA	250.375.219,27	6.590.417,91	8.073.105,12	265.038.742,30	18,63
4. PREGÃO	498.472.766,44	23.076.486,25	11.051.705,25	532.600.957,94	37,44
5. LICIT. INTERNACIONAL	203.493.493,32	354.231,63	0,00	203.847.724,95	14,33
6. CONCURSO	487.480,00	0,00	0,00	487.480,00	0,03
TOTAL DESPESAS MEDIANTE LICITAÇÃO (1+2+3+4+5+6)	986.675.568,13	34.427.179,46	21.571.677,24	1.042.674.424,83	73,30
7. INEXIGIBILIDADE	143.914.892,44	2.867.895,47	10.996.020,48	157.778.808,39	11,09
8. DISPENSA	199.426.090,04	16.835.806,96	5.791.380,35	222.053.277,35	15,61

PLANILHA 03

MODALIDADES DE LICITAÇÃO	TOTAL POR PODER			Em R\$	
	EXECUTIVO	LEGISLATIVO	JUDICIÁRIO	TOTAL GERAL	%
DISPENSA + INEXIGIBILIDADE (7 + 8)	343.340.982,48	19.703.702,43	16.787.400,83	379.832.085,74	26,70
TOTAL DAS DESPESAS COM OBRAS, COMPRAS E SERVIÇOS (1+2+3+4+5+6+7+8)	1.330.016.550,61	54.130.881,89	38.359.078,07	1.422.506.510,57	100,00

Fonte: Base de dados do SIC

Obs: Os valores correspondentes ao Ministério Público Estadual encontram-se, nessa planilha, inseridos nas despesas do Poder Executivo.

Com base na análise dos gráficos e valores acima, podemos concluir que houve no geral uma manutenção dos dispêndios utilizados à título de dispensa e inexigibilidade de licitação (contratação direta). Contudo, cumpre trazer à baila as contratações diretas no âmbito do Poder Judiciário que no curso do período em análise (2005-2007) apresentou aumento progressivo de dispensas e inexigibilidades de licitação.

4.2. Considerações:

Com base na análise dos dados acima, percebe-se que o Estado do Ceará, conforme orientação do Tribunal de Contas do Estado, tem buscado reduzir o número de contratações sem licitação. Como já visto por nós em tópico anterior, a regra geral é que se proceda licitação antes de a Administração Públicas contratar com terceiro, portanto, as contratações diretas são situações excepcionais, devendo, portanto, ocorrer apenas nos casos previstos na legislação pertinente.

Ademais, entendemos que a Administração Pública pode recorrer à utilização do Sistema de Registro de Preços – SRP, justamente, como uma alternativa viável afim de diminuir as contratações diretas e, ainda, como uma forma de enxugar os custos gerados por um processo licitatório convencional. É sobre esse sistema que estudaremos mais detalhadamente no capítulo a seguir.

5 Sistema de Registro de Preços - utilização do “carona”

5.1 Noções Gerais

Em livro específico sobre o tema em comento, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, sintetizou Sistema de Registro de Preços com as seguintes palavras:

(...) é um procedimento especial de licitação que se efetiva por meio de uma concorrência ou pregão *sui generis*, selecionando a proposta mais vantajosa, com observância do princípio da isonomia, para eventual e futura contratação pela Administração.⁶²

Assim, chama-se de Sistema de Registro de Preços – SRP - o conjunto de procedimentos destinados ao registro formal de preços e prazos referentes a bens e serviços, e que futuramente poderão ser contratados pelo Poder Público, conforme a necessidade de sua demanda. Está previsto no art. 15, II, da Lei nº 8.666/93 estabelecendo que sempre que possível as compras deverão ser realizadas através do SRP, e foi regulamentado pelos Decretos nº. 3.931/2001 e nº 4.342/2002. “*In verbis*”:

Lei n.º 8.666/93:

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

(...)

II - ser processadas através de sistema de registro de preços;

§1º O registro de preços será precedido de ampla pesquisa de mercado.

§2º Os preços registrados serão publicados trimestralmente para orientação da Administração, na imprensa oficial.

§3º O sistema de registro de preços será regulamentado por decreto, atendidas as peculiaridades regionais, observadas as seguintes condições:

I - seleção feita mediante concorrência;

II - estipulação prévia do sistema de controle e atualização dos preços registrados;

III - validade do registro não superior a um ano.

§ 4º A existência de preços registrados não obriga a Administração a firmar as contratações que deles poderão advir, ficando-lhe facultada a utilização de outros meios, respeitada a legislação relativa às licitações, sendo assegurado ao beneficiário do registro preferência em igualdade de condições.

§ 5º O sistema de controle originado no quadro geral de preços, quando possível, deverá ser informatizado.

⁶² FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p.31.

§ 6º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar preço constante do quadro geral em razão de incompatibilidade desse com o preço vigente no mercado.(grifo nosso).

Ainda sobre o tema, a Lei n.º 10.520 de 17.07.2002 determinou que as compras e contratações de bens e serviços no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que efetuarem-se pelo SRP, poderão adotar a modalidade pregão, conforme regulamento específico.

Sobre as modalidades permitidas, segundo as normas gerais contidas na Lei n.º 8.666/93, pode ser realizado por concorrência - do tipo menor preço ou técnica, e preço e de pregão, como já salientado no parágrafo acima.

O SRP é comumente utilizado em se tratando de aquisições futuras de objetos individualmente mais simples e de uso comum da Administração Pública, e que, assim, não necessitam de descrição mais pormenorizada, e será precedido de ampla pesquisa de mercado.

Sinteticamente, podemos, dizer que o SRP será adotado, preferencialmente, nos casos de:

- a) aquisições de bens, produtos e serviços para os quais, pelas suas características, haja necessidade frequente de suas contratações;
- b) quando for mais conveniente a aquisição de bens ou de produtos com previsão de entregas parceladas ou contratação de serviços necessários à Administração para o desempenho de suas atribuições;
- c) quando for conveniente a aquisição de bens ou de produtos ou a contratação de serviços para atendimento a mais de um órgão ou entendimento, ou a Programa de Governo;
- d) quando pela natureza do objeto, não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela administração.

Nas hipóteses supramencionadas, o Sistema de Registro de Preços terá primazia em relação a qualquer outra forma de contratação, observando que outras situações afora as especificadas no decreto regulamentador, são determinantes de sua utilização pelas vantagens que apresenta, como restará demonstrado.

A Ata de Registro de Preços é um documento vinculativo, obrigacional, com característica de compromisso firmado entre as partes, onde ficarão registrados tais valores, juntamente com seus respectivos fornecedores. Serão, também, divulgados em órgão oficial, permanecendo disponíveis para os órgãos e entidades que participaram do SRP como também para aqueles que não participaram diretamente – os chamados “caronas”. Assim, podemos apontar como principal disparidade entre o Sistema de Registro de Preços e as demais modalidades de licitação é o fato de que inexiste no SRP adjudicação. Logo após a homologação feita pela autoridade competente, é formalizada a Ata de Registro de Preços, que não é um contrato e sim um instrumento obrigatório unilateral que fixa as já mencionadas condições para eventuais contratos que venham a ser celebrados, futuramente.

Desta feita, ficam os fornecedores registrados na Ata obrigados a realizar com os órgãos participantes as contratações futuras a que se vincularam, obedecidas as condições estabelecidas, porém o reverso não ocorre – à Administração é facultado firmar essas contratações ou utilizar-se de outros meios de conforme a lei. Ou seja, o que fica assegurado aos fornecedores que fazem parte do SRP é tão-somente a preferência de contratação. Assim, o art. 7º do Decreto nº 3.931/01 aduz:

A existência de preços registrados não obriga a Administração a firmar as contratações que deles poderão advir facultando-se a realização de licitação específica para a aquisição pretendida, sendo assegurado ao beneficiário do registro a preferência de fornecimento em igualdade de condições.

Tal instrumento só pode ser alterado pelo Órgão Gerenciador quando da ocorrência de mudanças de preços no mercado – verificando que os preços registrados encontram-se superiores àqueles praticados no mercado. As alterações se darão da seguinte forma: primeiramente, deve se proceder à renegociação dos preços junto ao fornecedor, frustada tal negociação, o fornecedor deve ser liberado do compromisso assumido e, em seguida, devem ser convocados os demais fornecedores visando igual oportunidade de negociação.

Ressalte-se que no que tange à liberação orçamentária, no Sistema de Registro de Preços, essa só ocorre no momento do cadastramento da necessidade efetiva do bem pelo órgão ou entidade.

A vigência da Ata de Registro de Preços é limitada a um ano, computadas eventuais prorrogações, de acordo com o estabelecido pelo art. 4º, caput, do Decreto nº 3.931/01 e art. 15, §3º, III, da Lei nº 8.666/93, e não se confunde com o prazo de validade da proposta apresentada na licitação, que é de 60 (sessenta) dias e antecede o registro em ata: art. 64, §3º, Lei nº 8.666/93, decorridos 60 (sessenta) dias da data da entrega das propostas, sem convocação para a contratação, ficam os licitantes liberados dos compromissos assumidos.”

E sobre os denominados participantes “caronas”, bem como sobre a redução de custos que sua utilização acarreta e, ainda, sobre sua utilização como forma de reduzir as contratações diretas, que trataremos, mais detalhadamente, neste capítulo.

5.2 Utilização do “carona”:

Costumou-se chamar de “carona” ao órgão ou entidade que, a despeito de não participar diretamente dos procedimentos iniciais do Sistema de Registro de Preços, informando suas estimativas de consumo, tem a intenção de fazer uso do mesmo – em uma linguagem coloquial teríamos, justamente, a idéia de aproveitar o percurso que alguém está desenvolvendo para concluir o próprio trajeto, sem custos. A previsão legal da “figura” em comento está no Decreto nº 3.931/01, art. 8º:

Art. 8. A Ata de Registro de Preços, durante sua vigência, **poderá ser utilizada por qualquer órgão ou entidade da Administração que não tenha participado do certame licitatório, mediante prévia consulta ao órgão gerenciador, desde que devidamente comprovada a vantagem.**

§ 1º. Os órgãos e entidades que não participaram do registro de preços, quando desejarem fazer uso da Ata de Registro de Preços, deverão manifestar seu interesse junto ao órgão gerenciador da Ata, para que este indique os possíveis fornecedores e respectivos preços a serem praticados, obedecida a ordem de classificação.

§ 2º Caberá ao fornecedor beneficiário da Ata de Registro de Preços, observadas as condições nela estabelecidas, optar pela aceitação ou não do fornecimento, independentemente dos quantitativos registrados em Ata, desde que este fornecimento não prejudique as obrigações anteriormente assumidas.

§ 3º As aquisições ou contratações adicionais a que se refere este artigo não poderão exceder, por órgão ou entidade, a cem por cento dos quantitativos registrados na Ata de Registro de Preços. (Incluído pelo Decreto nº. 4.342, de 23.8.2002) (grifo nosso).

Infere-se do dispositivo legal mencionado que a inclusão de um órgão “carona” na Ata de Registro de Preços é limitada a 100% (cem por cento) dos quantitativos registrados na Ata, percentual este que poderá ser utilizado para cada novo órgão “carona”, cabendo ao fornecedor beneficiário da Ata, conforme as condições estabelecidas, optar pela aceitação ou

não da inclusão de um novo órgão “carona”, assumindo para com ele um novo compromisso de fornecimento e, obviamente, resguardando os compromissos originalmente assumidos.

Em síntese, o atendimento dos pedidos dos órgãos meramente usuários – os “caronas” - fica na dependência de:

- ✓ prévia consulta e anuência do órgão gerenciador;
- ✓ indicação pelo órgão gerenciador do fornecedor ou prestador de serviço;
- ✓ aceitação, pelo fornecedor, da contratação pretendida, condicionada esta à não gerar prejuízo aos compromissos assumidos na Ata de Registro de Preços;
- ✓ embora a norma seja silente a respeito, deverão ser mantidas as mesmas condições do registro, ressalvadas apenas as renegociações promovidas pelo órgão gerenciador, que se fizerem necessárias.

A natureza jurídica do procedimento de “carona” fundamenta-se na possibilidade de estender a proposta mais vantajosa para todos os que necessitem de objetos assemelhados, desde que em quantidade igual ou menor do que o máximo registrado. Ora, a Constituição Federal impôs como regra o procedimento de licitação, ressalvando os casos em que se procederá a contratação direta, todavia, ao definir os limites da licitação não obrigou a vinculação de cada contrato a um só procedimento licitatório ou, ao contrário, de uma só licitação para cada contrato. Nesse contexto, é perfeitamente viável a extensão da proposta mais vantajosa adquirida pela Administração Pública como suporte a outros contratos futuros.

Portanto, o “carona” em um processo de licitação é o órgão que antes de proceder à contratação direta sem licitação ou a licitação convencional, verifica se outro órgão público, da mesma esfera ou de outra, já possui o objeto desejado em condições de vantagem sobre o mercado, já comprovadas. Permite-se, assim, ao “carona”, que diante da prévia licitação do objeto semelhante por outros órgãos, com acatamento das mesmas regras que aplicaria em seu procedimento, reduzir os custos operacionais de uma ação seletiva. Nesse ponto reside a fiel observância dos pressupostos fundamentais da licitação, como a formalização de um processo

administrativo. Portanto, a finalidade não é servir aos licitantes, mas ao interesse público; já a observância da isonomia não é para distribuir demandas uniformemente entre os fornecedores, mas para ampliar a competição visando à busca de propostas mais vantajosas.

Cabe, neste momento, ressaltar os casos em que é inaplicável a utilização do Sistema de Registro de Preços (e conseqüentemente do “carona”). Portanto, não cabe o uso do SRP para a realização de obras, exceto quando forem obras uniformes com as mesmíssimas características, para alienações e contratos de delegação de serviços públicos e sempre que o objeto for de natureza singular, ou de uso esporádico, pequenos quantitativos e de uso não frequente.

As vantagens da utilização do SRP, seja como participante, seja como “carona” são visíveis e podem ser sucintamente enumeradas:

- ✓ É um procedimento especial de licitação: registram-se os preços ofertados, através de Concorrência ou Pregão;
- ✓ Reduz estoques e custos – uma vez que os estoques ficam no fornecedor;
- ✓ As Notas de Empenho são emitidas de acordo com as necessidades dos Órgãos participantes do SRP;
- ✓ Reduz tempo para aquisição, estoques e dá garantia de suprimentos, com inversão de recursos conforme as necessidades;
- ✓ Independe de previsão orçamentária: só se exige quando das requisições de compra;
- ✓ Adequado à natural imprevisibilidade de consumo;
- ✓ Evita fracionamento de despesa;
- ✓ Reduz-se os número de licitações;

- ✓ Agiliza as aquisições;
- ✓ Economia de escala;
- ✓ Propicia participação de pequenas e médias empresas – propostas com quantitativo inferior;
- ✓ Proporciona maior transparência.

O procedimento serve, ainda, para desestimular a oferta de preços elevados, nas licitações convencionais. Uma que o órgão decide fazer uma licitação porque não tem certeza de que o Sistema de Registro de Preços de outro órgão é, de fato, a proposta mais vantajosa, a possibilidade de poder ser “carona” acaba que inibindo a pretensão de sobrevalorização de propostas. O aperfeiçoamento do SRP e a intensificação do uso do “carona” levarão, indubitavelmente, à extinção dos preços abusivos, pois a publicidade de ofertas disponíveis será cada vez mais ampliada. No entanto, sempre, haverá mercado para os que insistirem na necessidade de uma só licitação para um só contrato, pois o Sistema de Registro de Preços é adstrito a compras e serviços, não abrangendo obras.

Observa-se que a justificativa maior da possibilidade de pegar “carona” em outro procedimento de licitação é a demonstrar a vantagem consistente na adesão sobre um novo processo convencional. Tal vantagem se confirma por meio de pesquisa e pode configurar-se até mesmo, quando se observa igualdade de condições entre o preço registrado e o de mercado, pelo custo indireto da licitação.

Ou seja, fica demonstrado que o Sistema de Registro de Preços e, conseqüentemente, a figura do “carona”, representam, especialmente, uma alternativa para reduzir o número de contratações diretas e, ainda, configura-se em economia para a Administração Pública, que não precisará dispor dos valores que normalmente desembolsaria com um procedimento licitatório tradicional.

Assim, da forma como se desenvolve o sistema de “carona” o que se pode observa na prática é que muitos órgãos estão deixando de utilizar a dispensa e inexigibilidade de

licitação – contratação direta - para aderir como “carona” e, portanto, contratar objetos que já passaram pela depuração do procedimento licitatório

5.3 Entendimento do Tribunal de Contas da União:

Nesse sentido, convém fazer alusão a possibilidade de adotar o SRP, a fim de agilizar e facilitar as compras de gêneros alimentícios da merenda escolar:

Auditoria. Prefeitura Municipal de Rio Pardo RS. Avaliação da regularidade da execução e da adequação da sistemática de controle do Programa Nacional de Alimentação Escolar - PNAE, exercícios de 2000 e 2001. Falhas de natureza formal nas áreas de licitação e contrato. Determinação.

(...)

verifique a possibilidade de adotar o sistema de registro de preços, previsto no art. 15 da Lei nº 8.666/93 e regulamentado pelo Decreto nº. 2.743/98, a fim de agilizar e facilitar as compras de gênero alimentícios da merenda escolar;
Acórdão 653/2003 - Primeira Câmara – Relator - Humberto Guimarães Souto.
<www.tcu.gov.br> acesso em 31.10.2008. (grifo nosso)

Deve também ser utilizado o SRP para aquisição de bens e serviços de uso comum, em detrimento da adoção de contratação direta, é o que determina o TCU, vejamos:

(...) **abstenha-se de adotar dispensa de licitação para a aquisição de bens e serviços de uso comum, nos casos em que há possibilidade de utilização do sistema de registro de preços,** conforme art. 2º, I e II do Decreto nº 3.931/2001 ou a modalidade de pregão, conforme art. 1º da Lei nº 10520/2002, para a aquisição de bens e serviços de uso comum, com vistas a garantir, por meio de disputa justa entre os interessados, a compra mais econômica, segura e eficiente. Processo nº 011.415/2004-9. Acórdão nº 1873/2005 – 2ª Câmara. Relator – Ministro Benjamin Zymler. <www.tcu.gov.br> acesso em 31.10.2008. (grifo nosso)

Partiremos agora para o exame específico de casos concretos no âmbito estadual, através dos demonstrativos analisados na Central de Licitações do Estado e na Secretaria de Planejamento e Gestão do Estado do Ceará - SEPLAG referentes à utilização do Sistema de Registro de Preços e também do “carona”, pelos órgãos da Administração Pública Estadual.

5.4 No âmbito do Estado do Ceará.

A tabela abaixo, extraída do sistema de Sistema de Registro de Preços da SEPLAG, nos será bastante elucidativa, uma vez que mostra a utilização desta modalidade especial de licitação pelo Estado do Ceará.

ATA	VIGÊNCIA	OBJETO	DOCUMENTOS
002/2006	29/11/2007 a 28/11/2008 (prorrogada)	Material de limpeza, escritório, descartáveis e suprimentos de informática	<u>Edital 015/2006</u> <u>Ata Oficial</u> <u>Itens Registrados</u> <u>Fotos dos Itens da Ata</u> <u>Fornecedores da Ata</u> <u>Ata publ.DOE - pag 02</u> <u>Ata publ.DOE - compl - pag 06</u> <u>Prorrogação DOE - pag. 47</u> Gestor: Valdir-3101.3831
001/2007	18/06/2008 a 18/06/2009	Passagens Aéreas	<u>Edital 001/2007</u> <u>Edital de Retificação - pag 02</u> <u>Ata Oficial</u> <u>Ata publicada no DOE – pag 04</u> <u>Prorrogação da Ata 001/2007</u> <u>Minuta do Contrato</u> <u>Minuta do Contrato /</u> <u>Remanejamento</u> Gestor: Nilson - 3101.3812
003/2007	05/12/2007 a 04/12/2008	Capa de processo	<u>Edital 017/2007</u> <u>Ata Oficial</u> <u>Ata Publicada DOE - pag.75</u> <u>Modelo Capa de Processo</u> Gestor: Valdir - 3101.3831
004/2007	05/12/2007 a 05/12/2008	Veículo Sedan	<u>Edital 019/2007</u> <u>Ata Oficial</u> <u>Ata Publicada nº DOE - pág 53</u> <u>Aditivo Modelo Novo Corolla - pág 42</u> Gestor: Nilson - 3101.3812
001/2008	18/06/2008 a 18/06/2009	Veículo Srv	<u>Edital 026/2007</u> <u>Ata Oficial</u> <u>Proposta</u> <u>Ata Publicada no DOE - pág 05</u> Gestor: Nilson - 3101.3812
002/2008	23/01/2008 a 23/01/2009	Veículo Suv	<u>Edital 027/2007</u> <u>Ata Oficial</u> <u>Proposta</u> <u>Ata Publicada no DOE - pág 05</u> Gestor: Nilson - 3101.3812
003/2008	28/02/2008 a 28/02/2009	Veículo Hatch	<u>Edital 033/2007</u> <u>Ata Oficial</u> <u>Ata Publicada no DOA - pág 61 e 62</u> Gestor- Nilson Cláudio- 3101-3799
004/2008	14/07/2008 a 13/07/2009	Materiais de consumo (escritório, limpeza, descartáveis e suprimentos de informática)	<u>Edital 001/2008</u> <u>Ata 004/2008</u> <u>Extrato da Ata no DOE p.16</u> <u>Fornecedores da Ata</u> Gestor: Valdir-3101.3831
005/2008	05/08/2008 a 04/08/2009	Serviços de impressão (envelopes, pastas para eventos, cartões de visita, crachas e cordonetes)	<u>Edital 011/2008</u> <u>Ata Oficial</u> <u>DOE Impressos Ata</u> <u>Fornecedores da Ata</u> <u>Modelo Envelope Grande</u> <u>Modelo Envelope Pequeno</u> <u>Modelo Cartão de Visita</u> <u>Modelo Pasta para Eventos</u> <u>Modelo Crachá</u>

			Gestor - Hudson: 3101.3831
006/2008	25/09/2008 a 24/09/2009	Registro de preços para futuras e eventuais aquisições de material de consumo (papel reciclado e papel alcalimo)	<u>Edital 017/2008</u> <u>Ata Oficial</u> <u>Extrato da Ata no DOE pag 65</u> Gestora - Ana Portela: 3101.3856
007/2008	13/09/2008 a 13/09/2009	Água, café e açúcar	<u>Edital 012/2008</u> <u>Ata 007/2008</u> Ata publicada dia 21/10/2008, pág 49 Gestor - Nilson Cláudio: 3101.3812
009/2008	07/10/2008 a 06/10/2009	Aquisições de PNEUS e CÂMARAS DE AR	<u>Edital 019/2008</u> <u>Ata Oficial</u> <u>Diário Oficial - pág. 80</u> <u>Fornecedores</u> Gestor - Hudson: 3101.3831

Fonte: Secretaria de Planejamento e Gestão – SEPLAG

No âmbito estadual, o Decreto nº. 28.086, de 10 de janeiro de 2006 determinou que as compras de bens, de materiais e de serviços deverão ser realizadas, prioritariamente, agrupando-se todas as necessidades de consumo da Administração Pública Estadual Direta, dos Fundos Especiais, das Autarquias, das Fundações, das Empresas Públicas, das Sociedades de Economia Mista e das demais entidades controladas direta ou indiretamente pelo Estado, de forma a otimizar o poder corporativo de compra do Governo do Estado do Ceará.

Para melhor demonstração prática acerca do Sistema de Registro de Preço no Estado do Ceará, passaremos a detalhar algumas das Atas de Registro de Preço vigentes no Estado do Ceará. Vejamos:

1º CASO:

ATA	VIGÊNCIA	OBJETO	DOCUMENTOS
004/2007	05/12/2007 a 05/12/2008	Veículo Sedan	<u>Edital 019/2007</u> <u>Ata Oficial</u> <u>Ata Publicada nº DOE - pág 53</u> <u>Aditivo Modelo Novo Corolla - pág</u> <u>42</u> Gestor: Nilson - 3101.3812

Conforme verificamos no relatório fornecido pela SEPLAG através do Sistema de Controle de Ata de Registro de Preços (v. Anexo A), a supracitada Ata de Registro de Preço,

publicada em 12.12.2007, objetivou a aquisição futura de veículos do tipo Sedan para os diversos órgãos/entidades da Administração Direta e Indireta, contando inicialmente com 11 (onze) Órgãos Participantes. No decorrer de sua validade houve adesão por 15 (quinze) órgãos “caronas”.

Da análise dos dados verificamos que a possibilidade de aderir a Ata de Registro de Preço nº 004/2007, na qualidade de “carona” fez com que vários órgãos da Administração deixassem de realizar licitações convencionais, postura que permitiu a redução de custos.

2º CASO:

ATA	VIGÊNCIA	OBJETO	DOCUMENTOS
007/2008	13/09/2008 a 13/09/2009	Água, café e açúcar	<u>Edital 012/2008</u> <u>Ata 007/2008</u> Ata publicada dia 21/10/2008, pág 49 Gestor - Nilson Cláudio: 3101.3812

Conforme verificamos no relatório fornecido pela SEPLAG através do Sistema de Controle de Ata de Registro de Preços (v. Anexo B), a Ata de Registro de Preço nº 007/2008, objetivou a aquisição futura e eventuais de material de consumo (água, café e açúcar), contando com 71 (setenta e um) Órgãos Participantes.

Ressalte-se que, apesar da publicação da retrocitada Ata de Registro ter ocorrido apenas em 21.10.2008, já houve adesão de 01 (um) Órgão “carona”.

Na presente hipótese, verificamos que a opção de adesão ao Registro de Preço acabou por afastar a realização de dispensa de licitação com base no art. 24, inciso II da Lei nº 8.666/93.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Administração Pública deve pautar suas atividades, no que tange às contratações de obras, serviços, compras e alienações, visto que a mesma possui o dever legal de zelar pelos interesses da coletividade. Assim, em caso de conflito entre o interesse de um particular e o da sociedade, este deve prevalecer, via de regra.

Nesse contexto, a Constituição Federal estabeleceu como regra a licitação prévia antes de a Administração Pública firmar contrato com particulares. Portanto, o primeiro capítulo nos fala deste processo licitatório, garantia de que o interesse público está recebendo primazia por parte dos gestores, já que a licitação visa, justamente, a contratar com o melhor qualificado, em condições mais vantajosas para a Administração Pública e de forma a alcançar a proposta mais vantajosa.

Ademais, conforme demonstrado, o Texto Constitucional, ao passo que instituiu o dever constitucional de licitar, também abriu espaço para a excepcionalidade da contratação sem licitação. E justamente nessa “celeuma” que o presente trabalho buscou concentrar esforços, a fim de proporcionar o maior entendimento dessa exceção legal, demonstrando: o seu procedimento, os limites que a pautam e as penas cabíveis a quem descumpre essas limitações.

Portanto, o objetivo desta monografia é apresentar situações, nas quais, a Administração Pública poderá furtar-se a este dever legal de licitar, procedendo a contratação sem licitação, porém sem afastar-se de todos os princípios e procedimentos legais que regem os atos e contratos administrativos.

Igual relevância possui o estudo desenvolvido acerca dos princípios norteadores das licitações que, combinados com os limites legais ao procedimento de contratação direta, resultam em parâmetro legal a ser seguidos pelos administradores públicos quando da efetivação de contratos administrativos. O não seguimento de tais ditames legais gera a responsabilização do gestor e de todos os envolvidos na burla à legislação.

Dentro desse contexto, ressaltamos a atuação dos Tribunais de Contas, como órgãos de controle, em especial o Tribunal de Contas da União e o Tribunal de Contas do Estado do Ceará, sendo o segundo, o local onde tive oportunidade de estagiar^{8u} durante mais de um ano e de onde absorvi conhecimento e experiência que, somados, motivaram-me a realizar esse estudo.

Ante a essa atuação fiscalizadora dos Tribunais de Contas, procuramos colacionar a jurisprudência do Tribunal de Contas da União acerca de cada uma das hipóteses de contratação direta, ora em análise – licitação dispensável, dispensada e inexigível, pois com a visualização de casos concretos onde atuou essa egrégia Corte de Contas, fica mais fácil entender a diferenciação entre essas hipóteses e os requisitos que regem cada uma delas.

A pesquisa acerca do Sistema de Registro de Preços - SRP, tema do capítulo IV deste trabalho, foi talvez um dos mais valiosos aprendizados. Igualmente interessante é o estudo desenvolvido acerca dos órgãos que aderem a esse sistema como “caronas”. Tal figura, tem representado no âmbito de toda a Administração Pública, uma alternativa singular para se diminuir o volume de contratações diretas que, quando mal utilizadas, acabavam por distanciar o gestor público do objetivo principal de qualquer atividade pública – garantir os interesses da coletividade. Além disso, cumpre fazer menção a diminuição dos gastos que o “carona” representa, se comparado a um procedimento tradicional de licitação.

Subjetivamente, encerrando este trabalho, posso dizer que ele me foi de grande importância, pois propiciou o aprofundamento dos conhecimentos adquiridos durante o meu período de estágio no Tribunal de Contas do Estado do Ceará e, ainda, deu-me a oportunidade de adquirir inúmeros outros, principalmente, quando executei a pesquisa acerca do Sistema de Registro de Preços, oportunidade na qual, além do fundamento teórico, pude vivenciar a prática, tendo acesso aos Editais de Pregão e às Atas de Registro de Preços e vendo o funcionamento da Central de Licitações do Estado. Dessa forma, o gosto pelo Direito Público, que eu já possuía, foi ainda mais aprimorado e, espero, seja cada vez mais.

**ANEXO A – DOCUMENTOS REFERENTES À ATA DE REGISTRO DE
PREÇO N.º 004/2007**

**ANEXO B – DOCUMENTOS REFERENTES À ATA DE REGISTRO DE
PREÇO N.º 007/2008**

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Rui Paulo. **Sistema de Registro de Preço, Implantação e Funcionamento**. (coleção 10 anos de Pregão). Curitiba: Editora Negócios Públicos. 2008.

BLC – Boletim de Licitações e Contratos – **Fracionamento de objetos em licitação**.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL, **Código Civil Brasileiro**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 15.11.2008.

BRASIL, **Decreto nº. 5.450 de 31 de maio de 2005** – Regulamenta o Pregão na modalidade eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns e dá outras providências. <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5450>.

BRASIL. **Lei n.º8.666/93 de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 25.584**. Disponível em: <www.stf.us.br/jurisprudencia/listarjurisprudencia> Acesso em 15 de novembro de 2008.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Licitações & contratos: orientações básicas**. Brasília: TCU, Secretaria de Controle Interno, 3. ed.2006.

CARVALHO, dos Santos José. **Manual de Direito Administrativo**. 18ª edição. Rio de Janeiro: lúmen Júris: 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo** – 21. ed, São Paulo: Atlas: 2005.

FERRAZ, Sérgio e FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Dispensa e Inexigibilidade de Licitação**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

FIUZA, César. **Direito Civil: curso completo**. 11. ed. revista, atualizada e ampliada. – Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

FURTADO, Rocha Lucas. **Cursos de Direito Administrativo**. Editora Fórum. 2007.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. Editora Saraiva. 2005.

GONZALES, Borges Alice. **Normas Gerais no Estatuto de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

GUIMARÃES, Edgar. **Contratação Direta, comentários às hipóteses de licitação dispensável e inexigível** (coleção 10 ano de Pregão). Curitiba: Editora Negócios Públicos. 2008.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação Direta sem Licitação**. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

- **Vade-mécum de licitações e contratos**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações contratos administrativos**. 11 ed. São Paulo: Dialética, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELO, Sidinei Pacheco. **Licitações e Contratos na Administrativa Pública**. Rio de Janeiro: Editora América Jurídica, 2000.

ROSA, Márcio Fernando Elias. **Direito Administrativo**. 9. ed. Ver. E atual.. São Paulo: Saraiva: 2007.

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