

3.1.3 Vieses da contratação direta sem licitação: necessidade e regularidade no procedimento

Paulo Roberto Moreira Cançado

Procurador-Geral de Justiça Adjunto Administrativo do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

O tema consiste em abordar a complexidade que é decidir e proceder, com razoabilidade, proporcionalidade, segurança e eficiência, a contratação direta de obras, serviços, compras ou alienações sem licitação. A Carta da República, no art. 37, inciso XXI, coerente com o Estado Democrático de Direito, impõe que haverá licitação pública para os contratos da administração, assegurada igualdade de condições a todos, com cláusulas de pagamento, mantidas as condições das propostas, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

A teor do comando constitucional, de forma não cumulativa, compete à União, *ex vi* do art. 22, inciso XXVII, regular o dever de licitar, inclusive com primazia de fixação de excepcionar as restritas hipóteses desse não-procedimento vinculado. Na motivação, devem estar desvelados os valores e princípios protegidos, especialmente, da legalidade, impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, apontados no art. 3º da Lei Licitação - LL.

A doutrina administrativa, interpretando o citado art. 37, inciso XXI c/c 173, § 1º, II, da CF, entende que toda Administração Pública brasileira, direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios está obrigada a licitar. Quanto às sociedades de economia mistas e às empresas públicas exploradoras de atividade econômica, a exceção recai, unicamente, às hipóteses de o certame contrapor às suas atividades negociais - atividade-fim -, *a contrario sensu*, apreende-se da inteligência do parágrafo único do art. 2º da LL, aplicável às atividades-meio, como a de adquirir, montar, reformar ou alienar suas instalações ou equipamentos.

O intuito maior é abordar, ainda que de forma sucinta, quais são as circunstâncias em que não licitar se torna obrigatório, perquiridos os pressupostos lógicos, jurídicos e fáticos existentes, tais como limitação do mercado e desinteresse dos convidados.

A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 LL, ao estabelecer as normas gerais sobre licitações e contratos administrativos, explicitou no art. 2º, que as obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, são necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas em lei, quais sejam, as contidas nos arts. 17, 24 e 25 do citado diploma legal.

A alienação de bens da Administração Pública é regulada pelo art. 17 desta lei, que condiciona apresentação de justificativa do interesse público, precedida da avaliação prévia, excetuado, essa última, em relação aos bens imóveis, no inciso I (se o agente da Administração for pessoa jurídica de direito público, para qual será exigida lei autorizativa), e referente a bens móveis, no inciso II. Ambos os casos tratam de licitação dispensada.

Destaque-se, na espécie, que a Lei Complementar nº 101/2000, no art. 44, veda a aplicação de receita de capital derivada da alienação de bens e direitos que integram o patrimônio público para o financiamento de despesa corrente, salvo se destinada por lei aos regimes de previdência social, geral e própria dos servidores públicos. Ademais, referida Lei de Responsabilidade Fiscal, nos arts. 15 c/c 16, *caput* e § 4º, fixa que para empenho e licitação de serviços, fornecimento de bens ou execução de obras, tratando-se de criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa, é condição prévia haver declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias. Com a inobservância dos preceitos, a despesa ou assunção de obrigação será considerada não-autorizada, irregular e lesiva ao patrimônio público.

Nas licitações dispensadas previstas no art. 17, o interesse da Administração é ceder parte do seu patrimônio, vender bens ou prestar serviços. Ao contrário, o art. 24 da LL figura a Administração como compradora ou tomadora de serviços. As situações arroladas nesses dispositivos são apenas permissivas de conduta, ou seja, não impõem nem proíbem ao administrador que estará jungido ao interesse público para decidir. Trata-se, tão-somente, de uma faculdade, diante do conflito entre os valores tutelados pelo Direto, promovendo a licitação se entender conveniente, visto que a Constituição tutela outros princípios além da igualdade de competição.

A melhor doutrina administrativista vem conceituar como **licitação dispensada** as referidas no art. 17, incisos I e II, e art. 24, incisos I e II, as quais não se submetem ao rito do art. 26 da LL. Ao revés, são **licitações dispensáveis** as demais hipóteses insculpidas no art. 24, compreendendo os incisos III ao XXIV, cujas adoções, para eficácia, condicionam-se ao cumprimento das formalidades estabelecidas no art. 26, que, entre outras, requer comprovação do interesse público por meio de justificativa, comunicada à autoridade maior do órgão, que a ratificará no caso de concordância e promoverá publicação na imprensa oficial.

Examinando as hipóteses de licitações dispensáveis, merecem comentários, em análise perfunctória, os seguintes incisos abaixo destacados:

a) **obras ou serviços de engenharia de valor até 10% do limite do convite (inciso I):** o acréscimo contratual de que trata o art. 65, § 1º, da LL, nessa circunstância, não poderá extrapolar esse limite;

b) **casos de emergência ou calamidade pública (inciso IV):** é importante se distinguir a emergência “real”, derivada da imprevisibilidade, daquela resultante da desídia ou inércia do administrador. Todas, a meu visto, em face da situação de urgência do atendimento e do risco, reclamam a contratação direta, pelo prazo máximo de cento e oitenta dias, como meio adequado, sem prejuízo de se aplicar ao responsável pela falha administrativa sanções disciplinares compatíveis, apuradas por meio do devido processo legal e da ampla defesa.

c) **licitação deserta ou fracassada que não possa ser repetida (inciso V):** dita contratação somente será legítima se adimplidos: ter ocorrido licitação anterior; ausência de interessados - compreendendo todos aqueles que compareceram e tiveram condições para contratar (configurada deserta, pelo não-comparecimento de licitantes, ou fracassada, a qual havendo comparecido interessado, não houve habilitação ou apresentação de proposta válida); risco de prejuízo caracterizado ou aumentado pela demora de novo certame; evitabilidade de prejuízo, e, ainda, manutenção das condições ofertadas no ato convocatório anterior;

d) **preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional, ou incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes (inciso VII):** sugere-se a aplicação do disposto no art. 48, inciso II e § 3º, da LL. Aqui, diferentemente do inciso V, em estudo, desnecessária a caracterização de risco à Administração; na repetição, é obrigatório solicitar nova propostas;

e) **nas aquisições de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade pública (inciso VIII), na compra locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da Administração (inciso X), nas compras de hortifrutigranjeiros, pão e perecíveis (inciso XII); nas contratações de associação de portadores de deficiência física (inciso XX e nas contratações de empresa pública ou sociedade de economia mista, com suas subsidiárias e controladas (inciso XXIII):** em todas situações arroladas a lei exige que o preço seja compatível ao praticado no mercado, instruído o procedimento com ampla documentação e detalhamento dos parâmetros adotados.

Por último, tem-se permitida a contratação direta quando a **licitação é inexigível**, por ser inviável a competição, em virtude de pressupostos lógicos ligados à impossibilidade de serem comparados itens heterogêneos ou inexisterem concorrentes. Sem embargos, o art. 25 da LL vem exemplificar três hipóteses de inexigibilidade - fornecedor exclusivo, serviços técnicos especializados e atividades artísticas. A aplicação do instituto não prescinde da justificado do preço, proibido, em qualquer caso, o superfaturamento, ainda que se tratando de inviabilidade de competição.

Com efeito, sobre licitação inexigível, impõe-se dar destaque aos casos retratados nos incisos I e II do citado art. 25. No tocante ao primeiro: o objeto da contratação refere-se a compras, vedado para obras ou serviços; sendo defesa a indicação de marcas, a princípio; o contratado - o fornecedor do produto -

deve ser exclusivo, havendo a hipótese de sê-lo somente no local, dependendo do vulto da aquisição. Para comprovação, a exclusividade é aferida por junta comercial, sindicato, federação ou confederação patronal ou entidade equivalente (por meio de certidão, em papel timbrado se emitida por órgão oficial, ou por meio de atestado, com assinatura reconhecida em cartório, em se tratando de instituição privada). É possível aferir-se exclusividade consultando o Instituto Nacional de Propriedade Industrial - INPI, para aquisição de materiais ou equipamentos, não sendo o suficiente para comprovação no caso de fornecedor no local, reclamando, nessa circunstância, documento proveniente do registro do comércio e não da indústria ou do produtor.

Em sequência, no tocante ao inciso II do art. 25, o serviço técnico de natureza singular será contratado se relevante à Administração, satisfatório às suas necessidades, sendo, inquestionavelmente, o mais indicado se comparado a outros. Disso decorre que ao Administrador cabe comprovar o caráter essencial e mais adequado da contratação a qualificação incomum não podendo o dispositivo ser aplicado quando o serviço ou a atividade apresentar-se vulgar, corriqueiro, trivial.

Discorrendo quanto à inteligência do inciso II, em destaque, a inviabilidade de competição pode ocorrer quanto ao objeto de contrato (arrolados os serviços técnicos singulares no art. 13 da própria lei, com exceção aos de publicidade ou divulgação, que deverão ser licitados) ou quanto ao contratado (detentor de especialização notória e da habilidade pertinente ao objeto, aferidas pelo desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, etc).

Nesse passo, para se alcançar a verdade jurídica de subjunção dos fatos à regra geral, sem desconsiderar todos os aspectos ontológicos existentes, o ponto de partida é proceder à realização da despesa pública compreendendo o interesse público sem ignorar a dialética e os valores que informam o impasse jurídico quanto à pluralidade de objetos e de ofertantes. A esse respeito, desafio preliminar é definir-se, com precisão, o objeto da contratação e a qualidade que se pretende, podendo, inclusive, adquirir produtos exigindo especificação completa do bem, de acordo com as regras da ergonomia ou apresentação, pelo licitante, da amostra do produto.

São fases de procedimento para dispensa ou inexigibilidade de licitação: autuação do processo numerado (art. 38, caput); indicação do objeto (art. 7, § 2º c/c 9º e 14), elaboração da minuta; elaboração dos pareceres técnico e jurídico, contendo justificativa do ato, razão da escolha do fornecedor e justificativa do preço; identificação dos recursos orçamentários; decisão sobre licitar ou não; comunicação à autoridade máxima; sua ratificação; publicação; **empenho prévio**; assinatura do contrato e documentos ligados à sua execução, recebimento/cumprimento do objeto, pagamento das faturas atestadas pelos executores dos contratos; recibo de entrega/laudos circunstanciados.

Todas as precauções quanto à matéria são indeclináveis, visto que a Lei nº 8.429/92, art. 10, inciso VIII, estabelece constituir ato de improbidade administrativa, que causa lesão ao erário, a ação ou omissão, dolosa ou culposa, que fruste a licitude de processo licitatório ou que a dispense indevidamente. Nesse sentido, a Carta Magna, no art. 37, §§ 4º e 5º, prevê que, havendo ato de improbidade administrativa, o servidor fica sujeito à suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível, sendo imprescritível a ação do ressarcimento por ilícitos

Na esfera penal, o art. 89 da LL define como crime dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade, apenável com detenção de três a cinco anos e multa.

Em conclusão, pretendendo abordar o tema delicado que é contratar sem licitação, buscou-se pôr em pauta que somente diante de pressupostos lógicos, jurídicos e fáticos, como a de limitação do mercado ou a de desinteresse dos convidados, pode a Administração, por meio de procedimento formal, ao perseguir o interesse público maior, decidir pela não-aplicação da regra geral, que é o dever de licitar.

As hipóteses taxativas de licitação dispensada ou dispensável a que se referem os arts. 17 e 24 da LL permitem ao Administrador proceder ao exame e confronto entre os princípios fundamentais da Constituição e o da igualdade de participação que se traduz na competição, condicionado à supremacia do interesse maior coletivo prevaleça sobre o privado na decisão.

O art. 25 do mesmo diploma, em direção diferente, enumera, de forma não-exaustiva, algumas situações que, diante do caso concreto, é possível promover contratação direta se reconhecida a inviabilidade de competição diante da singularidade do objeto ou por haver um ofertante. Frise-se que, somente diante de fatos inegavelmente incontestáveis, em caráter estritamente excepcional, é que se pode realizar a despesa pública sem licitar. Ponderar e promover a dialética na interpretação da lei é uma forma de obter controle e decisão pretensamente correta, afastando-se a discricionariedade.

Na assimilação dos procedimentos típicos para decisão de se contratar direto obras, serviços, compras ou alienações sem licitar, deve prevalecer o argumento mais forte, que se apresente irrefutável ao interesse público. Sob a presente afirmativa, o art. 26 da LL fixa - para as dispensas previstas nos §§ 2º a 4º do art. 17

e nos incisos III a XXIV do art. 24, e nas situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas - a obrigação de constar, em instrumento, todos os elementos que caracterizam a situação, a razão da escolha, a justificativa do preço e apresentação de documentos de aprovação.

Ao condicionar à necessidade de ratificação desses atos de dispensa ou inexigibilidade, a autoridade máxima do órgão, ao examinar o processo, pode reconhecer a existência dos pressupostos para a contratação direta, ratificar o ato e, dentro de cinco dias, efetivar a publicação na imprensa; verificar não estarem preenchidos os requisitos, anular a decisão do órgão inferior; ou solicitar melhores esclarecimentos, por entendê-los incompletos, devolvendo os autos à sua origem.

Em face do que se expôs, pode-se afirmar premissas no seguinte sentido:

a) que os princípios insitos no art. 3º da LL, somados aos da razoabilidade, proporcionalidade e eficiência são indispensáveis para influir na decisão do administrador em se contratar direto sem licitação. A finalidade de se realizar negócio mais vantajoso ao interesse público, em regra, guarda compatibilidade em assegurar aos administrados a igualdade de competição. Havendo impossibilidade de harmonização na decisão, prevalece o pressuposto jurídico maior, devendo o Administrador aplicar ao caso o disposto no caput do art. 25, se não tipificadas as hipóteses dos incisos I a III deste artigo ou aquelas taxativamente arroladas nos arts. 17 e 24.

b) ao agente público cabe, permanentemente, rever os padrões metodológicos, capazes de conduzir a presente racionalidade jurídica, e lidar com a enorme gama de situações, as quais requerem treinamento permanente de recursos humanos, principalmente para assegurar que o objeto seja definido com precisão e qualidade.