



IPTAN – INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR “PRES.
TANCREDO DE ALMEIDA NEVES”

CAMILA MARA DE SANTANA TEIXEIRA

**O ABUSO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AO ADOTAR O PROCEDIMENTO
DE DISPENSA DE LICITAÇÃO**

SÃO JOÃO DEL REI
2012

CAMILA MARA DE SANTANA TEIXEIRA

**O ABUSO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AO ADOTAR O PROCEDIMENTO
DE DISPENSA DE LICITAÇÃO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior “Pres. Tancredo de Almeida Neves” – IPTAN – como requisito parcial à obtenção do Título de Graduado, sob a orientação da Prof.^a Karina Cordeiro Teixeira.

SÃO JOÃO DEL-REI
2012

CAMILA MARA DE SANTANA TEIXEIRA

**O ABUSO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AO ADOTAR O PROCEDIMENTO
DE DISPENSA DE LICITAÇÃO**

Monografia apresentada ao
Curso de Direito do Instituto
de Ensino Superior “Pres.
Tancredo de Almeida
Neves” – IPTAN – como
requisito parcial à obtenção
do Título de Graduado.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof.^a Karina Cordeiro Teixeira

Prof.^a Antônio Américo Campos Junior

Prof.^a. Edna Lúcia Neves

A Deus, pelos dons oferecidos e pelas oportunidades proporcionadas em minha vida. É Ele que esteve ao meu lado em todos os momentos difíceis dessa caminhada e que nos detalhes do dia a dia demonstrou o seu grande e verdadeiro amor.

AGRADECIMENTOS

A minha família, que foi sustentação para concretizar esse sonho. Foram eles que durante todo o percurso presenciaram meus choros e sorrisos, meus erros e minhas conquistas. Em especial aos meus pais Nilson de Jesus Teixeira e Maria Neusa de Santana Teixeira que desde meu nascimento se empenharam em transferir para mim valores éticos e morais nos quais carrego pela vida.

Aos meus tios Cláudio e Goretti, porque sem eles essa caminhada não havia nem ao menos iniciado.

A minha irmã Mariane de Santana Teixeira, que durante minha ausência se tornou babá e mãe do meu filho.

Ao meu filho Pedro, que surgiu em minha vida durante esse período e que me ensinou o verdadeiro sentido da palavra amor. E hoje, posso dizer que persisto e luto mais por ele do que por mim.

Aos muitos e grandes amigos que conheci durante esses cinco anos. Com eles eu pude perceber que o mundo está repleto de pessoas boas, inteligentes, sensatas, companheiras, perspicazes, divertidas, determinadas, festeiras, indignadas, amorosas, tímidas, extravagantes, corajosas, persistentes, vorazes, além de haver, é claro, vários sonhadores. Foi bom e engrandecedor conhecer todos vocês.

Aos meus professores que abriram as portas do conhecimento, lapidaram o meu senso crítico e proporcionaram valiosos momentos de discussão sobre variados assuntos.

A minha supervisora de estágio, a Advogada Luciana da Silva Pena, que propiciou momentos práticos e dicas profissionais, nas quais, serviram de inspiração para o tema do presente trabalho.

A minha orientadora Karina Cordeiro Teixeira, pelas conversas que tivemos sobre o tema e pelas valiosas informações prestadas.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo abordar a Lei nº 8666 de 21 de junho de 1993, precisamente, os procedimentos de contratação direta sem licitação, demonstrando os abusos que vem ocorrendo no âmbito da Administração Pública, no que se refere à constante adoção de contratação direta mediante dispensa de licitação. Nesse sentido, expõe a relevância da licitação como forma de garantir o tratamento igualitário entre os licitantes na aquisição de bens e serviços, mencionando as legislações que regulam o tema, a quem essa norma se aplica e os princípios basilares presentes no procedimento. Dessa forma, demonstrou-se através de estatísticas e jurisprudências do Tribunal de Contas da União, os principais abusos ocorridos pelo agente público ao adotar o procedimento de dispensa de forma excessiva, resultando no desvio de finalidade e o vício no motivo do ato administrativo.

Palavras-chave: Dispensa de licitação; abuso da administração; desvio de finalidade; Direito Administrativo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. LICITAÇÃO	12
1.1. Conceito e finalidade de licitação	12
1.2. Da Relevância	12
1.3. A legislação sobre licitação	14
1.3.1. Da competência para legislar	14
1.3.2. A quem se aplica	14
1.3.3. Da lei de licitações e contratos da Administração Pública	15
2. DOS PRINCÍPIOS.....	16
2.1. Os Princípios da licitação	16
2.1.1. Princípio da legalidade	17
2.1.2. Princípio da impessoalidade.....	18
2.1.3. Princípio da moralidade e probidade administrativa	18
2.1.4. Princípio da igualdade.....	18
2.1.5. Princípio da publicidade	19
2.1.6. Princípio da vinculação ao instrumento convocatório.....	20
2.1.7. Princípio do julgamento objetivo.....	20
2.1.8. Princípio da adjudicação compulsória	21
2.2. O dever de licitar	21
3. MODALIDADES DE CONTRATAÇÃO DIRETA	23
3.1. Noções Gerais	23
3.2. Licitação dispensada.....	24
3.3. Licitação dispensável	24
3.3.1. Dispensa em razão de pequeno valor	25
3.3.2. Dispensa em razão de Situações excepcionais.....	26
3.3.3. Dispensa em razão do objeto.....	27
3.3.4. Dispensa em razão da pessoa	28
4. O ABUSO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AO ADOTAR O PROCEDIMENTO DE DISPENSA DE LICITAÇÃO	31
4.1. Das estatísticas	32
4.2. Da fiscalização do Tribunal de Contas	32
4.3. Dos vícios mais frequentes	33
4.3.1. Do fracionamento	33
4.3.2. Das situações emergenciais.....	35
4.3.3. Da finalidade precípua da Administração	37
4.4. Do desvio de finalidade	37
CONSIDERAÇÕES FINAIS	41
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	43

LISTA E ILUSTRAÇÕES

GRÁFICO 01	31
GRÁFICO 02	32

INTRODUÇÃO

Com o processo de democratização do país e a edição de uma nova Constituição Federal, houve-se a necessidade de inserir na lei suprema o procedimento que regeria todas as contratações advindas da Administração Pública. Tal procedimento denomina-se licitação, que é o meio pelo qual o Estado supre suas necessidades de compras, serviços, alienações e locações, realiza um processo de competição com lances e ofertas, proporciona tratamento igualitário entre os participantes, seleciona a proposta mais vantajosa, garante a economicidade dos cofres públicos e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

O procedimento de licitação está previsto no artigo 37, inciso XXI, da Carta Magna, como regra geral, para aquisição de bens e serviços, alienações e locações administrativas. Nesse sentido, coube ao legislador ordinário estabelecer regras a serem seguidas pelo agente público, ditando todas as possíveis modalidades a serem utilizadas, bem como suas fases, limites, publicação, habilitação, julgamento, homologação e adjudicação.

Nesse sentido, promulgou-se em 21 de junho de 1993 a Lei nº 8666, lei que dispõe sobre o procedimento licitatório e os contratos administrativos e, é atualmente a principal referência de mandamento legal seguida pelos administradores. No entanto, amparado pela Constituição Federal, a lei também inseriu em seu texto a possibilidade de contratação direta realizada pela Administração Pública, ou seja, sem procedimento licitatório.

Sendo assim, o presente trabalho visa o estudo do procedimento de contratação direta sem licitação, bem como os vícios mais frequente contidos nas contratações dispensáveis, demonstrando os abusos ocorridos pela Administração Pública.

Preliminarmente, coube conceituar o procedimento licitatório, e sua real finalidade ao Direito Administrativo e os reflexos obtidos na sociedade, haja vista que a licitação, embora já estivesse presente no ordenamento brasileiro por leis esparsas, somente foi estabelecida de forma geral e ampla, a todos os entes da Administração Pública, em todas as esferas do governo, em 1988, através da

Constituição Federal.

No segundo capítulo, tornou-se oportuno discorrer sobre os princípios que regem o procedimento de licitação. Eles que são a base para a concretização de um efetivo e eficaz ato administrativo, pois vislumbram um comportamento ético, moral e legal por parte do agente público. Além de ressaltar o dever geral de licitar previsto na Constituição Federal.

Já no terceiro capítulo, abordou-se as três formas distintas de efetivar a contratação direta sem licitação, ou seja, quando ela é inexigível, dispensada ou dispensável. A licitação dispensável tornou-se o enfoque principal da presente pesquisa, pois, frente à discricionariedade da Administração Pública em contratar por meio de dispensa, está a compulsoriedade da Administração em licitar.

Já no quarto capítulo, demonstrou-se, através das estatísticas apresentadas pelo governo federal, o excesso de contratações realizadas pelo ente público, por meio de dispensa de licitação, além de expor os entendimentos do Tribunal de Contas da União, referente aos vícios mais frequentes presenciados, pois o número de processos dispensados é exorbitantemente superior ao da licitação.

1. LICITAÇÃO

1.1. Conceito e finalidade de licitação

A Administração Pública quando precisa comprar, alienar, locar ou contratar serviços, difere-se das relações privadas, visto que não obtêm de liberdade para contratar, pois, para realizar contratações, necessita observar o princípio da legalidade, igualdade e economicidade, a fim de possibilitar a participação do maior número de interessados na contratação. Sendo assim, foi instituído na esfera governamental um procedimento denominado licitação, que é o meio pelo qual se realizam as contratações administrativas.

Segundo Mello (2010, p. 524):

Licitação - em suma síntese – é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se a ideia de *competição*, a ser travada isonomicamente entre os que preenchem os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir.

Nesse sentido, licitação é um procedimento administrativo, implantado na esfera governamental, imposta através de lei, às pessoas de Direito Público, bem como aqueles que de forma indireta são gestores e administradores de recursos públicos.

A expressão “procedimento administrativo” refere-se às fases que devem ser seguidas pela Administração Pública, todas as vezes que se depararem com a necessidade de comprar, alienar, locar ou contratar serviços. Sendo esse o meio pelo qual propõem a todos os interessados que atendam aos requisitos preestabelecidos no instrumento convocatório, tratamento igualitário e ampla concorrência, a fim de selecionar a proposta mais vantajosa e promover o desenvolvimento sustentável nacional.

1.2. Da Relevância

Segundo previsto no art. 37, inc. XXI do texto Constitucional, “todo contrato administrativo deve ser precedido, como regra, de uma licitação”. Desse

modo, todo procedimento licitatório, quando realizado de forma adequada e lícita, faz com que os contratos administrativos proporcionem relevantes reflexos ao meio social.

Acerca da relevância política, manifestada pelos contratos administrativos, Justen Filho (2010, p.12) relata:

A utilização do contrato administrativo se insere num processo político de consensualização do desempenho dos poderes públicos. Embora mantenha a competência para a prática de atos unilaterais perante terceiros, o Estado passa se valer de institutos jurídicos de natureza consensual. Ao invés de impor unilateralmente aos particulares deveres e obrigações, o Estado recorre ao consenso. Essa solução amplia a legitimidade do poder estatal e reduz conflitos.

Outro ponto relevante é o da economicidade. O Estado passa a suprir suas necessidades através dos particulares quando não detêm de recursos materiais, conhecimento e mão de obra para realizá-lo. Caso a aquisição do bem ou realização do serviço fosse feito mediante sua atuação direta, desembolsaria mais recursos para poder criar todo o ambiente de trabalho necessário e cumprir os tramites exigidos pela lei.

Diante da relevância econômica, bem averba Justen Filho (2010, p.12):

[...] é economicamente mais vantajoso o Estado recorrer aos particulares. É o que ocorre nas hipóteses em que a remuneração paga aos particulares é inferior ao montante que o Estado desembolsaria para produzir o mesmo objeto mediante a sua própria atuação direta. Em tais hipóteses, o contrato administrativo será o instrumento primordial por meio do qual o Estado estabelecerá relacionamento com os particulares para obter bens e serviços de que necessita.

De certo modo, um dos resultados mais relevantes obtidos com os contratos administrativos, advindos da licitação, está ligado ao desenvolvimento social. O Estado atua como investidor, injetando recursos no mercado, através de contratações públicas, atraindo novos empreendedores, além de garantir maior circulação de riquezas na economia do país. O mesmo autor supracitado, ao mencionar a importância do procedimento licitatório na intervenção nos domínios econômicos e sociais, segue tecendo os seguintes comentários.

A contratação administrativa também se revela como um relevante instrumento de implementação de políticas públicas no âmbito econômico e social. Os valores desembolsados pelo Estado por meio de contratos administrativos são muito relevantes. Por isso, as referidas contratações administrativas tornam-se um meio não apenas de satisfazer necessidades imediatas do Estado. Passam a ser um instrumento de incentivo e fomento a atividades reputadas como socialmente desejáveis. (JUSTEN FILHO, 2010, p.12)

Como foi mencionado, os contratos administrativos realizados através da licitação propicia vantagens não somente para a Administração Pública, pois deve ser considerada também, a distribuição de recurso realizada através de ações do poder público, criando assim, caminhos para o desenvolvimento social.

1.3. A legislação sobre licitação

De acordo com Pereira Junior (2009, s.p.), “a licitação vive no direito público brasileiro há mais de cento e trinta anos”. Esse procedimento administrativo foi se expandindo por diversas normas regulamentadoras que passaram efetivar a força da referida matéria.

Com a implantação de um Estado Democrático, sobreveio integrado ao texto constitucional a obrigatoriedade de ser executado o procedimento licitatório para a obtenção de bens e serviços requisitados pela Administração Pública.

1.3.1 Da competência para legislar

Acerca de sua normatização, os Estados, Municípios e o Distrito Federal obtêm competência para legislar sobre licitação. Porém, somente a União detêm a competência privativa para editar normas gerais sobre o assunto, conforme prevê o artigo 22, inciso XXVII da Constituição.

Art.22. É competência privativa à União legislar sobre: XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; [...].

Evidentemente, as normas criadas pelos demais entes federados não devem contrariar as já precedidas pela União, pois sua aplicabilidade deve

ser geral e ampla, ou seja, as fases do procedimento licitatório devem ser as mesmas para toda às esferas da Administração Pública, bem como em todo âmbito nacional.

1.3.2. A quem se aplica

O artigo 37, inciso XXI, da Carta Magna tratou-se de prever a realização de procedimento licitatório a todos os entes da Administração Pública direta e indireta, sempre que houvesse necessidade de contratar.

Desta forma, dispõe:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: 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.

Em sua obra, Mello (2010, p. 537), menciona que estão obrigados a licitar “tanto as pessoas de Direito Público de capacidade política quanto às entidades de suas Administrações indiretas: isto é: autarquias, empresas públicas, sociedade de economia mista e fundações governamentais”. Portanto, todas as necessidades a serem supridas pela Administração Pública, em regra geral, não devem se efetivar sem previa execução de procedimento licitatório.

1.3.3. Da lei de Licitação e Contratos da Administração Pública

Subordinado às diretrizes inerentes ao texto constitucional, coube ao legislador criar regras licitatórias, estando hoje em vigor a Lei Federal nº 8.666 de 21 de junho de 1993, esta que institui e disciplina normas para todas as fases das licitações e contratos administrativos. Nesse sentido, o ente público tem o dever de segui-las, rigorosamente, a fim de haver observância aos princípios fundamentais da legalidade, igualdade, moralidade, impessoalidade e publicidade. É certo que, esse texto, por diversas vezes, foi modificado por outras leis, desde

sua promulgação.

Contudo, em 17 de julho de 2002, inseriu-se, no ordenamento brasileiro, uma nova modalidade de procedimento licitatório, denominada pregão, através da Lei nº 10.520. Essa norma regulamenta a forma de aquisição de bens e serviços comuns, podendo ser realizada de maneira presencial ou eletrônica.

Cabe ressaltar que, embora pouco conhecida, Mello (2010, p. 567), menciona em sua obra a existência de uma modalidade, denominada consulta que foi prevista na lei nº 9472 de 16 de julho de 1997, a mesma que criou a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL). A modalidade consulta é praticada somente pela ANATEL e foi regulamentada pelo “Regulamento de Contratações” da ANATEL, e aprovada pela Resolução nº 5, de 15/01/1998.

2. DOS PRINCÍPIOS

2.1. Os Princípios da Licitação

A Lei 8.666/93, em seu art. 3º, estabeleceu os princípios a serem observados pelo administrador, ao conduzir um procedimento de licitação pública.

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Esses princípios fazem parte da base das leis. São eles que conseguem efetivar o verdadeiro sentido e finalidade para a qual uma norma foi criada. Para Pereira Junior (2009, p. 62), “princípio é a preposição geral e abstrata que orienta determinado sistema, de modo a compatibilizar as partes que o integram”. Nesse sentido, o princípio estimula e controla os atos dos agentes públicos, a fim de alcançar o objetivo da lei.

2.1.1. Da Legalidade

O princípio da legalidade, inserido na lei de licitações e contratos, ratifica o quanto ele é de suma importância para o direito administrativo brasileiro.

O texto da Carta Magna dispõe no artigo 5º, inciso II que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa se não em virtude de lei”. Logo adiante, o legislador constituinte, no caput do artigo 37, ao fazer menção aos princípios que regem a Administração Pública Direta e Indireta, cita o da legalidade.

Di Pietro (2009, p. 64), ao tecer em sua obra, comentários sobre a legalidade dos atos administrativos relata: “[...] a Administração Pública não pode, por simplesmente ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto ela depende de lei”.

Desta forma, como todo o procedimento de licitação está disciplinado em lei, cabe ao administrador público somente praticar atos vinculados à norma, não podendo agir contrariamente as regra ou ao menos flexibilizá-las.

2.1.2. Princípio da impessoalidade

Tal princípio impõe ao administrador o dever de dar prosseguimento a todas as fases da licitação, sem haver qualquer tipo de favorecimento aos interessados. Isso implica em não prejudicar nem mesmo beneficiar nenhum dos participantes.

Segundo Mello (2010, p. 532), “tal princípio não é senão uma forma de designar o princípio da igualdade de todos perante a Administração”. Sendo a licitação um procedimento que visa à competição, as decisões tomadas devem estabelecer, previamente, critérios objetivos e igualitários, de modo que, quem conquista o contrato com a administração é aquele que realmente oferece proposta mais vantajosa.

2.2.3. Princípio da moralidade e probidade administrativa

O princípio da moralidade visa o comportamento lícito dos licitantes e dos agentes públicos. É exigível uma conduta que condiz com a ética, honestidade e bons costumes.

Segundo Mello (2010, p. 535), tais princípios estão correlacionados e completa dizendo:

O princípio da moralidade significa que o procedimento licitatório terá de se desenrolar na conformidade de padrões éticos prezáveis [...] ao princípio da probidade administrativa sublinha-se aí que o certame haverá de ser por ela conduzido em estrita obediência a pautas de moralidade [...]

Não se trata somente do fato de haver no procedimento licitatório cumprimento de regras, imposições e ritos expressos em lei. Tal princípio vislumbra e viabiliza a transparência do certame e a confiança não só por parte dos envolvidos, mas da sociedade como um todo.

2.2.4. Princípio da Igualdade

No texto Constitucional, em seu artigo 37, inciso XXI, além da necessidade do procedimento licitatório para realizar contratos administrativos, foi previsto o importantíssimo exercício do princípio da igualdade, a fim de possibilitar uma competição justa e legal. Vejamos:

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 [...].

O doutrinador Mello (2002, p. 532), tece os seguintes comentários sobre o princípio da igualdade:

[...] proíbe que o ato convocatório do certame admita, preveja, inclua ou tolere cláusulas ou condições capazes de frustrar ou restringir o caráter competitivo do procedimento licitatório e veda o estabelecimento de preferências ou distinções em razão da naturalidade, sede ou domicílio dos licitantes, bem como entre empresas estrangeiras ou, de qualquer outra impertinente ou irrelevante para o objeto do contrato.

A igualdade almejada pelo legislador constituinte implica não somente a disputa propiciada pela licitação que, ao ser exercitada pelo agente público vislumbra, como regra geral, a isonomia e o tratamento igualitário entre os participantes, mas também a igualdade assegurada pelo o próprio texto da lei que a disciplina.

2.2.5. Princípio da Publicidade

Por diversas vezes é mencionado na própria Lei nº 8.666 a necessidade de oferecer publicidade a todos os atos executados pela administração no processo de licitação. Um desses exemplos está previsto no artigo 3º, § 3º, que expressa: “A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até respectiva abertura”.

Segundo Pereira Junior (2009, p.62), o princípio da publicidade “exige que o administrador anuncie, com antecedência e pelos meios previstos na lei, além de outros quem ampliem a divulgação, que realizará a licitação e que todos os atos a ela pertinentes serão acessíveis aos interessados”.

Destarte, a publicidade é o meio pelo qual se expõe a qualquer interessado o procedimento licitatório. Sendo a licitação um procedimento público, nada mais viável impor transparência aos atos praticados pelo agente, como forma eficaz de resguardar o cumprimento de outros princípios correlacionados,

como, por exemplo, o da igualdade e legalidade.

2.2.6. Princípio da vinculação ao instrumento convocatório

Segundo Pereira Junior (2009, p. 63), o princípio da vinculação ao instrumento convocatório faz:

[...] do edital ou do convite a lei interna de cada licitação, impondose a observância de suas regras à Administração Pública e aos licitantes, estes em face dela e em face uns dos outros, nada podendo ser exigido, aceito ou permitido além ou aquém de suas cláusulas e condições.

O legislador prevê o citado princípio no artigo 41 da Lei 8.666/93: “A administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.”

Desta forma, o instrumento convocatório cria regras ao certame, sendo dever da Administração Pública segui-las e respeitá-las. Tais condições devem ser obrigatoriamente observadas, pelos licitantes e pelos agentes públicos, a fim de impedir que no julgamento, bem como em todas as fases licitatórias, possa haver favoritismo ou subjetivismo, já que nada poderá ser modificado durante o certame.

2.2.7. Princípio do julgamento objetivo

No que se refere à fase do julgamento, esse é o momento no qual os participantes apresentarão suas propostas e a comissão responsável escolherá a mais vantajosa. Sendo assim, está contido no artigo 45 da Lei nº 8666/93 que:

O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

Essa vinculação criada entre os participantes do procedimento licitatório frente ao instrumento convocatório, visa impedir que haja julgamento através de critérios subjetivos. Como leciona Mello (2010, p. 536), o princípio “almeja impedir que a licitação seja decidida sob influxo de sentimentos, impressões ou propósitos pessoais”. O objeto requisitado deve ser

preestabelecido, a fim de que, a comissão julgadora não possa inserir novos critérios desconhecidos pelos licitantes no momento da escolha da pessoa ou da empresa vencedora.

2.2.8. Princípio da adjudicação compulsória

Ao descrever a respeito deste princípio é preciso citar as sábias e objetivas palavras de Meirelles (2003, p. 267):

A adjudicação ao vencedor é obrigatória, salvo se este desistir expressamente do contrato ou não firmar no prazo prefixado, a menos que comprove justo motivo. A compulsoriedade veda também que se abra nova licitação enquanto válida a adjudicação anterior.

E continua tecendo o referido autor:

O direito do vencedor limita-se à adjudicação, ou seja, à atribuição a ele do objeto da licitação, e não ao contrato imediato. E assim é porque a Administração pode, licitamente revogar ou anular o procedimento ou, ainda, adiar o contrato, quando ocorra motivos para essas condutas. O que não lhe permite é contratar com outrem, enquanto válida a adjudicação, nem revogar o procedimento ou protelar indefinidamente a adjudicação ou a assinatura do contrato sem justa causa (MEIRELLES, 2003, p. 267).

Portanto, o princípio se refere a obrigatoriedade do ato da Administração Pública em adjudicar, ou seja, do comprometimento de se manter vinculado ao vencedor da fase do julgamento da licitação, salvo nos casos em que haja justo motivo ou desistência do vencedor na celebração do contrato.

2.2. O Dever de licitar

Como foi mencionado anteriormente, o dever de licitar foi previamente recepcionado pela Constituição Federal, art. 37, inciso XXI. Em todos os contratos administrativos realizados, estão presentes os deveres de uma prévia licitação, e conseqüentemente, a escolha de uma proposta vantajosa aos interesses públicos, mediante um processo de disputa entre ofertantes, a fim de garantir igualdade entre os concorrentes.

Entretanto, o mesmo inciso supracitado, além de impor o procedimento licitatório, traz em seu texto uma ressalva, na qual permitiu ao

legislador ordinário prever algumas exceções a lei de licitações e contratos administrativos.

O doutrinador Gasparini (2011, p.563), ao adentrar no tema referente à regra de licitar e suas exclusões, tece os seguintes comentários:

Embora essa seja a regra, a Lei federal das Licitações, em três passagens, indica, com fundamento na ressalva do inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, as hipóteses, ora taxativas, ora exemplificativas, em que referidas entidades são excluídas dessa obrigação. São as hipóteses de licitação dispensável, prevista no art. 17, as de licitação dispensável, arroladas no art. 24, e as de licitação inexigível, elencadas no art. 25.

Portanto, a regra geral é licitar. Contudo, a Lei nº 8.666 prevê situações em que a administração, ora poderá optar em não licitar, ora será obrigada a não licitar, sendo nesses casos, circunstâncias excepcionais em que levarão o servidor a contratar de forma direta, estas conhecidas como procedimentos de dispensa e inexigibilidade.

3. MODALIDADES DE CONTRATAÇÃO DIRETA

3.1. Noções Gerais

Embora haja em nosso ordenamento variadas modalidades de licitação ditando as possíveis formas de contratação realizada pela administração, o legislador prevê no texto da lei 8666/93 as também possíveis contratações diretas.

Essas contratações diretas não deixam de ser um procedimento administrativo utilizado diante de uma necessidade do setor público. Os licitantes deverão sempre apresentar documentos que comprovem a regularidade com o fisco, sua especialização ou exclusividade, de acordo com o procedimento utilizado.

A Lei 8.666 estabeleceu três hipóteses de contratação direta, sendo os casos de dispensa previsto nos artigos 17, inciso I e II, e nos incisos artigo 24, e os casos de inexigibilidade que estão previstos no artigo 25. Cabe salientar que, diante da ressalva apresentada pela Constituição Federal possibilitando a contratação direta, o artigo 175 do mesmo texto legal, exige adoção de licitação sempre nos casos de concessão e permissão de serviço público. Sendo assim, como apresenta Di Pietro (2010, p. 365) “apenas em situações de inviabilidade de competição poderá deixar de ser realizada licitação”, afastando a utilização corriqueira de contratação direta.

A diferença existente entre a dispensa e a inexigibilidade, está no fato de que, na dispensa, embora haja viabilidade de competição, a lei ordinária apresenta hipóteses de contratação direta, onde a administração, em regra geral, por competência discricionária poderá optar, diante do caso concreto, em licitar ou não. Entretanto, na inexigibilidade, não há viabilidade de competição, pois diante de um universo de competidores somente um atende as necessidades da Administração, sendo ele exclusivo.

Contudo, as dispensas somente poderão ser aplicadas quando prevista em lei. Não há possibilidade de utilização de analogia; o caso concreto deverá estar estritamente adequado à norma; a tipificação é essencial para vislumbrar a legalidade e eficácia do ato administrativo. Já os casos de

inexigibilidade, o rol não se configura taxativo, e sim, exemplificativo. Como menciona Gasparini (2011, p. 605) “as hipóteses elencadas em seus três incisos não são taxativas. Com efeito, a locução “em especial”, consignada no final de seu texto, indica apenas uma exemplificação”. Sendo assim, as inúmeras possibilidades nas quais seriam inexigível a licitação, não poderiam ser prevista pelo legislador, e sim observadas no caso concreto.

3.2. Licitação Dispensada

A licitação dispensada é aquela que não proporciona competência de discricionariedade ao agente público, visto que a própria lei exige que se adote o procedimento de dispensa. Nesses casos, não há que se falar em licitação, a dispensa não é facultativa e sim compulsória.

Gasparini (2011, p. 563) conceitua tal procedimento como:

[...] a Administração Pública está excluída da obrigação de licitar por força legal. Assim, *licitação dispensada* é a ocorrência na realidade da hipótese legal em que a Administração está liberada de licitar por expressa determinação dessa lei. Em tais situações, não cabe à Administração Pública, qualquer ato, medida ou procedimento, para liberar-se da licitação, pois essa lei já determina sua dispensa.

Os casos em que a licitação é dispensada estão enumerados no artigo 17, inciso I e II, nos quais se referem alienações de bens móveis e imóveis, referente a venda, doação, dação em pagamento e investidura.

3.3. Licitação Dispensável

Na licitação dispensável, há viabilidade de competição. No entanto, a Lei 8666/93 discrimina hipóteses em que a licitação poderá ser dispensada, sendo facultativo a Administração adotá-la. Nas licitações dispensáveis, não se fala em obrigatoriedade, o agente público analisará o caso concreto e por discricionariedade optará em realizar contratação através de procedimento de dispensa ou mediante licitação.

Acerca deste assunto Gasparini (2011, p. 574), tece os seguintes comentários:

[...] a Administração Pública não está dispensada da licitação, como ocorre nas hipóteses do art. 17, embora seja comum essa assertiva. A dispensa não se opera automaticamente, *ex vi lege*, ainda que os fatos se enquadrem em uma das hipóteses arroladas nesse artigo. Tal dispositivo apenas prescreve que a licitação é dispensável. Por conseguinte, à Administração Pública cabe ajuizar, a cada caso, da conveniência e oportunidade da dispensa.

As hipóteses de licitação dispensável constituem um rol taxativo, pois se configura uma exceção, na qual, somente os casos em que se enquadrarem na previsibilidade do legislador ordinário serão aplicados a esse procedimento. Como bem expressa Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (2009, p. 195), “deve o caso concreto enquadrar-se no dispositivo legal, preenchendo todos os requisitos. Não é permitido, qualquer exercício de criatividade ao administrador”, portanto, caso não houver possibilidade de dispensa, a administração adotará uma das modalidades de licitação.

Atualmente estão presentes no artigo 24 da Lei 8.666, trinta e uma possíveis circunstâncias que levam o administrador dispensar a licitação. Sendo assim, cabe adotar a classificação apresentada por Di Pietro (2009, p. 368), dividindo as hipóteses de dispensa em quatro categorias distintas, que são em razão do pequeno valor, situações excepcionais, objeto e da pessoa.

3.3.1. Dispensa em razão de pequeno valor

As primeiras hipóteses de licitação dispensável inseridas na norma legal referem-se ao valor da contratação, visto que a realização de procedimentos complexos e demorados, poderiam atrasar todo o trabalho administrativo, além de não resultar nenhuma vantagem. Conforme afirma Pereira Junior (2009, p. 291), as dispensas brasileiras sempre iniciaram em função do valor da contratação, e acrescenta dizendo “A contratação de objeto de valor reduzido dispensa a licitação, cujo procedimento tem um custo administrativo e submete-se a prazos que não seriam compensadores diante de objeto de pequeno valor”.

A Lei nº 8666/93, art. 24, inciso I, aduz que será dispensável as contratações referente às obras e serviços de engenharia, na qual não ultrapasse o valor de R\$15.000,00, este que corresponde a 10% do valor previsto na modalidade convite, art. 23, inciso I, alínea “a”.

Nesse sentido, a doutrina vem a esclarecer o que seriam as obras e serviços de engenharia, as quais Pereira Junior (2009, p. 291) atribui ao “exercício privativo dos profissionais de engenharia, arquitetura e agronomia” compatíveis e discriminadas na Lei nº 5.194/66, art. 7º.

Logo após, no inciso II, art. 24 da Lei nº 8.666, expressa a dispensabilidade nas demais contratações de serviços e compras, cujo valor corresponda a 10% do previsto na alínea “a”, do inciso II, do artigo 23, ou seja, R\$8.000,00.

Cabe ressaltar que o percentual de ambos os incisos são dilatados para 20% quando se refere a contratações realizadas por “consórcio público, sociedade de economia mista, empresa pública e por autarquia ou fundação qualificadas, na forma da Lei, como Agências Executivas”, conforme parágrafo único, do artigo 24 da Lei 8.666.

3.2.2.2. Dispensa em razão de situações excepcionais

Existem as hipóteses de dispensa que visam suprir a necessidades da Administração Pública, momentos estes tidos como atípicos, que levam o agente de forma rápida suprir as necessidades emergenciais da administração.

Segundo Di Pietro (2009, p. 368), essas dispensas estão inseridas nos incisos III, IV, V, VI, VII, IX, XI e XIV, XXVII, XVIII, do art. 24. Sendo que, ao tecer considerações acerca da dispensa em razão de situações excepcionais, a autora esclarece:

Em razão de situações excepcionais, a dispensa é possível em certas situações em que a demora do procedimento é incompatível com a urgência na celebração do contrato ou quando sua realização puder, ao invés de favorecer, vir a contrariar o interesse público, ou ainda quando houver comprovado desinteresse dos particulares no objeto do contrato.

Algumas dessas hipóteses somente virão acontecer após declaração solene do Presidente da República configurando tal situação, como por exemplo, os casos de “guerra ou grave perturbação da ordem”, (art. 24, inciso III), quando houver “comprometimento da segurança nacional”, (art. 24, inciso IX), ou até mesmo a declaração do chefe do executivo, sendo ele Federal, Estadual ou Municipal de situação anormal que resulta em “emergência e calamidade pública”,

(art. 24, inciso IV). No entanto, embora essas hipóteses estejam inseridas no artigo 24 da Lei 8666/93 e que essas sejam vistas como licitação dispensável, não existe nesses referidos casos competência discricionária da Administração.

Há casos onde a administração poderá deixar de licitar, pois, embora tenha realizado o procedimento de licitação, o mesmo não tenha atraído nenhum interessado, e sendo que, repeti-lo poderia trazer prejuízos, de acordo com o artigo 24, inciso V. Poderá haver também, licitações onde os valores das propostas apresentadas pelos licitantes serão “superiores aos praticados no mercado nacional”, ou “incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes” (art. 24, inciso VII), onde ao persistir a situação, poderá o agente contratar mediante dispensa.

Existem bens e serviços que são apreciados pelo legislador e vistos como excepcionais, por exemplo, os que irão “abastecer navios, embarcações, unidades aéreas ou tropas” (art. 24, inciso XVIII), quando “as condições ofertadas forem manifestamente vantajosas para o Poder Público” (art. 24, inciso XIV), na “contratação de coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis” (art. 24, inciso XXVII), ou até mesmo “para o fornecimento de bens e serviços, produzidos ou prestados no País, que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional” (art. XXVIII).

3.2.2.3. Dispensa em razão do objeto

A dispensa também é utilizada nas contratações em que o objeto se faz essencial para a administração, ou pela sua importância, ou por suas características e peculiaridades, ou até mesmo por sua eventualidade. Estes que são previstos nos incisos X, XII, XV, XVII, XIX, XXI, XXIX do artigo 24.

O legislador prevê como possível motivo de dispensabilidade, a compra ou locação de “imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da Administração” (art. 24, inciso X), ou seja, diante de uma necessidade administrativa indispensável, fundamental ou primordial, somente determinado imóvel detém de todas as características e requisitos para satisfazê-la. Há também, os bens e serviços destinados a “atender aos contingentes

militares das Forças Singulares brasileiras empregadas em operações de paz no exterior” (art. 24, inciso XXIX), bem como os “materiais de uso pelas Forças Armadas, [...] quando houver a necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres”, conforme art. 24, inciso XIX.

Aos órgãos públicos que tem por finalidade a pesquisa científica e tecnológica, a lei estabelece algumas prioridades no que se refere às contratações de bens e equipamentos, ou seja, para “aquisição de bens e insumos destinados exclusivamente à pesquisa científica e tecnológica com recursos concedidos pela CAPES, FINEP, CNPq” (art. 24, inciso XXI), é possível realizar o procedimento de dispensa. Do mesmo modo, as contratações realizadas por “Instituição Científica e Tecnológica - ICT ou por agência de fomento para transferência de tecnologia e para o licenciamento de direito de uso ou exploração de criação protegida” (art. 24, inciso XXV), são passíveis de dispensabilidade.

Outra possível hipótese de contratação mediante dispensa refere-se a “aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada” (art. 24, inciso XV). E por fim, nas compras de “hortifrutigranjeiros, pão e outros gêneros”, sendo que, somente durante o tempo para a realização e concretização do processo de licitação.

3.2.2.4. Dispensa em razão da pessoa

No artigo 24 da Lei nº 8.666, especificamente nos incisos, VIII, XVI, XIII, XX, XXII, XXIII, XXIV, XXVI, estabelece a possíveis realizações de dispensa em razão da pessoa em que o ente pretende contratar.

O primeiro deles refere-se às contratações feitas por ente público interno, ou seja, União, Estados, Municípios, autarquias e fundação pública, na qual requer “bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico” (art. 24, inciso VII), com a ressalva de ter sido criada antes da lei 8666/93 e que o preço contratado seja o mesmo praticado no mercado. Outro exemplo de contratação de entidades que integram a Administração Pública, que tenham sido

criadas para o fim específico da contratação, realizada por meio de dispensa, está previsto no inciso XVI da referida lei, que são “para impressão dos diários oficiais, de formulários padronizados de uso da administração, de edições técnicas oficiais, bem como para prestação de serviços de informática”.

É possível a contratação direta mediante procedimento de dispensa, quando a Administração Pública visa contratar “instituição brasileira, incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação de presos” (art. 24, inciso XIII), sendo que, como bem menciona Gasparini (2011, p. 591), o objeto desse contrato não poderá distanciar da finalidade precípua, que é a “pesquisa, ensino e desenvolvimento nacional”, além da intuição ser sem fins lucrativos e obter inquestionável reputação ético-profissional. Do mesmo modo, a contratação de “associação de portadores de deficiência física” (art. 24, inciso XX), a fim de prestar serviços ou fornecer mão de obra, estão no rol de contratação mediante dispensa.

Há previsibilidade de dispensa em razão da pessoa, na celebração de contrato com “concessionário, permissionário ou autorizado” (art. 24, inciso XXII), que fornecem energia elétrica e gás natural para a administração pública. Em contratos realizados por “empresa pública ou sociedade de economia mista com suas subsidiárias e controlados” (art. 24, inciso XXII), para prestação ou obtenção de serviços e alienação de bens. Nas prestações de serviços, onde a administração contrata “organizações sociais” (art. 24, inciso XXIV), bem como na “celebração de contrato de programa com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, para prestação de serviços públicos de forma associada” (art. 24, inciso XXVI)

Duas novas hipóteses de dispensa de licitação foram estabelecidas no ano de 2010 como forma de contratação direta em razão da pessoa. A primeira delas, inserida no inciso XXX, art. 24, refere-se:

Art.24[...]

XXX - Na contratação de instituição ou organização, pública ou privada, com ou sem fins lucrativos, para prestação de serviços de assistência técnica e extensão rural no âmbito do Programa Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural na Agricultura Familiar e na Reforma Agrária, instituído por lei federal.

A segunda hipótese de dispensa, remete-se as contratações que visam o cumprimento “do disposto nos art. 3º, 4º, 5º e 20 da Lei n. 10.973, de 2 de dezembro de 2004” (art. 24, inciso XXXI). Tal lei tem por finalidade, estabelecer medidas de incentivo a pesquisa, a tecnologia e a inovação, no que se refere aos projetos de cooperação, alianças, apoios, realizados entre empresas nacionais, Instituição Científica e Tecnológica, e as organizações de direito privado sem fins lucrativos, cuja sua missão principal seja o desenvolvimento da pesquisa.

4. O ABUSO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AO ADOTAR O PROCEDIMENTO DE DISPENSA DE LICITAÇÃO

4.1. Das estatísticas

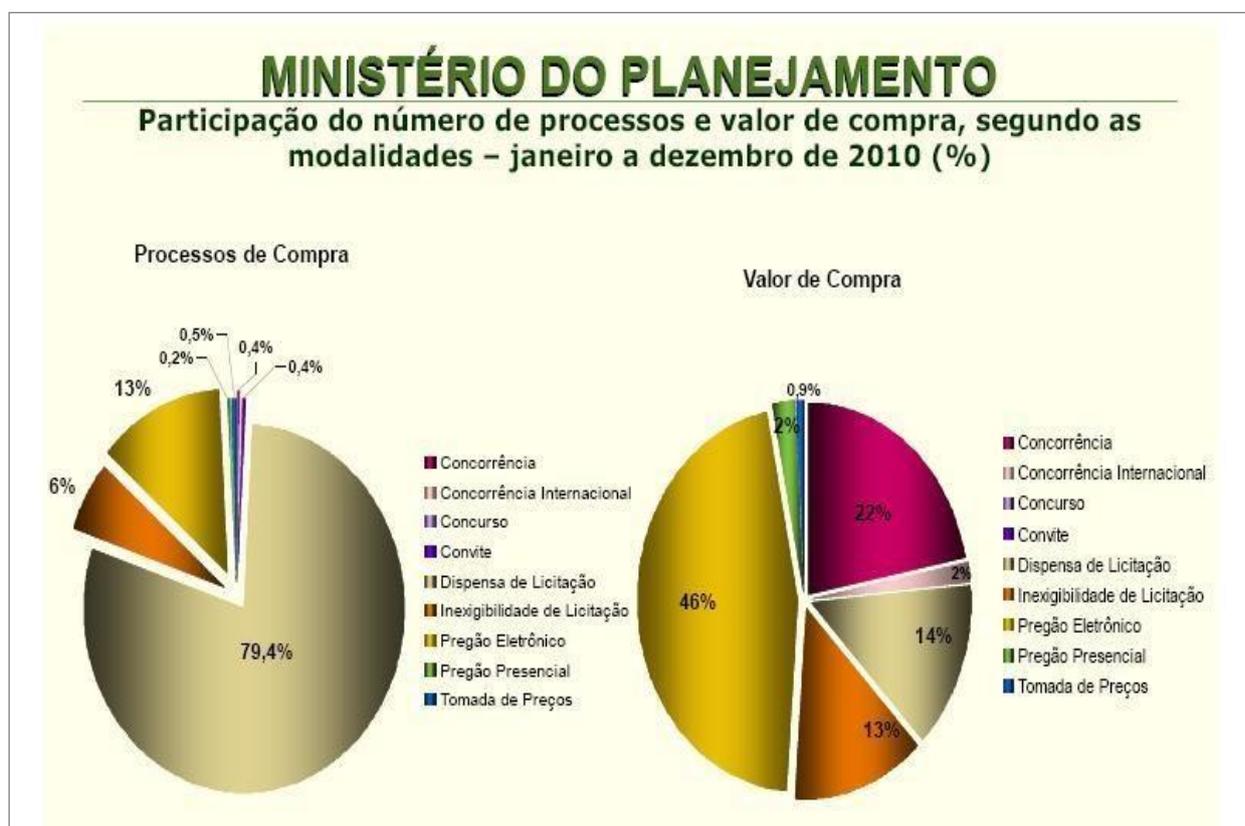
O doutrinador Fernandes (2009, p. 194), em sua obra, relembra que em 1990, durante a apreciação das contas do governo, o relator, Ministro Homero Santos, requisitou ao Departamento do Tesouro Nacional que apresentasse informações globais das despesas licitadas do governo. O resultado foi surpreendente, pois se constatou que 93,3% das contratações realizadas foram mediante contratação direta, sendo que a modalidade mais utilizada foi a dispensa.

Com o passar dos anos, essa realidade continua presente nas contratações do governo brasileiro. Baseado nas estatísticas apresentadas anualmente pelo Ministério do Planejamento percebe-se que, em 2011, o número de processos realizados, utilizado pelas Unidades de Administração e Serviços Gerais - UASG, mediante procedimento de dispensa, chegou a 183.301, representando assim, 78% dos processos de contratação¹.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO		
Número de processos e valor das compras, segundo as modalidades - janeiro a dezembro de 2011		
Modalidade	Processos de Compra	Valor de Compra
Concorrência	1.086	6.377.263.000,50
Concorrência Internacional	51	85.951.777,18
Concurso	11	901.562,48
Convite	621	32.885.611,90
Dispensa de Licitação	186.301	7.646.697.849,80
Inexigibilidade de Licitação	19.742	11.513.800.634,23
Pregão Eletrônico	32.357	24.646.715.336,42
Pregão Presencial	334	1.017.601.729,99
Tomada de Preços	1.170	462.949.601,53
Total	241.673	51.784.767.104,03

¹Fonte: Estatísticas Gerais das Compras Governamentais: Números de processo/Itens e valor da compra 2011. Disponível em: <http://www.comprasnet.gov.br/.../Brasil_Economico_Relatorio_Dados_Ger>. acesso em: 09 de set. de 2012.

Em 2010, o gráfico abaixo demonstra que, o número de processos realizados por dispensa de licitação foi ainda maior, chegou a 209.781².



Embora esses números não representem o procedimento de maiores valores, eles demonstram que a dispensa é a mais utilizada pela Administração Pública, mesmo diante de tantas outras possíveis modalidades existentes para a realização da contratação. Sendo possível, assim, constatar que tal procedimento estabelecido pelo ordenamento como exceção de contratação, está se tornando regra, pois sua utilização é exorbitantemente superior ao da licitação.

4.2. Da fiscalização do Tribunal de Contas

A Constituição Federal estabelece, no art. 70, que a “fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das

²Fonte: Estatísticas Gerais das Compras Governamentais: Números de processo/Itens e valor da compra 2010. Disponível em: http://www.comprasnet.gov.br/ajuda/DADOS_GERAIS_DW_2010.pdf. acesso em: 09 de set. de 2012.

entidades da administração direta e indireta”, será exercida pelo Congresso Nacional, e no art. 71, acrescenta que, ele será auxiliado pelo Tribunal de Contas da União.

No que se remete à fiscalização externa, ao mencionar a competência do Tribunal de Contas, o inciso II, do art. 71, institui o dever de “julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos”. Nesse sentido, o Tribunal de Contas exerce importante papel no controle do dinheiro público e no que se refere às contratações da administração.

Como bem averba Justen Filho (2010, p. 940):

[...] o Tribunal de Contas exercita função de controle, atuando para assegurar a legalidade, e a economicidade dos atos administrativos. Portanto e por inerência, o Tribunal de Contas toma o partido das defesas das contas e dos cofres públicos. Sob esse prisma é que se evidencia a integração do Tribunal de Contas na defesa dos interesses de uma das partes: a Administração Pública.

Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União vem deliberando pareceres e acórdãos, nos quais apontam os principais erros cometidos pela Administração Pública Federal, ao adotar o procedimento de dispensa de licitação, pois, o excesso de contratação dispensada demonstrada nas estatísticas, reflete, também, os frequentes vícios nos atos efetivados pelo administrador, resultando muitas das vezes no desvio de sua finalidade.

4.3. Dos vícios mais frequentes

4.3.1. Do fracionamento

Como já haviam sido mencionadas, as primeiras hipóteses de dispensa de licitação refere-se ao valor da contratação, pois existem ajustes cuja pequena relevância do valor não justifica a utilização de procedimentos mais complexos.

Contudo, as dispensas em razão de pequenos valores não poderão ser realizadas caso haja parcelamento de valor ou fracionamento de serviços ou obras. A Lei proíbe a utilização de dispensa quando os serviços puderem ser feitos de uma só vez ou em uma só compra, haja vista que o valor global das

contratações provavelmente ultrapassará o valor estabelecido para a compra direta.

O Tribunal de Contas da União, por diversas vezes, tem decidido contra essa prática, a fim de evitar a utilização da dispensa de licitação como forma de burlar o processo de licitação e até mesmo o processo de seleção.

1.2 cumpra estritamente às exigências da Lei nº 8.666/93, quanto aos procedimentos licitatórios realizados, de modo a evitar fraudes em dispensa de licitação, com fracionamento de despesas para aquisição de material de consumo, bem como evitar favorecimento a empresas, com cotações rotineiras aos mesmos fornecedores; (TCU – Rel. Valmir Campelo – Acórdão 834/2008).

Ao tecer comentários sobre o assunto, Justen Filho (2010, p. 303) esclarece esse posicionamento:

Ou seja, é perfeitamente válido (eventualmente, obrigatório) promover fracionamento de contratações. Não se admite, porém, que o fracionamento conduza à dispensa de licitação. É inadmissível que se promova dispensa de licitação fundando-se no valor de contratação que não é isolada. Existindo, pluralidade de contratos homogêneos, de objeto similar, considera-se seu valor global – tanto para fins de aplicação do art. 24, incisos I e II, como relativamente à determinação da modalidade cabível.

As decisões do Tribunal vêm para ratificar e fazer valer uma exigência contida no próprio texto legal. Para a aplicação da dispensa em razão de pequeno valor, os incisos I e II do art. 24, estabelecem que a dispensa não será admissível, caso os valores da contratação não se “refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço” ou “serviços de mesma natureza”, até mesmo aqueles que possam ser realizados “conjunto e concomitantemente”.

O fracionamento das contratações é visto como um vício no procedimento que afasta a real finalidade da norma e os objetivos inerentes à realização da dispensa, principalmente quando essa prática acontece, a fim de burlar os procedimentos licitatórios.

A dispensa em razão de pequeno valor visa um procedimento menos oneroso diante da aquisição de produto ou serviços de preço irrisório. Caso a finalidade da norma não seja seguida, ela não fará sentido, pois ao fracionar produtos ou serviços, o total do valor demonstrará a falta de comprometimento com o princípio da economicidade e da legalidade, bem como, ao da

obrigatoriedade do procedimento da licitação, imposta pela Constituição.

4.3.2. Das situações emergenciais

As hipóteses de contratação direta prevista na lei que leva a administração adotar com maior frequência a dispensa são os casos tidos como emergenciais, que está prevista no inciso IV, do art. 24, da lei 8666. Segundo Gasparini (2011, p. 581), essas situações são “caracterizadas pela necessidade imediata ou urgente do atendimento do acontecido ou por acontecer, pois, se não for assim, será inútil qualquer medida posterior”.

Desta forma, pode-se definir a contratações de urgência, como aquela que ocorrem devido a fato inesperado, que a contratação dispensada irá garantir que situações piores venham acontecer.

No entanto, Fernandes (2009, p. 326), constata o abuso ocorrido na adoção da dispensa, fundamentadas como emergenciais:

Esse dispositivo tem sido, com alguma frequência, mal interpretado, devido ao fato de que, na prática, vem-se desprezando um ou alguns dos requisitos ou utilizando-se de uma exegese ampliadora dos seus limites. A jurisprudência, outrora admitindo amplamente a caracterização da emergência, vem restringindo sua amplitude de tal modo que, na atualidade, o balizamento sobre sua utilização está bastante definido.

Nesse sentido, a jurisprudência do TCU evidencia que a Administração Pública vem adotando o referido inciso de forma muito ampla, no sentido de caracterizar situações corriqueiras como emergenciais. Sendo assim, esclarece:

Quanto à URGÊNCIA DE ATENDIMENTO – o segundo pressuposto da aplicação do citado art. 24, IV – não se trata ela das exigências normais de dinamismo e presteza que se requer das atividades e serviços desenvolvidos pelos órgãos e entidades da administração pública, tampouco da pressa decorrente da vontade, em si e por si, do administrador e/ou autoridade que lhe seja superior. É, sim, a urgência qualificada pelo risco da ocorrência de prejuízo ou comprometimento da segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos ou outros bens, públicos e particulares, caso as medidas requeridas – efetivação da obra, serviço ou compra, de natureza emergencial – não sejam adotadas de pronto. Já o RISCO – terceiro pressuposto da dispensa em causa – há de ser aquele efetiva e concretamente demonstrado, tendo em vista a situação dada para a qual se alega urgência de atendimento. Ou seja, verificada a situação de calamidade pública ou simplesmente

emergencial, incumbe à Administração demonstrar objetivamente a probabilidade da ocorrência de sérios danos, a pessoas ou bens, caso não seja prontamente efetivada, mediante contratação com terceiro, a obra, serviços ou compra, segundo as especificações e quantitativos necessários e suficientes para afastar os riscos prognosticados. (TCU – Rel. Carlos Átila Alvares da Silva - DC-0347-22/94-P)

Acerca da norma, Pereira Junior (2009, p. 297), afirma que foram inseridos dois novos requisitos para a efetivação do ato de dispensa, a fim de “reduzir o espaço discricionário do administrador e sujeitando o ato de dispensa a impugnações por vício de motivo ou desvio de finalidade”. Nesse sentido, o inciso IV, do art.24, estabelece:

Art.24, [...]

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 pessoas de obras e serviços que possam ser concluídas em 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos.

A descaracterização da emergência, bem como a existência de prorrogação de contrato, são requisitos que refletem a ilegalidade do ato de dispensa nos Tribunais, vejamos:

Trata-se de levantamento de auditoria, realizado na empresa Petróleo Brasileiro S/A., nas "obras destinadas à manutenção da infra-estrutura dutoviária nacional", no âmbito do Fiscobras 2005.

2. A Equipe de Auditoria detectou as seguintes irregularidades: a) vícios em procedimentos licitatórios que originaram o contrato AFMG-540-64-0017/00, que viabilizou a aquisição de medidores de vazão para implantação dos projetos de automação do programa PEGASO, consistente na contratação direta com dispensa de licitação por emergência, fundada no art. 24, IV, da Lei 8.666/1993, em prazo muito superior aos 180 dias legalmente fixados (a contratação ocorreu pelo prazo de três anos); (TCU – Rel. Aroldo Cedraz – AC071-12/08-P)

Cabe ressaltar que, como menciona o requisito inserido no inciso supracitado, os bens requisitados para atender as necessidades de emergência, somente poderão ser utilizados para esse objetivo. Não cabe à Administração

Pública aproveitar tais bens para a utilização em outras demandas existentes. Gasparini (2010, p. 581) esclarece que “se são necessários duzentos cobertores para atender os flagelados, não pode a Administração comprar mil, para utilizar os sobejantes oitocentos na campanha de inverno que se avizinha”.

Por muitos anos, o Tribunal vinha decidindo que a falta de planejamento do Administrador Público acarretava na tipificação errônea da dispensa de licitação. Entretanto, Gasparini (2010, p. 583) menciona em sua obra que a partir do Acórdão n.46/200 - Plenário “a jurisprudência daquela Corte de Contas evolui”, completando:

[...] para amparar o entendimento de que também é possível a contratação direta quando a situação de emergência decorre da falta de planejamento, da desídia administrativa ou dá má gestão dos recursos públicos, devendo analisar para fim de responsabilização, a conduta do agente público que não adotou tempestivamente as providências cabíveis.

Portanto, a Administração Pública vem usufruindo, excessivamente, desse meio de dispensabilidade, caracterizando situações corriqueiras ou mal planejadas, como emergenciais, resultando, assim, no grande número de contratações diretas.

4.3.3. Da finalidade precípua da Administração

Baseado no inciso X, do art. 24, esse que possibilita a contratação direta por dispensa para a “compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípua da Administração”, o agente público realiza a contratação direta sem a devida observância da norma.

Como bem averba Fernandes (2209, p. 401):

Qualquer entidade da Administração pode ter dezenas de imóveis necessários para a operacionalização de suas atividades, mas apenas alguns estão dirigidos especificamente para as finalidades “precípua” da Administração. Esse termo tem por sinônimo a ideia de “principal” ou “essencial”, significando que o imóvel dirige-se à finalidade essencial da Administração.

O requisito “finalidade precípua”, de certo modo, demonstra ser bastante abstrato. No entanto, o agente público peca em deixar de enquadrar os demais requisitos necessários para executar eficazmente o ato, ou seja, o inciso

determina que a “instalação e localização” do imóvel condicionem a sua escolha e que o seu preço seja “compatível com o valor de mercado”.

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União presencia a adoção de tal inciso de forma errada e menciona:

10. O art. 24, inciso X, da Lei de Licitações estabelece ser dispensável a licitação “para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípua 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”.

11. Verifica-se, portanto, que a utilização desse dispositivo só é possível quando se identifica um imóvel específico cujas instalações e localização sinalizem que ele é o único que atende o interesse da administração[...].

12. No caso em tela, essa hipótese não se verificou. Tanto é assim que o ICMBio publicou em Diário Oficial aviso de que estava procurando um imóvel, recebeu dez propostas, e a partir delas escolheu qual delas melhor lhe atenderia. Ou seja, não havia um determinado imóvel previamente identificado, que por suas características de instalações e localização fosse o único a atender as necessidades da administração. Havia, potencialmente, diversos imóveis que poderiam atender o instituto. Assim, deveria ter sido realizado um certame licitatório para realizar a locação. (TCU – Rel. Ubiratan Aguiar – AC-0444-08/08-P).

Desse modo, a compra e locação de imóveis pela Administração Pública realizada através de dispensa estarão sempre ligadas sua localização, que deverá trazer vantagens grandiosas, a fim de que, nenhum outro possa substituí-lo, pois, os doutrinadores não consideram que imóveis que se caracterizam pelo seu luxo ou valor histórico, seja fator relevante para adoção de dispensa. Outro ponto importante a ser ressaltado é a avaliação prévia do valor do imóvel, para que não seja contratado por preço exorbitante, e que o dinheiro público seja mal utilizado.

4.4. Do desvio de finalidade do ato e no motivo

Foram demonstrados alguns dos motivos nos quais o agente público utiliza de forma errada o procedimento de dispensa de licitação.

Como foi mencionado, no primeiro capítulo, a licitação é um procedimento que, ao propiciar a disputa entre licitantes, a fim de firmar um

contrato com a Administração Pública, ela também possibilita suprir a necessidades da administração, selecionar a proposta mais vantajosa, obter a economicidade dos cofres públicos, além de promover o desenvolvimento nacional sustentável.

Nesse sentido, a dispensa é meio pelo qual, a Administração contrata de forma direta e mais rápida, pois, diante de uma situação prevista pela lei 8666/93 como relevante e excepcional é possível evitar todo um procedimento complexo de fases, presentes na licitação.

No entanto, a falta de comprometimento do agente público em realizar de forma correta os procedimentos previstos na lei 8666/93, faz com que ocorra o desvio da finalidade do ato administrativo.

A obra de Di Pietro (2010, p. 209), aduz que a “finalidade é o resultado que a Administração Pública quer alcançar com a prática do ato”, sendo assim, o procedimento que não vislumbrar sua maior finalidade, não atinge o seu objetivo precípua. E completa a autora dizendo que “é o legislador que define a finalidade que o ato deve alcançar, não havendo liberdade de opção para a autoridade administrativa”.

A finalidade do procedimento vai além da legalidade do ato, visto que o processo de licitação ou de dispensa que segue rigorosamente os requisitos da lei, mas não visa à finalidade essencial da norma, não se concretiza efetivamente. Portanto, ao descaracterizar os objetivos almejados pela dispensa, seja pelo parcelamento, seja pela emergência, o administrador não efetiva a finalidade do ato, em que, muitas vezes, de forma geral, consiste em atingir o interesse público.

Desse modo, o vício no motivo também está presente nas contratações diretas mediante dispensa nos casos adotados como emergenciais e nas hipóteses de locação ou compra de imóvel tido como precípua. O administrador ao utilizar de forma errada, tais incisos, demonstra que a motivação para efetivar a dispensa foi descaracterizada.

Segundo Di Pietro (2010, p. 210), o elemento motivo deve ser conceituado como “o pressuposto de fato e de direito que serve de fundamento ao ato administrativo”. Sendo assim, quando o agente público adota a dispensa por

emergência em situações corriqueiras, ou não realiza o procedimento de licitação para aquisição de imóveis justificando ser precípuo para administração e necessária a dispensa, configura um vício na motivação do ato, pois seus fundamentos não serão compatíveis com o objetivo almejado pela norma.

Portanto, os vícios de finalidade e motivo contidos nos procedimentos de contratação direta, resultam no excesso de dispensa adotada de forma errada pela Administração Pública. Desse modo, impede que sejam alcançados os objetivos pretendidos pela Constituição Federal, através da licitação, pois as contratações governamentais deverão observar os princípios da igualdade e da economicidade, de modo a propiciar a participação do maior número de licitantes, a fim de selecionar a proposta mais vantajosa e garantir a economia dos cofres públicos e o desenvolvimento nacional sustentável.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho monográfico teve como base as doutrinas do Direito Administrativo brasileiro, bem como o texto constitucional e os artigos inerentes à Lei de Licitações e Contratos administrativos, Lei nº 8666/93.

O legislador constituinte, em busca do efetivo exercício do processo democrático no Brasil, implantou um procedimento no qual o administrador público, diante da necessidade de comprar, locar, alienar e contratar serviços pudesse realizar contratos com terceiros, mas que, no entanto, fossem concretizados de forma justa e igualitária, possibilitando a participação de todos os interessados que obtivessem capacidade para tal contratação.

Sendo assim, a Lei nº 8666/93 subordinada às diretrizes do texto Constitucional, tratou-se de prever hipóteses de contratação direta, sendo a dispensa um dos procedimentos, excepcionais, utilizado em contratações governamentais, nas quais não se realiza a licitação.

Contudo, a Administração Pública vem adotando abusivamente e excessivamente a contratação direta mediante dispensa, tornando o procedimento, que era para ser tido como exceção, uma regra.

Desse modo, conclui-se, preliminarmente, que o trabalho não procurou abordar de forma extensiva os vícios ocorridos no procedimento de dispensa, e sim esclarecer que a dispensa é totalmente legal, pois existe previsão no texto Constitucional, bem como na Lei nº 8666/93. No entanto, a sua frequente adoção e os vícios existentes no ato administrativo caracteriza a inobservância da finalidade precípua pretendida com tal procedimento.

As hipóteses de licitação dispensável constituem um rol taxativo de exceções, tornando-se, em regra geral, competência discricionária da Administração Pública, haja vista, que nesses casos há viabilidade de competição, cabendo ao agente público optar pela realização da licitação ou não.

Cabe ressaltar que, diante da decisão de contratar através de dispensa ou licitação, existem dois pontos distintos em confronto, ou seja, a discricionariedade do agente público em dispensar a licitação diante de uma

situação vivenciada e prevista no rol taxativo de hipóteses, frente ao dever geral de licitar e, conseqüentemente, a viabilidade de competição.

Nesse sentido, o administrador público, sempre que possível, deverá atentar-se pelo mandamento constitucional, ou seja, o dever de licitar. É a licitação que garante alcançar os melhores resultados e as finalidades pretendidas pela norma. Possibilita, pois, a participação do maior número de interessados e, conseqüentemente, o tratamento igualitário entre os licitantes, além de selecionar a proposta que melhor atende às necessidades da Administração e garante o desenvolvimento sustentável nacional.

No entanto, ao optar pela dispensa de licitação, a Administração Pública deve atentar para a finalidade pública, a fim de evitar ilegalidades. Sendo assim, para a realização efetiva do ato de dispensa, a motivação e a busca das finalidades precípua da norma se tornam elementos importantes para a legalidade do procedimento.

Portanto, são os vícios contidos na motivação do ato de dispensa e os desvios de finalidade existentes que ocasionam o excesso de contratações mediante dispensa, e conseqüentemente, os abusos ocorridos por parte da Administração Pública. Sendo assim, a inobservância de tais requisitos impede que sejam alcançados os objetivos visados pelo mandamento Constitucional, podendo essa conduta ser passível de controle jurisdicional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso: 13 fev. 2012.

BRASIL. *Lei 8.666, 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: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso: 14 fev. 2012.

BRASIL. *Lei 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L10520.htm>. Acesso: 15 set. 2012.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Prestação de Contas. Acórdão n. 834/2008. Ministério da Educação. Relator: Valmir Campelo. Sessão 1ª Câmara, 25 de mar. de 2008. *Diário Oficial da União*, 28 mar. 2008. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2047904.PDF>>. Acesso em: 21 out. 2008.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Consulta formulada pelo Ministério dos Transportes sobre a caracterização genérica dos casos de emergência ou de calamidade pública para que se proceda à dispensa de licitação. Acórdão n. 347/1994. Relator: Carlos Átila Álvares da Silva. *Diário Oficial da União*, 21 de jun. 1994. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>>. Acesso em: 22 out. 1994.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Representação. Possível Irregularidades no Âmbito do ICMBio. Acórdão n. 444/2008. Relator: Ubiratan Aguiar. *Diário Oficial da União*, 25 mar. 2008. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?lnk=%28AC-0444-08/08-P%29%5bnumd%5d%5bB001,B002,B012%5d>>. Acesso em: 22 out. 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum. 2009.

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14. ed. São Paulo. Dialética, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo. 38. ed. Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. 8. ed. São Paulo: Renovar. 2009.