

**UNIVERSIDADE DE COIMBRA  
FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA**

**FERNANDA MAZEGA FIGUEREDO**



**CONTRATAÇÃO DIRETA NO BRASIL E A PROBLEMÁTICA  
ENTRE LEI E FATO**

**COIMBRA  
2014**

**UNIVERSIDADE DE COIMBRA  
FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA**

**FERNANDA MAZEGA FIGUEREDO**



**CONTRATAÇÃO DIRETA NO BRASIL E A  
PROBLEMÁTICA ENTRE LEI E FATO**

**Dissertação de Mestrado Científico em  
Direito, com menção em Ciências Jurídico-  
Políticas/Direito Administrativo, sob a  
orientação do Professor Senhor Doutor  
Pedro Gonçalves, apresentada à Faculdade  
de Direito da Universidade de Coimbra.**

**COIMBRA  
2014**

## **AGRADECIMENTOS**

Aos meus pais, Álvaro e Zezé, pelo amor incondicional e pelo apoio ilimitado.

Aos meus irmãos, Thiago e Marcus, pelo companheirismo e pelas teorias da conspiração.

Às minhas avós, Calcida e Judith, pelo exemplo de vida.

À minha sobrinha e afilhada, Alice, pelos sorrisos e gargalhadas que afastam as preocupações.

Ao meu amor, Eduardo, pelo porto seguro e pelas leituras intermináveis de revisão.

Aos meus amigos e familiares, pelo incentivo e pela paciência com a minha ausência.

Ao Professor Senhor Doutor Pedro Gonçalves, pelas valiosas sugestões, pela confiança e pelos ensinamentos.

Ao corpo docente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pelas aulas ministradas e debates estimulantes.

Aos funcionários desta nobre Instituição, pelas horas de auxílio sempre prestativo.

E, acima de tudo, a Deus, que em toda sua grandiosidade e sabedoria guiou-me pelos caminhos certos, permitiu-me superar as adversidades e me fez crescer a cada entrave.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1 CONTRATAÇÃO ADMINISTRATIVA.....	10
1.1 BREVE RETROSPECTIVA SOBRE A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA CONTRATAÇÃO ADMINISTRATIVA.....	10
1.2 DEVER DE LICITAR NO BRASIL.....	13
1.3 FINALIDADES LEGAIS DA LICITAÇÃO (?) E DA CONTRATAÇÃO ADMINISTRATIVA NO BRASIL.....	18
1.4 DA IDENTIFICAÇÃO DA NECESSIDADE À ADJUDICAÇÃO DO OBJETO.....	21
1.4.1 Fase Interna.....	21
1.4.2 Fase Externa.....	23
2 CONTRATAÇÃO DIRETA NO BRASIL.....	24
2.1 UM PROCEDIMENTO PARA A CONTRATAÇÃO DIRETA.....	26
2.2 DISPENSADA, DISPENSÁVEL OU INEXIGÍVEL?.....	30
3 LICITAÇÃO DISPENSADA.....	33
3.1 DISPENSA DE LICITAÇÃO PARA ALIENAÇÃO DE BENS IMÓVEIS.....	34
3.1.1 Dação em Pagamento.....	35
3.1.2 Doação.....	35
3.1.3 Permuta por Outro Imóvel.....	36
3.1.4 Investidura.....	36
3.1.5 Venda Intra Estatal de Bens Imóveis.....	37
3.1.6 Venda de Propriedades por Interesse Social.....	37
3.1.7 Legitimação de Posse.....	38
3.1.8 Regularização Fundiária de Imóveis de Uso Comercial.....	39
3.2 DISPENSA DE LICITAÇÃO PARA ALIENAÇÃO DE BENS MÓVEIS.....	39
3.2.1 Doação.....	40
3.2.2 Permuta.....	40
3.2.3 Venda de Ações em Bolsa.....	41
3.2.4 Venda de Títulos.....	41
3.2.5 Venda de Bens Produzidos pela Administração.....	42
3.2.6 Venda Intra Estatal de Bens Móveis.....	42
4 DISPENSA DE LICITAÇÃO.....	4
4.1 CUSTO ECONÔMICO DA LICITAÇÃO (INCS. I E II).....	45
4.1.1 Obras e Serviços de Engenharia de Valor até 10% do Limite do Convite (inc. I).....	45
4.1.2 Serviços e Compras de Valor até 10% do Limite do Convite (inc. II).....	46
4.2 CUSTO TEMPORAL DA LICITAÇÃO (INCS. III, IV, XII E XVIII).....	46
4.2.1 Guerra ou Grave Perturbação de Ordem (inc. III).....	46
4.2.2 Emergência ou Calamidade Pública (inc. IV) .....	48
4.2.3 Compras de Perecíveis (inc. XII) .....	49
4.2.4 Operações Militares que Exijam Abastecimento durante Deslocamentos (inc. XVIII).....	49
4.3 AUSÊNCIA DE POTENCIALIDADE DE BENEFÍCIO (INCS. V, VII, VIII, XI, XIV, XVII, XXIII, XXVI, XXVIII e XXIX).....	50
4.3.1 Ausência de Interessados (inc. V).....	50
4.3.2 Propostas de Valor Excessivo (inc. VII) .....	51
4.3.3 Operações entre Pessoas Jurídicas de Direito Público Interno (inc. VIII).....	51
4.3.4 Contratação do Remanescente (inc. XI) .....	52

4.3.5 Acordos Internacionais (inc. XIV) .....	52
4.3.6 Contratações Acessórias para Manutenção de Garantias (inc. XVII).....	53
4.3.7 Contratação no Âmbito da Administração Indireta (inc. XXIII).....	53
4.3.8 Celebração de Contrato de Programa (inc. XXVI) .....	54
4.3.9 Objeto de Alta Complexidade Tecnológica e Segurança Nacional (inc. XXVIII).....	55
4.3.10 Contingentes Militares em Operações de Paz no Exterior (inc. XXIX).....	56
4.4 QUANTO À FUNÇÃO EXTRAECÔNOMICA DA CONTRATAÇÃO (INCS. VI, IX, X, XIII, XV, XVI, XIX, XX, XXI, XXIV, XXV, XXVII, XXX, XXXI, XXXII E XXXIII).....	56
4.4.1 Intervenção da União no Domínio Econômico (inc. VI).....	56
4.4.2 Segurança Nacional (inc. IX).....	57
4.4.3 Compra ou Locação de Imóvel (inc. X) .....	57
4.4.4 Instituições Sem Fins Lucrativos (inc. XIII) .....	58
4.4.5 Aquisição ou Restauração de Obras de Arte e Objetos Históricos (inc. XV).....	58
4.4.6 Contratos Específicos com a Administração (inc. XVI).....	59
4.4.7 Padronização das Forças Armadas (inc. XIX) .....	59
4.4.8 Associação de Portadores de Deficiência (inc. XX) .....	60
4.4.9 Aquisição de Bens e Insumos para Pesquisas Científicas (inc. XXI).....	61
4.4.10 Contratação com Organização Social (inc. XXIV).....	62
4.4.11 Transferência de Tecnologia, do Direito de Uso e Exploração de Criação (inc. XXV) .....	62
4.4.12 Resíduos Sólidos Urbanos Recicláveis ou Reutilizáveis (inc. XXVII).....	63
4.4.13 Contratação de Assistência Técnica e Extensão Rural para o PRONATER (inc. XXX) .....	64
4.4.14 Incentivo à Inovação e à Pesquisa Científica e Tecnologia (inc. XXXI) .....	65
4.4.15 Transferência de Tecnologia para o SUS (inc. XXXII).....	67
4.4.16 Implementação de Cisternas ou Outras Tecnologias Sociais de Acesso à Água (inc. XXXIII) .....	68
4.5 CONTRATAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA E GÁS NATURAL (INC. XXII).....	69
5 INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO.....	70
5.1 A INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO.....	71
5.2 FORNECEDOR EXCLUSIVO – ARTIGO 25, INCISO I, DA LEI FEDERAL Nº 8.666/1993.....	73
5.2.1 Determinação de Objeto.....	74
5.2.2 Vedação à Preferência por Marcas.....	75
5.2.3 Ausência de Pluralidade de Alternativas de Contratação.....	75
5.2.4 Comprovação da Exclusividade do Fornecedor.....	79
5.3 INEXISTÊNCIA DE MERCADOS DE SERVIÇOS CONCORRENCIAL – ARTIGO 25, INCISO II, DA LEI FEDERAL Nº 8.666/1993.....	79
5.3.1 A singularidade do Serviço.....	80
5.3.2 Serviço Técnico e Serviço Técnico Profissional Especializado.....	82
5.3.3 Exceção dos Serviços de Publicidade e Divulgação.....	84
5.4 PRESTAÇÃO DE SERVIÇO ARTÍSTICO – ARTIGO 25, INCISO III, DA LEI FEDERAL Nº 8.666/1993.....	85
5.4.1 Serviço de Artista Profissional como Objeto da Contratação.....	87
5.4.2 Contratação Realizada Diretamente ou Mediante Empresário Exclusivo.....	88
5.4.3 Contratado Consagrado Popularmente ou pela Crítica Especializado.....	89
5.4.4 Preço Justificado.....	90

6 APONTAMENTOS SOBRE O AJUSTE DIRETO EM PORTUGAL.....	91
6.1 CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS PORTUGUÊS.....	91
6.2 AJUSTE DIRETO.....	92
6.2.1 Hipóteses do Ajuste Direto.....	93
6.2.2 Procedimento do Ajuste Direto.....	98
6.2.2.1 Procedimento Simplificado do Ajuste Direto.....	100
6.2.2.2 Regime Excepcional de Ajuste Direto.....	101
6.3 BREVE COMPARATIVO ENTRE O AJUSTE DIRETO E A CONTRATAÇÃO DIRETA.....	102
7 DESVIO NA FINALIDADE DA CONTRATAÇÃO DIRETA.....	104
7.1 CONTRADIÇÃO ENTRE LEI E FATO NO BRASIL.....	104
7.1.1 Situação Atual das Contratações e Compras Públicas no Brasil.....	107
7.2 CORRUPÇÃO E DESVIO DE FINALIDADE.....	109
7.2.1 Superfaturamento.....	111
7.2.2 Emergência Ficta.....	112
7.3 PUNIBILIDADE DOS ENVOLVIDOS.....	114
7.3.1 Responsabilidade Administrativa.....	114
7.3.2 Responsabilidade Civil e Improbidade Administrativa.....	115
7.3.3 Responsabilidade Penal.....	116
7.3.4 Efetiva Punibilidade no Brasil.....	118
7.4 ALGUNS PASSOS AO APERFEIÇOAMENTO.....	118
7.4.1 Motivação do Ato e o Princípio da Transparência.....	119
7.4.2 Simplificação dos Procedimentos Licitatórios.....	121
7.4.2.1 Modalidade Pregão Eletrônico.....	123
7.4.2.2 Regime Diferenciado de Contratação.....	124
7.4.2.3 Proposta de Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.....	126
7.4.3 Importação de Exemplos do Direito Comparado.....	127
7.4.4 Controle dos Atos Administrativos.....	128
7.5 DESMISTIFICAÇÃO DA LICITAÇÃO.....	131
8 CONCLUSÕES.....	135
REFERÊNCIAS.....	138

## INTRODUÇÃO<sup>1</sup>

Costumeiramente, a relevância das compras públicas nas políticas governamentais fomenta diversos debates jurídicos e desencadeia um contínuo aprofundamento nas pesquisas relacionadas com as contratações administrativas. Sabe-se que as contratações realizadas pelos governos representam grande parcela do PIB dos países em geral. Naqueles em desenvolvimento, as compras governamentais atingem índices entre 10% a 15% do PIB, podendo chegar a 20% nos países desenvolvidos.<sup>2</sup> Na União Europeia este *quantum* representa 16% do PIB total europeu.<sup>3</sup>

Não há dúvidas, portanto, da importância a ser dada ao estudo das compras públicas. O Estado recorre rotineiramente ao setor privado na expectativa de satisfazer necessidades imprescindíveis para viabilizar sua atuação e, conseqüentemente, para a persecução do interesse público. Essa relação entre público e privado é condicionada pela observância de diversas regras e princípios que limitam a atuação administrativa aos trâmites expressamente previstos em leis. É comum a afirmação de que nestas situações impõe-se a adoção de um procedimento concursal para garantir a ampla publicidade do contrato pretendido pela Administração, assim como o tratamento igualitário entre os particulares interessados em oferecer propostas. Na realidade, não seria exagero dizer que o cidadão médio, sem formação jurídica especializada, tem um sentimento contínuo de desconfiança em relação aos contratos celebrados pela Administração, de maneira que a existência de ampla transparência e ampla participação de entidades interessadas é o que lhe dá alguma segurança acerca da efetiva satisfação do interesse público. Por isso, é natural que o tema das compras governamentais assumam uma posição de destaque ainda maior ao se constatar que a maior parte das contratações é realizada sem a instauração de um procedimento que possibilite amplo concurso entre os interessados. Essas contratações são geralmente tachadas como obscuras e evitadas de atos corruptos, o que causa um interesse detido e generalizado sobre o assunto. Não apenas juristas, mas também o setor empresarial tem amplo interesse no tema porque se cria possibilidade de ofensa ao princípio da concorrência com a inexigibilidade do chamamento universal dos interessados

---

<sup>1</sup> O presente trabalho foi escrito conforme a ortografia brasileira oficial da Língua Portuguesa.

<sup>2</sup> Umberto CELLI JUNIOR, *Compras governamentais*, in Vera THORSTENSEN / Marcos JANK (coord.), *O Brasil e os grandes temas do comércio internacional*, São Paulo, 2005, p. 299.

<sup>3</sup> Diogo Duarte de CAMPOS, *A escolha do parceiro privado nas parcerias público-privadas*, Coimbra, 2010, p. 13.

para oferecer propostas. Além disso, a análise inicial realizada pelo público leva a crer que se trata de contratações que não observam os requisitos básicos de transparência e isonomia tidos na sociedade como orientadores dos atos administrativos. A forma silenciosa com que elas podem ocorrer faz dessas contratações uma área de difícil averiguação do cumprimento do princípio do interesse público e, conseqüentemente, da verificação da eficiência do Poder Estatal.

Não se olvida que os ordenamentos jurídicos em geral preveem a possibilidade de contratação independentemente de procedimento concursal, como ocorre no Brasil e em Portugal. A Lei Federal Brasileira nº 8.666/1993 dispõe acerca da contratação direta e de suas hipóteses em razão da dispensa ou da inexigibilidade de licitação. Por sua vez, o Código dos Contratos Públicos Português prevê o ajuste direto como procedimento pré-contratual a ser utilizado nas hipóteses disciplinadas em lei. Comumente, são procedimentos mais céleres e flexíveis em relação aos concursais. Através deles a Administração está autorizada a tratar diretamente com um particular, sem a necessidade de convocar outros eventuais interessados a apresentar propostas. São essas características basilares destes institutos que tornam sua utilização tão complexa e envolta em circunstâncias contraditórias. Na realidade, a falta de conhecimento dos procedimentos de compra direta, seja a contratação direta utilizada no Brasil ou o ajuste direto adotado em Portugal, dificulta a análise imparcial do tema e pode ser o propulsor das constatações antes apresentadas. É essencial estudar a estrutura das contratações diretas, suas possibilidades de utilização, seus requisitos e, especialmente, a aplicação prática deste instituto para entender adequadamente sua razão de ser e o quadro geral em que elas estão inseridas. Apenas a partir da investigação dessas circunstâncias é possível analisar com uma perspectiva ampla a situação fática das contratações diretas.

O objeto central deste trabalho é analisar até que limite a legislação de contratações administrativas hoje vigente no território brasileiro, especificamente em relação às contratações diretas, coaduna-se com a realidade fática das compras públicas no país. Para isso, propõe-se estudo da legislação e da bibliografia sobre o tema, iniciando-se com um primeiro capítulo introdutório sobre a progressão histórica das compras governamentais. Essa evolução resultou na obrigatoriedade da licitação no Brasil, de maneira que neste capítulo avalia-se o dever de licitar e, junto a isso, os preceitos básicos do regime brasileiro das contratações administrativas - suas finalidades e a sequência de



atos que culmina efetivamente no contrato entre particular e Administração. Definido isso, passa-se à análise das exceções ao dever constitucional de licitar, iniciando-se pelo segundo capítulo, que é voltado à apreciação da contratação direta de forma geral e da verificação das regras procedimentais que podem auxiliar sua aplicação. Este tema persiste nos capítulos seguintes, em que são analisadas as três modalidades de contratação direta existentes na legislação brasileira: licitação dispensada, dispensável ou inexigível. O terceiro capítulo destina-se exclusivamente ao estudo da licitação dispensada e suas hipóteses, subdividido de acordo com a possibilidade de se dispensar o procedimento licitatório para alienação de bens móveis e imóveis. Em seguida, no quarto capítulo oferece-se uma análise técnica das causas de dispensa de licitação; análise que não se confunde com o teor do capítulo terceiro. Como se verá, a licitação dispensável pressupõe a existência de critérios materiais que resultam na *possibilidade* de se afastar a licitação, e não em uma *obrigação* de fazê-lo. Este capítulo também é subdividido de acordo com as similaridades entre as hipóteses de dispensa, o que resulta em cinco subcapítulos que avaliam isoladamente os casos previstos na Lei nº 8.666/1993. Propõe-se, ainda, a averiguação das hipóteses de inexigibilidade de licitação através da verificação de seus pressupostos e de situações hipotéticas que resultam na sua aplicação. Após, a título de elucidação da possibilidade de contratação sem instauração de procedimento pré-contratual em outros ordenamentos jurídicos, realizou-se, no sexto capítulo, análise técnica do ajuste direto utilizado em Portugal, mas sem adentrar em pormenores acerca de suas hipóteses. Pretendeu-se dar maior atenção a procedimentalização deste instituto no Código dos Contratos Públicos Português.

Por fim, o capítulo sétimo trata da aplicação fática da contratação direta no Brasil e, conseqüentemente, das dissimilaridades entre o conteúdo da norma legal e as circunstâncias da realidade na utilização das hipóteses de dispensa de licitação. Tenta-se apontar algumas das causas destas divergências e sugerir possíveis soluções que podem auxiliar na eficácia do combate contra disparidade entre a razão de ser da lei e a utilização prática dos dispositivos legais no âmbito das contratações administrativas brasileiras.

# 1 CONTRATAÇÃO ADMINISTRATIVA

## 1.1 BREVE RETROSPECTIVA SOBRE A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA CONTRATAÇÃO ADMINISTRATIVA

A Administração Pública é um macrossistema organizativo do qual fazem parte inúmeras estruturas obrigadas por determinação legal a perseguirem interesses públicos, tanto de forma geral como especial.<sup>4-5</sup> A relevância da prossecução do interesse público pela Administração é tamanha que já foi considerada o volante administrativo que a guia pela estrada de barreiras formadas por direitos e interesses tutelados, vez ou outra sendo obrigada a realizar curvas ou tomar desvios mais acentuados, mas sempre em respeito ao dever de ponderar ou de considerar o interesse público protegido.<sup>6</sup> Todos os atos da Administração estão genericamente subjugados à prossecução do interesse público e é em decorrência desta ordem que muitas vezes recorrer ao setor privado torna-se imprescindível na atividade administrativa, quando a própria estrutura estatal é incapaz de satisfazer as necessidades públicas ou é inconveniente ao interesse público optar por este caminho.

Essa inquestionável necessidade da Administração acionar particulares no desempenho de suas atividades resulta atualmente na celebração de contratos administrativos<sup>7</sup>, instituto que decorre em grande parte da democratização do Estado, tendo

---

<sup>4</sup> Pedro GONÇALVES, *O novo regime jurídico da tutela administrativa sobre as autarquias locais*, Coimbra 1997, p. 5.

<sup>5</sup> Sobre o interesse público em sentido estrito e em sentido geral: Rodrigo Esteves de OLIVEIRA, *O acto administrativo contratual*, in CJA, n.º 63, 2007, p. 3-17.

<sup>6</sup> Pedro GONÇALVES / Mário Esteves de OLIVEIRA / João Pacheco de AMORIM, *Código do procedimento administrativo comentado*, 2. ed., Coimbra, 2006, p. 98.

<sup>7</sup> A expressão “contratos administrativos” é amplamente utilizada no Brasil referindo-se aos acordos realizados entre Administração e particulares, inserindo-se aí os acordos de vontade da Administração (consórcios e convênios públicos, contratos fiscais, TAC), os contratos administrativos em sentido estrito (de delegação e de colaboração) e os contratos de direito privado (Marçal JUSTEN FILHO, *Curso de direito administrativo*, 3. ed., São Paulo, 2008, p. 324 e ss.). Em Portugal, contudo, a evolução do ordenamento jurídico levou à distinção entre os contratos administrativos e os chamados “contratos públicos”, havendo atualmente alguma preferência no uso do segundo termo na União Europeia em geral, especialmente após a presença desta nomenclatura em Diretivas do Parlamento Europeu e do Conselho, quando se pretendeu ampliar o alcance da expressão atingindo também os contratos celebrados sob o regime de direito privado realizados pelas entidades privadas exercentes de funções administrativas. A abordagem principal deste trabalho está relacionada à contratação direta em território brasileiro, de maneira que se pretende adotar o termo “contratos administrativos”, pois previsto na Lei nº 8.666/1993, sem prejuízo da utilização de demais expressões fazendo-se ressalvas quando necessário. Para aprofundamento sobre a diferenciação entre contratos públicos e contratos administrativos: Sérvulo CORREIA / José Manuel RIBEIRO, *Contrato administrativo*, Extracto do Dicionário Jurídico da Administração Pública, 1972, p. 5 e ss. Sobre a utilização

em vista a eliminação de alternativas como a constrição de bens privados e a requisição compulsória de serviços aos particulares, atitudes comuns em Estados autoritários.<sup>8</sup> A Administração recorria ao setor privado através de atos administrativos utilizados como instrumentos de domínio.<sup>9</sup> Com o estabelecimento do Estado Democrático<sup>10</sup> e superada a consolidação da Administração Pública, num primeiro momento foi inevitável a utilização do regime de contratação já construído no setor privado a fim de se alcançar os interesses sob tutela estatal. As regras aplicadas aos contratos realizados entre os privados, como mútuo consentimento, liberdade total de negociação e ampla autonomia da vontade das partes, foram, dessa forma, incorporadas pelas entidades públicas em seus procedimentos de contratação. Neste tempo, poder-se-ia dizer que a atividade contratual como um todo era regida pelo Direito Comum.<sup>11</sup>

---

da expressão “contratos públicos” em preferência a “contratos administrativos”: Pedro Vaz MENDES, *A exceção de não cumprimento nos contratos públicos*, in *O direito*, ano 140, 2008, I, p. 119/207; Mário Aroso de ALMEIDA, *Apontamento sobre o contrato administrativo no código dos contratos públicos*, in *RCP*, n. 2, 2011, p. 5-34. Em sentido contrário: Maria João ESTORNINHO, *Direito europeu dos contratos públicos: um olhar português*, Coimbra, 2006, p. 299 e ss.

<sup>8</sup> Alternativas como a constrição de bens e a requisição compulsória de serviços aos particulares são limitadas a situações extremas no Estado Democrático e apenas podem ser utilizadas quando observados os procedimentos específicos de cada hipótese. No Brasil, manteve a expropriação como possibilidade de constrição de bens, subordinada, em regra, à prévia e justa indenização em dinheiro. Mas não é possível ao Estado obrigar o particular a executar serviços por meio de instrumentos autoritários. (Marçal JUSTEN FILHO, *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 15. ed., São Paulo, 2012, p. 11). Também sobre o tema, mas numa visão portuguesa da evolução histórica do contrato administrativo: Marcelo Rebelo de SOUSA / André Salgado MATOS, *Contratos públicos: direito administrativo geral*, 2. ed., Alfragide, tomo III, 2009, p. 21 e ss.

<sup>9</sup> Mário Aroso de ALMEIDA, *Contratos administrativos e poderes de conformação do contraente público no novo Código dos Contratos Públicos*, in *CJA*, n. 66, 2007, p. 3-16.

<sup>10</sup> O Estado Brasileiro organiza-se na forma de Estado Democrático de Direito, enquanto Portugal é um Estado de Direito Democrático. Por mais singela que seja a distinção, há quem diga que a posição da preposição “de” ora qualifica o Estado e ora o Direito, de maneira que a qualificação do Estado como democrático, conforme a Constituição Brasileira, transmite valores da democracia a todos os elementos que constituem o Estado e, também, sobre a ordem jurídica. Por outro lado, a qualificação do Direito como democrático, nos termos da Constituição Portuguesa, transfere ao Estado de Direito Democrático os valores basilares do que a doutrina reconhece como Estado Democrático de Direito, ou seja, a idéia de soberania popular, de pluralismo de expressão e de organização política de forma democrática. (José Afonso da SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, 27. ed., São Paulo, 2006, p. 119). Entretanto, outra poderia ser a interpretação após análise gramatical mais complexa das expressões. Poder-se-ia considerar que na expressão “estado de direito democrático”, o “de direito” é adjunto adnominal do substantivo “Estado”. Isso quer dizer que o adjetivo “democrático” atribui uma qualidade ao sintagma nominal “estado de direito” e não apenas ao substantivo “direito”. Mais conjecturas seriam possíveis acerca do tema, contudo, para os fins deste trabalho, assume-se tratar-se apenas de uma distinção formal.

<sup>11</sup> Sobre o tema e a exceção contida nos termos das Ordenações Manuelinas em relação à exploração de terras municipais, cuja contratação era precedida de pregão público sob pena de nulidade, ver: Paulo OTERO, *Da negociação no procedimento de adjudicação de contratos públicos*, in Augusto de ATHAYDE / João CAUPERS / Maria da Glória F. P. D. GARCIA (org.), *Em homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Coimbra, 2010, p. 924.

Com a instituição do Direito Administrativo surgiu a efetiva preocupação com publicidade, concorrência e igualdade no tocante aos contratos realizados pelas entidades públicas<sup>12</sup> e, ao mesmo tempo, fez-se imprescindível firmar a autonomia deste ramo do Direito em relação às instituições civilísticas para garantir o sucesso das atividades administrativas.<sup>13</sup> A contratação administrativa foi tomada por uma tendência progressiva de vinculação a determinados procedimentos quando da escolha do co-contratante, restando como exceção momentos de negociação entre Administração e particular no cenário da contratação.<sup>14</sup> Deste, o contrato administrativo pode ser fundamentalmente definido como um acordo jurídico que pretende constituir, modificar ou extinguir relação regrada pelo Direito Administrativo, pelo qual vinculam-se dois ou mais sujeitos, dentre os quais um deve ser necessariamente membro da Administração a celebrar o contrato nesta qualidade.<sup>15</sup>

A diferença essencial que se estabeleceu com a distinção entre os contratos celebrados pela Administração foi a possibilidade de prevalência do interesse público mesmo em relação ao *pacta sunt servanda*, permitindo-se o sacrifício da estabilidade contratual para resguardar os interesses efetivamente tutelados pela Administração.<sup>16</sup> As atividades administrativas como um todo estão atreladas ao interesse público, o que representa, em primeiro lugar, a sujeição da Administração à lei, tendo em vista não haver outros interesses qualificados como públicos além daqueles assim descritos pelo legislador e, em segundo lugar, que toda a atuação administrativa deve ser meditada e valorada de acordo com este princípio, possibilitando-se invalidar atos administrativos por desvio de poder ou condenar os agentes administrativos que decidam em desrespeito à persecução do interesse público.<sup>17</sup>

Assim, e considerando a rendição da Administração aos princípios da legalidade, da publicidade, da concorrência e da igualdade, tem-se justificada a formação de procedimentos que vinculem a celebração dos contratos administrativos. No Brasil eles são

---

<sup>12</sup> OTERO, *Da negociação...*, cit., p. 924-925.

<sup>13</sup> Pedro GONÇALVES, *O contrato administrativo: uma instituição do direito administrativo do nosso tempo*, Coimbra, 2004, p. 13.

<sup>14</sup> OTERO, *Da negociação...*, cit., p. 921-961.

<sup>15</sup> Sobre a definição e os critérios de qualificação do contrato administrativo: Mark Bobela-Mota KIRKBY, Conceito e critérios de qualificação do contrato administrativo, in Jorge MIRANDA (coord.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, vol. II, Coimbra, 2010, p.792-793; Pedro GONÇALVES, *O contrato administrativo...*, cit., p. 27; CORREIA / RIBEIRO, *Contrato administrativo*, cit.

<sup>16</sup> OLIVEIRA / GONÇALVES / AMORIM, *Código do...*, cit., p. 806.

<sup>17</sup> OLIVEIRA / GONÇALVES / AMORIM, *Código do...*, cit., p. 97.

chamados, de modo amplo, “licitação”<sup>18</sup>, reconhecida como o procedimento administrativo pelo qual a Administração, no empenho de satisfazer um interesse público, seleciona a proposta mais vantajosa entre as oferecidas por particulares aptos a atendê-la minimamente nos termos exigidos em minuta editalícia, após competirem sob condições isonômicas de concorrência. É através deste procedimento que a Administração chama os particulares interessados para oferecer propostas com o fim de satisfazer suas necessidades.

## 1.2 DEVER DE LICITAR NO BRASIL

A discussão sobre a obrigatoriedade da licitação no Brasil é considerada superada há anos, uma vez que a Constituição da República trata deste tema expressamente em seu art. 37, inc. XXI<sup>19</sup>, pelo qual “(..) *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*”. Extrai-se daí a sujeição da Administração contratante aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da igualdade, da publicidade e da moralidade.

---

<sup>18</sup> A expressão “licitação” é utilizada no Brasil desde o Código de Contabilidade Pública da União de 1922, tendo sido incorporada pelas sucessivas legislações surgidas após. Em termos conceituais, a licitação brasileira corresponde aos “procedimentos pré-contratuais públicos” ou “procedimentos para a formação de contratos” previstos na legislação portuguesa (Código de Contratos Públicos, inserido pelo Decreto-Lei nº 18/2008, de 29 de Janeiro). Os “concurso”, como são usualmente chamados em Portugal, são definidos como os procedimentos administrativos de seleção de proposta e de co-contratante pela Administração, através do qual, de forma transparente, igualitária e num regime de concorrência, a Administração dá notícia aos interessados de sua pretensão de contratar e das condições em que o fará. As informações anunciadas pela entidade adjudicante têm poder vinculante e servem de baliza na seleção da proposta mais vantajosa. (Margarida Olazabal CABRAL, *O concurso público nos contratos administrativos*, Coimbra, 1997, p. 17-18). Trata-se de definição bastante similar a de autores brasileiros, pelos quais a licitação é o procedimento de seleção da proposta que oferecer mais vantagens à Administração, limitado pelo dever da moralidade e do tratamento isonômico a todos os interessados em com ela contratar. (J. SILVA, *Curso de direito...*, cit., p. 672). Apesar das nomenclaturas distintas, extrai-se de ambas as definições características similares como a vinculação, a necessidade de possibilitar a concorrência, a obediência a um procedimento administrativo e a busca pela proposta mais vantajosa. Como o tema central deste trabalho é a contratação direta regida pelas leis brasileiras, adotar-se-á a nomenclatura “licitação”, sem prejuízo da utilização da expressão “concurso” nos momentos oportunos. Sobre as terminologias utilizadas em Portugal: Mário Esteves de OLIVEIRA / Rodrigo Esteves de OLIVEIRA, *Concursos e outros procedimentos de adjudicação administrativa: das fontes às garantias*, 2.reimp. 1998 ed., Coimbra, 2005, p. 3.

<sup>19</sup> Sobre o tema: Lúcia Valle FIGUEIREDO, *Curso de direito administrativo*, 6. ed., São Paulo, 2003, p. 447.

Assume-se que o procedimento licitatório prévio à contratação administrativa é a regra, e a licitação torna-se, portanto, “(...) o antecedente necessário do contrato administrativo; [enquanto que] o contrato é o conseqüente lógico da licitação”<sup>20</sup>. A licitação é essencial como procedimento prévio à contratação, fazendo-se necessária sempre que uma entidade governamental criar um benefício pessoal direto a determinado particular em razão de colaboração remunerada ou do gozo de bem ou serviço público, sem possibilidades de estender este benefício à generalidade dos interessados.<sup>21</sup> Para estes fins, é considerado contrato todo ajuste de acordo com a vontade das partes de formar vínculo e estipular obrigações recíprocas, realizado entre órgãos ou entidades da Administração e particulares, independentemente da denominação que lhe for dado (art. 2º da Lei nº 8.666/1993).

Atualmente, a imprescindibilidade do procedimento licitatório prévio às situações aí enquadradas vincula todas as pessoas de Direito Público, determinando que entidades de suas administrações diretas, indiretas ou fundacionais (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações governamentais), de quaisquer dos Poderes (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) devam seguir ritos licitatórios a fim de satisfazerem o interesse público por elas tutelado.<sup>22</sup> O inc. XXI hasteou a licitação, portanto, como princípio<sup>23</sup> básico norteador da atuação da Administração.

Mesmo se este não fosse o caso – ou seja, em não havendo previsão constitucional expressa acerca da obrigatoriedade da licitação –, o dever de licitar dirigido aos entes

---

<sup>20</sup> Hely Lopes MEIRELLES, *Direito administrativo brasileiro*, 22. ed., São Paulo, 1997, p. 246

<sup>21</sup> Neste sentido: Carlos Ari SUNDFELD, *Licitação e contrato administrativo*, São Paulo, 1995, p. 40.

<sup>22</sup> Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 19/1998, que modificou o regime sobre princípios e normas da Administração, alterou-se o art. 22, inc. XXVII, da Constituição da República, surgindo dúvida quanto à aplicabilidade da licitação às sociedades de economia mista e empresas públicas. Deve-se distinguir as sociedades de economia mista e as empresas públicas prestadoras de serviços públicos que continuam obrigadas às normas da Lei nº 8.666/1993, das sociedades de economia mista e empresas públicas exploradoras de atividade econômica que seriam regidas por leis criadas nos termos dos art. 22, inc. XXVII e 173, § 1º (Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Elementos de direito administrativo*, 11. ed., São Paulo, 1999, p. 380-381). Há, contudo, interpretação no sentido de que a Emenda Constitucional nº 19/1988 não desobriga nenhuma entidade de realizar procedimento licitatório, apenas faculta o procedimento diferenciado. São os atos tipicamente comerciais ligados ao desempenho das atividades finais destas pessoas que não são abarcados por esta obrigatoriedade, tendo em vista que a licitação é incompatível aos próprios fins buscados, bastando “que o interessado satisfaça as respectivas normas de serviço dessas empresas para que o contrato celebrado seja legítimo.” (Diógenes GASPARINI, *Direito administrativo*, 8. ed., São Paulo, 2003, p. 421). Para maior aprofundamento sobre o tema: Paulo José VILLELA LOMAR, in Toshio MUKAI (coord.), *Curso avançado de licitações e contratos públicos*, 1. ed., São Paulo, 2000, p. 13.

<sup>23</sup> O princípio da licitação sujeita as contratações administrativas, como regra, ao procedimento de seleção de propostas mais vantajosas para a Administração. Constitui um princípio instrumental de realização dos princípios da moralidade administrativa e do tratamento isonômico dos eventuais contratantes com o Poder Público. (J. SILVA, *Curso de direito...*, cit., p. 672).

federados e aos órgãos que os representam persistiria em decorrência de interpretação da gama principiológica prevista na Constituição da República. Seria assim, especialmente, em razão dos princípios da supremacia do interesse público<sup>24</sup>, da indisponibilidade do interesse público<sup>25</sup> e da isonomia<sup>26</sup>, pelos quais seria dever implícito da Administração a tutela eficaz do interesse público em todos os seus atos, impedindo-se, desta forma, que os entes públicos atuassem livremente, e também garantindo o tratamento igualitário entre todos os particulares, vetadas eventuais parcialidades nas escolhas dos contratados.<sup>27</sup>

Ainda antes da Constituição da República de 1988, o Decreto-Lei nº 2.300/1986 surgiu com o fim de regulamentar a obrigatoriedade de licitar e a própria contratação administrativa em si, estabelecendo normas gerais que num primeiro momento

---

<sup>24</sup> Sobre o tema: Fábio Medina OSÓRIO, *Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro?*, in RDA, Rio de Janeiro, n. 220, 2000, p. 69-107. Em sentido contrário, tecendo severas críticas ao princípio da supremacia do interesse público e o suposto uso ultrapassado deste instituto no Brasil, que serviria mais a práticas de autoritarismo do que à satisfação dos interesses coletivos: Luís Roberto BARROSO, *O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a definição da supremacia do interesse público*; Daniel SARMENTO, *Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional*; Alexandre Santos de ARAGÃO, *A "supremacia do interesse público" no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do Direito Público contemporâneo*; Gustavo BINENBOJM, *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade*; Humberto ÁVILA, *Repensando o "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular"*; e Paulo Ricardo SCHIER, *Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais*. Todos em: Daniel SARMENTO (org.), *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*, Rio de Janeiro, 2005.

<sup>25</sup> Sobre o tema: Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo*, 26. ed., São Paulo, 2009, p. 73-74.

<sup>26</sup> Sobre o tema: Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, 3 ed., São Paulo, 2011. Especificamente sobre a aplicação deste princípio em relação à licitação, tem-se que o princípio da igualdade pressupõe não apenas o dever de tratamento igualitário entre todos os participantes do certame, mas, inclusive, o dever de oportunizar a sua disputa a qualquer interessado capacitado dele participar. (BANDEIRA MELLO, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 512)

<sup>27</sup> Tendo em vista que a própria malha principiológica da ordem jurídica brasileira ainda gera discussões em razão dos princípios ali incluídos ou não, dos explícitos ou implícitos, faz sentido não haver entendimento padronizado sobre quais princípios ensejam o dever de licitar aos entes federados (ainda que ausentes regras expressas neste sentido). O art. 37 da Constituição da República submete a atuação do Administrador aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, norteadores de toda a atividade administrativa (Carlos Pinto COELHO MOTTA, *Eficácia nas licitações e contratos: lei n. 8.666/93*, 11. ed., Belo Horizonte, 2008, p. 16 e ss.). Contudo, outras ordens principiológicas referentes ao tema podem ser extraídas ao longo do texto constitucional e da própria legislação infraconstitucional. De acordo com TOSHIO MUKAI os princípios da igualdade dos administradores perante a Administração e da indisponibilidade do interesse público asseveram o dever daqueles atuarem como se Administração fossem, afastando-se da subjetividade e parcialidade de suas decisões, e vedam a livre disposição do interesse público (*Direito administrativo sistematizado*, 2. ed., São Paulo, 2000, p. 242). Já VERA LÚCIA MACHADO D'AVILA avalia que são os princípios da isonomia e da impessoalidade que levam à obrigatoriedade de licitar, sob argumento bastante semelhante ao anterior (in Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*, São Paulo, 2001, p. 101). Há, ainda, quem diga que a mera existência do princípio constitucional da isonomia impulsionaria à obrigatoriedade de licitar (João Carlos Mariense ESCOBAR, *Licitação: teoria e prática*, 4. ed., Porto Alegre, 1999, p. 24). Apesar das discrepâncias na listagem dos princípios, segue-se uma linha comum nas argumentações de que a Administração deve agir com imparcialidade e permitir o acesso de todos os interessados nas contratações administrativas.

restringiram em excesso a atuação das entidades públicas da Administração direta. Com o tempo foi necessário flexibilizar o regimento imposto, possibilitando à Administração a adoção de procedimentos mais simples que decorriam de regulamentos criados pelas próprias entidades licitantes, sempre em respeito aos princípios básicos da licitação. Pretendia-se inserir tais entidades num campo de gestão semelhante àquele existente entre as empresas privadas, até porque entre as competências legislativas mais tarde trazidas pela Constituição da República não havia grande destaque em relação ao tema de licitação e contratos.<sup>28</sup>

Ainda assim, foi elencada no art. 22 da Constituição a competência legislativa a ser exercida privativamente<sup>29</sup> pela União; e, compondo o rol ali discriminado, mais especificamente no que diz respeito aos temas relacionados ao Direito Administrativo, encontra-se o inc. XXVII, pelo qual cabe à União, “em caráter privativo”, legislar acerca das “*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*”.

Em linhas gerais, é competência da União elaborar os dispositivos legais que tratam das generalidades a serem aplicadas invariavelmente a todos<sup>30</sup> os entes federados – as chamadas normas gerais<sup>31</sup>. Mas isso não impede a elaboração de normas especiais por

---

<sup>28</sup> Jorge Ulisses JACOBY FERNANDES, *Contratação direta sem licitação*, 9. ed., Belo Horizonte, 2011, p. 46.

<sup>29</sup> A competência privativa difere-se da exclusiva pela possibilidade naquela de delegação a outros entes federados. Na prática a Constituição Brasileira não segue com rigor técnico esta diferenciação, tanto que há crítica doutrinária sobre a localização do inc. XXVII que deveria figurar no art. 24 da Constituição da República. Ocorre que o art. 22 cuida de competência privativa e seu inc. XVII faz referência a normas gerais, o que já afasta automática e logicamente a privatividade. A matéria de licitações e contratos deveria figurar no art. 24, que diz respeito, exatamente, à competência da União para expedir normas gerais (Adilson ABREU DALLARI, *Aspectos jurídicos da licitação*, 7. ed., São Paulo, 2006, p. 27-28). Na realidade, a União não dispõe de competência privativa e exclusiva para legislar sobre licitações e contratos administrativos, mas sim de competência para editar normas gerais dessa matéria. Uma vez que se trata da edição de normas gerais, está-se diante de competência concorrente entre a União e os entes federados. Ou seja, também os demais entes federados podem legislar sobre o tema de maneira complementar ao disposto pela União. Sobre o tema: JACOBY FERNANDES, *Comentários...*, cit., p. 28 e ss.

<sup>30</sup> Importante frisar que as empresas estatais com personalidade jurídica de Direito Privado, como sociedades de economia mista, empresas públicas e outras entidades subjugadas direta ou indiretamente ao Poder Público, podem ter regulamentos internos próprios relacionado às suas contratações, mas continuam sujeitas às normas gerais da Lei nº 8.666/1993, nos termos do disposto em seu art. 119. (MEIRELLES, *Direito administrativo...*, cit., p. 278).

<sup>31</sup> Aprofundar-se no tema das normas gerais não é propriamente o objetivo desta pesquisa, contudo, vale ressaltar que a elucidação de normas gerais é uma solução constitucional relacionada à intenção de manter certa unidade nacional em relação às contratações administrativas, evitando que cada ente federado atue isoladamente e produza resultados e soluções diferentes em matéria tão relevante (JUSTEN FILHO,



parte desses mesmos entes, até porque elas são indispensáveis para aprontar a regulação do conteúdo.

Assim, o Decreto-Lei nº 2.300/1986 tornou-se obsoleto e foi expressamente revogado pela Lei Federal nº 8.666/1993, consagrando o início de novo período de rigoroso controle às atividades da Administração a fim de preservar o interesse público, quando as entidades direta<sup>32</sup> e indiretamente<sup>33</sup> controladas pela Administração foram novamente subjugadas à regulamentação severa de licitação e contratação administrativa.<sup>34</sup>

Mas é evidente que o dever de licitar não é absoluto. Em tese, a prévia licitação produz a melhor contratação; no entanto, trata-se de regra fundamental, e não incondicional. Apenas a licitação de bens congruentes, homogêneos ou equivalentes entre si é possível, não sendo razoável pretender a licitação de objetos díspares.<sup>35</sup> Não admitir exceções devidamente previstas em lei que possibilitem a contratação direta entre a Administração Pública e um particular sem o antecedente procedimento licitatório é equivocado, até porque há que se considerar situações em que a licitação possa ser “(...) *material ou juridicamente impossível*”<sup>36</sup>. O princípio da licitação deve ser coordenado com os demais existentes na ordem jurídica, como ocorre em relação a todas as normas jurídicas. Por isso, em algumas situações previamente estabelecidas pelo legislador, a obrigatoriedade de se licitar poderá ceder lugar a outro princípio, como o da economicidade ou do primado da segurança nacional, o que não representará afronta ao seu

---

*Comentários...*, cit., p. 14 e ss.). Sobre as normas gerais e as formas de identificá-las no texto da Lei nº 8.666/1993 e demais legislações pertinentes ao tema: Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, *Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais*, in RIL, v. 25, n. 100, 1988.

<sup>32</sup> “Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre 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.

*Parágrafo único.* Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

<sup>33</sup> “Art. 119. As sociedades de economia mista, empresas e fundações públicas e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União e pelas entidades referidas no artigo anterior editarão regulamentos próprios devidamente publicados, ficando sujeitas às disposições desta Lei.

*Parágrafo único.* Os regulamentos a que se refere este artigo, no âmbito da Administração Pública, após aprovados pela autoridade de nível superior a que estiverem vinculados os respectivos órgãos, sociedades e entidades, deverão ser publicados na imprensa oficial.”

<sup>34</sup> A restrição atribuída às entidades da Administração indireta, ainda que com a possibilidade de criação de regulamentos próprios, causou desentendimentos doutrinários em relação à eficiência do controle pretendido quanto a estas entidades diante da própria razão de suas existências. Sobre o tema: Luiz ZAIDMAN / Lincoln Teixeira Mendes Pinto da LUZ, *Estudos para uma lei orgânica da administração federal*, Brasília, 1978, p. 74.

<sup>35</sup> BANDEIRA DE MELLO, *Elementos...*, cit., p. 383-384.

<sup>36</sup> DALLARI, *Aspectos...*, cit., p. 47.

teor. Isso pode ocorrer até mesmo para garantir um interesse público maior, que implique na intervenção estatal na economia.<sup>37</sup>

Em geral os juristas estabelecem três ordens de pressupostos sem os quais a licitação não alcançaria sua finalidade: (i) lógicos, representados pela pluralidade de objeto e de ofertantes; (ii) jurídicos, pelos quais a licitação deve constituir meio apto para alcançar o interesse que se deseja prover (ao menos em tese); (iii) fáticos, que significam que deve haver interessados em participar.<sup>38</sup> A falha em relação a um destes pressupostos torna redundante a instauração de um procedimento licitatório porque este não alcançará sua finalidade, ou seja, não servirá à obtenção da proposta mais vantajosa. Daí surge a possibilidade de contratação direta, que funciona, ao final, como um limitante à presunção absoluta de obrigatoriedade de licitar.

### **1.3 FINALIDADES LEGAIS DA LICITAÇÃO (?)E DA CONTRATAÇÃO ADMINISTRATIVA NO BRASIL**

Em regra, por meio da instauração de procedimento licitatório busca-se basicamente obter a proposta mais vantajosa e oferecer tratamento isonômico a todos os interessados em contratar com a Administração. Mas bem se sabe que o alcance dos efeitos da contratação administrativa não está restrito aos princípios da vantajosidade e da igualdade. Há tempos a contratação administrativa tem sido utilizada em políticas públicas para a fomentação de diversos setores, sendo considerada um aparelho hábil ao alcance de múltiplos fins e políticas na sociedade.<sup>39</sup> Seguindo este raciocínio, a dimensão de alcance da contratação administrativa ampliou-se e em diversos países passou-se a discutir a inclusão destas finalidades nos ordenamentos jurídicos<sup>40</sup>, como é o caso do Brasil, em que

---

<sup>37</sup> JACOBY FERNANDES, *Contratação...*, cit., p. 169.

<sup>38</sup> BANDEIRA DE MELLO, *Elementos...*, cit., p. 382-383.

<sup>39</sup> Sobre a utilização da contratação administrativa com finalidades indiretas: Pedro GONÇALVES, *Gestão de contratos públicos em tempo de crise*, in \_\_\_\_\_ (org.), *Estudos de contratação pública III*, Coimbra, Cedipre, 2010, pp. 5-49; Christopher BOVIS, *EC Public Procurement Law*, 2007, p. 9-42; Ana Maria Jara Botton FARIA, *Licitação: um importante instrumento para promover a sustentabilidade*, in RDE, n. 8, 2007, p. 93-112.

<sup>40</sup> Neste sentido: art. 5º do *Code des Marchés Publics* (Código de Contratos Públicos Francês): “I. - *La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant tout appel à la concurrence ou toute négociation non précédée d'un appel à la concurrence en prenant en compte des objectifs de développement durable. Le ou les marchés ou accords-cadres conclus par le pouvoir adjudicateur ont pour objet exclusif de répondre à ces besoins.*”

agregou-se a promoção do desenvolvimento sustentável como dever da Administração. O art. 3º da Lei nº 8.666/1993, cuja redação foi recentemente alterada pela Lei nº 12.349/2010, passou a prever que *“a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável 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.”*

O desenvolvimento sustentável nacional deixa de ser um dever-poder administrativo decorrente da Constituição e de leis esparsas<sup>41</sup> e se torna obrigação ao gestor público, cuja desoneração depende de justa causa motivada e comprovada, sob pena de configuração de vício insanável do procedimento por evidente descumprimento de finalidade legal. O inadimplemento desta finalidade específica significa o desrespeito também ao princípio da vantajosidade, uma vez que já não se pode conformar com o “benefício neutro” proporcionado pelo valor econômico da proposta cujo alcance é limitado aos destinatários do pretenso contrato. Exigem-se mais resultados da licitação porque o próprio interesse público exige mais para sua satisfação.<sup>42</sup>

Em que pese o equívoco na redação legislativa ao dispor sobre a finalidade da licitação e não da contratação administrativa,<sup>43</sup> essa roupagem transfere-se ao contrato

---

*II. - Le pouvoir adjudicateur détermine le niveau auquel les besoins sont évalués. Ce choix ne doit pas avoir pour effet de soustraire des marchés aux règles qui leur sont normalement applicables en vertu du présent code.*

<sup>41</sup> O art. 3º, inc. II, da Constituição da República determina a promoção do desenvolvimento nacional como um dos fins da República e o art. 174 também do texto constitucional prevê-o como fim norteador da intervenção regulatória do Estado (*“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) II - garantir o desenvolvimento nacional; (...) Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”*). Daí se extrai que mesmo anteriormente à Lei nº 12.439/2010 já era material e juridicamente possível direcionar as contratações administrativas à promoção do desenvolvimento nacional, tendo em vista a necessária interpretação sistemática-teleológica do ordenamento jurídico. Isso porque ainda que ausente esta finalidade na redação original do art. 3º, § 1º, inc. I da Lei nº 8.666/1993, já havia expressa previsão no texto constitucional vinculando-a como intenção da própria República. (Daniel FERREIRA, *Função social da licitação pública: o desenvolvimento nacional sustentável*, in FCGP, Belo Horizonte, ano 9, n. 107, 2010, p. 52)

<sup>42</sup> Daniel FERREIRA, *A licitação pública no Brasil e sua nova finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável*, Belo Horizonte, 2012, p.39.

<sup>43</sup> O legislador equivocou-se na redação apresentada na Lei nº 12.349/2010 ao prever o desenvolvimento nacional sustentável como finalidade da licitação, quando na realidade trata-se de finalidade pretendida através da contratação administrativa. A licitação é apenas o instrumento utilizado na busca da contratação

administrativo, cuja função social não se confunde com a execução do objeto contratado e a satisfação direta e imediata dos interesses sob tutela estatal. A concepção tradicional deu espaço à expressão da dimensão macroeconômica da contratação administrativa decorrente da intensa manifestação estatal na economia através dos inúmeros contratos celebrados junto aos particulares.<sup>44</sup> As contratações administrativas como um todo podem ser utilizadas como estímulo para que a indústria, o comércio e o setor de prestação de serviços acomodem-se voluntariamente aos parâmetros estipulados para a satisfação do interesse público, inclusive auxiliando no desenvolvimento nacional sustentável.<sup>45</sup>

Pretende-se por meio do desenvolvimento nacional satisfazer “*as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades*”<sup>46</sup>, alcançando-se efeitos de natureza econômica, ambiental, social e fundamental.<sup>47</sup> Basicamente são dois os aspectos principais do desenvolvimento sustentável: (i) a necessidade, especialmente no que diz respeito às necessidades básicas dos países menos desenvolvidos, que exigem prioridade absoluta; e (ii) e a premissa de que o meio ambiente é esgotável e sua capacidade de satisfazer as necessidades atuais e as futuras está limitada pelo desenvolvimento da tecnologia e da organização social.<sup>48</sup> Essencialmente, o desenvolvimento sustentável tem sido considerado o processo de mudanças das formas de exploração dos recursos, das direções em que são apontados os investimentos e das orientações de desenvolvimento tecnológico, buscando-se, a partir destas variações, o alcance daqueles dois aspectos principais.<sup>49</sup>

---

administrativa mais vantajosa ao atendimento das necessidades administrativas, enquanto que a contratação administrativa pretende alcançar a satisfação destas necessidades. Logo, é a contratação administrativa que deve efetivamente promover o desenvolvimento nacional sustentável. (Marçal JUSTEN FILHO, *Desenvolvimento nacional sustentado: contratações administrativas e o regime introduzido pela Lei n. 12.349/2010*, in ICL, Curitiba, n. 210, 2010, p. 745-751)

<sup>44</sup> JUSTEN FILHO, *Desenvolvimento nacional...*, cit., p. 745-751.

<sup>45</sup> D. FERREIRA, *A licitação pública...*, cit., p. 45.

<sup>46</sup> Relatório Brundtland de 1987, *Nosso Futuro Comum*, Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Sobre o tema: Manoel Adam Lacayo VALENTE, *Marco legal das licitações e compras sustentáveis na administração pública*, in Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados, mar/2011, disponível em [http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/5704/marco\\_legal\\_valente.pdf?sequence=2](http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/5704/marco_legal_valente.pdf?sequence=2).

<sup>47</sup> Especificamente em relação a cada uma das facetas do desenvolvimento sustentável: D. FERREIRA, *A licitação pública...*, cit., p. 56.

<sup>48</sup> Sydney GUERRA /Sérgio GUERRA, *Curso de Direito Ambiental*, Belo Horizonte, 2009, p. 127-128.

<sup>49</sup> *Our Common Future, Chapter 2: Towards Sustainable Development*, in UN Documents, disponível em <http://www.un-documents.net/ocf-02.htm#1>.

## 1.4 DA IDENTIFICAÇÃO DA NECESSIDADE À ADJUDICAÇÃO DO OBJETO

### 1.4.1 Fase Interna

A necessidade de satisfazer interesses sob tutela estatal não apenas impulsionou a consolidação do instituto do contrato administrativo como até hoje é o primeiro passo do qual decorrem todas as contratações realizadas pela Administração. A concretização de cada contratação administrativa depende diretamente do surgimento e da visualização de um vazio a ser suprimido, pois é apenas após esta constatação e a devida concepção da solução técnica suficiente a atendê-la que se opta pela conveniência ou não em se realizar um contrato. Por conseguinte, a decisão de contratar abrange essencialmente a avaliação de um ou mais interesses públicos sob tutela estatal e um contrato como vetor conveniente à satisfação almejada,<sup>50</sup> sendo imprescindível a realização antecedente à contratação de juízo fundamentado sobre a necessidade, a utilidade e a moralidade do pretenso contrato.<sup>51</sup> Surgem diversas alternativas para suprir a insuficiência da Administração e a decisão de contratar deve responder às conveniências públicas da melhor forma possível, pois apenas assim será possível especificar o objeto da contratação e os termos essenciais do contrato.<sup>52</sup> É, portanto, imperativa a motivação da decisão de contratar justificando a conveniência da contratação, para só então desenvolver a minuta preliminar do pretenso contrato.

Uma vez delimitado o objeto e as questões contratuais que envolvem sua contratação (como prazos de entrega ou forma de realização do serviço), é essencial a análise da exequibilidade de concorrência entre diversos particulares interessados em suprir aquela específica necessidade da Administração. Ou seja, devem ser considerados os pressupostos da licitação e, caso eles estejam presentes, estabelecer requisitos de habilitação, decidir pela modalidade<sup>53</sup> e pelo critério de julgamento<sup>54</sup> a serem utilizados

---

<sup>50</sup> Sérvulo CORREIA, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Coimbra, 2003, p. 537-538.

<sup>51</sup> Egon Bockmann MOREIRA / Fernando VERNALHA GUIMARÃES, *Licitação pública*, São Paulo, 2012, p. 30.

<sup>52</sup> O art. 5º do *Code des Marchés Publics* (Código de Contratos Públicos Francês) também prevê a obrigatoriedade do esclarecimento das necessidades a serem satisfeitas, o que vincula o contrato a ser celebrado ao fim exclusivo de contentamento daquela necessidade. (Luís Valadares TAVARES, *A avaliação das propostas segundo as directivas 2004/17/CE e 2004/18/CE e o código dos contratos públicos*, in *RTC*, 50, 2008, p. 37-90)

<sup>53</sup> As modalidades licitatórias são as formas de apresentação do procedimento da licitação, escolhidas de acordo com as especificidades do caso concreto, o público que se pretende alcançar e, em alguns casos, o valor do contrato. A legislação brasileira prevê seis modalidades de licitação a serem utilizadas por todos os

para, finalmente, elaborar a minuta editalícia que conterá todas estas informações e vinculará os atos e decisões da Administração após sua publicação.

---

entes federados, no art. 22 da Lei nº 8.666/1993 e no art. 1º da Lei nº 10.520/2002: (i) concorrência; (ii) tomada de preços; (iii) convite; (iv) concurso; (v) leilão; (vi) pregão. Atualmente, fala-se também do regime diferenciado de contratação, cujos comentários pertinentes serão propostos mais à frente, em tópico próprio.

A concorrência exige ampla publicação e possibilita a participação de qualquer interessado que se apresente na fase de habilitação e possua os requisitos de qualificação exigidos para executar o objeto licitado que, geralmente envolve obras, concessões ou alienações imobiliárias em razão do alto valor de contratação envolvido. Quando utilizada para a contratação de obras e serviços de engenharia pode alcançar o valor máximo de R\$ 1.500.000,00 e, para contratação das demais compras e serviços aí não incluídos, o valor de R\$ 650.000,00 (art. 23, inc. I, al. “c”, e inc. II, al. “c”).

A modalidade tomada de preços, apesar de envolver os mesmos valores de contrato relacionados à concorrência (art. 23, inc. I, al. “b”, e inc. II, al. “b”), possui alcance mais limitado, restringindo-se aos interessados que tenham efetuado cadastramento até o terceiro dia antecedente à data do recebimento das propostas e atendam às condições de exigência do edital.

Por sua vez, o convite depende do chamamento de ao menos três interessados por meio do envio de cartas-convite pela Administração. Demais interessados que preencham os requisitos necessários podem participar da licitação, contanto que manifestem este interesse com antecedência de vinte e quatro horas da apresentação da proposta. O convite pode ser utilizado na contratação de obras e serviços de engenharia até o limite de R\$ 150.000,00 e para aquisições de outros objetos no valor máximo de R\$ 80.000,00 (art. 23, inc. I, al. “a”, e inc. II, al. “a”).

A modalidade concurso visa à instituição de prêmios ou remuneração ao vencedor da seleção de trabalho científico, técnico ou artístico de acordo ao edital publicado em imprensa oficial com antecedência mínima de quarenta e cinco dias do resultado.

O leilão é o procedimento pelo qual a Administração vende seus bens móveis inservíveis, produtos legalmente apreendidos ou penhorados e bens móveis aos interessados.

E, por fim, o pregão, modalidade disciplinada fora da Lei nº 8.666/1993, é utilizado na aquisição de bens e serviços de uso comum sem limite valorativo, podendo ocorrer por meio presencial ou eletrônico.

<sup>54</sup>Importante salientar que as licitações não se pautam unicamente pela escolha do menor preço ofertado. Há quatro tipos de licitação utilizados como critérios de julgamento no Brasil dispostos na Lei n.º 8.666/: (i) menor preço; (ii) melhor técnica; (iii) técnica e preço; e (iv) maior lance. Para fins gerais, o tipo menor preço não deve ser entendido como aquele que preza exclusivamente o menor valor monetário. Ao adotar este critério, a Administração deve, sim, analisar a questão monetária, mas seleciona-se o *melhor preço* entre os oferecidos. Opta-se, portanto, pelo menor preço que atender a todas as exigências previstas em edital. Por outro lado, o critério de julgamento pela melhor técnica não significa à mera escolha da proposta que oferece a técnica mais vantajosa. Primeiramente, as propostas são classificadas conforme a técnica que oferecem, ganhando pontos de acordo com a qualidade técnica que possuem e tendo, obrigatoriamente, que formar pontuação mínima, sob pena de desclassificação da proposta. Após isso são analisadas as propostas comerciais, destacando-se o menor preço ofertado e, apenas se a proposta melhor classificada na técnica for a de menor preço, este ofertante será declarado vencedor. Caso contrário, o melhor declarado vencedor tecnicamente será convocado a equiparar seu valor ao de menor preço e somente se o fizer será selecionado. Se houver recusa do licitante selecionado, passa-se a propor o mesmo ao segundo colocado, e assim sucessivamente, até que se chegue àquele valor mais baixo. O tipo técnica e preço, por sua vez, seleciona a melhor proposta através de uma média entre as pontuações técnicas e comerciais, sendo vencedor do certame o ofertante que atingir a maior média. Por fim, o tipo maior lance é utilizado no caso de alienações por parte da Administração, escolhendo-se o ofertante que apresentar a maior vantagem econômica (ou de outra qualidade, como metros quadrados construídos etc.) para a Administração.

Para aprofundamento sobre as modalidades e os critérios para a sua definição: JACOBY FERNANDES, *Contratação...*, cit., p.61 e ss.

### 1.4.2 Fase Externa

Com a publicação do edital, inicia-se a fase externa do procedimento licitatório e, conseqüentemente, o chamamento público dos particulares, que vai além dos princípios da publicidade e da concorrência, possibilitando à Administração a obtenção da proposta mais adequada às conveniências públicas sob o menor preço do mercado. Assume-se que a obtenção do menor preço possível está ligada a ampla competição possibilitada por um grande número de licitantes. Então, em tese, é de interesse da própria Administração divulgar largamente a instauração do certame para alcançar maior número de interessados e instigar a concorrência entre eles.

Aberto o prazo para apresentação sigilosa das propostas, cabe à Administração analisar primeiramente os documentos de habilitação de cada licitante, comprovando sua habilitação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e cumprimento às proibições de trabalho infantil.<sup>55-56</sup> Apenas os licitantes habilitados são chamados à fase de classificação, quando são julgadas as propostas de acordo com o tipo de licitação adotado como critério de julgamento. Após homologado o resultado da licitação por autoridade competente, o objeto é finalmente adjudicado ao vencedor do certame e o particular é chamado a assinar o contrato com a Administração.

Chega-se, destarte, ao contrato administrativo através da instauração do procedimento administrativo cabível, pelo qual se busca a contratação da proposta mais proveitosa à Administração, protegendo-se o tratamento igualitário dos potenciais contratados durante todo o processamento.

---

<sup>55</sup> De acordo com o art. 7º, inc. XXXIII, da Constituição, é proibido o “trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos.”

<sup>56</sup> As fases de habilitação e classificação podem ter sua ordem invertidas, como é o caso do pregão, em que primeiro analisam-se as propostas apresentadas e apenas depois são solicitados os documentos de habilitação do vencedor do certame para acelerar e desburocratizar o procedimento.

## 2 CONTRATAÇÃO DIRETA NO BRASIL

Assim como a supremacia do interesse público fundamenta o antecedente procedimento licitatório a fim de assegurar a proposta mais vantajosa à Administração, também o atendimento a este princípio é um dos pilares motivacionais da contratação direta. Quando presentes condições em que a licitação legalmente prevista é impossível ou quando sua instauração frustraria a satisfação buscada pela Administração, é autorizado o afastamento do procedimento licitatório para se alcançar uma efetiva proteção do interesse público. Na realidade, a mesma malha principiológica que fundamenta o dever de licitar, inclusive na ausência de norma expressa neste sentido (isonomia, supremacia e indisponibilidade do interesse público), motiva igualmente o dever do Administrador na busca da melhor solução, ainda que a licitação esteja distante.<sup>57</sup>

As exceções ao dever geral constitucional de licitar não decorrem propriamente do administrador, mas sim de análise de antemão realizada pelo legislador que prevê situações em que não há razões materiais ou jurídicas que justifiquem a instauração de um procedimento licitatório. Há divergência doutrinária quanto ao agrupamento didático destas exceções; porém, pode-se estabelecer ao menos quatro grupos de situações que resultam na flexibilização da obrigação de licitar, todas previstas na Lei nº 8.666/1993: (i) quando a Administração recebe um comando legal para realizar a contratação direta (hipóteses do art. 17, incs. I e II); (ii) quando a Administração recebe autorização para *deixar* de licitar de acordo com a conveniência ao interesse do serviço (art. 24); (iii) quando há inviabilidade fática para licitar, o que é percebido pela Administração com a anuência legal para fazê-lo (art. 25); (iv) e, finalmente, quando é defeso licitar por expressa vedação legal.<sup>58</sup>

Situações como estas não ensejam total discricionariedade do Administrador na *escolha* de realizar ou não o procedimento licitatório porque seu afastamento decorre de expressa previsão do legislador. Isso significa dizer que a averiguação realizada pela Administração acerca do cabimento da contratação direta não se opera com base num juízo de oportunidade, ou seja, não se dá discricionariamente. A Administração formula na

---

<sup>57</sup> JUSTEN FILHO, *Comentários...*, cit., p. 328-330.

<sup>58</sup> Os quatro grupos de exceções aqui apresentados foram previstos por Jessé Torres PEREIRA JÚNIOR, em seu *Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública*, 4. ed., Rio de Janeiro, 1997, p. 178.



realidade um juízo de legalidade.<sup>59</sup> Por sua vez, e ao menos idealmente, a escolha do legislador é pautada de acordo com a ordem jurídica brasileira, o que, neste caso, é coerente com o princípio jurídico da licitação e com os demais valores jurídicos relacionados a este tema.<sup>60</sup> Assim, quando o legislador entender haver confronto entre uma situação hipotética e o dever constitucional de licitar – considerando-se aí os princípios e normas que o envolvem – e havendo a maior relevância de preservar aquela situação diante do princípio jurídico da licitação, deve-se dispensar ou considerar inexigível a licitação. Isso, ao menos, sob o ponto de vista teórico.

Isso não significa liberdade na eleição do contratante, mas sim a possibilidade de se realizar uma contratação direta sem a formação prévia de uma licitação. Se fosse diferente disto, haveria alvedrio total da Administração na escolha discricionária do particular a ser contratado, o que não é o caso.<sup>61</sup> A contratação direta não permite a atuação arbitrária da Administração, obrigando-a a expedir decisão administrativa razoável e fundada em critérios isonômicos ao escolher um sujeito específico para contratar. Tal conjuntura mostra que não pode haver sigilo<sup>62</sup> na escolha do particular e devem ser mantidas condições equivalentes de participação e de oportunidades de disputa. A finalidade da contratação permanece como a seleção da proposta mais vantajosa em atendimento ao interesse público, independentemente da instauração ou não de um procedimento licitatório. Como a Administração não pode se esvair de perseguir a melhor contratação possível,<sup>63</sup> e tendo em vista assumir-se que esta decorre da realização do devido processo licitatório, existem, no Brasil, hipóteses legalmente previstas em que a exigência de licitar é afastada.<sup>64</sup>

---

<sup>59</sup> Manifestação específica acerca da inexigibilidade de licitação realizada por: Eros Roberto GRAU, *Inexigibilidade de licitação*, in RDP, n 100/37, 1991.

<sup>60</sup> O princípio da licitação não se sobrepõe obrigatoriamente às demais prerrogativas constantes no ordenamento jurídico brasileiro, até porque os princípios são normas de vários graus de concretização, a depender da situação fática e jurídica em que estão envolvidos. Diferentemente das regras, que prescrevem uma permissão, uma proibição ou uma imposição que não se contradizem, a coexistência dos princípios é conflitual, ora prevalecendo um, ora outro. São diversas soluções possíveis que decorrem da análise de cada caso concreto. (José Joaquim Gomes CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7. ed., Coimbra, 2003, p. 1161-1162)

<sup>61</sup> Sobre as diferenças entre contratação direta e livre eleição do contratante: L. FIGUEIREDO, *Curso...*, cit., p. 448.

<sup>62</sup> Excetuadas situações em que o sigilo seja imprescindível ao alcance do interesse público, como se dá em relação à hipótese de dispensa prevista no art. 24, inc. IX, estudada no capítulo seguinte.

<sup>63</sup> JUSTEN FILHO, *Comentários...*, cit., p. 62-63 e 328-330.

<sup>64</sup> Sônia Yuriko Kanashiro TANAKA, *Dispensa e inexigibilidade de licitação*, in Maria GARCIA (coord.), *Estudos sobre a lei de licitações e contratos*, Rio de Janeiro, 1995, p. 26.

## 2.1 UM PROCEDIMENTO PARA A CONTRATAÇÃO DIRETA

O afastamento da licitação não resulta numa total inobservância de princípios e normas porque a discricionariedade da Administração é limitada pelas providências adotadas de modo concreto. Assim como a licitação é o procedimento administrativo que antecede à contratação pública, a contratação direta também deve ser submetida a um procedimento administrativo prévio, observando-se etapas e formalidades imprescindíveis, cujo afastamento apenas poderá ocorrer em situações emergenciais graves o bastante para que a mínima espera possa pôr em risco o contentamento do interesse público. A contratação direta prescinde do procedimento licitatório, mas não pode prescindir do devido procedimento administrativo.<sup>65</sup> Mesmo com esta forma de contratação, continua existindo o devido procedimento administrativo e o Estado persiste vinculado à execução de suas funções,<sup>66</sup> sendo que o contrato decorrente desta contratação apenas produzirá efeitos válidos após o atendimento ao disposto no art. 26 da Lei nº 8.666/1993<sup>67</sup>.

Ocorre que art. 26 não se traduz verdadeiramente na procedimentalização da contratação direta. É certo que a doutrina e a jurisprudência concordam na necessidade de se obedecer ao devido procedimento administrativo quando da realização da contratação direta, mas não há efetivamente previsão legal de procedimento neste sentido em nenhum dispositivo da legislação brasileira. O art. 26 apenas apresenta alguns elementos a serem levados em consideração pelas entidades públicas, mas são estas que realmente estipulam suas regras, podendo, inclusive, deixar de aplicar o teor deste artigo quando assim entenderem. Os requisitos constantes nos incisos do art. 26 da Lei Federal nº 8.666/1993 destinam-se a justificar a contratação direta e compatibilizá-la com a busca pela proposta mais vantajosa. A motivação não trata apenas da razão da dispensa ou da inexigibilidade

---

<sup>65</sup> SUNDFELD, *Licitação...*, cit., p. 62.

<sup>66</sup> JUSTEN FILHO, *Comentários...*, cit., p. 332.

<sup>67</sup> “Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2o e 4o do art. 17 e no inc. 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.”*

da licitação (as duas modalidades básicas de contratação direta), mas visa também comprovar a presença dos requisitos legais que autorizam seu afastamento. A formalização deste ato é feita através de despacho emitido por agente competente, submetido posteriormente à ratificação de autoridade superior e, finalmente, encaminhado à publicação. Dessa forma, alcança-se duplo controle da atividade administrativa: primeiramente, através da ratificação, um controle hierárquico da legalidade e conveniência da decisão de contratar sem licitação; e, após, um controle externo e difuso em razão da publicação deste despacho. A publicidade mantém-se, ainda que sem vínculo obrigatório com formalidades relacionadas à licitação, porque não é permitido à Administração atuar sigilosamente, com exceção de determinadas situações em que o silêncio se faça necessário para garantir o próprio fim almejado.

O inc. I diz respeito aos elementos de caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justificam a dispensa da licitação, de acordo com as exigências para seu cabimento. Não se trata de repetição do conteúdo do *caput*, mas de especificação de que até mesmo os fatos notórios devem ser descritos e justificados, não bastando alegar a existência de situação emergencial para enquadrar um caso na posição de dispensa. O inc. II obriga à justificação da escolha do fornecedor ou executante, o que acaba por forçar a Administração a realizar um levantamento acerca das condições de mercado, ainda que se trate de situação de afastamento da licitação. Essa pesquisa de mercado, mesmo quando informal e mais célere que a normalmente realizada em procedimentos de contratação administrativa, atenderá ao princípio da licitação e vinculará a atividade administrativa, de maneira que eventual falseamento dos resultados alcançados poderá resultar na invalidação da aquisição e na responsabilização do gestor, por desvio de finalidade.<sup>68</sup> Mas a ausência de motivação não resulta imediatamente em nulidade do ato porque se admite ao agente estatal comprovar a validade de seu ato através da regularidade e adequação da decisão às regras que norteiam a atividade administrativa.<sup>69</sup>

Deve-se justificar também o preço a ser contratado, imperioso em qualquer contratação realizada pela Administração. Os preços devem estar em consonância com os praticados no mercado, sob pena de responsabilidade solidária do fornecedor ou prestador de serviço e do agente público responsável pela contratação (inc. III).<sup>70-71</sup> Há quem diga,

---

<sup>68</sup> JACOBY FERNANDES, *Contratação...*, cit., p. 211

<sup>69</sup> JUSTEN FILHO, *Comentários...*, cit., p. 332.

<sup>70</sup> Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Direito administrativo*, 16. ed., São Paulo, 2003, p.106.

contudo, que esta justificativa torna-se desnecessária quando se opta pelo menor preço disponível, como é o caso do autor JACOBY FERNANDES<sup>72</sup>; todavia, não se pode deixar de ressaltar que propostas cujos valores estejam tão aquém do usual a ponto de colocar em dúvida a possibilidade de cumprimento do contrato devem ser rechaçadas com a devida motivação, não podendo a Administração contratá-las simplesmente em razão de ser o menor preço disponível. Por fim, o inc. IV dispõe que, em situações exclusivas, devem ser apresentados os documentos de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

Isso tudo decorre da interpretação benéfica dada pela doutrina e jurisprudência ao art. 26. Como não há previsão legal do procedimento administrativo a ser adotado pelas entidades contratantes, extraiu-se o máximo na interpretação deste dispositivo, correlacionando-o aos demais princípios e normas de contratações administrativas, na tentativa de possibilitar melhor controle das contratações diretas. Mas, na realidade, as entidades públicas não estão obrigadas terminantemente a nenhum destes preceitos e podem afastá-los sempre que entenderem pela sua inaplicabilidade ao caso concreto. Apesar das exigências do art. 26, não há propriamente uma relação coordenada de atos a serem adotados pela entidade contratante. Diz-se que é a própria heterogeneidade entre as hipóteses de contratação direta que não permite o estabelecimento de um procedimento padrão único a ser utilizado em todos os casos, mas a carência da licitação não pode implicar a contratação informal entre Administração e particular, permanecendo, em regra, imprescindível o cumprimento de algum procedimento administrativo prévio – mesmo aquele estipulado pela própria entidade contratante.

Na realidade, há algumas etapas iniciais internas que antecedem à contratação pública em geral que são, portanto, idênticas havendo ou não licitação anterior. Inicialmente, a Administração apura a vivência de uma necessidade a ser sanada e é a partir daí que se desencadeia a contratação administrativa. Num primeiro momento, devem ser realizados exercícios que vão desde a elaboração de projetos até a análise de previsões orçamentárias, a fim de definir o objeto a ser contratado e estabelecer o caminho mais adequado no encalço do bem ou serviço necessário, devendo ser cada um destes passos formalmente documentado em autos referentes ao procedimento administrativo iniciado. Isso ocorre em relação à qualquer necessidade de contratação com que se depare a

---

<sup>71</sup> Sobre a responsabilização solidária, ver art. 25, § 2.º, da Lei Federal nº 8.666/1993.

<sup>72</sup> JACOBY FERNANDES, *Contratação...*, cit., p. 304.

Administração. A diferenciação entre os procedimentos (licitação e contratação direta) ocorre no momento da definição das fórmulas para contratação, quando se analisa a aplicabilidade das regras de licitação. Estando-se diante de situação de inaplicabilidade destes preceitos, ao invés de ser elaborado o ato convocatório da licitação e ser instaurada a fase externa mais apropriada ao caso, iniciam-se os atos próprios da contratação direta.<sup>73</sup>

Apesar da ausência de previsão legal neste sentido, consolidou-se o entendimento de que, uma vez estabelecido o cabimento da contratação direta, é dever da Administração compatibilizar os princípios da isonomia, da supremacia e da indisponibilidade do interesse público às peculiaridades desta contratação, sempre em busca da melhor solução possível. Até porque, são preceitos que dirigem a atuação da Administração como um todo. O acatamento ao amplo acesso dos interessados perdura nesta modalidade *anômala*<sup>74</sup>, ainda que com as ressalvas que decorem dela. Os requisitos de habilitação e qualificação permanecem essenciais à exteriorização da contratação direta, uma vez que o não preenchimento deles significa impossibilidade de contratação com a Administração, independente da via que leva ao contrato. Prosseguem obrigatórios, portanto, diversos requisitos que, inclusive, coadunam-se com a lógica licitatória. Poder-se-ia dizer que a contratação direta é um procedimento especial e simplificado para a seleção da proposta mais vantajosa, tendo em vista a persistência de condições de participação, como a oportunidades de disputa equivalentes, a publicidade, a vantajosidade e a indisponibilidade do interesse público. Em razão disso, é comum que o procedimento administrativo anterior à contratação direta assemelhe-se a uma concorrência simplificada<sup>75</sup>, em que se abre a oportunidade de participação da seleção de proposta mais vantajosa aos particulares. Apesar disso, as formalidades são estabelecidas de acordo com a discricionariedade da Administração e com as particularidades do caso concreto. Tanto é assim, que não há previsão de impugnação específica dos atos que antecipam a contratação direta, podendo-se impugná-los apenas quando infringem regras legais genéricas da atividade

---

<sup>73</sup> JUSTEN FILHO, *Comentários...*, cit., p. 329.

<sup>74</sup> Apesar de não haver previsão legal expressa considerando a contratação direta uma modalidade de licitação, uma vez que não se confunde com as modalidades de concorrência, convite, pregão etc., existe tendência entre alguns doutrinadores de assumi-la como uma anômala modalidade licitatória em razão de todo o procedimento que a envolve e da necessidade de correspondência, ainda que na medida do possível, às normas e preceitos que balizam a licitação. Sobre o tema: TCU, Acórdão nº 100/2003, Relator Ministro Marcos Bemquerer; JUSTEN FILHO, *Comentários...*, cit., p. 329.

<sup>75</sup> Conjectura apresentada por: JUSTEN FILHO, *Comentários...*, cit., p. 330.

administrativa, como no caso de desvio ou abuso de poder. Não há, também, vinculação obrigatória aos prazos e exigências das modalidades de licitação propriamente ditas.

A Administração está autorizada a realizar a contratação direta sem estabelecer oportunidade de disputa para os particulares quando assim lhe convier na tutela do interesse público. Assume-se como regra, contudo, o dever de disputa, ainda que se trate de contratação direta. Dessa forma, a supressão ou a restrição da competição é válida de acordo com a essencialidade na concretização do pretense contrato; mas, tendo sido instaurada a competição, devem ser oferecidas oportunidades equivalentes de disputa aos particulares, e a escolha daquele a ser contratado deve aproximar-se o máximo possível da objetividade.

Afora o disposto no art. 26, todas as demais considerações tratadas neste tópico decorrem da jurisprudência, da doutrina ou da experiência de entidades públicas em relação às contratações diretas. Percebe-se que não há uma disciplina fixa e exata a respeito do caminho a ser seguido em caso de contratação direta, o que faz a doutrina posicionar-se em favor da obrigatoriedade de regulamentações internas em cada unidade estatal, a fim de que, na ausência de prévia legislação, cada entidade institua antecipadamente os procedimentos cabíveis às hipóteses de contratação direta relacionados aos padrões análogos e sólidos tocantes aos casos concretos usualmente por elas enfrentados. Dessa maneira, o controle da contratação direta seria facilitado e o seu procedimento seria mais eficiente, célere e igualitário.<sup>76</sup>

## **2.2 DISPENSADA, DISPENSÁVEL OU INEXIGÍVEL?**

A legislação atual brasileira prevê basicamente três modalidades de contratação direta<sup>77</sup>: quando a licitação é dispensada (art. 17 da Lei nº 8.666/1993); quando é dispensável (art. 24 da Lei nº 8.666/1993); e quando é inexigível (art. 25 da Lei nº 8.666/1993). Tais hipóteses serão mais bem analisadas nos capítulos a seguir, mas importa ressaltar desde já algumas peculiaridades de cada uma delas.

---

<sup>76</sup> Sobre o tema: JUSTEN FILHO, *Comentários...*, cit., p. 333.

<sup>77</sup> A legislação licitatória anterior previa as hipóteses de: vedação, inexigibilidade e dispensa. Com a Lei nº 8.666/1993 a hipótese de vedação foi adequada como um inciso das hipóteses de dispensa (inc. IX), excluindo-se, assim, esta modalidade de contratação direta.

Há quem diga que a divisão entre as modalidades de contratação direta traz consequências práticas, porque o sujeito ativo Administração está interessado em alienar seu patrimônio ou prestar serviços em parte dos casos (hipóteses do art. 17), e nos casos restantes coloca-se na posição de tomadora de serviços ou de compradora (hipóteses do arts. 24 e 25). Quando se estiver diante do primeiro caso, ou seja, quando se tratar de licitação dispensada, as formalidades do art. 26, da Lei nº 8.666/1993 também estarão dispensadas, em sinal de simplificação deste procedimento.<sup>78</sup> Além disso, diferente do que ocorre com a licitação dispensável ou inexigível, quando o procedimento licitatório é dispensado, sequer é exigido prévio ato da Administração para isenção da obrigação de licitar. Não há necessidade de justificar a decisão de dispensa da licitação porque o próprio legislador já a considerou dispensada.<sup>79</sup>

Por outro lado, para alguns não há utilidade na distinção entre licitação dispensada e dispensável,<sup>80</sup> tendo em vista que a diferença usualmente apresentada entre as hipóteses seria que aquela contém situações em que a licitação foi dispensada por decisão do próprio legislador e esta diria respeito a situações em que o legislador autorizou o administrador a dispensar a licitação. Contudo, ambas são autorizações legais de contratação direta com natureza correspondente.<sup>81</sup> Apesar de o art. 17 disciplinar hipóteses de alienação de bens e direitos e o art. 24 vislumbrar regras gerais sobre contratos de compras, obras e serviços, não se estranharia se os incisos do art. 17 na realidade fossem hipóteses do art. 24, porque a natureza jurídica dos dois é a mesma. Tanto é assim, que o art. 24, inc. II refere-se expressamente a casos de dispensa para alienação, transparecendo a existência de apenas uma categoria.<sup>82-83</sup> Assim, em ambos os casos, é o legislador quem autoriza a contratação direta e esta autorização não vincula automaticamente o administrador, cuja discricionariedade para optar ou não pela licitação persiste. Quando o administrador estiver diante dos requisitos para a realização do certame, poderá instaurar a licitação ainda que se trate de uma das hipóteses em questão.

---

<sup>78</sup> JACOBY FERNANDES, *Contratação...*, cit., p. 107.

<sup>79</sup> Exceção a esta regra são as hipóteses dos §§ 2º e 4º do art. 17, que de acordo com o art. 26 devem ser devidamente justificadas. Sobre o assunto: GASPARINI, *Direito administrativo*, cit., p. 424.

<sup>80</sup> Também neste sentido: BANDEIRA MELLO, *Elementos...*, cit., p. 385-388.

<sup>81</sup> À exceção do inc. I (excluída a al. "e") e demais alíneas do inc. II, als. "a", "b" e "f", que seriam, ainda para MARÇAL JUSTEN FILHO, casos de inexigibilidade (*Comentários...*, cit., p. 333).

<sup>82</sup> JUSTEN FILHO, *Comentários...*, cit., p. 333.

<sup>83</sup> Com ideia semelhante, DI PIETRO trata igualmente como sendo de dispensa os casos do art. 17, inc. I e II, e os dos art. 24. A diferença estaria tão somente por aqueles casos escaparem à discricionariedade da Administração, já que a contratação direta ali já é determinada por lei. (*Direito administrativo*, cit., p. 311)

Especificamente em relação à dispensa e a inexigibilidade, não existe potencialidade de benefício decorrente da licitação em ambas as situações, por razões distintas. Quando há dispensa, a ausência do potencial benefício decorre da certeza de que, ainda que haja mais de uma opção, nenhuma delas será mais vantajosa à Administração. Na inexigibilidade, por outro lado, a ausência de benefício resulta da própria inutilidade em instaurar um procedimento licitatório, pois não se vislumbra possibilidade de concorrência.<sup>84</sup>

Independentemente de a diferenciação estabelecer-se ou não, é certo que uma mesma contratação pode se enquadrar em mais de uma hipótese normativa de contratação direta<sup>85</sup> e o equívoco em relação ao enquadramento da hipótese não resulta em invalidade da contratação, contanto que efetivamente se trate de situação de contratação direta.<sup>86</sup>

---

<sup>84</sup> JUSTEN FILHO, *Comentários...*, cit., p. 333-334.

<sup>85</sup> Neste sentido: TCU, Acórdão nº 1.336/2006, Relator Ministro Ubiratan Aguiar.

<sup>86</sup> Neste sentido, o TCU estabeleceu entendimento de que quando há equívoco em relação à causa da contratação direta, ainda assim esta persiste válida pois se tratam ambas as situações de afastamento de licitação. Apenas a realização da contratação direta por inexigibilidade quando o motivo certo seria a dispensa por situação de emergência não basta para impor multa aos responsáveis. (Acórdão nº 141/2004, Relator Ministro Ubiratan Aguiar)



### 3 LICITAÇÃO DISPENSADA

Não obstante até o momento ter-se ressaltado o papel da Administração como adquirente de bens e serviços, é certo que as entidades estatais podem figurar também no polo dos transmitentes de domínios de bens ou direitos quando preenchidos os requisitos necessários. Genericamente, chama-se “alienação” a concretização destas relações, que podem decorrer de contratos de doação, venda, permuta, locação e outros similares em que ocorra a transferência voluntária a outrem do domínio exercido pela Administração em relação a bens públicos dominicais<sup>87</sup>. Por regra, assim como se dá em teoria com qualquer contratação realizada pela Administração, a alienação de bens públicos também deve seguir o devido procedimento licitatório, conforme expresso no art. 37, inc. XXI, da Constituição da República. As demais condições para a alienação de bens da Administração decorrem do art. 17 da Lei nº 8.666/1993<sup>88</sup>, pelo qual se deve demonstrar a devida justificação do interesse público envolvido e apresentar prévia avaliação do bem a ser alienado, concretizada por profissional com competência legal para realizar a análise necessária. Logo, por exemplo, ao se pretender a alienação de bem imóvel, espera-se que o agente avaliador deste bem integre legitimamente o quadro de profissionais junto ao Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (CREA).

A venda de bens móveis dá-se por meio da instauração de um leilão, admitindo-se em algumas situações o convite ou a tomada de preços, quando os valores decorrentes da prévia avaliação encaixarem-se no patamar econômico destas modalidades. Já a alienação de bens imóveis ocorre preferencialmente através da concorrência, podendo-se aceitar o leilão quando os bens forem inservíveis à Administração, penhorados ou apreendidos. Haverá situações em que os trâmites da licitação, como legalmente previstos, destoarão do interesse público pretendido, da mesma maneira que incide em relação às aquisições de bens e serviços pela Administração. Nestes casos, o agente público está dispensado da

---

<sup>87</sup> Existem três categorias de bens públicos: (i) de uso comum do povo, como as praias, estradas e parques; (ii) de uso especial, como os prédios que servem de base para a prestação dos serviços públicos; e (iii) dominicais, que fazem parte do patrimônio estatal como objeto de direito pessoal ou real. Apenas em relação a estes últimos se cogita a alienação, tendo em vista que o art. 100 do Código Civil declarou que “*os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar.*”

<sup>88</sup> “*Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação (...)*”

instauração de procedimento licitatório, devendo lançar mão da contratação direta nos termos das alíneas dos incisos I e II do art. 17<sup>89</sup>.

### 3.1 DISPENSA DE LICITAÇÃO PARA ALIENAÇÃO DE BENS IMÓVEIS

O inciso I do art. 17<sup>90</sup> arrola oito hipóteses em que a transferência de bens imóveis da Administração se dará sem a instauração de licitação: dação em pagamento, doação, permuta, investidura, alienação intra estatal, venda de propriedades por interesse social, legitimação de posse e regularização fundiária de imóveis de uso comercial.<sup>91</sup> A ocorrência destas relações depende de avaliação prévia, do interesse público justificado e da existência de autorização legislativa no caso da Administração direta, autárquica e fundacional.

---

<sup>89</sup> Por equívoco técnico do legislador, as hipóteses desta dispensa de licitação foram previstas no mesmo dispositivo legal referente aos requisitos para alienação de bens e direitos da Administração. Pode haver, portanto, confusão na análise inicial do tema, de maneira que numa tentativa de facilitar a interpretação do conteúdo deste artigo, MARÇAL JUSTEN FILHO afirma que as condições de alienação estão previstas no art. 17 e no texto trazido em seus incisos I e II, enquanto as alíneas destes mesmos incisos disciplinam as hipóteses de licitação dispensada. (*Comentários...*, cit., p. 256)

<sup>90</sup> “Art. 17. (...) 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, h e i; (Redação dada pela Lei nº 11.952/2009)

c) permuta, por outro imóvel que atenda aos requisitos constantes do inciso X do art. 24 desta Lei;

d) investidura;

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

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 11.481/2007)

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 inclua-se tal atribuição; (Incluído pela Lei nº 11.196/2005)

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 m<sup>2</sup> (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 11.481/2007)”

<sup>91</sup> Cada uma destas hipóteses permite ampla análise e discussão, entretanto, neste trabalho pretende-se apenas estabelecer os preceitos essenciais referentes a cada uma delas para possibilitar a melhor compreensão da contratação direta brasileira como um todo, indicando-se textos para eventuais aprofundamentos sobre o tema.

### 3.1.1 Dação em Pagamento

A dação em pagamento é um instituto transposto do Direito Civil que permite à Administração extinguir dívida que possui em relação a terceiros através da transferência da propriedade de um bem público. Em regra, a Administração quita suas dívidas através da emissão de precatórios, já que os bens públicos são impenhoráveis e impassíveis de serem levados à execução em caso de sentença judicial desfavorável à Fazenda Pública. Entretanto, há situações em que interessa imediatamente à sociedade a quitação da dívida através da dação em pagamento, quando se afasta a emissão de precatório.

Imagine-se que a União seja devedora de um Município e possua um edifício adaptado às instalações de um hospital, mas inoperante. Caso este mesmo Município esteja carente de instalações semelhantes ou simplesmente pretenda ampliar os serviços na área de saúde, não se pode olvidar que é de interesse público a transferência deste bem.<sup>92</sup> Logo, a dação em pagamento é plenamente justificável e afasta a instauração de uma concorrência.

### 3.1.2 Doação

A doação também é instituto importado do Direito Civil e sua implementação pela Administração é possível apenas entre órgãos ou entidades públicas<sup>93</sup>, numa forma de impedir o desbarate do patrimônio público e encerrar os corriqueiros desvios de finalidade que ocorriam durante a vigência do Decreto-Lei nº 2.300/1986 (que não excepcionava a doação entre entes federados).

A constitucionalidade deste dispositivo foi contestada pelo governo do Estado do Rio Grande do Sul, resultando no julgamento pelo STF da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 927-3 e na consequente suspensão da eficácia do trecho “*exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera do governo*”. Como até o momento não houve alteração legislativa deste texto, interpreta-se que esta exclusividade se dá apenas em relação às entidades da Administração Federal, podendo os demais entes federados realizarem a doação sem a instauração de

---

<sup>92</sup> Exemplo apresentado por: JACOBY FERNANDES, *Contratação...*, cit., pp. 226 e ss.

<sup>93</sup> Excetuando-se as situações das alíneas “f” e “h”, mais à frente analisadas, em que pode haver a doação a particulares.

licitação a particulares contanto que preenchidos os demais requisitos: interesse público, avaliação prévia e autorização legislativa, quando for o caso.

Por força do § 1º do art. 17<sup>94</sup>, os contratos de doação devem ser resguardados por cláusula de reversibilidade, possibilitando à Administração retomar sua propriedade caso as razões que justificaram a doação se esvaíam através de distrato ou de contrato para a reversão do bem. Na mesma Ação Direta de Inconstitucionalidade que suspendeu os efeitos da exclusividade aos Estados, Municípios e Distrito Federal, suspenderam-se também os efeitos deste parágrafo especificamente a todos os entes federados.

### **3.1.3 Permuta por Outro Imóvel**

Outro instituto trazido do Direito Civil é a permuta, pela qual a Administração adquire o domínio de um imóvel através da transferência de outro de sua propriedade. Em razão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 9273/RS, também no caso da permuta restringiu-se a aplicação plena desta hipótese à União, podendo os demais entes federados trocarem bens com quaisquer destinatários, enquanto que a nível federal deve-se permutar apenas com entidades públicas.

O imóvel a ser adquirido pela Administração deve necessariamente acatar às exigências dispostas no art. 24, inc. X, pelo qual o imóvel deve atender às *“finalidades precípua da administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha”* e seu preço deve ser compatível ao valor de mercado.

### **3.1.4 Investidura**

Diferentemente das hipóteses de dispensa até aqui analisadas, a investidura é um instituto próprio do Direito Administrativo, através do qual a Administração aliena imóvel sob seu domínio sem instauração de licitação, contanto que, concomitantemente aos requisitos gerais da dispensa prevista no art. 17, estejam presentes outras condições dispostas no § 3º deste dispositivo<sup>95</sup>: (i) existência anterior de obra na propriedade ou em

---

<sup>94</sup> “Art. 17(...) § 1º Os imóveis doados com base na alínea “b” do inciso I deste artigo, cessadas as razões que justificaram a sua doação, reverterão ao patrimônio da pessoa jurídica doadora, vedada a sua alienação pelo beneficiário.”

<sup>95</sup> “Art. 17 (...) § 3º Entende-se por investidura, para os fins desta lei:

suas adjacências; (ii) tratar-se de área remanescente ou resultante de obra pública inaproveitável<sup>96</sup> isoladamente; (iii) ter sido o preço do imóvel avaliado a *quantum* inferior ao preço da modalidade convite, previsto no art. 23, inc. II, al. “a”; (iv) acatamento ao valor mínimo obtido com a avaliação prévia; e (v) interesse de algum proprietário limítrofe em adquirir a propriedade.

### 3.1.5 Venda Intra Estatal de Bens Imóveis<sup>97</sup>

A transferência de imóveis entre entes federados também pode se dar de forma onerosa e sem a instauração de licitação quando houver entidade pública interessada na aquisição de imóvel cuja propriedade é de outra entidade estatal. Não há outros requisitos para esta modalidade de dispensa além daqueles previstos no *caput* do art. 17 – interesse público, avaliação e lei autorizadora –, não havendo obrigatoriedade de especificar a finalidade pretendida pela entidade adquirente ao imóvel. Faz-se ressalva, entretanto, em relação ao preço de venda, que não pode ser inferior ao orçado na avaliação prévia, sob pena de tornar inútil a realização deste procedimento.<sup>98</sup>

### 3.1.6 Venda de Propriedades por Interesse Social

Aos entes federados compete a promoção de programas de construção de moradias e na melhoria das condições de habitação e saneamento básico, nos termos do art. 23, inc. IX, da Constituição da República. Logo, é natural facilitar a tramitação das relações contratuais necessárias ao alcance destes objetivos, o que para o legislador parece ser possível através da dispensa de licitação nas situações em que a Administração visar a

---

*I - a alienação aos proprietários de imóveis lindeiros de área remanescente ou resultante de obra pública, área esta que se tornar inaproveitável isoladamente, por preço nunca inferior ao da avaliação e desde que esse não ultrapasse a 50% (cinquenta por cento) do valor constante da alínea "a" do inciso II do art. 23 desta lei;*

*II - a alienação, aos legítimos possuidores diretos ou, na falta destes, ao Poder Público, de imóveis para fins residenciais construídos em núcleos urbanos anexos a usinas hidrelétricas, desde que considerados dispensáveis na fase de operação dessas unidades e não integrem a categoria de bens reversíveis ao final da concessão.”*

<sup>96</sup> A definição de ‘inaproveitabilidade’ ampliou-se em razão da cada vez mais presente tutela à ecologia, de maneira que qualquer área em que o aproveitamento para fins ecológicos seja possível está impedida de ser investida a um particular que dela se valeria para uso egoístico. (JUSTEN FILHO, *Comentários...*, cit., p. 265)

<sup>97</sup> Nomenclatura utilizada por: JUSTEN FILHO, *Comentários...*, cit., p. 267.

<sup>98</sup> JACOBY FERNANDES, *Contratação...*, cit., p. 245.

redução de desigualdade preexistente. A dispensa somente será permitida quando o uso do imóvel for destinado à habitação de interesse social ou regularização fundiária, devendo a relação contratual se dar sob a forma de alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso.<sup>99</sup>

### 3.1.7 Legitimação de Posse

A Lei nº 11.196/2005 introduziu a hipótese de dispensa em procedimentos de legitimação de posse a ocupantes de terras públicas tornadas produtivas em razão do esforço daqueles que ali se mantêm, conforme previsto no art. 29 da Lei nº 6.383/1976<sup>100</sup>. Nesta situação específica de legitimação de posse, a exigência de autorização legislativa poderá ser escusada caso o ocupante seja capaz de comprovar posse anterior a 1º de dezembro de 2004, conforme o § 2º-A do art. 17<sup>101</sup>. Além disso, deve-se comprovar adequação ao regime legal e administrativo da desativação e da regularização fundiária de terras públicas, e ajustamento entre a exploração existente na propriedade e as proposições permitidas pela legislação agrária, pelas leis de destinação de terras públicas ou pelas normas legais ou administrativas de zoneamento ecológico-econômico. Em razão da finalidade vinculativa da atividade exercida no imóvel, o contrato deve trazer cláusula de

---

<sup>99</sup> JACOBY FERNANDES, *Contratação...*, cit., p. 247.

<sup>100</sup> “Art. 29. O ocupante de terras públicas, que as tenha tornado produtivas com o seu trabalho e o de sua família, fará jus à legitimação da posse de área contínua até 100 (cem) hectares, desde que preencha os seguintes requisitos:

*I - não seja proprietário de imóvel rural;*

*II - comprove a morada permanente e cultura efetiva, pelo prazo mínimo de 1 (um) ano.*

*§ 1º A legitimação da posse de que trata o presente artigo consistirá no fornecimento de uma Licença de Ocupação, pelo prazo mínimo de mais 4 (quatro) anos, findo o qual o ocupante terá a preferência para aquisição do lote, pelo valor histórico da terra nua, satisfeitos os requisitos de morada permanente e cultura efetiva e comprovada a sua capacidade para desenvolver a área ocupada.*

*§ 2º Aos portadores de licenças de ocupação, concedidas na forma da legislação anterior, será assegurada a preferência para aquisição de área até 100 (cem) hectares, nas condições do parágrafo anterior, e, o que exceder esse limite, pelo valor atual da terra nua.*

*§ 3º A Licença de Ocupação será intransferível "inter vivos" e inegociável, não podendo ser objeto de penhora e arresto.”*

<sup>101</sup> “Art. 17 (...)§ 2º-A. As hipóteses do inciso II do § 2o ficam dispensadas de autorização legislativa, porém submetem-se aos seguintes condicionamentos:

*I - aplicação exclusivamente às áreas em que a detenção por particular seja comprovadamente anterior a 1o de dezembro de 2004;*

*II - submissão aos demais requisitos e impedimentos do regime legal e administrativo da destinação e da regularização fundiária de terras públicas;*

*III - vedação de concessões para hipóteses de exploração não-contempladas na lei agrária, nas leis de destinação de terras públicas, ou nas normas legais ou administrativas de zoneamento ecológico-econômico; e IV - previsão de rescisão automática da concessão, dispensada notificação, em caso de declaração de utilidade, ou necessidade pública ou interesse social.”*

rescisão automática, sem prévia notificação, em situações de interesse social, necessidade ou utilidade pública.

### **3.1.8 Regularização Fundiária de Imóveis de Uso Comercial**

Na alínea “h” das hipóteses de alienação direta de bens imóveis transparece a intenção do legislador de endossar o combate à pobreza com políticas de desenvolvimento local e investimentos que possibilitem a eficácia dos programas.<sup>102</sup> Através deste dispositivo possibilita-se a transferência do domínio exercido pela Administração em imóveis de uso comercial com área de até 250 m<sup>2</sup> que estejam inseridos em programas de regularização fundiária de interesse social. A operação deve se dar através de alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso.

## **3.2 DISPENSA DE LICITAÇÃO PARA ALIENAÇÃO DE BENS MÓVEIS**

O inc. II do art. 17 da Lei nº 8.666/1993<sup>103</sup> disciplina a licitação dispensada em alienações de bens públicos móveis, representados por qualquer bem passível de transporte, excetuando-se animais por ausência de previsão legislativa. Assim como se dá em relação à dispensa prevista no inc. I, também em relação aos bens móveis a alienação é antecedida de avaliação prévia e pode ocorrer em seis hipóteses: doação, permuta, venda de ações, venda de títulos, venda de bens produzidos pela Administração e venda de bens intra estatal.

---

<sup>102</sup> JACOBY FERNANDES, *Contratação...*, cit., p. 252.

<sup>103</sup> “Art. 17 (...) 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, em virtude de suas finalidades;
- f) venda de materiais e equipamentos para outros órgãos ou entidades da Administração Pública, sem utilização previsível por quem deles dispõe.”

### 3.2.1 Doação

Apesar da identidade com a natureza da doação referente aos bens imóveis, a possibilidade prevista na al. “b” de doação de bens móveis pela Administração não foi afrontada pelo julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 927-3, tendo o STF destacado sua conformação com a Constituição da República. Os requisitos para utilização desta forma de alienação em relação aos bens móveis, contudo, diferem dos outrora analisados. Em relação aos bens móveis, a doação depende da finalidade e da utilização do móvel em prol do interesse público, concomitantemente, e apenas se concretizará de acordo com a oportunidade e conveniência socioeconômica da doação pretendida.

Estão proibidos de transferência os bens característicos da Administração, cuja especificidade de sua aparência ou utilidade vinculem-no a atividades típicas estatais, como se dá com os veículos blindados ou máquinas de obliterar selos.<sup>104</sup>

O não atendimento destas condições inviabiliza a própria doação, tendo em vista que quando não há o preenchimento destes requisitos, fica impossível a doação através da dispensa de licitação e, como o processamento de licitação não se coaduna com esta forma de transferência, não há como doar o bem. Distantemente algum dos requisitos previstos na al. “a”, apenas será possível ceder o domínio exercido pela Administração através venda ou locação.<sup>105</sup>

### 3.2.2 Permuta

Assim como se deu em relação à permuta de bens imóveis, a al. “b” do inc. II que disciplina este instituto quanto aos bens móveis também teve sua eficácia suspensa no que diz respeito à expressão “*permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública*” pela mesma Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 927-3. Apenas em relação às entidades da Administração Federal há plena eficácia do dispositivo, de maneira que os demais entes federados podem realizar a permuta de móveis com quaisquer destinatários. Não há vedação à permuta entre bens móveis e imóveis, contanto

---

<sup>104</sup> Exemplos apresentados por: JACOBY FERNANDES, *Contratação...*, cit., p. 256.

<sup>105</sup> Neste sentido: JACOBY FERNANDES, *Contratação...*, cit., p. 257.



que satisfaça ao interesse público, podendo-se inclusive realizar o pagamento em dinheiro de diferença substancial na valoração dos bens.<sup>106</sup>

### **3.2.3 Venda de Ações em Bolsa**

A possibilidade disposta pela al. “c”, de venda de ações em bolsa de valores pela Administração, sujeita as entidades públicas aos procedimentos destas instituições privadas, que embora não sejam idênticos às modalidades de licitação previstas na Lei nº 8.666/1993, também possuem natureza licitatória – ou seja, estão subjugados à lei da oferta e da procura. Em termos gerais, através das bolsas de valores objetiva-se a negociação de valores mobiliários cuja alienação depende de ampla divulgação pública, sob pena de não se alcançar número plausível de interessados. Como ocorre nos procedimentos licitatórios, ao negociar ações na bolsa de valores, a Administração também estará obrigada a esta publicidade, ainda que dispensada a licitação.<sup>107</sup>

### **3.2.4 Venda de Títulos**

O termo genérico “venda de títulos” já foi considerado suficiente para englobar também a venda de ações em bolsa, o que encerraria a necessidade de manter duas alíneas sobre a mesma forma de alienação.<sup>108</sup> Entretanto, as ações são obrigatoriamente negociadas na bolsa de valores no caso da hipótese de licitação dispensada acima descrita, enquanto na venda de títulos a utilização do procedimento é remetida ao teor da legislação pertinente. A política monetária governamental se torna operacional por meio destas negociações, que não se coadunam com as formalidades relacionadas à licitação.<sup>109</sup>

---

<sup>106</sup> Sobre a possibilidade de permuta entre bens de naturezas distintas ver: JACOBY FERNANDES, *Contratação...*, cit., p; 259.

<sup>107</sup> JUSTEN FILHO, *Comentários...*, cit., p. 273.

<sup>108</sup> Neste sentido: Wolgran JUNQUEIRA, *Licitações e contratos na administração pública: comentários à lei nº 8.666/93*, Bauru, 1994, p. 86.

<sup>109</sup> JUSTEN FILHO, *Comentários...*, cit., p. 273.

### **3.2.5 Venda de Bens Produzidos pela Administração**

É certo que os bens produzidos ou comercializados por entidades públicas no exercício de suas finalidades devem ser inseridos no mercado; por isso, é razoável que as entidades da Administração atuantes neste sentido, como as empresas públicas e sociedades de economia mista, adotem as práticas comuns do setor na venda de bens e prestação de serviços. Por conta disso, a al. “e” escusa a prática destas atividades das formalidades da licitação.<sup>110</sup>

### **3.2.6 Venda Intra Estatal de Bens Móveis**

A possibilidade de venda entre entidades estatais também é vislumbrada em relação aos bens móveis, sob condição de se tratarem de bens sem utilização previsível pelo alienante e cujas condições da transferência sejam vantajosas para todos entes públicos envolvidos. Logo, o valor de mercado deve ser respeitado independentemente da parte adquirente também se inserir na Administração.

---

<sup>110</sup> Poderia ser considerada uma hipótese de inexigibilidade possibilitando ao gestor optar ou não pela implementação de licitação. (SUNDFELD, *Licitação...*, cit., p. 51-52)

## 4 DISPENSA DE LICITAÇÃO

A princípio, a licitação visa alcançar a proposta mais vantajosa e assume-se que a ausência desse procedimento impede ou relativiza a obtenção desta oferta. Contudo, a organização de um certame licitatório envolve uma relação de custos e benefícios que vão além da mera seleção da proposta mais adequada para atender as necessidades da Administração. Por trás do procedimento licitatório existem gastos econômicos, de tempo e de outros gêneros que devem ser considerados antes da licitação, analisando-se o equilíbrio da relação “custo x benefício” na instauração deste procedimento anteriormente à contratação. Quando os benefícios trazidos pela instauração de procedimento licitatório não justificam os custos que ele causa, sejam estes econômicos, temporais ou referentes às circunstâncias do caso concreto, impõe-se a contratação direta pela dispensa da licitação, sob pena de sacrifício do interesse público caso o princípio da licitação seja rigorosamente atendido.<sup>111</sup>

A competição entre particulares em si é viável, mas a licitação é objetivamente inconveniente ao interesse público e aos valores em geral norteadores da Administração.<sup>112</sup> Logo, a licitação é inicialmente exigível; contudo, após avaliação entre princípios relacionados ao interesse público (moralidade, igualdade, eficiência, entre outros), impõe-se a prioridade destes sobre o dever de licitar.

A dispensa da licitação nestas situações não colide com o princípio da igualdade e tampouco com o interesse dos particulares pela disputa porque a norma excepcionadora apenas incide quando a situação fática apresentada é capaz de fundamentar razoavelmente o afastamento da licitação.<sup>113</sup> Não havendo real inconveniência na instauração do procedimento licitatório, não se considera sua dispensa – ainda que num primeiro momento a situação pareça adequar-se abstratamente ao teor normativo – porque a norma da dispensa de licitação só pode incidir quando o interesse público é atingido.<sup>114</sup>

---

<sup>111</sup> Para aprofundamento sobre a relação de “custo x benefício”: Raul Armando MENDES, *Comentários ao estatuto das licitações e contratos administrativos*, 2. ed., São Paulo, 1991, p. 66; Lúcia Valle FIGUEIREDO, *Direito dos licitantes*, 4. ed., São Paulo, 1994, pp. 23-37; Celso Antônio BANDEIRA MELLO, *Licitação*, 1. ed., São Paulo, 1985, pp. 92 e ss.; Hely Lopes MEIRELLES, *Licitação e contrato administrativo*, 14. ed., São Paulo, 2006, pp. 104 e ss.

<sup>112</sup> JUSTEN FILHO, *Comentários...*, cit., p. 334.

<sup>113</sup> Isso não significa que se possa invocar o ‘interesse público’ para afastar a obrigatoriedade de tratamento isonômico aos administrados. A Administração continua subordinada ao princípio da isonomia e à indisponibilidade do interesse público, de forma que não lhe é permitido realizar contratação abusiva.

<sup>114</sup> SUNDFELD, *Licitação...*, 1994, p. 58.

A dispensa não se opera automaticamente, independentemente do enquadramento, ou não, do caso às hipóteses do art. 24. Cada caso concreto deve ser analisado de acordo com os critérios de conveniência e oportunidade, tendo em vista que se trata de uma faculdade, e não de uma obrigação. Assim, “(...) ou os fatos se enquadram perfeitamente na hipótese legal, e aí a Administração Pública está em condições de dispensar a licitação, ou não se enquadram, e então a licitação é indispensável”.<sup>115</sup> Havendo dúvida da autoridade sobre a conveniência entre licitar e dispensar pode-se arguir a preferência pela instauração do procedimento licitatório em razão do teor do art. 2.º da Lei Federal nº 8.666/1992. Contudo, permanece a discricionariedade do administrador para optar pela dispensa.<sup>116</sup>

Uma vez que essa discricionariedade na atuação do administrador existe nos casos de dispensa, é certo que o rol apresentado pelo art. 24 e incisos<sup>117</sup> é taxativo e pode ser legislado apenas pela União. Em razão da grande quantidade de hipóteses ali dispostas, há tentativa doutrinária de agrupá-las a fim de facilitar a atuação do administrador e a própria compreensão das causas que levam à dispensa da licitação. Avaliando-se novamente o ângulo de manifestação de desequilíbrio em razão do “custo x benefício”, pode-se destacar quatro grupos principais seguidos de algumas exceções: (i) quanto ao custo econômico, quando os gastos com o procedimento licitatório não se justificam porque não há vantagem econômica da licitação (incs. I e II); (ii) quanto ao custo temporal, em que a demora do procedimento licitatório pode resultar na ineficácia da contratação pretendida (incs. III, IV, XII e XVIII); (iii) quanto à ausência de pontencial benefício na licitação para a Administração (incs. V, VII, VIII, XI, XIV, XVII, XXIII, XXVI, XXVIII e XXIX); e (iv) quanto à função extraeconômica da contratação, quando o Estado pretende outro fim com a licitação que não seja o critério da vantagem econômica. (incs. VI, IX, X, XIII, XV, XVI, XIX, XX, XXI, XXIV, XXV, XXVII, XXX, XXXI, XXXII e XXXIII). Em relação ao inc. XXII, este parece não se adequar com perfeição a nenhum dos casos, por se assemelhar mais a um caso de inexigibilidade, em que o afastamento da licitação decorre da aplicação

---

<sup>115</sup> GASPARINI, *Direito administrativo*, cit., p. 431.

<sup>116</sup> PEREIRA JÚNIOR, *Comentários...*, cit., p. 40 e 196.

<sup>117</sup> O rol de incisos ensejadores da dispensa é bastante amplo e suas hipóteses possuem características próprias que obrigam a profunda análise do tema numa tentativa de se aproximar de seu esgotamento. Contudo, em razão da limitação de espaço e da abordagem que se busca com este trabalho, relacionada ao emprego demasiado da contratação direta no Brasil propriamente dita, e não às minúcias das hipóteses de dispensa, oferece-se uma visão geral de suas manifestações. Para aprofundamento sobre o tema, indica-se: JACOBY FERNANDES, *Contratação...*, cit.; JUSTEN FILHO, *Comentários...*, cit.; PEREIRA JÚNIOR, *Comentários...*, cit.

de princípios da legislação específica de um serviço público com características singulares. Também os incs. VIII, XVI, XXIII, XXVIII e XXIX destoam relativamente dos demais em razão de suas hipóteses reconduzirem mais especificamente à ausência de contrato administrativo, apesar de incluídos na divisão apresentada.<sup>118-119</sup>

#### **4.1 CUSTO ECONÔMICO DA LICITAÇÃO (INCS. I E II)**

É certo que a existência de uma pluralidade de modalidades licitatórias não decorre apenas da questão econômica que envolve o contrato, mas também das peculiaridades do interesse público e da necessidade a ser satisfeita. As formalidades previstas em cada modalidade devem ser proporcionais a estas características, contudo, em geral, quanto menor o valor a ser despendido pela Administração, mais simples e célere o procedimento licitatório. Há situações em que os gastos usuais com uma licitação não justificam sua instauração, em razão do pequeno relevo econômico da contratação, como se dá em relação aos incs. I e II do art. 24.<sup>120</sup>

##### **4.1.1 Obras e Serviços de Engenharia de Valor até 10% do Limite do Convite (inc. I)<sup>121</sup>**

Nestes termos, poderá ocorrer diretamente a contratação de obras e serviços de engenharia<sup>122</sup> cujo valor do objeto alcance no máximo 10% do limite do valor do convite disciplinado para estes fins, atualmente equivalente a R\$ 15.000,00, nos termos do inc. I do

---

<sup>118</sup> JUSTEN FILHO, *Comentários...*, cit., p. 335.

<sup>119</sup> Outros autores assumem grupos com nomenclaturas ou critérios distintos, como por exemplo: Lúcia Valle FIGUEIREDO / Sérgio FERRAZ, *Dispensa e inexigibilidade*, 3. ed., São Paulo, 1994, p. 39-40; DI PIETRO, *Direito...*, cit., p. 312-319.

<sup>120</sup> JUSTEN FILHO, *Comentários...*, cit., p. 335-336.

<sup>121</sup> “Art. 24 (...) 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 a 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;

(...)

§ 1º Os percentuais referidos nos incisos I e II do caput deste artigo serão 20% (vinte por cento) para compras, obras e serviços contratados por consórcios públicos, sociedade de economia mista, empresa pública e por autarquia ou fundação qualificadas, na forma da lei, como Agências Executivas

<sup>122</sup> O enquadramento de um serviço como de engenharia é disciplina pela Resolução nº 218/1973 do Conselho Federal de Arquitetura e Agronomia (CONFEA).

art. 24. Este percentual aumenta para 20% especificamente em relação às contratações realizadas por consórcios públicos, sociedades de economia mista, empresas públicas e autarquias ou fundações qualificadas como agências executivas. A utilização desta hipótese de dispensa não possibilita o fracionamento do objeto da licitação que vise burlar a exigência valorativa de determinadas modalidades.

#### **4.1.2 Serviços e Compras de Valor até 10% do Limite do Convite (inc. II)<sup>123</sup>**

Também há dispensa da licitação nas demais compras e contratações de serviços que não coincidam com obras e serviços de engenharia quando o valor do contrato atingir no máximo 10% do limite do convite utilizado nestas circunstâncias, ou seja, R\$ 8.000,00. Os mesmos apontamentos realizados em relação ao inc. I repetem-se neste caso, à exceção de que esta hipótese pode ser utilizada para a dispensa de licitação nas alienações realizadas pela Administração.

## **4.2 CUSTO TEMPORAL DA LICITAÇÃO (INCS. III, IV, XII E XVIII)**

Assim como a licitação pode ser dispensada em razão do *quantum* gasto para sua instauração, não se pode olvidar que se trata de um procedimento formal que, muitas vezes, torna-se moroso e conflita com a urgência da contratação. Quando esse tempo acarreta danos ao próprio interesse tutelado, tornando ineficaz a contratação, perde-se a razão de instauração do procedimento. É neste argumento principal que repousa a dispensa de licitação em relação aos incs. III, IV, XII e XVIII do art. 24 da Lei nº 8.666/93.

#### **4.2.1 Guerra ou Grave Perturbação de Ordem (inc. III)<sup>124</sup>**

O Decreto-Lei nº 2.300/86 previa conjuntamente as hipóteses de guerra, perturbação de ordem e calamidade pública, tendo mais tarde a Lei nº 8.666/93 remetido

---

<sup>123</sup> “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;”

<sup>124</sup> “Art. 24 (...)III - nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem;”

este último ao inc. IV do art. 24, dando-lhe maior destaque em relação às duas outras situações. O estado de beligerância por si só acarreta a dispensa de licitação prevista no inc. IX do art. 24 da Lei nº 8.666/93, cuja finalidade é resguardar a segurança nacional. As demais contratações dependentes de diligência que se fizerem necessárias em caso de guerra serão dispensadas de licitação nos termos do inc. III e apenas quando sua divulgação colocar em risco a segurança nacional. Tal se dá porque a caracterização do estado de guerra torna impossível o exercício habitual das funções públicas<sup>125</sup> e, após a instauração deste estado é comum a alteração do mercado, podendo certos bens restarem escassos ou raros e até mesmo a própria relação entre fornecedores e vendedores inviabilizar-se. Como o estado de beligerância resulta em muitas mudanças comportamentais no país, muitas vezes haverá situações que se encaixarão tanto na dispensa por ato de guerra como em outros incisos do art. 24.<sup>126</sup>

A dispensa da licitação, contudo, não ocorre automaticamente, de forma que a existência da guerra não torna dispensáveis as licitações. Há dependência de ato declaratório do Presidente da República<sup>127</sup> decretando as medidas de Estado de Defesa e Estado de Sítio (dispostas nos arts. 136 e 137 da Constituição).<sup>128</sup> Entretanto, ainda que instaurado formalmente o estado de guerra, sendo possível realizar a licitação sem prejuízo temporal ou comprometimento da segurança nacional, deve-se aplicar o regime de licitação.<sup>129</sup>

Este ato jurídico declaratório não existe em relação à grave perturbação de ordem, mas considera-se haver correspondência fática entre ambas as situações (guerra e grande perturbação), até porque elas são tratadas no mesmo inciso. A grave perturbação da ordem “(...) é a comoção interna generalizada ou circunscrita a uma região, provocada por atos humanos, tais como revolução, motim, greve que paralisa ou retarda atividades ou

---

<sup>125</sup> JUSTEN FILHO, *Comentários...*, cit., p. 338.

<sup>126</sup> Para exemplos de situações que se encaixam em mais de uma hipótese de dispensa ver: JACOBY FERNANDES, *Contratação...*, cit., p. 299-300.

<sup>127</sup> “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

*IX - decretar o estado de defesa e o estado de sítio;”*

<sup>128</sup> JACOBY FERNANDES, por outro lado, afirma que a mera declaração do estado de guerra basta para afastar o procedimento licitatório, de maneira que mesmo nunca chegando a ocorrer o conflito armado, a invasão ou a expedição de tropas, ainda assim a declaração formal será suficiente para autorizar a utilização do dispositivo. A mera declaração do estado de guerra basta para modificar extraordinariamente a atividade administrativa e atrasar a utilidade pretendida neste inciso é ignorar a relevância da mobilização e do planejamento diante desta situação. (*Contratação...*, cit., p. 299)

<sup>129</sup> L. FIGUEIREDO / FERRAZ, *Dispensa...*, cit., p. 47.

*serviços essenciais à comunidade*".<sup>130-131</sup> Eventuais engarrafamentos, tumultos ou mudanças na rotina do comércio por tempo curto não justificam a dispensa, ainda que a paralisação tenha sido notória, porque não constituem a grave perturbação da ordem.

#### **4.2.2 Emergência ou Calamidade Pública (inc. IV)<sup>132</sup>**

Situações de emergência desencadeiam necessidade imediata de solução para se evitar prováveis danos à população, que podem ir desde o perigo de perda de bens, obras e serviços até mesmo ao risco da segurança das pessoas. A situação de emergência é aquela que coloca em perigo ou causa dano concreto à segurança, à saúde ou ao bem estar das pessoas, ou ainda causa estragos aos bens da coletividade.<sup>133</sup> Isso não significa que qualquer situação que atenda a estes requisitos configura necessariamente o estado de emergência. Em regra, apenas diante da imprevisibilidade da situação pode-se acionar este dispositivo, tendo em vista que a ausência de planejamento ou de gestão administrativa não ensejam emergência real.

A calamidade pública, por sua vez, decorre de ações da natureza, como inundações, vendavais, terremotos, epidemias, entre outras, que acabam resultando em problemas à saúde, destruição de bens, paralisação de atividades essenciais e mais. Nestes casos, é essencial que seja decretado o estado de emergência, inclusive fundamentando as contratações que se farão necessárias.

---

<sup>130</sup> MEIRELLES, *Direito administrativo...*, cit., p. 279-280.

<sup>131</sup> Importa ressaltar que esta conceituação não é tão simples. Apesar da obviedade do conceito de 'guerra', definir 'grave perturbação da ordem' e 'calamidade pública' é enfrentar uma série de indeterminações, porque não pode incidir sobre estes conceitos o juízo subjetivo do agente estatal. Definir efetivamente um conceito significa limitar a aplicação do instituto a casos concretos que não atendam exatamente a definição descrita. (L. FIGUEIREDO / FERRAZ, *Dispensa...*, cit., p. 48)

<sup>132</sup> "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 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;"

<sup>133</sup> MEIRELLES, *Licitação...*, cit. p. 98.



#### **4.2.3 Compras de Perecíveis (inc. XII)<sup>134</sup>**

A perecibilidade do produto torna óbvia a importância de se concretizar a contratação no mais curto espaço de tempo a fim de evitar sua desnaturação. Em regra, o tempo gasto no desenvolvimento da licitação conflita com a urgência destas aquisições, uma vez que, no período de abertura da licitação, os produtos alimentares podem estar indisponíveis por questões sazonais ou podem ter custos significativamente elevados em razão da estocagem. Isso não significa dizer que qualquer produto perecível resulta em dispensa, que apenas será possível em aquisições eventuais em que a previsão da Administração e do próprio fornecedor forem impossíveis. Alimentos rotineiramente adquiridos pela Administração, mesmo quando perecíveis, não dão causa à dispensa porque pode haver a definição prévia das quantidades e épocas de compras, não havendo a urgência que enseja esta hipótese.<sup>135</sup>

#### **4.2.4 Operações Militares que Exijam Abastecimento durante Deslocamentos (inc. XVIII)<sup>136</sup>**

Quando realizada qualquer operação militar que demande o eventual deslocamento de pessoas ou bens com precisão de abastecimento para assegurar estadia, alimentação e outros que se fizerem necessários, a espera em razão da licitação pode acarretar danos irreparáveis às tropas e pessoas envolvidas e até mesmo aos interesses da própria operação. Em razão desta incompatibilidade, previu-se a dispensa em situações do gênero, contanto que não haja excedente do valor de R\$ 80.000,00 estabelecido no art. 23, inc. II, al. “a” da Lei nº 8.666/1993.<sup>137</sup>

---

<sup>134</sup> “Art. 24 (...) 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;”

<sup>135</sup> JUSTEN FILHO, *Comentários...*, cit., p. 365.

<sup>136</sup> “Art. 24 (...) 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;”

<sup>137</sup> A expressão “exiguidade dos prazos legais” foi erroneamente utilizada neste dispositivo porque é a ausência de exiguidade que torna necessária a aplicação desta hipótese. (SUNDFELD, *Licitação...*, cit., p. 50)

A limitação do valor de contratação implementada pela Lei nº 8.883 destoa do objeto central deste caso de dispensa, que é garantir a sobrevivência do pessoal militar. Não há como se prever a quantidade de militares que comporão as operações militares, podendo-se supor que algumas vezes o valor a ser gasto ultrapassará o limite estabelecido. Para contornar este impasse, ter-se-ia que possibilitar o parcelamento da compra, sob o risco de se manter um dispositivo sem utilidade na legislação.<sup>138</sup>

### **4.3 AUSÊNCIA DE POTENCIALIDADE DE BENEFÍCIO (INCS. V, VII, VIII, XI, XIV, XVII, XXIII, XXVI, XXVIII e XXIX)**

Há situações em que, embora haja viabilidade na instauração de licitação, não se vislumbra qualquer potencial benefício em sua realização, como se dá em relação aos incs. V, VII, VIII, XI, XIV, XVII, XXIII, XXVI, XXVIII e XXIX.

#### **4.3.1 Ausência de Interessados (inc. V)<sup>139</sup>**

Pode ocorrer que a competição seja viável e que exista razoável quantidade de particulares atuando com o produto ou serviço necessário à Administração, mas nenhum deles demonstre interesse em participar e efetivamente apresentar proposta ao certame. A frustração de uma primeira licitação realizada em razão da ausência de interessados representa risco potencial pela espera na satisfação do interesse público, já que haverá demora na instauração de novo procedimento licitatório. Este quadro pode ocasionar dispensa da licitação contanto que sejam mantidas na contratação direta as condições de contratação dispostas no primeiro edital que não produziu efeitos, sob pena de ofensa ao princípio da isonomia.<sup>140</sup>

---

<sup>138</sup> Neste sentido: JUSTEN FILHO, *Comentários...*, cit., 381. Entendimento mais rigoroso é o de CARLOS PINTO COELHO MOTTA, que afirma que o valor limitativo deve ser desconsiderado pelo interprete. (*Eficácia...*, cit., p. 327)

<sup>139</sup> “Art. 24 (...) 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;

<sup>140</sup> JUSTEN FILHO, *Comentários...*, cit., p. 350.

### 4.3.2 Propostas de Valor Excessivo (inc. VII)<sup>141</sup>

É possível que uma licitação resulte no oposto de sua finalidade de busca da proposta mais vantajosa e, diante deste quadro, não se pode obrigar a contratação de proposta que não atenda efetivamente o interesse público, nem a instauração de novo certame que representará mais gastos à Administração. Há que se considerar a hipótese de que todas as propostas apresentadas por licitantes habilitados a participar do certame possuam preços acima dos praticados no mercado ou incompatíveis aos fixados por órgãos oficiais competentes (quando este for o caso).<sup>142</sup> Neste caso, possibilita-se a contratação direta caso se localize particular disposto a concluir a contratação por valor inferior ao obtido na licitação desvantajosa.<sup>143</sup>

### 4.3.3 Operações entre Pessoas Jurídicas de Direito Público Interno (inc. VIII)<sup>144-145</sup>

A contratação das entidades integrantes da Administração de quaisquer de suas esferas (federal, estadual ou municipal) entre si pode ocorrer diretamente contanto que a pessoa jurídica contratada tenha sido criada em data anterior à da vigência da Lei nº 8.666/1993, com o fim específico de produzir os bens ou prestar os serviços necessários à entidade contratante, exigindo-se ainda a compatibilidade<sup>146</sup> entre o preço contratado e o

---

<sup>141</sup> “Art. 24 (...) 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;” Na realidade o parágrafo correspondente a este inciso é o 3º do artigo 48, cuja ordem foi alterada pela Lei nº 9.648/1998.

<sup>142</sup> Sobre a fixação de preços por órgãos competentes: Miguel REALE, *Medidas provisórias: choque na economia, controle de preços, liberdade empresarial, penalidades e discricionariedade*, RDP, São Paulo, v. 22, n. 91, p. 68-75, 1989.

<sup>143</sup> JUSTEN FILHO, *Comentários...*, cit., pp. 353-354.

<sup>144</sup> “Art. 24 (...) 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;”

<sup>145</sup> A redação deste inciso trouxe discórdia à doutrina brasileira pela similaridade às causas de inexigibilidade até sua alteração pela Lei nº 8.883/1994. Possibilitava-se a contratação direta com pessoa da Administração nas situações em que não houvesse particular em condições de disputado objeto. Ou seja, quando era inviável a competição. Modificada a escrita, passou-se a discutir a possibilidade de competição entre Administração e iniciativa privada. Sobre o tema: Toshio MUKAI, *As alterações na lei de licitações, Lei nº 8.883, de 8 de junho de 1994*, in BLC, São Paulo, v. 7, n. 9, 1994, p. 417-418.

<sup>146</sup> O emprego do termo “compatível com o praticado no mercado” não desonera o administrador de buscar o contrato mais vantajoso. Fosse assim, haveria ofensa ao princípio da moralidade, pois a equiparação ao valor de mercado não significa a vantajosidade do contrato. (JUSTEN FILHO, *Comentários...*, cit., p. 360)

preço praticado no mercado. A natureza das próprias pessoas envolvidas na relação é o que justifica o afastamento da licitação, não se operando apenas para transações com empresas públicas e sociedades de economia mista.

#### **4.3.4 Contratação do Remanescente (inc. XI)<sup>147</sup>**

Quando um contrato já em execução<sup>148</sup> e oriundo de licitação precisa ser rescindido por qualquer razão antes da conclusão de seu objeto (seja obra, serviço ou fornecimento), possibilita-se à Administração a contratação de licitante classificado no mesmo certame para assumir o contrato nos exatos termos anteriormente pactuados, permitindo-se apenas a atualização monetária do valor contratado. Neste caso, a Administração deve retomar a licitação originária e convocar sucessivamente os licitantes classificados para que se manifestem sobre a concordância ou não na continuação da obra, sempre obedecendo à ordem de classificação.

Como em todos os casos de dispensa, não se trata efetivamente de uma ordem ao administrador, que pode optar pela instauração de nova licitação a fim de concluir o objeto do concreto. Apesar disso, não se pode olvidar a economia monetária e temporal proporcionadas por esta hipótese de dispensa.

#### **4.3.5 Acordos Internacionais (inc. XIV)<sup>149</sup>**

Os tratados internacionais ratificados pelo Congresso Nacional são incorporados ao direito interno e hierarquicamente ocupam posição idêntica às das leis ordinárias. Logo, num primeiro momento, a previsão expressa trazida no inc. XIV da possibilidade de aplicação do teor destes tratados interiorizados pela Ordem Jurídica Brasileira, quando da aquisição de bens ou serviços, parece ser redundante. Na realidade, pretendeu-se acabar com (ou evitar) dúvidas sobre a vigência das regras especiais sobre contratação direta

---

<sup>147</sup> “Art. 24 (...) 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;”

<sup>148</sup> A imprescindibilidade de se tratar de contrato já em execução decorre da possibilidade de, não tendo sido iniciada a execução, a Administração rescindir o contrato e convocar o segundo colocado na forma do art. 64, § 2º, da Lei nº 8.666/1993.

<sup>149</sup> “Art. 24 (...) 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;”

oriundas de tratados internacionais anteriores à Lei nº 8.666/1993.<sup>150</sup> Essa hipótese de contratação direta pode ser utilizada apenas para aquisição de bens e serviços, excluindo-se as obras e as alienações, e apenas quando a contratação representar vantagem à Administração.<sup>151</sup>

#### **4.3.6 Contratações Acessórias para Manutenção de Garantias (inc. XVII)<sup>152</sup>**

A possibilidade de dispensa para contratações acessórias propõe a preservação das garantias de equipamentos já adquiridos pela Administração quando seus contratos de compra prevejam a perda da eficácia da garantia caso eventuais manutenções sejam realizadas com outras peças que não as originalmente produzidas pelo fabricante (inc. XVII). Assim, uma vez encerrada a garantia ou não havendo previsão de exclusividade no contrato, não há que se considerar a dispensa.

#### **4.3.7 Contratação no Âmbito da Administração Indireta (inc. XXIII)<sup>153</sup>**

Em termos, a hipótese de dispensa prevista no inc. XXIII retrata o ideal já disposto em relação ao inc. VIII, de que as contratações entre as entidades da Administração podem se dar através de dispensa. Neste caso específico, possibilita-se às empresas públicas ou às sociedades de economia mista contratar sem licitação suas subsidiárias controladas para a aquisição e alienação de bens e serviços, o que veio,

---

<sup>150</sup> Como a hierarquia do tratado internacional é, minimamente, idêntica à de lei ordinária, um acordo internacional poderia dispor genericamente sobre a dispensa de licitação. Assim, uma norma geral proveniente de tratado internacional seria equivalente a um dispositivo previsto em legislação ordinária. Entretanto, tal cláusula internacional obrigatoriamente deverá estar em consonância aos princípios constitucionais, correndo-se o risco de ofensa aos princípios da soberania nacional, da república e da isonomia, em caso contrário. (JUSTEN FILHO, *Comentários...*, cit., p. 316)

<sup>151</sup> A vantajosidade da contratação sequer necessitaria estar expressa, tendo em vista ser inerente a todas as contratações realizadas pela Administração.

<sup>152</sup> “Art. 24 (...) 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 8.883/1994)

<sup>153</sup> “Art. 24 (...) 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 9.648/1998)

inclusive, com um ar de obviedade, tendo em vista que não haveria sentido em proibir a empresa estatal criadora de valer-se dos benefícios trazidos por sua subsidiária.<sup>154</sup>

#### 4.3.8 Celebração de Contrato de Programa (inc. XXVI)<sup>155</sup>

A fim de simplificar o desenvolvimento das atividades realizadas pelos consórcios públicos<sup>156</sup>, estabeleceu-se pelo inc. XXVI e pelo art. 2º, § 1º, inc. III da Lei nº 11.107/2005<sup>157</sup>, a possibilidade de contratação direta dos chamados contratos de programa<sup>158</sup>, instrumentos por intermédio dos quais são constituídas obrigações entre os próprios entes federais ou entre estes e um consórcio público. A ideia é possibilitar que os entes federados e os consórcios públicos criem entre si espécies de “convênios” que servirão como instrumento da conjugação de seus esforços e recursos na realização de determinadas tarefas.

Na realidade, sequer seria necessária uma previsão de dispensa de licitação acerca dos contratos de programa, porque não há obrigatoriedade de licitar neste caso. A Administração está obrigada a licitar quando pretende contratar particulares ou entes administrativos que atuam como se fossem privados, o que não é o caso. E ainda que fosse necessário alocar esta hipótese na Lei nº 8.666/1993, ela estaria melhor posicionada junto às causas de inexigibilidade, tendo em vista que, quando a Administração atua

---

<sup>154</sup> Ivan Barbosa RIGOLIN / Marco Tulio BOTTINO *apud* Carlos Pinto COELHOMOTTA, *Eficiência nas licitações e contratos*, 9. ed., Belo Horizonte, 2002, p. 237.

<sup>155</sup> “Art. 24 (...) 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 11.107/2005)

<sup>156</sup> Os consórcios públicos foram implementados pela Lei nº 11.107/2005, pela qual se possibilitou a junção de esforços e recursos provenientes de diferentes entes federados a fim de desenvolver atividades cujos interesses e competências partilhem entre si.

<sup>157</sup> “Art. 2º Os objetivos dos consórcios públicos serão determinados pelos entes da Federação que se consorciarem, observados os limites constitucionais.

§º Para o cumprimento de seus objetivos, o consórcio público poderá:

(...)

III – ser contratado pela administração direta ou indireta dos entes da Federação consorciados, dispensada a licitação.”

<sup>158</sup> A coleta de lixo em municípios afetados pela conurbação é o exemplo notório de contrato de programa. Em razão da alta densidade demográfica e do contínuo crescimento geográfico dos municípios brasileiros, não raro há a união entre duas ou mais cidades e desaparecem os limites físicos entre os centros urbanos. Para facilitar a prestação de serviços básicos como a coleta de lixo, os diversos entes federativos constituem um consórcio público e, através de um contrato de programa, transferem para o consórcio o dever de prestação deste serviço.

internamente na satisfação de suas necessidades, não há possibilidade de competição entre os particulares.<sup>159</sup>

#### **4.3.9 Objeto de Alta Complexidade Tecnológica e Segurança Nacional (inc. XXVIII)<sup>160</sup>**

Num primeiro momento, a hipótese prevista no inc. XXVIII lembra as previsões já existentes nos incs. III (guerra ou calamidade pública) e IX (risco à segurança nacional). Mas não é o caso, tendo em vista que nesta hipótese pressupõe-se o preenchimento de dois requisitos de naturezas distintas: a elevada complexidade tecnológica dos bens ou serviços; e o envolvimento da defesa nacional.<sup>161</sup> O objetivo aqui é fomentar o setor da pesquisa, inovação e produção tecnológica no Brasil especializado em defesa nacional, diferente das outras situações de dispensa também relacionadas de alguma forma à segurança nacional (inc. III e IX). Não há que falar em estado de guerra ou risco de comprometimento da segurança nacional. A dispensa possibilitada pelo inc. XXVIII dá-se em situações de aquisição de bens ou serviços de alta complexidade tecnológica vinculados à defesa nacional, produzidos ou prestados em território nacional e, assim como ocorre na situação do inc. XIX (padronização das forças armadas), que tenham sido devidamente dispensadas por Comissão designada por autoridade máxima do órgão<sup>162</sup>.

---

<sup>159</sup> Marçal JUSTEN FILHO, *Parecer elaborado pelo Professor Doutor Marçal Justen Filho, versando sobre a minuta do anteprojeto da Lei da Política Nacional de Saneamento Básico*, disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_72/pareceres/saneamento\\_complementar\\_MarcalJustenFilho\\_1.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/pareceres/saneamento_complementar_MarcalJustenFilho_1.pdf).

<sup>160</sup> “Art. 24 (...) 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 11.484/2007).

<sup>161</sup> JUSTEN FILHO, *Comentários...*, cit., p. 400.

<sup>162</sup> Trata-se de hipótese restrita, portanto, à União, podendo ser a autoridade máxima certificante os respectivos Comandantes do Exército, Marinha e Aeronáutica; ou o respectivo Ministro no Ministério da Defesa. (JACOBY FERNANDES, *Contratação...*, cit., p. 514)

#### **4.3.10 Contingentes Militares em Operações de Paz no Exterior (inc. XXIX)<sup>163</sup>**

O inc. XXIX possibilita a contratação direta para a aquisição de bens e serviços cuja finalidade seja atender contingentes militares das Forças Singulares brasileiras empregadas em operações de paz no exterior. A validade do contrato está vinculada à ratificação específica do Comandante da Força, que é a autoridade responsável por se deslocar junto aos militares nas operações exteriores.

#### **4.4 QUANTO À FUNÇÃO EXTRAECONÔMICA DA CONTRATAÇÃO (INCS. VI, IX, X, XIII, XV, XVI, XIX, XX, XXI, XXIV, XXV, XXVII, XXX, XXXI, XXXII E XXXIII)**

Já se elucidou acerca das finalidades da contratação administrativa e como, algumas vezes, objetiva-se outro fim além da vantagem econômica. Esta situação tornou-se mais evidente após a complementação do art. 3º da Lei n.º 8.666/1993, que explicitou a busca pelo desenvolvimento nacional sustentável também através da contratação administrativa. Logo, é razoável imaginar que, diante de situações em que o Estado busca outros fins com a contratação, o procedimento licitatório pode frustrar a própria finalidade da contratação. Assim, passa-se à análise dos incs. VI, IX, X, XIII, XV, XVI, XIX, XX, XXI, XXIV, XXV, XXVII, XXX, XXXI, XXXII e XXXIII.

##### **4.4.1 Intervenção da União no Domínio Econômico (inc. VI)<sup>164</sup>**

A União é o único ente federado competente para intervir na ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, a fim de garantir que sejam observados princípios como o da livre concorrência, da redução das desigualdades regionais e sociais e, até mesmo, do tratamento favorecido a empresas de pequeno porte

---

<sup>163</sup> “Art. 24 (...) 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 11.783/2008)

<sup>164</sup> “Art. 24 (...) VI - quando a União tiver que intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento;”



(art. 170 e seguintes da Constituição da República). Essa interferência no mercado é relevante especialmente na regulação de preços e na normalização de abastecimentos, uma vez que estes são influenciados por períodos de escassez e excesso de produções o que acaba por refletir na economia. O inc. VI possibilita à União realizar aquisições e alienações de produtos e gêneros a nível nacional e internacional com dispensa de procedimento licitatório para reestabelecer o equilíbrio do mercado através da oferta e da procura.<sup>165</sup> Neste caso, a finalidade da contratação naturalmente transcende a busca de vantagem econômica, dispensando-se a licitação incompatível com a intervenção necessária.

#### **4.4.2 Segurança Nacional (inc. IX)<sup>166</sup>**

Situações que coloquem em risco a segurança nacional podem resultar na dispensabilidade de licitação declarada por quaisquer das autoridades da Administração direta ou indireta, seja no âmbito federal, estadual ou municipal. Pretende-se, com a manutenção da segurança nacional, preservar a defesa da soberania e do Estado e manter a ordem pública interna.<sup>167</sup> Quando estas pretensões puderem ser prejudicadas pela ampla publicidade exigida na licitação, aí sim poderá ser afastado o procedimento licitatório. Significa dizer que não é suficiente o interesse na segurança nacional para configuração da dispensa; deve haver objetiva composição do risco causado pela publicidade à segurança nacional.

#### **4.4.3 Compra ou Locação de Imóvel (inc. X)<sup>168</sup>**

A necessidade de compra ou locação de imóvel pela Administração também pode dispensar a licitação quando o interesse público apenas puder ser satisfeito por meio de um

---

<sup>165</sup> A União pode, por exemplo, adquirir um produto e colocá-lo no mercado para forçar determinada atitude dos empresários do setor, como a diminuição do preço de venda ao administrado ou a disponibilização no mercado de produtos estocados.

<sup>166</sup> “Art. 24 (...) IX - quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional;”

<sup>167</sup> FIGUEIREDO / FERRAZ, *Dispensa...*, cit., p. 53.

<sup>168</sup> “Art. 24 (...) X - 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;” (Redação dada pela Lei nº 8.883/1994)

imóvel determinado.<sup>169</sup> São as características do imóvel, como dimensão, localidade e facilidades proporcionadas que condicionam a sua escolha, de maneira que não é razoável a sua substituição por outra propriedade. Entretanto, isso apenas se dará sob a condição de que o preço contratado esteja de acordo com o praticado no mercado<sup>170</sup>.

#### **4.4.4 Instituições Sem Fins Lucrativos (inc. XIII)<sup>171</sup>**

De acordo com o art. 218 da Constituição da República, cabe ao Estado promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa e a captação de tecnologias através do apoio e estímulo às empresas investidoras destas áreas (art. 218, § 4º), o que pode ser feito através da contratação direta daquelas que possuam reputação ético-profissional inquestionável e que não tenham fins lucrativos<sup>172</sup>, apenas quando o objeto social da contratada esteja em conformidade com o objeto da contratação pretendida.

#### **4.4.5 Aquisição ou Restauração de Obras de Arte e Objetos Históricos (inc. XV)<sup>173</sup>**

A hipótese de dispensa prevista pelo inc. XV possibilita, especificamente aos órgãos da Administração cuja função é preservar o patrimônio histórico ou artístico, a aquisição ou a restauração de obras de arte e objetos históricos devidamente autenticados por certificados de definição de origem e autoria. No primeiro caso é essencial justificar o interesse público na aquisição da obra ou objeto, enquanto que a segunda situação, mesmo quando afastada a licitação, ainda exige a determinação de critérios objetivos que resultem

---

<sup>169</sup> Na realidade, considerando-se que há apenas um imóvel satisfatório às necessidades da Administração, está-se diante de hipótese de inexigibilidade de licitação, uma vez que há inviabilidade de competição. Neste sentido: JACOBY FERNANDES, *Contratação...*, cit., p. 378; JUSTEN FILHO, *Comentários...*, cit., p. 363.

<sup>170</sup> Em relação à necessidade de compatibilidade com o valor praticado no mercado, repetem-se os argumentos apresentados em relação ao inc. VIII.

<sup>171</sup> “Art. 24 (...) 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 8.883/1994)

<sup>172</sup> A ausência de finalidade lucrativa não remonta na impossibilidade de cobrança de remuneração pelos serviços prestados ou pelo produto vendido à Administração. (JACOBY FERNANDES, *Contratação...*, cit., p. 422)

<sup>173</sup> “Art. 24 (...) 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.”

na seleção de profissional cuja qualificação seja notória e capaz de inviabilizar a competição.<sup>174</sup>

#### **4.4.6 Contratos Específicos com a Administração (inc. XVI)<sup>175</sup>**

Contratos realizados com entidade da Administração criada para o fim específico de impressão de diários oficiais, formulários padronizados e edições técnicas oficiais, ou, ainda, criada para a prestação de serviços de informática a pessoa jurídica de direito público interno, também geram a dispensa de licitação porque se visa garantir seriedade em relação às informações públicas. Entende-se que tais informações, especialmente as relacionadas a questões de informática e diários oficiais, exigem um maior sigilo e mais segurança, de forma que a dependência da Administração em relação a particulares poderia colocar em risco sua autonomia, e, num quadro mais grave, a própria soberania. Contudo, dever-se-ia ressaltar no próprio texto da lei que a impressão de formulários padronizados e edições técnicas oficiais não acarretam a dispensa, tendo em vista que é razoável o afastamento da licitação quando houver relação entre o objeto pretendido e a própria finalidade das funções do Estado.<sup>176</sup>

#### **4.4.7 Padronização das Forças Armadas (inc. XIX)<sup>177</sup>**

O legislador entendeu por bem dispensar a licitação quando é necessário manter a padronização na aquisição de produtos específicos pelas Forças Armadas. O padrão deve ter sido estabelecido por parecer de comissão instituída através de decreto exclusivo para este fim e estar de acordo com a legislação vigente. Este precedente não resulta na dispensa para aquisição de qualquer material estandardizado a nível de Forças Armadas. No que diz

---

<sup>174</sup> A exigência quanto à inviabilidade de competição faz com que alguns autores considerem tratar-se de hipótese de inexigibilidade. Neste sentido: Benedicto TOLOSA FILHO, *Licitações: comentários, teoria e prática: Lei n. 8.666/93*, Rio de Janeiro, 1998, p. 83; JUSTEN FILHO, *Comentários...*, cit., p. 378.

<sup>175</sup> “Art. 24 (...) 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 8.883/1994)

<sup>176</sup> JUSTEN FILHO, *Comentários...*, cit., p. 378 e ss.

<sup>177</sup> “Art. 24 (...) 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 8.883/1994)

respeito aos materiais de uso pessoal e administrativo, como uniformes, calçados, computadores, entre outros, a licitação persiste sendo obrigatória.

Na realidade, era desnecessária a previsão deste artigo, pois se trata de situação de inviabilidade de competição. Uma vez verificada a necessidade de padronização determinada pelo art. 15, inc. I da Lei nº 8.666/1993, e averiguando-se a existência de apenas um fornecedor do bem pretendido, bastaria recorrer ao teor do art. 25, inc. I, da mesma lei, que disciplina as hipóteses de inexigibilidade de licitação, mais à frente analisadas. Sequer é razoável exigir comissão instituída por decreto porque a padronização não se decide através da licitação, mas no âmbito interno da Administração, que deve seguir critérios rigorosos independentemente da instituição por decreto ou não de uma comissão para isso. Igualmente, excluir a aquisição de material de uso pessoal ou administrativo é desnecessário, visto que a interpretação razoável do inc. XIX restringiria a dispensa aos casos em que a padronização fosse essencial à atuação eficiente das Forças Armadas. As demais situações continuariam sendo licitadas.<sup>178</sup> Sendo assim, percebe-se que uma melhor análise do texto legislativo de forma sistemática bastaria para alcançar o mesmo objetivo de contratar diretamente sem a necessidade de criar uma regra específica para isto.

#### **4.4.8 Associação de Portadores de Deficiência (inc. XX)<sup>179</sup>**

Assim como o inciso XIII, a hipótese de dispensa prevista no inciso XX pretende o fomento direcionado à satisfação de necessidade pública, perseguindo-se também os efeitos indiretos causados pela contratação. Como a Constituição da República garante a integração socioeconômica das pessoas com deficiência<sup>180</sup> e a contratação pública está atrelada à exteriorização da função social do contrato administrativo, garantir a contratação

---

<sup>178</sup> JUSTEN FILHO, *Comentários...*, cit., p. 381.

<sup>179</sup> “Art. 24 (...) 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 8.883/1994)

<sup>180</sup> Tenta-se difundir hoje no Brasil o termo “pessoas com deficiência” em detrimento das expressões anteriormente utilizadas “pessoas portadoras de deficiência” e “pessoas com necessidades especiais”, consideradas pelos próprios interessados reforço à segregação e à exclusão enfrentadas pelas pessoas com deficiência. Sobre: CONVERSA PESSOAL, *Como chamar as pessoas com deficiência?*, disponível em [http://www.senado.gov.br/senado/portaldoservidor/jornal/jornal70/utilidade\\_publica\\_pessoas\\_deficiencia.asp](http://www.senado.gov.br/senado/portaldoservidor/jornal/jornal70/utilidade_publica_pessoas_deficiencia.asp) x.

direta de associações<sup>181</sup> que prestem serviço ou forneçam mão de obra de pessoas com deficiência contribui nesta ordem constitucional. Há que se respeitar certos limites como a ausência de fins lucrativos da associação e a compatibilidade do valor contrato com o preço de mercado<sup>182</sup>.

#### **4.4.9 Aquisição de Bens e Insumos para Pesquisas Científicas (inc. XXI)<sup>183</sup>**

Também o inc. XXI trata de hipótese de dispensa, pondo em cumprimento a ordem constitucional do art. 218, a fim de permitir a aquisição direta de bens e insumos (excluídos obras e serviços) destinados à pesquisa científica e tecnológica relacionada aos recursos concedidos por instituições específicas e vinculadas ao CNPq<sup>184</sup>.

Como este caso de dispensa implica a aquisição de bens destinados a pesquisas, pressupõe-se que a atividade desenvolvida encontra-se em estágio de experimentação, e não se espera, portanto, atender à necessidade direta da Administração, mas promover o conhecimento. Como ainda não há resultados concretos em razão da experimentalidade, não faria sentido efetuar grandes aquisições de materiais; e, tendo em vista que se destinam basicamente à destruição em razão dos testes realizados, poderia a Administração adquirir os materiais necessários através de unidades distintas, submetendo-os sempre a pesquisas equivalentes. É preciso manter a similaridade entre as amostras testadas para evitar resultados corrompidos. Por isso, não se poderia licitar a aquisição destes produtos, uma vez que seriam oferecidos os mais diversos produtos com qualidades semelhantes às elencadas no edital da licitação, mas impróprios para os fins de pesquisa.<sup>185</sup>

---

<sup>181</sup> Para a validade da contratação direta exige-se que a forma jurídica do contratado seja a de associação civil congregadora dos deficientes físicos ou de seus responsáveis, não abrangendo eventuais fundações de amparo aos deficientes físicos, sociedades beneficentes, igrejas e demais empresas. (JACOBY FERNANDES, *Contratação...*, cit., p. 472)

<sup>182</sup> Mais uma vez reiteram-se os argumentos já traçados sobre o valor compatível de mercado constantes na análise do inc. VIII.

<sup>183</sup> “Art. 24 (...) XXI - para a aquisição de bens e insumos destinados exclusivamente à pesquisa científica e tecnológica com recursos concedidos pela Capes, pela Finep, pelo CNPq ou por outras instituições de fomento a pesquisa credenciadas pelo CNPq para esse fim específico;” (Redação dada pela Lei nº 12.349/2010)

<sup>184</sup> O CNPq é uma agência do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação (MCTI), criada em 1951 e que “tem como principais atribuições fomentar a pesquisa científica e tecnológica e incentivar a formação de pesquisadores brasileiros.” (O CNPq, disponível em <http://www.cnpq.br/web/guest/o-cnpq;jsessionid=6A721B908DD3D774924BB2F05C1937B3>)

<sup>185</sup> JUSTEN FILHO, *Comentários...*, cit., p.384.

As características extraídas deste tipo de compra assemelham-no mais aos casos de inexigibilidade de licitação do que a uma situação de dispensa, pois há a impossibilidade de competição. Não há como traçar parâmetros que permitam a comparação entre os diversos bens existentes no mercado porque sua utilização ocorrerá de maneira atípica e experimental. Contudo, uma vez que o legislador assumiu tratar-se de situação de dispensa, deve-se entender que o afastamento da licitação está mais relacionado à natureza da atividade desenvolvida do que ao fato de destinar-se a atividade de pesquisa. Não é o fato de se tratar de pesquisa científica que se justifica a dispensa, mas sim por conta das peculiaridades da atividade de pesquisa que impossibilitam a utilização dos critérios de julgamento de propostas tradicionalmente utilizados.<sup>186</sup>

#### **4.4.10 Contratação com Organização Social (inc. XXIV)<sup>187</sup>**

Possibilita-se ainda a contratação direta de organização social<sup>188</sup> cujo objeto social coincida com atividades dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e à preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde. Especificamente em relação ao contrato de gestão, havendo possibilidade de competição entre mais de uma organização social, faz-se exigível a licitação ou ao menos a instauração de procedimento específico antecedendo a contratação direta que possibilite a disputa.<sup>189</sup>

#### **4.4.11 Transferência de Tecnologia, do Direito de Uso e Exploração de Criação (inc. XXV)<sup>190</sup>**

A Lei nº 10.973/04, regulamentando os arts. 218 e 219 da Constituição da República, inseriu no ambiente produtivo incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica com vista a capacitar e autonomizar tecnologicamente o setor industrial do

---

<sup>186</sup> JUSTEN FILHO, *Comentários...*, cit., p.384.

<sup>187</sup> “Art. 24 (...) 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 9.648/1998)

<sup>188</sup> A organização social é pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos constituída na forma de fundação ou associação.

<sup>189</sup> JUSTEN FILHO, *Comentários...*, cit., p. 391 e ss.

<sup>190</sup> “Art. 24 (...) 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 10.973/2004)

país, desenvolvendo-o e gerando produtos e processos inovadores. O inc. XXV propõe a dispensa em contratações de transferência de tecnologia, de licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida, realizadas entre Instituições Científicas e Tecnológicas (ICT) ou agências de fomento<sup>191</sup> e pessoas jurídicas de direito privado, com o intuito de incrementar a relação entre essas instituições e tornar os produtos nacionais mais competitivos no mercado interno e no externo.

Nestes casos, excluir a licitação pode decorrer da dificuldade em compatibilizar o próprio objeto do contrato com as formalidades da licitação, tendo em vista a complexidade relacionada à transferência onerosa de tecnologia ou de direito de uso de uma criação. Isso não significa, por outro lado, a possibilidade de contratar uma transferência que não traga vantagens à Administração. A intenção de alienação deverá ser publicitada para que a entidade contratante avalie a proposta mais vantajosa entre as apresentadas.<sup>192</sup>

#### **4.4.12 Resíduos Sólidos Urbanos Recicláveis ou Reutilizáveis (inc. XXVII)<sup>193</sup>**

A Lei nº 11.445/2007 estabeleceu diretrizes nacionais para o saneamento básico que, até então, apesar da relevância do tema, persistia sem regulamentação específica. Entre as diversas previsões, inseriu-se no art. 24 da Lei nº 8.666/1993 o inc. XXVII, a fim de estabelecer como hipótese de dispensa de licitação na contratação entre Administração e associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda para a coleta, processamento ou comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis. Pretende-se incluir econômica e socialmente o grupo dos conhecidos catadores de lixo em associações e cooperativas e, a partir daí, promover a geração de emprego e de renda,<sup>194</sup> utilizando-se novamente a contratação administrativa como política pública.

---

<sup>191</sup> As agências de fomento são instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, portanto, com status financeiro, mas impossibilitadas de captação de recursos junto ao público e outras prerrogativas bancárias, criadas para conceder financiamento a empresas objetivando o desenvolvimento deste setor.

<sup>192</sup> JUSTEN FILHO, *Comentários...*, cit., p. 397.

<sup>193</sup> “Art. 24 (...) 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 11.445/2007)

<sup>194</sup> JACOBY FERNANDES, *Contratação...*, cit., pp. 509 e ss.

#### 4.4.13 Contratação de Assistência Técnica e Extensão Rural para o PRONATER (inc. XXX)<sup>195</sup>

O PRONATER foi instituído pela Lei nº 12.188/2010 para auxiliar na implementação de políticas públicas de desenvolvimento agropecuário a nível nacional, com foco no alcance das metas no Plano Brasil 2022<sup>196</sup>. A contratação de instituições ou organizações, sejam públicas ou privadas, com ou sem fins lucrativos, para prestar serviços de assistência técnica e extensão rural neste âmbito afasta a instauração de licitação, nos termos do inc. XXX do art. 24 da Lei nº 8.666/1993. Todavia, a instituição ou organização interessada deve preencher os requisitos de credenciamento dispostos na Lei. nº 12.188/2010<sup>197</sup>, tais quais: objeto social voltado à prestação destes serviços; constituição legal superior a cinco anos; base geográfica de atuação no Estado em que for solicitado o credenciamento; equipe técnica multidisciplinar; e registro do profissional responsável com qualificação técnica.

A exposição de motivos<sup>198</sup> da Lei nº 12.188/2010, que instituiu o inc. XXX justificou a dispensa de licitação sob o argumento de que a sazonalidade da produção agrícola e o atual processo de desenvolvimento brasileiro não se coadunam com os trâmites licitatórios. Além disso, aparentemente, haveria entidades, instituições e organizações que estariam impossibilitadas de participar do certame em razão de sua

---

<sup>195</sup> “Art. 24 (...) XXX - na contratação de instituição ou organização, pública ou privada, com ou sem fins lucrativos, para a 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.” (Incluído pela Lei nº 12.188/2010)

<sup>196</sup> No setor agropecuário, pretende-se que até o ano de 2022 o Brasil consiga: “(...) duplicar a produção agropecuária; duplicar as exportações agropecuárias; aumentar a produtividade agropecuária em 50%; aumentar os níveis de controle de sanidade; triplicar os investimentos destinados à pesquisa agropecuária; ampliar a área de florestas econômicas em 50%; alcançar autonomia em fertilizantes; ampliar a oferta de informação meteorológica (...)” (BRASIL 2022, Secretaria de Assuntos Estratégicos, disponível em <http://www.sae.gov.br/brasil2022/>)

<sup>197</sup> “Art. 15. São requisitos para obter o credenciamento como Entidade Executora do Pronater:

I - contemplar em seu objeto social a execução de serviços de assistência técnica e extensão rural;

II - estar legalmente constituída há mais de 5 (cinco) anos;

III - possuir base geográfica de atuação no Estado em que solicitar o credenciamento;

IV - contar com corpo técnico multidisciplinar, abrangendo as áreas de especialidade exigidas para a atividade;

V - dispor de profissionais registrados em suas respectivas entidades profissionais competentes, quando for o caso;

VI - atender a outras exigências estipuladas em regulamento.

Parágrafo único. O prazo previsto no inciso II não se aplica às entidades públicas.”

<sup>198</sup> Exposição de Motivos nº 00006/2009, disponível para consulta em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Projetos/EXPMOTIV/EMI/2009/6%20-%20MDA%20MP%20MF.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/EXPMOTIV/EMI/2009/6%20-%20MDA%20MP%20MF.htm)



natureza jurídica, não adequada às exigências da licitação. Contudo, não é apontado em momento algum quais são estas entidades. O art. 9º da Lei nº 8.666/1993<sup>199</sup> dispõe acerca dos limites à participação em procedimentos licitatórios e, num primeiro momento, não se depreende dali qualquer sentido na alegação contida nesta exposição de motivos. Não se olvida que nesta hipótese se pretenda utilizar as compras administrativas como propulsora de políticas públicas de reforma agrária, porém a criação de novo caso de dispensa não pode ser utilizada como maneira de retardar a solução dos entraves burocráticos gerados pela legislação de compras brasileira.

#### **4.4.14 Incentivo à Inovação e à Pesquisa Científica e Tecnologia (inc. XXXI)<sup>200</sup>**

A Lei n.º 12.349/2010 ampliou o rol de legislações cuja finalidade é o estímulo à ciência e à tecnologia e, além de ser responsável pela inclusão do desenvolvimento nacional sustentável como finalidade da contratação administrativa, inseriu no art. 24 o inc. XXXI, pelo qual se dispensa a licitação na contratação de instituições de pesquisa ou na criação de mecanismos que proporcionem este incentivo. Trata-se de uma visão ativa da relevância do poder de compra estatal sob o escudo do princípio do desenvolvimento sustentável.<sup>201</sup> A contratação direta será possível em razão deste dispositivo quando se

---

<sup>199</sup> “Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

*I - o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;*

*II - empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado;*

*III - servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.*

§ 1º *É permitida a participação do autor do projeto ou da empresa a que se refere o inciso II deste artigo, na licitação de obra ou serviço, ou na execução, como consultor ou técnico, nas funções de fiscalização, supervisão ou gerenciamento, exclusivamente a serviço da Administração interessada.*

§ 2º *O disposto neste artigo não impede a licitação ou contratação de obra ou serviço que inclua a elaboração de projeto executivo como encargo do contratado ou pelo preço previamente fixado pela Administração.*

§ 3º *Considera-se participação indireta, para fins do disposto neste artigo, a existência de qualquer vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista entre o autor do projeto, pessoa física ou jurídica, e o licitante ou responsável pelos serviços, fornecimentos e obras, incluindo-se os fornecimentos de bens e serviços a estes necessários.*

§ 4º *O disposto no parágrafo anterior aplica-se aos membros da comissão de licitação.”*

<sup>200</sup> “Art. 24 (...) XXXI - nas contratações visando ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 4º, 5º e 20 da Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, observados os princípios gerais de contratação dela constantes.” (Incluído pela Lei nº 12.349/2010)

<sup>201</sup> Cesar Guimarães PEREIRA, *A MP nº 495 e as alterações na legislação sobre licitações*, in Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 42/2010, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo.php?informativo=42&artigo=458>.

pretender cumprir o teor dos arts. 3º, 4º, 5º e 20 da referida lei<sup>202</sup>, não havendo definição específica da hipótese, apenas remissão ao disposto em outra legislação. Daqueles artigos se depreende que caberá a dispensa de licitação quando: (i) se pretender constituir alianças estratégicas e desenvolver projetos de cooperação com empresas nacionais, Instituições Científicas e Tecnológicas (ICT) e organizações de direito privado sem fins lucrativos relacionadas a atividades de pesquisa e desenvolvimento; (ii) se objetivar compartilhar e utilizar de laboratórios de ICTs, o que se fará através de contrato ou convênio; (iii) houver participação minoritária da União ou de suas entidades autorizadas em capital de empresa privada, com propósito específico de desenvolver projetos científicos ou tecnológicos que busquem obter produto ou processos inovadores; e (iv) se pretender realizar atividades de pesquisa e desenvolvimento que possam resultar em risco tecnológico e, para sua realização, for necessária a contratação pela Administração de empresas e entidades privadas nacionais sem fins lucrativos.

Importa ressaltar que a implementação do inc. XXXI foi fundamentada na intenção de viabilizar o surgimento, o fortalecimento e a multiplicação de empresas inovadoras no Brasil, o que, nos termos da exposição de motivos<sup>203</sup> da Lei nº 12.349/2010, seria mais eficiente por meio da dispensa da licitação. Não há, entretanto, sequer uma justificativa de porque a eficiência pretendida é encontrada na contratação direta, e não na instauração de um procedimento licitatório. Pressupõe-se que, por se tratar de atividade de pesquisa, não há como preestabelecer critérios para avaliar as vantagens de cada proposta, uma vez que toda a relação contratual estaria envolvida pela imprevisibilidade. Não há como saber se os resultados pretendidos serão obtidos. Porém, aconselha-se a instauração de um procedimento seletivo nestes casos sempre que houver viabilidade de competição.<sup>204</sup> Isso significa que seria realizada a publicação chamando os interessados a oferecer propostas, seriam estabelecidos critérios objetivos para o julgamento destas propostas e o tratamento aos participantes se daria de forma isonômica. Ou seja, seria instaurado um procedimento licitatório simplificado e desvinculado da vantajosidade. Faz parecer que o legislador pretende flexibilizar as normas licitatórias, mas não o faz por completo. Utiliza-se das hipóteses de dispensa para instaurar situações em que as normas licitatórias da Lei

---

<sup>202</sup> Para aprofundamento sobre o tema: Denis Borges BARBOSA, *Licitação como instrumento de incentivo à inovação: o impacto da lei 12.349/2010*, disponível em <http://grotius.net>.

<sup>203</sup> Exposição de motivos nº 104, disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Exm/EMI-104-MP-MF-MEC-MCT-MPV-495-10.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Exm/EMI-104-MP-MF-MEC-MCT-MPV-495-10.htm).

<sup>204</sup> JUSTEN FILHO, *Comentários...*, cit., p. 405.

nº 8.666/1993 podem ser afastadas, mas é necessário, ainda assim, realizar algum procedimento com caráter claramente licitatório.

Além disso, as características da contratação levam a crer que esta situação poderia ser abraçada pelo *caput* do art. 25, que disciplina a inexigibilidade de licitação, assim como se dá em relação ao inc. XXII, porque também há inviabilidade de competição como naquela situação.

#### **4.4.15 Transferência de Tecnologia para o SUS (inc. XXXII)<sup>205,206</sup>**

Dois anos após a última ampliação do art. 24, a Lei nº 12.715/2012 trouxe o inc. XXXII para regularizar a dispensa de licitação nas transações em que haja transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o SUS<sup>207</sup>, nos termos da Portaria nº 3.089/2013<sup>208</sup>, publicada pelo Ministério da Saúde. Na realidade, a inovação visava possibilitar o atendimento célere de demandas imediatas, o que já se dava através da dispensa de licitação prevista no inc. IV (situação de emergência). Entendeu o legislador que a atuação do administrador seria mais eficaz e rápida se não fosse necessário o preenchimento dos requisitos exigidos à caracterização do estado de emergência.

Todavia, a princípio, não se vê grande necessidade de implementação deste dispositivo, tendo em vista que não se tratando de situação de emergência – que seria plenamente atendida pelo inc. IV – não há razão para evitar a tramitação regular de uma licitação. Isso poderia, inclusive, trazer mais benefícios à Administração em razão da disputa e da consequente redução do valor de contrato. Aliás, nem ao menos há

---

<sup>205</sup> “Art. 24 (...) XXXII - na contratação em que houver transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde - SUS, no âmbito da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, conforme elencados em ato da direção nacional do SUS, inclusive por ocasião da aquisição destes produtos durante as etapas de absorção tecnológica.” (Incluído pela Lei nº 12.715/2012)

<sup>206</sup> Como citado no início deste capítulo, pretendeu-se seguir a classificação dos casos de dispensa apresentada por MARÇAL JUSTEN FILHO. Contudo, até o momento do fechamento desta pesquisa não havia sido publicada nova edição do livro *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, tendo sido a última publicada em 2012. Logo, os casos de dispensa decorrentes de legislações posteriores à data de publicação deste manual não foram classificados. Após estudo da sistematização realizada pelo autor, optou-se por incluir os incs. XXXII e XXXIII neste quarto grupo, referente à função extraeconômica da contratação administrativa.

<sup>207</sup> O SUS é o sistema público de saúde brasileiro, considerado um dos maiores do mundo. (O SUS, *Conselho Nacional de Saúde*, disponível em [http://conselho.saude.gov.br/web\\_sus20anos/sus.html](http://conselho.saude.gov.br/web_sus20anos/sus.html))

<sup>208</sup> Para verificação da lista de produtos estratégicos ao SUS, ver: <http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/principal/secretarias/sas/mais-sobre-sas?start=5>

justificativa para esta hipótese de dispensa da licitação na exposição de motivos da Lei nº 12.715/2012.

#### **4.4.16 Implementação de Cisternas ou Outras Tecnologias Sociais de Acesso à Água (inc. XXXIII)<sup>209</sup>**

Por fim, a Lei nº 12.873/2013 incluiu a mais nova hipótese de dispensa no rol do art. 24: o inc. XXXIII, que possibilita o afastamento da licitação na contratação de entidades privadas sem fins lucrativos para implementação de cisternas e outras tecnologias sociais de acesso à água. Com isso, pretende-se beneficiar famílias rurais de baixa renda que são atingidas por longos períodos de seca ou falta recorrente de água e acabam sofrendo da insuficiência para a produção de alimentos e para o próprio consumo humano. Contudo, há que se questionar novamente a necessidade de previsão específica agora desta hipótese. Isto porque, não parece razoável haver dispositivo destinado exclusivamente às situações de secas em algumas localidades brasileiras. Quando se tratar de secas imprevisíveis que caracterizam a situação de emergência ou de calamidade pública, pode-se muito bem lançar mão do disposto no inc. IV, como se comentou em relação ao inciso anteriormente analisado. Por outro lado, em se tratando de falta de água periódica, normalmente decorrente da falta de chuva em algumas épocas do ano, é por certo que a Administração poderia fazer o planejamento adequado para a implementação das cisternas.

Inclusive, foi apresentada justificativa pelo Deputado Federal Rubens Bueno na tentativa de impedir a publicação desta nova hipótese de dispensa. Para o Deputado, além de o inc. IV ser plenamente capaz de satisfazer esta necessidade, trata-se de privilégio às instituições sem fins lucrativos que cria concorrência desleal com as empresas que executam estes serviços. Ademais, já à época da Medida Provisória nº 619/2013, que deu origem à Lei nº 12.873/2013, discutia-se sobre a suspeita da utilização deste dispositivo para desvio de dinheiro público, já que são serviços geralmente prestados em locais flagelados pela seca e de pouca fiscalização pelo Poder Executivo.<sup>210</sup>

---

<sup>209</sup> “Art. 24 (...) XXXIII - na contratação de entidades privadas sem fins lucrativos, para a implementação de cisternas ou outras tecnologias sociais de acesso à água para consumo humano e produção de alimentos, para beneficiar as famílias rurais de baixa renda atingidas pela seca ou falta regular de água.” (Incluído pela Lei nº 12.873/2013)

<sup>210</sup> Sobre o tema: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=130005&tp=1>.

#### 4.5 CONTRATAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA E GÁS NATURAL (INC. XXII)<sup>211</sup>

A hipótese de dispensa em casos de contratação de energia elétrica decorre de diversas alterações legais que ao final conduziram à afirmação de que apesar de se tratar de serviço público, o fornecimento de energia elétrica está aberto à competição através de atividades específicas de comercialização. Esta abertura a diversos concessionários de distribuição de energia elétrica resultou na pluralidade de fornecedores e, conseqüentemente, na possibilidade da Administração aproveitar-se do mercado na busca da proposta mais vantajosa. Por outro lado, a situação do gás natural já surgiu no direito privado e sequer configura um serviço público. Significa que, a princípio, não há sentido no tratamento conjunto destes dois elementos, porque o gás natural possui uma pluralidade de potenciais fornecedores dos quais a Administração pode se aproveitar na busca da proposta mais vantajosa. É apenas em relação ao exercício de atividade empresarial de comercialização de gás natural pelo Estado que tal hipótese passa a ter relevância.<sup>212</sup>

Apesar desta hipótese de dispensa afastar a licitação, os mecanismos competitivos contidos na regulação do setor elétrico permanecem obrigatórios. Ademais, os serviços de energia elétrica e gás podem ser contratados através do pregão, que tem se mostrado modalidade rápida e eficiente nas contratações públicas. Esta possibilidade tem sido considerada um primeiro passo na simplificação dos procedimentos licitatórios a fim de flexibilizar a contratação também de outros setores de fornecimento ou suprimento de serviços públicos e, com isso, diminuir as alíneas das hipóteses de dispensa.<sup>213</sup>

---

<sup>211</sup> “Art. 24 (...) 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 9.648/1998)

<sup>212</sup> JUSTEN FILHO, *Comentários...*, cit., p.386-387.

<sup>213</sup> COELHO MOTTA, *Eficiência...*, cit., p. 235-236.

## 5 INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

Sob o ponto de vista teórico, o conceito da inexigibilidade antecede o da dispensa porque esta pressupõe que a licitação seja imperiosa, de maneira que o primeiro passo da Administração é verificar se o procedimento licitatório é ou não exigível e, quando excluída a inexigibilidade, iniciar a verificação da presença dos pressupostos autorizadores da dispensa da licitação. A inexigibilidade provém, portanto, da natureza das coisas, ao passo que a dispensa deriva de ordem legislativa. Em razão disso, seria aconselhável que as hipóteses de inexigibilidade antecedessem as de dispensa no texto legal, incentivando o administrador a primeiramente verificar a exigibilidade da licitação, para só então passar à análise das excludentes previstas no art. 24 e incisos.<sup>214</sup>

A partir do Decreto-Lei nº 2.300/1986 houve melhor sistematização das hipóteses de cabimento da contratação direta, passando-se a distinguir licitação dispensada, dispensável e inexigível, nomenclatura mantida pela Lei nº 8.666/1993.<sup>215</sup> Como já ressaltado, para a estipulação das hipóteses de dispensa o legislador confrontou as situações do caso concreto aos princípios constitucionais e ao próprio princípio da licitação, arrolando exaustivamente suas ocorrências.

Por outro lado, a inexigibilidade decorre da inviabilidade de competição entre ofertantes em razão de diversas situações. A licitação pressupõe a seleção de uma (ou algumas) entre diversas alternativas, o que, conseqüentemente, implica na pluralidade de particulares hábeis a satisfazer o interesse público. A própria ideia de *selecionar* depende de múltiplas alternativas. Não há falar em seleção quando se está diante de apenas uma opção e, da mesma forma, a licitação apenas será razoável quando existirem diferentes alternativas capazes de satisfazer os interesses sob tutela estatal, devendo-se optar pela mais vantajosa e rejeitar aquelas que não são tão apropriadas e satisfatórias. Não basta, destarte, a escolha da proposta mais vantajosa. Deve haver a rejeição das demais ofertas por não serem adequadas e suficientes como a escolhida.<sup>216</sup>

Essencialmente, os casos de inexigibilidade de licitação não se enquadram na dispensa porque apenas se pode dispensar alguém de um dever considerado possível.

---

<sup>214</sup> JUSTEN FILHO, *Comentários...*, cit., p. 406.

<sup>215</sup> Até então, previam-se hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação no art. 126 do Decreto-Lei nº 200/1967, sem realizar qualquer distinção entre as situações descritas.

<sup>216</sup> JUSTEN FILHO, *Comentários...*, cit., p. 339.

## 5.1 A INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO

A lógica da inexigibilidade de licitação decorre da inviabilidade de se alcançar a competição inerente ao procedimento licitatório em determinadas situações. Como já referido, a concorrência entre licitantes interessados é o propulsor da licitação, de maneira que esta é exigível *sempre* que houver a possibilidade daquela. Contudo, há que se aceitar que em determinadas situações existe apenas um fornecedor do bem ou serviço ansiado pela Administração, ou ainda, que somente uma empresa reúna todas as condições necessárias para satisfazer plenamente o objeto do contrato (art. 25, incs. II e III da Lei nº 8.666/1993). Situações como estas tornam inviável a licitação porque há singularidade do objeto esperado, unicidade de fornecedor ou especificação exclusiva da operação;<sup>217</sup> ou seja, há impossibilidade lógica do certame.<sup>218</sup> Estas causas de inexigibilidade do certame revestem-se como: a ausência de alternativas; a ausência de ‘mercado concorrencial’; e a ausência de definição objetiva da prestação a ser executada –, separadas em dois grandes grupos de causas inviabilizadoras de competição decorrentes de suas naturezas. O primeiro procede das circunstâncias referentes ao sujeito a ser contratado, sendo inviável a competição em razão da ausência de sujeitos que atendam as exigências de contratação. O outro grupo está relacionado à natureza do objeto pretendido, podendo haver vários sujeitos em condições de contratação, mas são as características do objeto que impedem a competição, seja pela natureza da atividade realizada, seja por uma peculiaridade da profissão.<sup>219</sup>

Isso não significa que toda e qualquer situação que apresente uma destas características não será antecedida por procedimento licitatório. A elevação destas circunstâncias à categoria de presumíveis casos de inexigibilidade ocorre por determinação legal, mas apenas de maneira ilustrativa, tendo em vista que, quando for viável a competição, é imperativa a realização de licitação. São, portanto, hipóteses cuja incidência depende da análise específica de cada caso concreto. Em princípio, a licitação não pode ser realizada exatamente porque a lei considerou que nestas determinadas situações a

---

<sup>217</sup> SUNDFELD, *Licitação...*, cit., p. 43.

<sup>218</sup> BANDEIRA DE MELLO, *Elementos...*, cit., pp. 383-384.

<sup>219</sup> Essa sistematização foi acolhida no Acórdão 918/2003 do TCU, Processo nº TC 010.205/2001-0, Relator Ministro Adylson Motta). Mais sobre o tema: JUSTEN FILHO, *Comentários...*, cit., p. 406.

contratação direta será a via mais apropriada para satisfazer a necessidade da Administração pela impossibilidade de se estabelecer a concorrência.

Analisar a viabilidade ou não de concorrência é tarefa dirigida ao agente da Administração respaldada pela previsão legal das hipóteses em que se pressupõe ser impossível a competição e, conseqüentemente, estar afastada a licitação. O art. 25 da Lei nº 8.666/1993 e seus incisos são exemplos de situações em que a competição é inexequível e funcionam como baliza à ponderação de viabilidade da competição ao oferecerem exemplos em que esta é impossível para, a partir daí, permitir ao agente, diante de cada caso concreto, avaliar a aplicabilidade ou não da contratação direta.

O *caput* do art. 25 da Lei nº 8.666/1993 estabelece que “*é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição*” e é complementado pela expressão “*em especial*” ao referir-se aos incisos ali contidos. Ou seja, o *caput* traz a ordem geral de inexigibilidade de licitação, quando impossível o estabelecimento de competição, e exemplifica em seus três incisos situações em que se pressupõe esta inviabilidade. Como não há um rol taxativo, é possível arrazoar que mesmo quando preenchida uma das hipóteses do art. 25, caso ainda existente a competitividade, a licitação continuará sendo forçosa, por falta do requisito disposto no *caput* daquele dispositivo— a inviabilidade de competição. Por outro lado, mesmo quando o caso concreto não se enquadre às hipóteses organizadas nos incisos do art. 25, ainda assim a licitação será inexigível se houver impossibilidade de competição, sob o fundamento legal do próprio *caput* deste artigo.<sup>220</sup>

A inviabilidade de competição é tida, portanto, como um gênero que comporta diversas modalidades, ou ainda, como uma consequência que procede de causas variadas de ausência dos pressupostos essenciais à licitação.<sup>221</sup> Esta carência, que resulta na inexequibilidade da concorrência, pode decorrer da natureza específica do negócio, dos objetivos sociais pretendidos pela Administração,<sup>222</sup> do próprio objeto ansiado com aquela contratação e, até mesmo, do particular a ser contratado.<sup>223</sup>

A inexigibilidade, destarte, faz da licitação, ao menos em sua forma legalmente estruturada, via inadequada para satisfazer o interesse sob a tutela estatal porque deixa de cumprir sua função principal: a seleção da proposta mais vantajosa. Poder-se-ia supor a

---

<sup>220</sup> JACOBY FERNANDES, *Contratação...*, cit., pp. 538-539.

<sup>221</sup> JUSTEN FILHO, *Comentários...*, cit., p. 405.

<sup>222</sup> L. FIGUEREDO, FERRAZ, *Dispensa...*, cit., p. 102.

<sup>223</sup> Vera Lúcia Machado D'AVILA, in *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*, São Paulo, Malheiros, 2005, p. 127.



realização de uma forma flexibilizada de seleção entre potenciais contratados, contudo isso seria inviável sob a estruturação do procedimento licitatório. A imposição da licitação em evidentes casos de inexigibilidade apenas frustraria o contrato pretendido, uma vez que ou não seria apresentada proposta por nenhum interessado ou seria selecionada proposta inadequada ao interesse público em questão.<sup>224</sup>

## **5.2 FORNECEDOR EXCLUSIVO – ARTIGO 25, INCISO I, DA LEI FEDERAL Nº 8.666/1993**

O inc. I do art. 25 dispõe que a licitação é inexigível em situações de inviabilidade de competição “(...) para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes”. Trata-se de dispositivo previsto em legislações brasileiras anteriores<sup>225</sup>, em que há apenas um único produto de acordo com as condições necessárias à Administração, sendo a instauração de procedimento licitatório um “desperdício de tempo”<sup>226</sup>. A adequação ao que está contido neste inciso depende, especialmente, da análise da determinação do objeto, da vedação à preferência por marcas, da ausência de pluralidade de alternativas de contratação e da comprovação da exclusividade do fornecedor.<sup>227</sup>

---

<sup>224</sup> JUSTEN FILHO, *Comentários...*, cit., p. 406.

<sup>225</sup> A origem desta excludente de licitação deu-se com o advento do Decreto-Lei nº 200/67, mantido pelo Decreto-Lei nº 2.300/1986 e, mais tarde, epigrafoado nos mesmos termos do dispositivo atual no Decreto nº 30/1991. (JACOBY FERNANDES, *Contratação...*, cit., pp. 570-571)

<sup>226</sup> JUSTEN FILHO, *Comentários...*, cit., p. 410.

<sup>227</sup> Esse raciocínio decorre do estudo realizado por MARÇAL JUSTEN FILHO, podendo variar em relação a outros autores. (*Comentários...*, cit., p. 410 e ss). JACOBY FERNANDES, por exemplo, prefere tripartir os requisitos para a configuração legal da contratação direta decorrente deste inc. I entre os referentes ao objeto da contratação, os referentes ao contratado e os referentes aos meios de comprovação. Opta, para tanto, pela inclusão da análise da vedação de indicação de marca do produto no próprio exame do objeto da contratação. (*Contratação...*, cit., pp. 571 e ss.)

### 5.2.1 Determinação de Objeto

No que diz respeito ao objeto do contrato, é essencial ao agente da Administração analisar as diversas soluções técnico-científicas disponíveis capazes de atender ao interesse público quanto à aquisição necessária, porque é a realização prévia desta atividade administrativa que conduzirá à seleção daquela que será considerada a melhor alternativa. Deve-se avaliar critérios técnicos e econômicos, podendo-se afastar a melhor solução técnica em razão de limitações orçamentárias.

A incidência deste inciso é exclusiva<sup>228</sup> para situações de compras, não podendo ser estendida a casos de contratação de serviços ou obras. Inclusive, em razão desta limitação, apesar de haver apenas um representante no Brasil capaz de atender à necessidade de serviços de manutenção preventiva e corretiva dos equipamentos laboratoriais do Instituto de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (INMETRO)<sup>229</sup>, não se dá o afastamento do procedimento licitatório em razão de expressa decisão do TCU.<sup>230</sup>

---

<sup>228</sup> Entendimento que destoa do majoritário é o de MARÇAL JUSTEN FILHO, que afirma que o núcleo da questão está relacionado à ausência de alternativas e não à natureza jurídica do contrato de compra e venda. (*Comentários...*, cit., p. 410)

<sup>229</sup> O INMETRO é uma autarquia federal criada pela Lei nº 5.966/1973 para fortalecer as empresas nacionais através de mecanismos voltados à melhoria da qualidade dos produtos e serviços oferecidos. Por meio de metrologia e de avaliações de conformidade, o INMETRO pretende oferecer à sociedade brasileira confiança em relação aos produtos ofertados no país. (*Conheça o Inmetro*, disponível em <http://www.inmetro.gov.br/inmetro/oque.asp>)

<sup>230</sup> Na década de 1990, o INMETRO consultou o TCU sobre a possibilidade de tornar dispensável ou inexigível a licitação para contratação de serviços de manutenção preventiva e corretiva dos equipamentos utilizados no Laboratório Nacional de Metrologia. A alegação à época era de que as empresas estrangeiras produtoras destes equipamentos mantinham no Brasil um representante exclusivo responsável pela reposição de peças originais que trariam benefícios em relação à longevidade e performance dos equipamentos. Diante deste quadro, e já tendo sido realizada tomada de preços que restou deserta, ponderou o INMETRO pela inviabilidade de competição. Como já disposto, o TCU entendeu pela impossibilidade de afastamento da licitação pelo teor dos arts. 22 e 23 do Decreto-Lei nº 2.300/1986, mas vislumbrou a utilização da excepcionalidade constante no art. 22, inc. VI do mesmo Decreto-Lei quando presentes os requisitos ali contidos e sempre em atendimento ao art. 24 (“*Art 22. É dispensável a licitação: (...) VI - quando não acudirem interessados à licitação anterior que não possa ser repetida sem prejuízo para a Administração*”). Assim, apenas após a licitação instaurada num primeiro momento ter restado deserta e ser devidamente comprovado o prejuízo à Administração Pública em sua repetição poderia ser realizada a contratação direta. (Processo nº TC-019.535/90-2, decisão s/n adotada em consulta). Houve decisão do TCU no sentido contrário, considerando o enquadramento também dos contratos de prestações de serviços ao disposto no inc. I do art. 25; contudo, foi tida como isolada e destoante da jurisprudência deste Tribunal – que é pela inaplicabilidade deste inciso a serviços e obras. (TCU, Processo nº TC-300.061/95-1, Relator Adhemar Paladini Ghisi)

<sup>231</sup> Não pode haver escolha imotivada da marca, sob pena da decisão ser considerada arbitrária (JUSTEN FILHO, *Comentários...*, cit., p. 344). Para maior aprofundamento sobre a possibilidade jurídica de indicação de marcas: JACOBY FERNANDES, *Contratação...*, cit., pp. 573 e ss.

### 5.2.2 Vedação à Preferência por Marcas

A Administração deve se ater a avaliações rigorosamente objetivas, inadmitindo-se quaisquer preferências subjetivas decorrentes de opiniões ou palpites de seus agentes que possam influenciar estas avaliações ou fragilizar a objetividade das escolhas. As decisões da Administração devem sempre ser motivadas e a definição do objeto a ser contratado depende de motivação técnico-científica. Tendo em vista que primeiro surge a necessidade e apenas após o objeto é definido, a Administração não pode estipular que sua necessidade é especificamente em relação a objeto de marca predeterminada.

É permitida, entretanto, a sugestão de marca como um elemento acessório para auxiliar na identificação do objeto em razão de suas qualidades ou propriedades inerentes. O produto propriamente dito deve ser avaliado objetivamente pela Administração, mas poderá se aproveitar da marca a fim de identificar o objeto já escolhido, contanto que a escolha tenha considerado exclusivamente as características intrínsecas ao próprio objeto.<sup>231\_232</sup>

### 5.2.3 Ausência de Pluralidade de Alternativas de Contratação

A ausência de pluralidade de alternativas de contratação ocorre quando a Administração está diante de apenas uma possibilidade de contratação, e pode decorrer da existência de uma única solução técnica, por se tratar de representante exclusivo, em razão de monopólio ou padronização, pela ausência circunstancial de interessados, ou também, pela dimensão territorial da questão.<sup>233</sup>

#### a) Única Solução Técnica

A Administração pode se deparar com situações em que a única alternativa disponível encontra-se protegida pelo privilégio da exclusividade, obediente as normas da propriedade imaterial referente às questões de direitos autorais e de propriedade industrial. Não poderá, obviamente, valer-se de produto análogo cujo fornecimento seria prestado de

---

<sup>231</sup> Não pode haver escolha imotivada da marca, sob pena da decisão ser considerada arbitrária (JUSTEN FILHO, *Comentários...*, cit., p. 344). Para maior aprofundamento sobre a possibilidade jurídica de indicação de marcas: JACOBY FERNANDES, *Contratação...*, cit., pp. 573 e ss.

<sup>232</sup> Neste sentido: TCU, Acórdão 636/2006, Relator Ministro Valmir Campelo.

<sup>233</sup> Rol apresentado por JUSTEN FILHO em *Comentários...*, cit., pp. 410-417.

forma irregular por alguém que não possui direitos de comercialização. A mera existência de patente não é suficiente, todavia, para caracterizar a ausência de pluralidade de alternativas, já que pode haver outorga a terceiros dos direitos dela oriundos a diferentes fabricantes. Estando caracterizada a existência de multiplicidade de fornecedores é viável a competição e, portanto, instaurável a licitação. Por outro lado, não basta a ausência do direito de exclusividade para eliminar a impossibilidade de concorrência, tendo em vista que, quando consagrada a carência de outro fornecedor capaz de produzir o objeto pretendido nas mesmas condições, é viável a licitação.<sup>234</sup>

#### b) Representante Exclusivo

De outra forma, quando há um único fornecedor autorizado a proporcionar à Administração o objeto pretendido, caracteriza-se a inviabilidade de competição. A diferença em relação à única solução técnica e a existência de representante exclusivo decorre do fato de naquela o produto ser único, não havendo equivalentes, e neste caso o produto em si não ser singular, mas haver representantes exclusivos do produto pretendido em algumas regiões. Significa que a pretensão da Administração colide com a estrutura organizacional do setor privado em que se deu a atribuição exclusiva de fornecimento do produto a agente econômico específico em determinada localidade.<sup>235</sup>

A viabilidade ou não da competição neste caso dependerá da modalidade a ser utilizada e do universo que se pretende alcançar com a licitação, tendo em vista que importa saber o âmbito de abrangência da publicidade. Atendo-se a uma modalidade como o convite, cuja publicidade se dá regionalizada, segue-se a mesma lógica e a exclusividade também deve abranger a localidade. Por outro lado, quando se opta por modalidades como a concorrência ou a tomada de preços, cujo valor do contrato é superior, deve-se levar em conta a necessidade de publicação dos resumos dos editais, de acordo com o disposto no art. 21 e incisos da Lei nº 8.666/1993<sup>236</sup>. Logo, quando a publicidade requerer âmbito

---

<sup>234</sup> JUSTEN FILHO, *Comentários...*, cit., pp. 411-412.

<sup>235</sup> JUSTEN FILHO, *Comentários...*, cit., p. 413.

<sup>236</sup> “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, ou do Distrito Federal quando se tratar, respectivamente, de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Estadual ou Municipal, ou do Distrito Federal;*

nacional, a exclusividade deverá ser igualmente analisada nesta dimensão e, quando se tratar de âmbito estadual, bastará a avaliação da exclusividade à esfera estadual.<sup>237</sup>

O direito à exclusividade é regulado por diversos diplomas no Brasil<sup>238</sup>, de maneira que na prática esta excludente não se aplica apenas em relação ao representante comercial exclusivo, mas também a qualquer grupo de agente econômico beneficiado por cláusula de exclusividade.<sup>239</sup>

#### c) Monopólio

Por outro ângulo, a existência no mercado de um único fornecedor de determinado produto ou serviço caracteriza o monopólio. Não se trata de uma única solução técnica ou da existência de representante exclusivo, mas da ausência de qualquer outro fornecedor que disponibilize o objeto pretendido pela Administração. Incluídos neste rol também estão os serviços públicos. Era esta a situação enfrentada pela telefonia brasileira, cujo serviço até há alguns anos era provido em caráter de monopólio e, hoje, com a pluralidade de operadoras, tornou-se passível de licitação em razão da possibilidade de concorrência.<sup>240</sup>

#### d) Padronização

No caso das contratações realizadas pela Administração, adotar a padronização significa optar por um modelo estandardizado de antemão que deverá ser seguido quando das contratações, o que também pode levar à inviabilidade de competição. A princípio persiste a obrigatoriedade de se licitar quando, independentemente da padronização, ainda existirem diferentes fornecedores capazes de oferecerem o bem uniformizado, sob pena de desobediência da isonomia e competitividade. Isso porque nem se teria a certeza da seleção

---

*III - em jornal diário de grande 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.”*

<sup>237</sup> Na realidade, ainda há divergência jurisprudencial em relação à definição da exclusividade do fornecedor (TCU, Processo nº TC-000.578/94-0, Relator Ministro Adhemar Paladini Ghisi). Para os fins desta pesquisa, adota-se a conclusão realizada por JACOBY FERNANDES em *Contratação...*, cit., p.589 e ss. Para aprofundamento sobre o tema ver também: MEIRELLES, *Direito...*, cit., p. 284.

<sup>238</sup> Exemplos de legislações sobre o tema: Lei nº 4.886/65, que dispõe acerca da representação comercial; Lei nº 6.729/79, que apronta sobre concessão de veículos automotores; Lei n 8.955/94, sobre a franquia empresarial.

<sup>239</sup> JUSTEN FILHO, *Comentários...*, cit., p. 413.

<sup>240</sup> JUSTEN FILHO, *Comentários...*, cit., p. 414.

da melhor proposta se o critério fosse um simples sorteio entre os capazes de fornecer o padrão. Por outro lado, nos casos em que a padronização resulte em apenas um fornecedor, está-se diante de hipótese de inexigibilidade de licitação.<sup>241</sup>

#### e) Ausência Circunstancial de Interessados

Deve-se considerar também a possibilidade de não haver particulares interessados na contratação. Entretanto, a inexigibilidade de licitação não pode decorrer do desinteresse momentâneo dos potenciais interessados em participar do certame. Ainda que apenas um entre diversos particulares demonstre intenção em contratar com a Administração, a licitação deve ser instaurada quando houver viabilidade de competição. Caso o agente estatal envie convites a todos os particulares atuantes no ramo referente à prestação pretendida pela Administração e todos eles, menos um, enviem resposta expressa informando o desinteresse em participar do certame, mesmo assim a licitação permaneceria obrigatória. Porque o desinteresse dos particulares em participar da licitação não extingue a viabilidade da competição. A solução para este impasse poderia se dar através da contratação direta por dispensa de licitação, apresentada pelo art. 24, inc. V, da Lei nº 8.666/1993,<sup>242</sup> o que ensejaria a instauração de um primeiro certame; e, apenas caso este fracassasse, dar-se-ia a contratação direta.

Situação distinta seria se entre os vários fornecedores possíveis houvesse apenas um que apresentasse todas as condições necessárias a contratar com a Administração. Neste caso, o afastamento da licitação certamente seria possível.

#### f) Dimensão Territorial da Questão

Todas estas situações elencadas estão atreladas à extensão geográfica da avaliação, apesar de, em regra, o estabelecimento do particular em determinado território não poder ser atribuído como requisito de habilitação. O fato de haver apenas um profissional atuante no mercado local de pretensa contratação pela Administração não impede que outros interessados venham de regiões diferentes para participar do certame. As circunstâncias de cada caso concreto devem ser analisadas atentamente pelo gestor

---

<sup>241</sup> Por outro lado, haverá dispensa de licitação quando se tratar do disposto no art. 24, XIX, da Lei n.º 8.666/1993, pelo qual se dispensa licitação para manter a padronização dos materiais utilizados pelas Forças Armadas, à exceção dos materiais de uso pessoal e administrativo.

<sup>242</sup> JUSTEN FILHO, *Comentários...*, cit., p. 414.

público responsável porque é a situação jurídica dos particulares naquela determinada localidade em que se pretende licitar que determinará a adoção ou não da contratação direta.<sup>243</sup>

#### **5.2.4 Comprovação da Exclusividade do Fornecedor**

Por fim, para se caracterizar a hipótese de inexigibilidade prevista no art. 25, inc. I, é preciso comprovar a exclusividade do fornecedor. Está disposto nesta hipótese que o atestado necessário à comprovação da exclusividade deve ser fornecido por Sindicato, Federação, Confederação Patronal ou entidades equivalentes. São admitidos, portanto, os mais diversos meios de prova, sob a condição de serem idôneos e satisfatórios à comprovação daquilo que se almeja. Como a inexigibilidade de licitação é questão que não depende apenas da norma jurídica, mas da situação de fato, fixar legalmente a obrigatoriedade de apresentação de atestado emitido por órgão específico é descabido, especialmente porque a ausência de patenteamento é muito usual no Brasil. Entendimento contrário – exigir atestados auferidos apenas pelo Registro de Comércio – seria uma *“formalidade destituída de qualquer seriedade, inútil para a Administração Pública”*<sup>244</sup> porque tal órgão não é encarregado do controle da existência de exclusividade de representantes. Assim, opta-se pelo aceite genérico desta comprovação, contanto que adequada ao fim pretendido.

### **5.3 INEXISTÊNCIA DE MERCADOS DE SERVIÇOS CONCORRENCIAL – ARTIGO 25, INCISO II, DA LEI FEDERAL Nº 8.666/1993**

O inc. II por sua vez estabelece que a licitação é inexigível *“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”*. As situações referentes à contratação de serviços podem ser enquadradas neste dispositivo específico apenas quando pretendida a

---

<sup>243</sup> Para aprofundamento sobre a dimensão territorial da pluralidade de alternativas, checar: JUSTEN FILHO, *Comentários...*, cit., pp. 414 e ss.; JACOBY FERNANDES, *Contratação...*, cit., pp. 589 e ss.

<sup>244</sup> JUSTEN FILHO, *Comentários...*, cit., p. 416.

contratação de serviço técnico especializado nos termos do art. 13 da Lei nº 8.666/1993, cuja singularidade do serviço oferecido por determinado profissional inviabilize a competição.

A impossibilidade de concorrência neste caso tem relação direta com o conceito de serviço. Tanto “obra” como “compra” implicam num objeto material e, por consequência, num resultado fisicamente existente, que o serviço, por outro lado, pode ou não causar em razão de sua própria natureza. Isso porque o serviço normalmente decorre de prestações consistentes no próprio esforço humano ou na manifestação da criatividade. A busca pela proposta mais vantajosa torna-se custosa nestas situações porque não há parâmetros objetivos bem delimitados para comparação das qualidades entre as ofertas apresentadas.<sup>245</sup>

### **5.3.1 A singularidade do Serviço**

A natureza singular exigida neste dispositivo legal pressupõe a combinação entre a excepcionalidade da necessidade a ser satisfeita e a ausência de viabilidade desta satisfação com a atuação de um profissional especializado padrão, que será selecionado após verificação de mercado. Aqui a contratação não ocorre unicamente por conta da proposta, mas muito mais em razão do profissional que virá a realizar o serviço. A avaliação dos critérios de seleção do contrato beiram à subjetividade, como ocorre nos demais casos de inexigibilidade, afastando-se uma avaliação objetiva. O que não significa a ausência de explicação também destes critérios subjetivos, mas impossibilita a instauração de um certame licitatório para se alcançar o fim esperado. Ressalva-se que nada disso significa que a escolha do profissional anteceda a definição do objeto a ser contratado. Pelo contrário. Apenas após definido o objeto pretendido é que a Administração poderá buscar profissional capacitado a executá-lo. A ordem dos fatores alteraria a equação, pois quando se prioriza a definição do profissional acabam sendo

---

<sup>245</sup> Assim como o inc. I anteriormente analisado, o inc. II do art. 25 da Lei nº 8.666/1993 também teve origem no Decreto-Lei nº 200/67, sendo mais tarde mantido pelo Decreto-Lei nº 2.300/1986. Durante a tramitação do Projeto de Lei nº 59 da Câmara, houve a proposta pelo Senador Pedro Simon de extinguir a hipótese de inexigibilidade de licitação em situações de serviços técnicos especializados. Entretanto, a Câmara dos Deputados entendeu por bem por sua manutenção. Diz-se que a insatisfação com este inciso decorre em verdade de sua má aplicação, tendo em vista que por conta da definição das características aspiradas pela Administração, algumas vezes sua utilização acaba formando reserva de mercado, o que afronta ao princípio da isonomia e é impróprio para um país com uma dívida social tão expressiva a ser resgatada. (JACOBY FERNANDES, *Contratação...*, cit., p. 603)



agregadas características ao objeto que podem individualizá-lo àquele executor escolhido.<sup>246</sup> A singularidade, então, procede na impossibilidade de se localizar objeto padronizado capaz de satisfazer o interesse público porque não há categorização homogênea com substitutos de igual espécie, quantidade e qualidade.<sup>247</sup>

A discricionariedade da Administração persiste limitada ainda assim. É essencial que o profissional a ser contratado possua comprovadamente habilitação pertinente ao objeto e especialização notória na tarefa a ser executada, sendo que não basta a particularização na realização do serviço pretendido, devendo haver manifesto conhecimento público neste sentido. Necessita ser evidente publicamente que a singularidade aspirada pela Administração apenas será satisfeita por aquele profissional.

Todos estes requisitos<sup>248</sup> devem estar concomitantemente presentes para ensejar esta excludente de licitação, pois apenas assim ter-se-á efetiva inviabilidade de concorrência. Não há lógica em afirmar a singularidade do serviço e, ao mesmo tempo, asseverar que a licitação é inexigível quando o agente é apenas notório especialista e existe outro profissional capaz de realizar o objeto pretendido. Raciocínios neste sentido abandonam o requisito principal do instituto, contido no *caput* do art. 25 da Lei nº 8.666/1993 – a impossibilidade de competição.<sup>249</sup>

Aparentemente, o parágrafo primeiro<sup>250</sup> deste artigo limita a discricionariedade da Administração ao estabelecer que o trabalho deve ser essencial e indiscutivelmente o mais

---

<sup>246</sup> Importa salientar que este entendimento não é majoritário. Boa parte da doutrina brasileira considera a singularidade associada ao serviço oferecido pelo profissional, mas, na realidade, a singularidade é do objeto, do serviço pretendido pela Administração Pública. Até porque, ao se considerar que a essência da singularidade está na distinção de um serviço dos demais, todo profissional seria naturalmente singular. (JACOBY, FERNANDES, *Contratação...*, cit., pp. 608-614)

<sup>247</sup> JUSTEN FILHO, *Comentários...*, cit., p. 419-421.

<sup>248</sup> JACOBY FERNANDES ordena os requisitos desta hipótese de inexigibilidade em dois grupos:

“a) referentes ao objeto do contrato:

- que se trate de serviço técnico;
- que o serviço esteja elencado no art. 13 da Lei nº 8.666/1993;
- que o serviço apresente determinada singularidade;
- que o serviço não seja de publicidade ou divulgação;

b) referentes ao contratado:

- que o profissional detenha a habilitação pertinente;
- que o profissional ou empresa possua especialização na realização do objeto pretendido;
- que a especialização seja notória;
- que a notória especialização esteja intimamente relacionada com a singularidade pretendida pela Administração.” (*Contratação...*, cit., p. 605)

<sup>249</sup> JACOBY FERNANDES, *Contratação...*, cit., pp. 605-606.

<sup>250</sup> “Art. 25. (...) § 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades,

adequado à plena satisfação do objeto do contrato. Essa fórmula verbal não pode ser tomada como absoluta, uma vez que se aplica aí o princípio da razoabilidade – a relação custo-benefício não pode ser abandonada pela Administração.<sup>251</sup>

### 5.3.2 Serviço Técnico e Serviço Técnico Profissional Especializado

Depreende-se ainda do inc. II do art. 25 da Lei nº 8.666/1993 que o serviço objeto do contrato a ser firmado deve ter natureza técnica, refletir da atuação humana<sup>252</sup> e necessariamente estar elencado no art. 13 da mesma Lei. Este dispositivo, por sua vez, arrola *serviços técnicos profissionais especializados*, complementando o artigo anterior e resultando em diferenças práticas. Ocorre que os serviços técnicos profissionais são aqueles que exigem habilitação legal condicionante à atuação do profissional. Essa habilitação pode ser desde um registro profissional simples até um diploma de curso superior com reconhecimento oficial. A caracterização do serviço técnico decorre da privatividade de sua execução, pois apenas o profissional habilitado poderá executá-lo. Por outro lado, os serviços técnicos profissionais especializados exigem, além da habilitação técnica e profissional requisitada em geral para os serviços técnicos profissionais, também um aprofundamento acadêmico, de pesquisa científica ou no exercício da profissão, comprovado através de cursos de aperfeiçoamento, de pós-graduação ou estágios.<sup>253</sup>

O serviço técnico profissional poderia, portanto, ser exemplificado por um advogado<sup>254</sup> devidamente inscrito em sua Ordem de Classe, enquanto que o serviço técnico

---

*permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.”*

<sup>251</sup> JUSTEN FILHO, *Comentários...*, cit., pp. 422-423.

<sup>252</sup> É óbvio que a execução do objeto contratado poderá envolver a aplicação de instrumentos e equipamentos, mas a exigência que se faz é que seja a capacidade humana a transformar o conhecimento teórico na solução prática necessária à Administração. É a habilidade subjetiva do profissional envolvido, ou seja, o reflexo de sua criatividade, que é buscada pela Administração. (JUSTEN FILHO, *Comentários...*, cit., p. 418)

<sup>253</sup> MEIRELLES, *Direito...*, cit., pp. 257 e 285.

<sup>254</sup> Em relação aos serviços advocatícios em especial, preferencialmente deve-se manter a execução direta destes serviços, ou seja, a Administração deve possuir um quadro de advogados contratados através de concursos (sob vínculo trabalhista ou estatutário, a depender da situação) para desempenhar permanente e continuamente os serviços advocatícios. Isso porque a atuação do advogado vai além do conhecimento técnico-jurídico, requerendo certa sensibilidade sobre os eventos passados e futuros que envolvem o cliente e a causa. Em relação à Administração, demanda o conhecimento das especificidades administrativas também. Dessa forma, a terceirização pode representar um risco para a atuação eficiente da Administração. Contudo, em determinadas situações faz-se necessária a execução destes serviços por meio indireto, quando, por exemplo, são necessários advogados altamente qualificados, dando espaço à terceirização. Nestas situações, deve-se analisar a singularidade do serviço

profissional especializado somente seria prestado por um advogado notoriamente reconhecido pela *expertise* em determinado ramo do Direito. Não basta, contudo, tratar-se de um dos serviços descritos neste artigo para estar-se diante de causa de afastamento do procedimento licitatório. Há casos em que se pretende a contratação de um destes serviços e não há inviabilidade da competição, de maneira que no próprio artigo faz-se ressalva, em seu parágrafo primeiro<sup>255</sup>, de que os contratos nestas circunstâncias deverão ser preferencialmente realizados mediante concurso com prévia estipulação de prêmio ou remuneração (não estando vedada a utilização de outras modalidades caso a situação não se adeque ao concurso).

Também não poderão se valer do disposto no inc. II do art. 25 da Lei nº 8.666/1993 serviços técnicos que não estejam previstos no art. 13 desta legislação, ainda que se trate de serviço técnico profissional especializado e seja impossível o estabelecimento de competição. Isso porque a norma do art. 25, inc. II, traz as exceções à regra imposta pelo dever de licitar, o que, pelos princípios elementares de hermenêutica, deve ser interpretado de maneira restritiva.<sup>256</sup> Isso não significa a impossibilidade absoluta de afastamento da licitação nestes casos, uma vez que a situação pode enquadrar-se no próprio *caput* do art. 25, como se dá em relação aos serviços de correios. Neste caso, cujo monopólio inviabiliza a competição, apesar de se tratar de serviço não inserido no art. 13, o contrato acaba ocorrendo diretamente.<sup>257</sup> Por outro lado, os Tribunais de Contas brasileiros têm se mostrado flexíveis em relação aos serviços técnicos profissionais especializados cuja natureza assemelha-se às arroladas neste dispositivo.<sup>258</sup>

---

a ser prestado, porque apenas aí a licitação poderá ser afastada. Sobre o tema: JUSTEN FILHO, *Comentários...*, cit., pp. 426 e ss.; JACOBY FERNANDES, *Contratação...*, cit., pp. 614 e ss.

<sup>255</sup> “Art. 13 (...) § 1º *Ressalvados os casos de inexigibilidade de licitação, os contratos para a prestação de serviços técnicos profissionais especializados deverão, preferencialmente, ser celebrados mediante a realização de concurso, com estipulação prévia de prêmio ou remuneração.*”

<sup>256</sup> JACOBY FERNANDES, *Contratação...*, cit., p. 608.

<sup>257</sup> Em razão da natureza contínua dos serviços de correios, recomenda-se que a formalização do processo seja feita diretamente pelo prazo cinco anos. (in BLC, nº 5, ano XI, 1998, São Paulo, p. 257)

<sup>258</sup> Sobre o tema: JACOBY FERNANDES, *Contratação...*, cit., p. 608.

### 5.3.3 Exceção dos Serviços de Publicidade e Divulgação

Durante os anos que antecederam a Lei nº 8.666/1993, discutia-se a aplicabilidade da inexigibilidade de licitação em relação aos serviços de publicidade e divulgação<sup>259</sup>, vez que a Administração parecia abusar desta prerrogativa ao realizar inúmeras contratações sem a instauração do devido procedimento licitatório sob o argumento de se exigir criatividade em excesso para realização deste objeto – o que, teoricamente, envolveria apenas este critério decisivo subjetivo e resultaria na inviabilidade de competição. A expressa vedação desta possibilidade (art. 25, final do inc. II) encerrou os questionamentos, porém, fez surgir severas críticas à opção do legislador, despontando três correntes principais de pensamentos acerca do tema. Autores como JUSTEN FILHO entendem que a legislação é equivocada nesta vedação, persistindo com a teoria da dificuldade em se realizar um julgamento objetivo no que diz respeito aos serviços de publicidade e divulgação. Para o autor, a criatividade é o critério decisivo da seleção e esta apenas pode ser avaliada subjetivamente. A contratação direta com a devida justificativa das escolhas da Administração seria a melhor solução em casos como este.<sup>260</sup> Em sentido contrário, há quem afirme que a contratação deve ocorrer através de licitação mesmo quando se pretende objetos de cunho científico altamente específico ou de índice de criatividade muito mais elevado do que o necessário para serviços de publicidade e divulgação. Logo, não existiria razão para alegar a inviabilidade de competição nos casos destas atividades.<sup>261</sup> Há, ainda, um grupo intermediário que vislumbra a licitação como regra geral nos serviços de publicidade e divulgação, admitindo-se excepcionalmente a inexigibilidade de licitação.<sup>262</sup>

Em que pese a discussão no plano doutrinário, em termos legais não há dúvida sobre a impossibilidade de aplicação da inexigibilidade de licitação na contratação de serviços de publicidade e divulgação. Inclusive, o art. 114 da Lei nº 8.666/1993 estabelece que seja realizado o sistema de pré-qualificação para a seleção da proposta mais vantajosa nestes casos e recentemente foi promulgada a Lei nº 12.232/2010, estabelecendo regras específicas de contratação dos serviços de publicidade através de licitações.

---

<sup>259</sup> Sobre o tema ver legislação própria: Decreto nº 6.555/2008, que dispõe sobre as ações de comunicação do Poder Executivo Federal.

<sup>260</sup> Neste sentido: JUSTEN FILHO, *Comentários...*, cit., pp. 424-425.

<sup>261</sup> Sobre o tema: JACOBY FERNANDES, *Contratação...*, cit., pp. 621 e ss.

<sup>262</sup> Neste sentido: Parecer de Carlos Pinto COELHO MOTTA, BLC, São Paulo, nº 02/94, p. 55.

#### **5.4 PRESTAÇÃO DE SERVIÇO ARTÍSTICO – ARTIGO 25, INCISO III, DA LEI FEDERAL Nº 8.666/1993**

Por fim, estabelece o art. 25, inc. III, da Lei nº 8.666/1993, a inexigibilidade de licitação “(...) *para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública*”.

Em regra, a contratação de serviços artísticos parece destoar da competência geralmente relacionada à Administração. De fato, o desenvolvimento destas atividades em geral cabe à iniciativa privada, apesar de serem os entes federados incumbidos de fomentar as atividades artísticas, conforme constante nos arts. 23, incs. III e IV, e 216 da Constituição da República.<sup>263</sup> O dever de promoção deste setor não provoca necessariamente a contratação pública, tendo em vista que a realização de concursos e premiação dos melhores colocados aparenta um melhor aproveitamento pela sociedade em razão da diversidade de talentos artísticos apresentados e, em especial, pela possibilidade de serem revelados novos artistas.<sup>264</sup> Apesar da atividade artística consistir “(...) *em uma emanção direta da personalidade e da criatividade humanas*”<sup>265</sup> e, por isso mesmo, ser impossível a identidade de atuações entre distintos artistas, em algumas situações pode-se considerar eventual comparação entre as performances desempenhadas. Daí a possibilidade de realizar o concurso para selecionar, por exemplo, a melhor obra artística que servirá como marca de determinada instituição pública.

---

<sup>263</sup> “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...)

III - *proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;*

IV - *impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;*

(...)

Art. 216. *Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:*

I - *as formas de expressão;*

II - *os modos de criar, fazer e viver;*

III - *as criações científicas, artísticas e tecnológicas;*

IV - *as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;*

V - *os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.”*

<sup>264</sup> JACOBY FERNANDES, *Contratação...*, cit., p. 637.

<sup>265</sup> Exemplo apresentado por: JUSTEN FILHO, *Comentários...*, cit., p. 435.

Há, contudo, que se considerar situações em que a Administração efetivamente precisará contratar a prestação destes serviços em razão de desempenho artístico específico, havendo a possibilidade de se deparar com a inviabilidade de competição. Isso porque o objetivo deixa de ser o de proporcionar destaque ao melhor classificado para se tornar a obtenção da melhor performance de um artista que atenda à necessidade pública.<sup>266</sup> Quando a competição é inviável pela própria individualidade da produção artística – tendo em vista que “*é justamente a ausência de parâmetros que assegura a criatividade humana*”<sup>267</sup> –, não se pode exigir o atendimento pleno da objetividade na descrição do objeto pretendido. Impossível, portanto, atender ao art. 7.º, § 2.º e 9.º da Lei nº 8.666/1993<sup>268</sup>.

A inviabilidade da competição não denota total inobservância de requisitos por parte da Administração. Podem ser estabelecidos parâmetros relacionados ao próprio evento como dia e hora para a apresentação de espetáculos artísticos, eventuais multas no descumprimento de prazos estipulados e até mesmo ser exigido o recibo dos pagamentos realizados, assim como ocorre nas relações entre particulares. O interesse público deve ser resguardado, “*(...) pois nem mesmo os mais expressivos artistas encontram-se distantes das leis*”.<sup>269</sup> Deve-se atentar, entretanto, para razoabilidade e compatibilidade entre os requisitos estabelecidos e o interesse público em questão, levando-se em consideração que a liberdade da Administração é demarcada pelas características da necessidade a ser satisfeita. Logo, não haveria sentido, por exemplo, a contratação direta de um pianista de música erudita para se apresentar numa festa folclórica.

---

<sup>266</sup> JUSTEN FILHO, *Comentários...*, cit., p. 435.

<sup>267</sup> JACOBY FERNANDES, *Contratação...*, cit., p. 637.

<sup>268</sup> “Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência:

(...)

§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

I - houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório;

II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;

III - houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma;

IV - o produto dela esperado estiver contemplado nas metas estabelecidas no Plano Plurianual de que trata o art. 165 da Constituição Federal, quando for o caso.

(...)

§ 9º O disposto neste artigo aplica-se também, no que couber, aos casos de dispensa e de inexigibilidade de licitação.”

<sup>269</sup> JACOBY FERNANDES, *Contratação...*, cit., pp. 637-638.

Pode-se estabelecer outros quatro requisitos essenciais para configurar a hipótese do inc. III, além da inviabilidade da concorrência: (i) o objeto da contratação ser, necessariamente, o serviço de um artista profissional; (ii) a intermediação da relação contratual ocorrer diretamente ou mediante empresário exclusivo; (iii) o artista contratado ser consagrado pelo público ou pela mídia especializada; e (iv) o preço contratado ser devidamente justificado.

#### **5.4.1 Serviço de Artista Profissional como Objeto da Contratação**

Nos termos dos arts. 2.º, inc. I, e 6.º da Lei nº 6.533/1978, que dispõe sobre a regulamentação das profissões de artistas e de técnicos em espetáculos de diversão, é artista “(...) o profissional que cria, interpreta ou executa obra de caráter cultural de qualquer natureza, para efeito de exibição ou divulgação pública, através de meios de comunicação de massa ou em locais onde se realizam espetáculos de diversão pública”, sendo essencial o registro em Delegacia Regional do Trabalho do Ministério do Trabalho para validação em território brasileiro.<sup>270</sup> Percebe-se, portanto, que artistas amadores estão excluídos do rol de potenciais contratados disposto no inc. III do art. 25 da Lei nº 8.666/1993.

Contrata-se o profissional artista para executar pessoalmente o objeto do contrato através do exercício de sua própria atividade: músico, ator, escultor, pintor –, ainda que em algumas situações a Administração obtenha como resultado do contrato o próprio objeto material produzido pelo profissional, como, por exemplo, um quadro. Esse objeto final, entretanto, não pode ser confundido com a compra de uma obra de arte já finalizada, uma vez que, neste caso, não há a contratação do artista para executar o serviço, ou seja, não há a obrigação de fazer<sup>271</sup> essencial à hipótese do inc. III. Poder-se-ia realizar a compra direta de uma obra de arte através da dispensa de licitação se presentes os requisitos para tanto (como exemplo tem-se a inafastabilidade da correlação entre a aquisição e o fim do órgão ou entidade adquirente).

---

<sup>270</sup> De igual maneira, os agenciadores desta profissão devem estar regularizados juntos ao mesmo órgão, sob pena de impossibilitar a pretensa contratação direta. Vide art. 4º da Lei nº 6.533/1978.

<sup>271</sup> O Direito Civil Brasileiro adota a tripartição clássica advinda do Direito Romano em razão da natureza da obrigação, estabelecendo três grupos: obrigações de fazer, de não fazer e de dar. Sobre o tema: BIRENBAUM, Gustavo, Classificação: obrigações de dar, fazer e não fazer, in TEPEDINO, Gustavo (org.), *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*, Rio de Janeiro, 2005, pp. 121-146.

Como se trata de obrigação personalíssima, apenas o artista contratado pode executar o objeto pretendido, sob pena de indenização por perdas e danos,<sup>272</sup> sendo permitida a subcontratação parcial apenas caso haja necessidade de assessoria na execução do objeto. Se fosse diferente, perder-se-ia toda a lógica da contratação direta, tendo em vista que claramente mais de um sujeito seria capaz de executar o objeto e, portanto, viável a competição. Assim, um cantor poderia subcontratar outro músico para realizar o acompanhamento instrumental de sua apresentação, mas não para atuar como vocalista principal.<sup>273</sup>

#### **5.4.2 Contratação Realizada Diretamente ou Mediante Empresário Exclusivo**

A contratação de artistas é normalmente realizada diretamente com o próprio profissional ou por intermédio de empresário exclusivo, englobando-se com este termo tanto o profissional autônomo como a agência intermediadora, contanto que atuem em caráter de exclusividade com determinado artista.

Tal como ocorre com o artista profissional, também o agenciador deve estar inscrito no Ministério do Trabalho e ser o representante exclusivo do artista contratado. A exclusividade de representação passou a ser exigência após se verificar que em algumas regiões e órgãos públicos as contratações diretas apenas ocorriam quando realizadas por determinados empresários, em evidente sinal de monopólio da intermediação do agenciamento de artistas. Apesar de essa exclusividade ter sido incorporada como requisito, ainda não há regras expressas quanto à forma de sua demonstração, tendo se tornado usual o aceite de declaração feita pelo próprio artista ou mesmo o contrato<sup>274</sup> celebrado entre artista e agente para validar essa exclusividade.

---

<sup>272</sup> Como se trata de uma obrigação de fazer, a execução do contrato celebrado em decorrência do inc. III do art. 25 da Lei nº 8.666/1993 está atrelado às normas do Código Civil Brasileiro. Assim, caso o artista se recuse a concluir o objeto do contrato ou deixe de concluí-la por culpa exclusiva sua, responde por perdas e danos. Vide art. 247 e 249 desta legislação. (JACOBY FERNANDES, *Contratação...*, cit., pp. 638-639)

<sup>273</sup> JACOBY FERNANDES, *Contratação...*, cit., p. 639.

<sup>274</sup> No caso específico do contrato de trabalho celebrado entre artista e empresa há que se ressaltar a validade da cláusula de exclusividade, tendo em vista expressa determinação legal para que tal cláusula seja recebida como relativa. Vide art. 11 da Lei nº 6.533/1978.



### 5.4.3 Contratado Consagrado Popularmente ou pela Crítica Especializado

Para evitar arbitrariedades eventualmente cometidas pela autoridade pública, é necessário reconhecimento da crítica especializada no ramo artístico do profissional ou sua consagração popular. Não fosse assim, correr-se-ia o risco da contratação de artistas específicos em razão das preferências pessoais do administrador, sendo que o afastamento da licitação decorre da fama e da notoriedade do profissional, o que não se confunde com mera qualificação profissional. A subjetividade está na consagração pública, jamais no dever de licitar.

Como a legislação não expressa a forma de comprovação desta notoriedade, padronizou-se o entendimento da essencialidade de justificativa devidamente registrada nos autos do processo de contratação que aponte as razões que convenceram o agente público e os motivos que desencadearam a contratação.

O perfeito enquadramento desta hipótese depende do vulto da contratação pretendida, uma vez que pode ser necessário o reconhecimento da crítica local, regional ou nacional. Por conta disso, num primeiro momento entendeu-se que quando a contratação se daria por meio de convite, caso fosse realizada, não haveria sentido em exigir a consagração do artista a nível nacional,<sup>275</sup> tendo em vista que a própria contratação circunscreve-se na região do município. O mesmo raciocínio se daria em relação ao âmbito do limite da tomada de preços e da concorrência. Mais tarde complementou-se a ideia, passando a se levar em consideração não o limite quantitativo da modalidade licitatória em questão, mas o universo dos potenciais contratados atingidos pela divulgação dos atos convocatórios, obedecendo-se, para tanto, as normas de publicação do art. 21 da Lei nº 8.666/1993. Assim, como no convite pretende-se alcançar o público local e a publicação do edital se dá em jornal local ou no Diário Oficial do Estado, a consagração popular do profissional poderá restringir-se à região. Por outro lado, quando for exigida publicação mais ampla ou nacional, então a consagração pela crítica especializada ou opinião pública deverá acompanhar esta amplitude.<sup>276</sup>

---

<sup>275</sup> ESCOBAR, *Licitação...*, cit., p. 90.

<sup>276</sup> JACOBY FERNANDES, *Contratação...*, cit., pp. 643-644.

#### 5.4.4 Preço Justificado

A motivação do preço contratado também deve constar na justificativa registrada pelo agente público responsável pela contratação direta, em que pese o efetivo controle dos órgãos responsáveis pela avaliação da contratação de artistas ainda seja bastante inerte no Brasil. Num primeiro momento tem-se a impressão de completa subjetividade na valoração dos serviços artísticos, mas os Tribunais de Contas brasileiros já enfrentam situações que os levaram a “(...) avaliar a eficácia, eficiência e economicidade dos atos de gestão praticados, cumprindo assim seu relevante mister”<sup>277</sup>.

É essencial, portanto, que seja realizada exaustiva consulta dos preços de mercado, comparando-se os cachês usualmente cobrados por artistas cujas apresentações se dão em condições semelhantes àquelas em que ocorrerá o evento pretendido, considerando-se eventos custeados por verbas públicas e por particulares. Não se pode afrontar o princípio da economicidade realizando a contratação de artistas profissionais por montantes exorbitantes, de maneira que a Administração deve manter o equilíbrio entre a busca pelo artista que melhor atenderá ao público e aquele que oferecerá a proposta mais vantajosa.<sup>278</sup>

---

<sup>277</sup> JACOBY FERNANDES, *Contratação...*, cit., p. 644.

<sup>278</sup> Tribunal de Contas do Distrito Federal, Parecer apresentado pelo Procurador ALEXANDRE MORAES PEREIRA, Processo nº 1.948/1994.

## 6 APONTAMENTOS SOBRE O AJUSTE DIRETO EM PORTUGAL

A possibilidade de contratação sem a instauração de procedimentos concorrenciais certamente não é prerrogativa exclusiva do Direito Brasileiro, de maneira que outros ordenamentos jurídicos<sup>279</sup> também vislumbram hipóteses neste sentido. Inclusive, durante longo período em Portugal, assim como na Europa em geral, manteve-se o entendimento de que se deveria recorrer ao ajuste direto diante de contratos de maior e de mínima relevância, independente de se tratarem ou não de concessões.<sup>280</sup> Esse quadro alterou-se com mais notoriedade a partir da instituição do Código dos Contratos Públicos Português.

### 6.1 CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS PORTUGUÊS

O Decreto-Lei nº 18, de 29 de Janeiro de 2008, inseriu no Ordenamento Jurídico Português o Código dos Contratos Públicos (CCP), no qual foram transpostas as Diretivas do Parlamento Europeu e do Conselho n<sup>os</sup> 2004/17/CE e 2004/18/CE<sup>281</sup>, e veicularam-se medidas de modernização do sistema jurídico e operacional internos das compras governamentais, até então disciplinados por Decretos-Leis esparsos.

O CCP alcança especificamente os contratos de natureza administrativa, celebrados pelas entidades adjudicantes previstas no art. 2º, cujas prestações sejam suscetíveis de submissão à concorrência. Assim, estas regras aplicam-se a todo o setor público administrativo tradicional: o Estado, as Regiões Autônomas, as Autarquias Locais, os Institutos Públicos, as Fundações Públicas, as Associações Públicas e as Associações das quais façam parte uma ou várias pessoas coletivas dentre as mencionadas antes, contanto que estas as financiem majoritariamente, sejam sujeitas ao seu controle de gestão ou exista um órgão de administração, de direção ou de fiscalização com maioria dos titulares designadas por elas, seja de forma direta ou indireta. Qualquer contrato celebrado

---

<sup>279</sup> A contratação direta também faz parte, por exemplo, da atividade administrativa espanhola. Sobre o tema: José Antonio Moreno MOLINA, *Las nuevas directivas sobre contratos públicos*, in Estado & Direito, 1º sem, n. 13, 1994, p. 63-81.

<sup>280</sup> Sobre o tema: Marcelo CAETANO, *Manual de direito administrativo*, 10. Ed, Coimbra, vol. I, p. 596; Sérvulo CORREIA, Contrato administrativo, in AA. VV, *Dicionário jurídico da administração pública*, Coimbra, vol. III, 1972, p. 54.

<sup>281</sup> Sobre as Diretivas: Maria João ESTORNINHO, *A transposição das directivas n<sup>os</sup> 2004/17/CE e 2004/18/CE, de 31 de março, e a elaboração de um código de contratos público*, in CJA, nº 58, 2006, p. 10-20; Diogo Duarte de CAMPOS, *A escolha...*, cit., p. 39 e ss.

por uma destas entidades está sujeito às regras do CCP. Além disso, essas regras também se aplicam ao setor empresarial do Estado, das Regiões Autônomas e das Autarquias Locais, nas vezes em que as empresas atuarem desvinculadas da lógica do mercado e da livre concorrência na formação dos contratos de empreitada de obras públicas, de concessão de obras e de serviços, dos contratos de locação e aquisição de bens e dos contratos de aquisição de serviços. E estão ainda submetidas às regras do CCP as entidades privadas que detenham direitos especiais ou exclusivos para atuarem nos setores especiais da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais.

Com a consolidação do CCP, além de novidades como o leilão eletrônico (art. 140º a 145º) e o diálogo concorrencial (art. 30º), foram implementados procedimentos especiais visando à celeridade e à desburocratização das compras governamentais, como o acordo quadro (arts. 251º a 256º), o sistema de aquisição dinâmico (arts. 237º a 247º) e as centrais de compras (arts. 260º a 266º).<sup>282</sup>

Entre os procedimentos contidos nesta legislação,<sup>283</sup> destaca-se para os fins desta pesquisa o procedimento pré-contratual denominado ajuste direto, pelo qual a entidade adjudicante fica dispensada de realizar concurso público em algumas situações. Do mesmo modo que as contratações administrativas brasileiras, as contratações públicas portuguesas são pautadas pela promoção da concorrência, de maneira que ainda se argumenta que a ordem legal seja a instauração do procedimento chamado concurso público e, apenas quando houver previsão legal de outro procedimento e conforme o princípio da sucessão dos procedimentos pré-contratuais, possibilita-se a utilização das demais formas de contratação.<sup>284</sup>

## 6.2 AJUSTE DIRETO

Assim como se dá em relação à Lei nº 8.666/1993, que prevê hipóteses de contratação direta, o CCP também possibilita às entidades adjudicantes a contratação de operadores econômicos sem a instauração de procedimentos concorrenciais,

---

<sup>282</sup> Sobre estes procedimentos: CAMPOS, *A escolha...*, cit., p. 44 e ss.

<sup>283</sup> Os procedimentos contidos no CCP são: ajuste direto, concurso público, concurso limitado por prévia qualificação, negociação e diálogo concorrencial.

<sup>284</sup> OLIVEIRA / OLIVEIRA, *Concursos...*, cit., p. 29 e ss.

nomeadamente para os fins aqui pretendidos através do ajuste direto. Conforme se depreende do art. 112º do CCP, não há, neste caso, a obrigatoriedade de publicitação da vontade de contratar,<sup>285</sup> de forma que pode a entidade adjudicante abrir mão da realização de um concurso, convidar um ou vários interessados por ela escolhidos para apresentar proposta e negociar abertamente as condições de execução do pretense contrato.<sup>286</sup> O ajuste direto foi bastante regulamentado pelo CCP e abandonou o cargo de procedimento residual como previsto pelo legislador do Decreto-Lei nº 197, de 8 de Junho de 1999, e pelo Decreto-Lei nº 59, de 2º de Março de 1999, para ocupar um papel central no tópico das compras públicas.<sup>287</sup>

A possibilidade de adoção do ajuste direto está atrelada à presença de certos pressupostos legais distintos do valor do contrato, usualmente, o critério limitativo da escolha do procedimento de contratação. Presentes estes requisitos, a Administração pode ou não optar pela realização do ajuste direto, já que não há impedimentos para que seja realizado um concurso público nestes termos.

### **6.2.1 Hipóteses do Ajuste Direto**

A adoção do ajuste direto pode se dar em razão, basicamente: (i) do valor do contrato; (ii) de critérios materiais, independente do valor contratual; (iii) da contratação de empreitadas de obras públicas; (iv) da locação ou aquisição de bens móveis; (v) da aquisição de serviços; e (vi) do interesse público relevante.

#### **a) Em função do valor do contrato (arts. 19º a 21º)**

O ajuste direto pode ser adotado em função do valor do contrato em empreitadas de obras públicas de valor inferior a € 150.000 e na locação de bens móveis ou aquisição de serviços de valor inferior a € 75.000, nos termos dos arts. 19º, *a*) e 20º, *a*) do CCP. Estes limites aumentam, respectivamente, para € 1.000.000 e € 249.000<sup>288</sup> quando a entidade adjudicante for o Banco de Portugal ou um organismo de direito público. Nos demais contratos o ajuste direto é possível quando o preço for inferior a € 100.000 (art;

<sup>285</sup> CAMPOS, *A escolha...*, cit., p. 358.

<sup>286</sup> Jorge Andrade da SILVA, *Dicionário dos Contratos Públicos*, Coimbra, 2010, p. 50.

<sup>287</sup> Margarida Olazabal CABRAL, *Procedimentos clássicos no código dos contratos públicos*, in CJA, IX Seminário de Justiça Administrativa, nº 64, 2007, p. 16.

<sup>288</sup> Valor extraído da al. *b*) do art. 7.º da Diretiva n.º 2004/18/CE.

21º, nº1, a)). Além dessas situações, o recurso ao ajuste direto ainda é permitido a entidades do setor público tradicional para a aquisição de planos, de projetos ou de criações conceituais de arquitetura ou de engenharia por valores inferiores a € 25.000 (art. 20º, nº 4).

b) Em função de critérios materiais (art. 24º)

A utilização do ajuste direto também pode se dar em razão da matéria a ser contratada, independentemente do valor do contrato (art. 24). Assim, quando um procedimento concursal anterior resultar deserto pela ausência de interessados presentes ou fracassado em razão da carência de propostas admitidas, será possível a instauração do ajuste direto. A contratação através do ajuste direto é igualmente possível quando houver urgência imperiosa na realização da contratação decorrente de fatos ou acontecimentos imprevisíveis que não possam ser atribuíveis à entidade adjudicante.<sup>289</sup> Ainda, incidirá o ajuste direto quando se tratar de contrato secreto que envolva a segurança ou defesa do Estado, e quando a prestação apenas puder ser confiada a uma determinada entidade por questões técnicas, artísticas ou relacionadas a proteção de direitos autorais. Há ainda a possibilidade de contratação por ajuste direto em razão da matéria quando o objeto do contrato permitir à entidade adjudicante a prestação ao público de serviços de telecomunicações.

c) Contratação de empreitadas de obras públicas (art. 25º)

É possível a adoção do ajuste direto na contratação de novas obras cuja similaridade a outra anteriormente contratada pela entidade adjudicante justifique a adoção deste procedimento pré-contratual. A validade desta hipótese depende da conformidade de ambas as obras com um projeto de base comum e da celebração do primeiro contrato ter ocorrido através de concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação há menos de três anos. Além disso, quando o somatório do valor do primeiro contrato e do preço base do ajuste direto for superior ou igual a € 6.242.000<sup>290</sup>, é necessário que a publicação do anúncio do concurso tenha sido realizada junto ao Jornal Oficial da União

---

<sup>289</sup> Gonçalo Guerra TAVARES / Nuno Monteiro DENTE, *Código dos contratos públicos*, vol. I, Coimbra, 2009, p. 160.

<sup>290</sup> Valor extraído da al. c) do art. 7.º da Diretiva n.º 2004/18/CE.

Europeia. Neste anúncio ou no programa do concurso deve constar, ainda, a possibilidade de adoção do ajuste direto.

As obras para fins de investigação, de experimentação, de estudo ou de desenvolvimento também podem ser realizadas através do ajuste direto quando o preço base da contratação for inferior a € 6.242.000 e as obras não se destinarem à obtenção de lucro ou à amortização dos custos destas atividades.

A outra possibilidade de utilização do ajuste direto especificamente em relação às empreitadas de obras públicas dá-se nas situações em que se pretende realizar uma obra ao abrigo de um acordo quadro com uma única entidade, estando especificados no acordo quadro todos os aspectos relacionados à execução do contrato, sem a obrigatoriedade de elaboração de um caderno de encargos (art. 258º, nº 1).

#### d) Locação ou aquisição de bens móveis (art. 26º)

Os contratos de locação ou aquisição de bens móveis em geral podem se realizados através do ajuste direto quando os objetos sejam bens destinados à substituição parcial ou à ampliação de bens ou equipamentos de uso rotineiro pela entidade adjudicante, e desde que o contrato seja celebrado com a entidade anteriormente responsável pela locação ou aquisição de bens. Pretende-se, com isso, a manutenção da padronização adotada pela entidade adjudicante. É preciso estar demonstrado que a contratação de outro fornecedor resultaria em incompatibilidades desproporcionais ou dificuldades técnicas de utilização e manutenção dos bens ou equipamentos.

Também poderá ocorrer por ajuste direto a locação ou aquisição de bens móveis produzidos para fins de investigação, de experimentação de estudo ou de desenvolvimento; mas, assim como se dá na contratação de obras realizadas apenas para estes fins, sua produção não poderá ser feita em quantidade destinada a viabilizá-los comercialmente, nem mesmo para amortizar os custos das atividades pretendidas pela entidade adjudicante. Outra semelhança à contratação de empreitada é a possibilidade de locar ou adquirir bens ao abrigo de um acordo quadro, para o que se deve observar idênticos requisitos (art. 258º, nº 1).

O ajuste direto também pode ser utilizado na aquisição de bens em condições especialmente mais vantajosas do que as usualmente oferecidas no mercado, quando estes bens são oferecidos por fornecedores que encerraram suas atividades comerciais,

curadores, liquidatários ou administradores de falência ou concordata, ou ainda em razão de acordo judicial. Da mesma forma ocorre quando se pretende adquirir bens cotados numa bolsa de matérias-primas.

Além disso, pode se dar através de ajuste direto a aquisição de água ou energia por entidade adjudicante que exerça uma das atividades relacionadas na al. *f*) do n.º 1 do art. 26.º, como a colocação destes bens à disposição ou sua exploração.

e) Aquisição de serviços (art. 27.º)

Sem prejuízo do até agora disposto, as aquisições de serviços também podem ocorrer por meio de ajuste direto em outras situações específicas quando previstos diversos requisitos que limitam a aplicação do procedimento. Por exemplo, as aquisições de serviços novos similares a outros serviços já tidos como objeto de contrato anteriormente celebrado pela entidade adjudicante poderão ser realizadas por ajuste direto sempre que estiverem previstos os requisitos já desenrolados em relação à contratação de empreitada de obra pública similar à anterior. No caso da aquisição de serviços, contanto, o ensejo à publicação em Jornal Oficial da União Europeia é o valor de contrato superior ou igual a € 249.000. Ademais, sempre que a entidade adjudicante for o Estado, o ajuste direto apenas poderá ser utilizado quando o somatório for igual ou superior a € 162.000<sup>291</sup>, ou quando dizer respeito a um dos contratos mencionados na al. *b*) do art. n.º 20 – serviços de investigação e desenvolvimento, de transmissão de programas televisivos e de emissão de rádio, de interconexão e serviços integrados de telecomunicações ou mencionados no anexo II-B da Diretiva 2004/18/CE –, cujo valor do contrato deve ser inferior a € 249.000.

Ao mesmo tempo, poderá ser realizada por ajuste direto a contratação de serviço de natureza intelectual ou financeira, cuja própria natureza do serviço não permita a elaboração de especificações contratuais precisas o suficiente para o estabelecimento de critério de adjudicação. Aplica-se, neste caso, os termos indicados na categoria 6 do Anexo II-A da Diretiva n.º 2004/18/CE.

O ajuste direto caberá também na contratação de aquisição ou locação de bens imóveis ou de direitos sobre eles, à exceção dos contratos de prestação de serviços financeiros realizados simultânea, prévia ou posteriormente aos contratos de aquisição ou locação.

---

<sup>291</sup> Valor extraído da al. *a*) do art. 7.º da Diretiva n.º 2004/18/CE.



A celebração de contrato realizada na sequência de um concurso de concepção entre entidade adjudicante e o concorrente adjudicatário ocorrerá através de ajuste direto sempre que este procedimento estiver previsto nos termos de referência e em conformidade ao ali exposto.

Assim como em relação à empreitada e à locação ou aquisição de bens móveis, a aquisição de serviços também poderá envolver a contratação de investigação ou desenvolvimento, neste caso relacionado à prestação do serviço em si. Por isso, o ajuste direto poderá ser utilizado à exceção daqueles serviços cujos resultados sejam destinados especificamente à entidade adjudicante para utilização no exercício de sua própria atividade e que tenham sido inteiramente remunerado pela entidade adjudicante.

Os contratos de serviços de arbitragem ou conciliação e os contratos de serviços informáticos de desenvolvimento de software e de manutenção ou assistência técnica também podem resultar de um ajuste direto. Por fim, os contratos de aquisição de serviços ao abrigo de um acordo quadro poderão ser concretizados através de ajuste direto quando presentes os requisitos já analisados em relação à contratação de empreitadas de obras públicas (item c) e à locação ou aquisição de bens móveis (item d).

f) Interesse público relevante (art. 31º, nº 3)

Em regra, os contratos de concessão de obras públicas<sup>292</sup>, de concessão de serviços públicos e os contratos de sociedade, independentemente do valor do contrato a celebrar, são realizados por meio de concurso público, concurso limitado por prévia qualificação ou pelo procedimento de negociação. Entretanto, quando as razões de interesse público justificarem, será possível a adoção do ajuste direto para concretização dos contratos de sociedade e de concessão de serviço público.

---

<sup>292</sup> Especificamente sobre a contratação de obras públicas e o ajuste direto: Lino TORGAL, Concessão de obras públicas, in Augusto de ATHAYDE / João CAUPERS / Maria da Glória F. P. D. GARCIA (org.), *Em homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Coimbra, 2010, p. 963-1026; SOUSA / MATOS, *Contratos públicos*, cit., p. 89-90. Sobre o princípio da livre escolha do concessionário, anteriormente às Diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE: Pedro GONÇALVES, *A concessão de serviços públicos*, Coimbra, 1999, p. 209 e ss; Christian BETTONGER / Gilles LE CHATELIER, *Les nouveaux enjeux de la concession et des contrats apparentés : après les réformes de 1993-1995*, Paris, 1995, p. 13.

## 6.2.2 Procedimento do Ajuste Direto

A decisão final do ajuste direto e, conseqüentemente, o contrato resultante deste procedimento, apenas é considerado válido quando obedecido o regime disposto nos arts. 114º a 127º. Assim como a contratação administrativa brasileira, o procedimento do ajuste direto é formado por uma fase interna, que se inicia com a identificação da necessidade, e uma fase externa, a partir da publicação da intenção de contratar.

Como em qualquer contratação realizada por entidade adjudicante, é a percepção de uma necessidade a ser satisfeita que a impulsiona a contratar. Uma vez delimitados os parâmetros que envolvem essa insuficiência da entidade adjudicante, são traçados os meios de solucioná-la e desenvolvidos os projetos que se fizerem necessários, quando for o caso. Após, é estimado o valor a ser gasto e, uma vez autorizada a despesa, é feita a reserva orçamental e dado início à análise das circunstâncias do contrato para a escolha do procedimento. Quando se opta pelo ajuste direto, é elaborado o convite que chamará um ou mais pretendentes contratados a participar do procedimento pré-contratual.

A partir daí tem começo a fase externa, com o envio dos convites à apresentação de proposta, nos termos do art. 115º do CCP. Nas empreitadas de obras públicas, de locação ou aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços ou formação de outros contratos cujo valor tenha sido de €100.000, a entidade adjudicante está proibida de convidar fornecedores aos quais já tenha adjudicado objeto após ajuste direto no ano económico corrente ou nos dois últimos anos económicos anteriores. Os convites também não poderão ser estendidos a entidades que tenham executado obras, prestado serviços ou fornecido bens móveis gratuitamente à entidade adjudicante neste mesmo lapso de tempo. Em contratos realizados pelo Estado ou Região Autónoma, este limite apenas é imposto no âmbito do mesmo gabinete governamental, serviço central ou serviço periférico de cada ministério ou secretaria regional. No mesmo sentido, quando a entidade adjudicante for um Município, devem ser considerados, autonomamente, os contratos celebrados por cada serviço municipalizado (art. 113º).

O convite deve ser encaminhado aos fornecedores do ramo juntamente com o caderno de encargos. O convite é composto basicamente por duas partes: uma apresentação da entidade adjudicante, de suas necessidades e, em algumas situações, da razão que a levou a optar pelo ajuste direto; e outra parte dirigida ao fornecedor, em que estão

arrolados os documentos a serem apresentados, o prazo para apresentar as propostas, o idioma e os meios para apresentação das propostas, o modo de prestação e o valor da caução, quando for o caso<sup>293</sup>. A entidade adjudicante não está obrigada a convidar diversas empresas, podendo enviar o convite apenas a uma, mas, quando forem convocadas mais de uma entidade, o documento deve indicar se haverá negociação em relação às propostas e qual o critério de adjudicação (art. 225º, nº 2). Quando a opção pelo ajuste direto se dá em razão dos critérios materiais que envolvem a contratação, é exigido também a inclusão no convite da motivação desta decisão, de forma que os convites das contratações embasadas pelos arts. 24º a 27º e 31º a 33º devem conter o fundamento da escolha do ajuste direto.

Após a entrega dos convites, podem ser apresentados pedidos de esclarecimentos para a boa compreensão e interpretação das peças do procedimento, que devem ser devidamente prestados pela entidade adjudicante, nos termos dos art. 50º e 116º. Eventuais retificações de erros ou omissões contidos nas peças que se mostrem necessárias podem ser realizadas neste momento. Após isso, quando existir mais de uma proposta tempestivamente apresentada e o convite determinar a fase de negociação, negociam-se os atributos da proposta entre os concorrentes e os membros do júri designado para a contratação (arts. 118º a 120º). Com pelo menos três dias de antecedência, a entidade adjudicante deve notificar os concorrentes acerca da data, da hora e do local em que se dará a primeira negociação, e se esta ocorrerá individual ou conjuntamente. Todas as negociações realizadas são seguidas da assinatura de ata contendo os debates realizados, que são mantidas em sigilo até o fim da fase de negociação. Superadas estas sessões, é estipulado prazo para que os concorrentes apresentem a versão final de suas propostas, sendo vetadas, a partir de então, quaisquer alterações de seus conteúdos (art. 121º).

Depois de analisadas as versões iniciais e finais das propostas, finalmente aplicam-se os critérios de adjudicação e o júri é incumbido de elaborar o relatório preliminar com a ordem de classificação das ofertas apresentadas. Eventuais propostas excluídas também são exteriorizadas no relatório (art. 122º). Este relatório é encaminhado a todos os concorrentes e lhes é oportunizado um prazo, não menor do que 5 dias, para que se manifestem por escrito sobre o interesse na realização de audiência prévia para

---

<sup>293</sup> A caução é exigida quando o valor da contratação supera € 200.000, nos termos do art. 88º, nº2 do CCP.

apresentação das atas de negociações, das propostas finais oferecidas e demais informações e comunicações que tenham sido prestadas (art. 123º).

Superada esta fase, o júri elabora um relatório final motivando sua decisão final, que pode resultara favor ou contra a manutenção do teor do relatório preliminar. Neste relatório final devem estar ponderadas as observações realizadas pelos concorrentes quando da audiência prévia e, mesmo nesta etapa, caso entenda por bem, o júri pode excluir outras propostas que incorram no previsto no artigo 146º, nº 2, abrindo novamente prazo para requerimento de audiência prévia. O relatório final é encaminhado ao órgão competente para decidir sobre a contratação, junto aos demais documentos relacionados ao ajuste direto (art. 124º).

Nas situações em que haja apenas uma proposta, são prestados os esclarecimentos sobre a proposta e elaborado um projeto de decisão de adjudicação. Nestes casos, não há lugar a negociação, a audiência prévia e a elaboração de relatórios preliminar e final (art. 125º, nºs 1 e 2, 1ª parte).

Seguido todo esse trâmite, o objeto é adjudicado ao concorrente vencedor e este é habilitado para a celebração do contrato. A eficácia do contrato celebrado depende, ainda, da publicitação no portal da internet<sup>294</sup> de ficha elaborada pela entidade adjudicante em que constem os elementos essenciais do contrato (art. 127º). Sem esta publicação não é possível executar o contrato e nem mesmo efetuar quaisquer pagamentos, pois a despesa diante de um contrato que não produz efeitos seria considerada ilegal.

#### **6.2.2.1 Procedimento Simplificado do Ajuste Direto**

O procedimento do ajuste direto pode se dar de forma ainda mais simplificada quando se estiver diante das situações disposta no art. 128º, nº 1 do CCP. São dispensadas quaisquer formalidades, inclusive a publicitação da ficha para a locação ou a aquisição de bens móveis ou de serviços com preço contratual igual ou inferior a € 5.000. Para a utilização do procedimento simplificado é preciso que o contrato não tenha prazo de duração superior a um ano, sendo impossível a prorrogação deste período. Ademais, o preço contratual não pode ser revisado.

---

<sup>294</sup> O portal com os estas informações e demais relevantes aos contratos públicos portugueses é o “www.base.gov.pt”.

A adjudicação do objeto ao pretenso contratado é feita pelo órgão competente para a decisão de contratar, por meio de fatura ou documento equivalente apresentado pela entidade convidada (art. 128º).

#### **6.2.2.2 Regime Excepcional de Ajuste Direto**

O Decreto-Lei nº 34/2009, de 6 de fevereiro, instituiu um regime excepcional aplicável aos procedimentos de ajuste direto, concurso limitado por prévia qualificação e procedimento de negociação, apenas quando disserem respeito à empreitada de obras públicas, concessão de obras públicas, locação e aquisição de bens móveis e de serviços (art. 1º do Decreto-Lei nº 34/2009). Para sua utilização em relação ao ajuste direto, é necessário que o objeto do contrato pretenda a modernização do parque escolar ou a melhoria da eficiência energética dos edifícios públicos de valores inferiores a: € 6.242.000, para as empreitadas de obras públicas; € 249.000, para os demais contratos, excetuadas as concessões de obras públicas; e € 2.000.000 para os contratos de empreitadas de obras públicas ou de concessão de obras públicas que visem a melhoria da eficiência energética de edifícios públicos<sup>295</sup>.

O convite à apresentação de propostas deve ser dirigido, pelo menos, a três entidades distintas e, em relação aos ajustes diretos destinados à modernização do parque escolar estão afastadas as regras do artigo 113º, nº 2 a 5 do CCP. Dessa forma, não há vedação ao convite de entidades que já tenham sido contratadas através de ajuste direto pela entidade adjudicante naquele ano económico ou nos dois anteriores para a execução de objeto idêntico ou do mesmo tipo ao do pretenso contrato. Igualmente, não é proibido o convite àquelas entidades que executaram obras, forneceram bens móveis ou prestaram serviços nestes mesmos termos descritos, mas a título gratuito.

---

<sup>295</sup> Valores de acordo com art. 5º do Decreto-Lei nº 34/2009.

### **6.3 BREVE COMPARATIVO ENTRE O AJUSTE DIRETO E A CONTRATAÇÃO DIRETA**

A análise realizada sobre o ajuste direto, ainda que não tão aprofundada em relação aos requisitos de cada hipótese de sua utilização, é suficiente para se verificar a grande diferença em relação à adoção da contratação direta na Brasil, tão pertinente ao tema aqui abordado: não há procedimento regulamentado na legislação brasileira que discipline a contratação de particulares sem a instauração de uma licitação. Há similaridades entre as hipóteses de contratação ausentes de procedimento concorrencial previstas em ambos os ordenamentos jurídicos, como os casos de urgência, de segurança nacional e de contratação após procedimento deserto. Mas é a procedimentalização expressa do ajuste direto prevista na legislação portuguesa que faz com que os efeitos destes contratos na prática sejam distintos das contratações diretas brasileiras. Não que a legislação brasileira não diga nada a respeito do tema. Como visto anteriormente, há alguns dispositivos na Lei nº 8.666/1993 que servem como baliza durante a realização das compras diretas, mas não há propriamente um padrão de execução a ser adotado pelas entidades públicas quando de sua utilização. A ausência de padrão faz com que os agentes administrativos se valham das experiências obtidas em contratações pretéritas, muitas vezes inadequadas às situações com que se deparam. Inclusive, ao tempo em que Portugal não havia determinado um procedimento específico a ser seguido na contratação por ajuste direto, também se questionava se a ausência de pressupostos expressos deste possibilitava que a autonomia da decisão fosse mais longe do que o permitido pelos limites normais da discricionariedade, ficando a critério total da entidade adjudicante decidir como proceder.<sup>296</sup>

A situação muito tem a ver com o momento histórico de elaboração de cada legislação. A Lei nº 8.666/1993 foi criada há mais de 20 anos, surgiu após um governo ditatorial cujos atos eram intocáveis pelos populares. As legislações publicadas no Brasil após a Constituição da República de 1988 vieram preenchidas por formas de controle ao Poder Estatal e amplas liberdades e direitos garantidos à sociedade. Exigiu-se transparência nos atos do Estado, o que, no tocante às compras governamentais, traduziu-se com mais ênfase na total publicidade dos procedimentos realizados, na garantia ao tratamento

---

<sup>296</sup> Sérvulo CORREIA, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Coimbra, 1987, p. 704.

isonômico entre os interessados e na indisponibilidade do interesse público. A contratação direta foi prevista não como uma modalidade de contratação propriamente dita, mas como uma válvula de escape nas situações em que seria impossível a instauração de uma licitação. Não há dúvidas de que, àquela época, a contratação direta seria obrigatoriamente a exceção à regra da licitação. Por outro lado, o CCP é recente e foi moldado de acordo com as inspirações de sua época, de maneira que é visível a maior relevância dada ao ajuste direto dentro do Ordenamento Jurídico Português. A extensa procedimentalização deste instituto mostra a pretensão de torná-lo usual e, até mesmo, afastar a sua excepcionalidade.

## **7 DESVIO NA FINALIDADE DA CONTRATAÇÃO DIRETA**

A autorização ao afastamento da licitação nas situações aqui apresentadas não corresponde à permissão de contratações flagelantes, impróprias ou não vantajosas, até porque a legislação brasileira refreia o abuso na contratação direta em quaisquer de suas hipóteses. O fato de a competição ser inviável ou de a instauração de procedimento licitatório não atender ao interesse público não desobriga a Administração na busca da alternativa mais vantajosa na persecução do interesse social, persistindo este dever ainda que ausente pluralidade de alternativas. Quer-se dizer que mesmo havendo apenas uma alternativa a contratar, caso sejam cobrados valores abusivos ou estipuladas condições em desacordo com as finalidades da contratação pública e que afrontem aos fins buscados pelo Estado, não há possibilidade de contratação.<sup>297</sup>

### **7.1 CONTRADIÇÃO ENTRE LEI E FATO NO BRASIL**

Mas seria a licitação de fato um instrumento eficaz da Administração? A resposta, num primeiro momento, parece tender naturalmente à afirmação porque se imagina o agente administrativo como o guardião dos recursos públicos que irá buscar sempre a proposta mais vantajosa à Administração, esforçando-se na redução de custos e visando à eficiência em sua atuação.<sup>298</sup> Em plano prático a situação difere, dando lugar a administradores que buscam visivelmente “escapar” do devido procedimento licitatório sob o argumento da complexidade e do tempo que a instauração de uma licitação demanda. A interpretação aplicada aos termos empregados pelo legislador acaba elastecendo o propósito original contido nos dispositivos de lei e os requisitos legais autorizadores da contratação direta são abandonados, resultando num quadro de descrença do próprio instituto da licitação. A combinação de agentes administrativos sem o devido treinamento compondo Comissões de Licitação e a notória impunidade daqueles que transgridam

---

<sup>297</sup> Exemplos de fins buscados pelo Estado são a livre distribuição de serviços e mercadorias essenciais, cuja intervenção estatal é regulada pela Lei Delgada nº 4/1962, e a manutenção equilibrada do lucro obtido no mercado, disciplina pelo art. 20, inc. III, da Lei nº 8.884\*1994. (JUSTEN FILHO, *Comentários...*, cit., p. 365)

<sup>298</sup> JACOBY FERNANDES, *Contratação...*, cit., p. 47-48.



ordens legais referentes ao tema<sup>299</sup> é exemplo dos fatores que contribuíram para o desenvolvimento do atual quadro fático enfrentado no Brasil: a fuga ao dever de licitar.

A busca por meios de facilitar o acesso à contratação direta e de escapar da burocracia licitatória desencadeou tendência legislativa de aumento do quadro de hipóteses de dispensa, numa falsa ilusão de que o tema é debatido pelo Estado Brasileiro e de que se procura extinguir as deformações na utilização desses institutos e das próprias legislações de compras administrativas. Pretende-se fazer parecer com isso a concretização com eficácia da persecução do interesse público. O Código de Contabilidade Pública de 1922 previa apenas quatro hipóteses de contratação direta; ao longo dos anos, já foram adicionadas mais de quarenta<sup>300</sup> novas hipóteses. Os novos incisos criados pelo legislador são cada vez mais detalhados e complexos do que os anteriores, citando-se como exemplo o inc. XXXIII recentemente incluído no art. 24 da Lei nº 8.666/1993 (cisternas ou tecnologias semelhantes). Além de privilegiar situação plenamente amparada pelos dispositivos já existentes na legislação, trata especificamente da situação climática da seca que afeta famílias de baixa renda em algumas regiões do país. O mesmo pode-se dizer, em especial, dos incs. XXX, XXXI e XXXII e dos comentários traçados anteriormente em relação a cada uma destas hipóteses.

Não é surpresa, portanto, que o Brasil viva em pleno desacordo com a ordem constitucional de licitação: há, habitualmente, mais contratações celebradas diretamente do que contratações decorrentes de procedimentos licitatórios. Ao invés de aperfeiçoar as modalidades licitatórias ao interesse público, pretende-se apressar os trâmites das compras públicas através da contratação direta. As propostas de mudanças apresentadas pelo legislador, ao invés de refinar e aprimorar o conteúdo destes incisos e das próprias modalidades licitatórias, propõem um arrolamento interminável de exceções, em manifesto conflito com o princípio licitatório e com a intenção de oferecer igualdade de competição aos particulares.

Antevendo esta conjuntura, no início da década de 1990 o Ministro Homero Santos solicitou ao Departamento do Tesouro Nacional que apresentasse informações das contas do governo referentes ao exercício de 1990 e que descrevesse, inclusive, as despesas licitadas. Já naquela época percebeu-se que a quantidade de contratações

---

<sup>299</sup> JACOBY FERNANDES, *Contratação...*, cit., p. 47-48.

<sup>300</sup> Incluindo-se nesta contagem as hipóteses do arts. 17, 24 e 25 da Lei 8.666/1993.

realizadas por dispensa ou inexigibilidade<sup>301</sup> superava em muito o valor total licitado pela Administração, transformando a aplicação da licitação numa exceção. Das despesas decorrentes da gestão do tesouro, apenas 6,7% se davam por intermédio de licitação, e apesar desta porcentagem praticamente triplicar em relação às demais gestões, os procedimentos licitatórios ocorriam em somente 18,9% dos casos.<sup>302\_303</sup>

Em 1999, o autor JACOBY FERNANDES realizou um exercício semelhante chegando ao resultado de 51% de contratações administrativas realizadas pela União sem prévia licitação. Este índice, que se acredita corresponder também à situação fática dos outros entes federados, demonstra a disparidade entre os planos legislativo e fático, uma vez que naquele a licitação é regra e a contratação direta é exceção, e na prática inverte-se o preceito. As hipóteses de dispensa e inexigibilidade são reduzidas a oportunidades de burlar o princípio geral de licitação.<sup>304</sup>

O administrador brasileiro peca em programação e execução, e chega-se ao cúmulo de haver pontes construídas sem que haja estradas para serem conectadas.<sup>305</sup> A contratação pública exige prévia análise da necessidade e da utilidade de sua concretização, levando-se em consideração o conjunto sistêmico<sup>306</sup> do patrimônio e dos serviços necessários à Administração.<sup>307</sup> Afastar a licitação quando esta é plenamente possível no caso concreto significa desprezar esta visão contextualizada e incorrer em abuso na contratação direta e em desvio de recursos públicos.

---

<sup>301</sup> Anteriormente previstas nos arts. 22 e 23 do Decreto-Lei nº 2.300/1986.

<sup>302</sup> TCU, Relatório das Contas do Governo referente ao ano de 1990, p. 94. Mais dados referentes à apreciação podem ser encontrados também em: JACOBY FERNANDES, *Contratação...*, cit., p. 170 e ss.

<sup>303</sup> Há época do relato das contas de 1990, considerando-se o padrão monetário da época, a cada 13 cruzeiros utilizados em despesas licitáveis, somente um cruzeiro era realmente licitado. Convertendo-se aproximadamente os valores para reais, significa dizer que a cada cinco reais gastos em despesas licitáveis, apenas trinta centavos eram efetivamente licitados. Ou ainda, a cada dois euros em despesas licitáveis, apenas 0,13 eram licitados. (TCU, Contas do Governo relativas ao ano de 1995, Diário Oficial de 24/11/1996). Mas segundo o Governo Federal estas informações não refletiam à realidade porque incluíam encargos da dívida, folhas de pagamento e tributos, tendo sido segredadas as despesas mais tarde entre aplicáveis à Lei de Licitações e as não aplicáveis. (JACOBY FERNANDES, *Contratação...*, cit., p. 171)

<sup>304</sup> Jorge Ulisses JACOBY FERNANDES. *Contratação direta sem licitação*. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 188.

<sup>305</sup> No começo de 2007 os jornais brasileiros registraram a notícia da ponte construída sobre o Rio Barro Duro, no Estado do Maranhão, que ligava nada a coisa alguma, pois não havia estradas na região a serem conectadas. A ponte foi construída isolada e sem utilidade, deixando evidente a ausência de planejamento integral da obra antes do início de sua execução e levantando a dúvida sobre possíveis desvios mais onerosos ao erário. (E. MOREIRA / VERNALHA GUIMARÃES, *Licitação...*, cit., pp. 126-127)

<sup>306</sup> O art. 8º da Lei 8666/1993 determina que “a execução das obras e dos serviços deve programar-se, sempre, em sua totalidade, previstos seus custos atual e final e considerados os prazos de sua execução.”

<sup>307</sup> E. MOREIRA / VERNALHA GUIMARÃES, *Licitação...*, cit., pp. 126-127.

### 7.1.1 Situação Atual das Contratações e Compras Públicas no Brasil

Os dados mais recentes<sup>308</sup> sobre as contratações e compras governamentais realizadas no Brasil referem-se à atividade administrativa da União no período de janeiro a dezembro de 2013. Verificou-se que as compras públicas movimentaram R\$ 47,3 bilhões na contratação de bens e serviços no âmbito federal durante este intervalo de tempo. Foram 176,3 mil processos de contratação, dos quais 84%, ou seja, 148,7 mil, foram processados através da contratação direta. Isso significou 31% do montante monetário total empenhado nas contratações governamentais – gastou-se R\$ 14,6 bilhões em contratações diretas. E isso apenas em contratações federais. Ao se comparar as contratações feitas por meio de dispensa ou inexigibilidade com aquelas que adotaram procedimentos licitatórios, as primeiras superam em muito suas concorrentes:

Quantidade de compras públicas, segundo o tipo de processo – Órgãos SISG						
Modalidade	Processos de Compra					
	2008	2009	2010	2011	2012	2013 <sup>1</sup>
Concorrência	771	1.319	934	1.066	1.314	513
Concorrência Internacional	50	44	105	51	40	8
Concurso	8	16	16	11	16	8
Convite	4.957	1.499	961	621	452	198
Dispense de Licitação	246.635	235.566	211.029	186.301	169.875	128.443
Inexigibilidade de Licitação	14.048	15.838	16.677	19.742	23.783	20.310
Pregão Eletrônico	30.865	33.700	33.696	32.357	34.747	26.192
Pregão Presencial	1.297	1.083	657	334	268	127
Tomada de Preços	1.641	1.636	1.334	1.170	1.307	541
<b>Total</b>	<b>300.272</b>	<b>290.701</b>	<b>265.409</b>	<b>241.673</b>	<b>231.802</b>	<b>176.340</b>

<sup>1</sup> janeiro a outubro.  
**Fonte: Comprasnet.**  
**Elaboração: SLTI/MP.**

<sup>308</sup> Dados elaborados pela SLTI em relação às contratações realizadas pelo SISG, que representa o sistema das atividades de administração de edifícios públicos e imóveis residenciais, material, transporte, comunicações administrativas e documentação, que integram os órgãos e entidades da Administração Federal direta, autárquica e fundacional, nos termos o Decreto Federal nº 1.094/94, em seu art. 1º e §1º. Dados disponíveis em [http://www.comprasnet.gov.br/ajuda/Estatisticas/2013/01\\_A\\_10\\_INFORMATIVO\\_COMPRASNET\\_Dados\\_Gerais\\_2013.pdf](http://www.comprasnet.gov.br/ajuda/Estatisticas/2013/01_A_10_INFORMATIVO_COMPRASNET_Dados_Gerais_2013.pdf)

### Valor das compras públicas, segundo o tipo de processo – Órgãos SISG

Modalidade	Valor de Compra <sup>1</sup>					
	2008	2009	2010	2011	2012	2013 <sup>2</sup>
Concorrência	9.167.855.840,53	14.546.704.831,43	12.393.154.773,52	6.377.263.000,50	12.678.890.659,73	2.481.597.252,59
Concorrência Internacional	146.359.305,34	1.053.839.103,41	1.032.577.330,98	85.951.777,18	140.937.239,77	5.969.035,83
Concurso	372.625,43	1.151.347,51	2.974.844,09	901.562,48	2.581.625,00	293.136,59
Convão	163.181.777,33	73.198.638,70	49.330.037,37	32.885.611,90	22.409.868,60	7.911.596,22
Dispensa de Licitação	15.134.384.857,80	8.725.194.787,66	11.676.471.129,88	7.648.697.849,80	13.802.507.425,32	6.484.101.171,82
Inexigibilidade de Licitação	3.210.978.280,03	5.824.096.648,18	7.731.978.598,76	11.513.800.634,23	10.672.115.922,26	8.171.740.963,04
Pregão Eletrónico	21.277.510.721,75	22.026.596.987,24	28.666.588.714,71	24.648.715.336,42	33.639.555.907,00	29.608.299.718,86
Pregão Presencial	2.802.208.233,56	3.117.945.219,90	1.313.059.935,34	1.017.601.729,99	1.152.960.671,26	396.695.537,30
Tomada de Preços	745.677.499,84	696.300.483,06	557.320.756,89	462.949.601,53	507.064.775,89	166.219.979,01
<b>Total</b>	<b>52.648.529.141,60</b>	<b>56.065.028.047,08</b>	<b>63.413.456.121,54</b>	<b>51.784.767.104,03</b>	<b>72.619.044.094,83</b>	<b>47.324.828.391,06</b>

<sup>1</sup> Valores corrigidos pelo IPCA Dessazonalizado.

<sup>2</sup> janeiro a outubro.

Fonte: Comprasnet.

Elaboração: SLTI/MP.

Na realidade, nos últimos cinco anos houve um aumento de 74% no número de processos realizados por meio de contratação direta, o que significou um aumento dos gastos públicos de 133% em relação aos contratos celebrados por dispensa ou inexigibilidade. Ainda assim, a licitação persiste sendo considerada a regra no Ordenamento Jurídico Brasileiro.

A situação do quadro de compras públicas brasileiro não é exclusiva, repetindo-se em outros países, como em Portugal, onde também são realizados mais ajustes diretos do que contratações por meio de outros procedimentos:<sup>309</sup>

#### Valor dos contratos para o ano de 2013

	TOTAL
Ajuste directo	1.901.915.339,49 €
Concurso público	1.438.025.287,34 €
Concurso limitado por prévia qualificação	136.189.646,08 €
Procedimento de negociação	696.080,00 €
Diálogo concorrencial	0,00 €
Total	3.476.826.352,91 €

Fonte: Base.gov.pt

<sup>309</sup> Dados disponíveis em: <http://www.base.gov.pt/base2/html/utilidades/estatisticastabela.shtml>.

Inclusive, como se dá no Brasil, a mídia e a sociedade portuguesa também resistem à utilização deste procedimento pré-contratual, alegando falta de transparência, impossibilidade de concorrência e seu aproveitamento para atos de corrupção.<sup>310</sup> Contudo, na órbita jurídica, o ajuste direto português foi alçado ao status de procedimento pré-contratual, e não se trata de uma exceção à obrigação de licitar. Há regulamento próprio, devidamente descrito, e adaptado aos casos em que pode ser utilizado o ajuste direto. A possibilidade de ser substituído quando a entidade adjudicante preferir a utilização do concurso público não tira dele seu caráter autônomo.

## 7.2 CORRUPÇÃO E DESVIO DE FINALIDADE

Algumas vezes, a confiança é o único critério disponível pela Administração no momento da celebração de um contrato, o que não ofende necessariamente o princípio da isonomia quando a confiança é fundada em critérios objetivos e isentos de arbitrariedades. Não se trata da confiança decorrente da indicação por um conhecido particular do agente estatal ou por um correligionário político, mas daquela resultante da experiência conhecida e bem sucedida de um sujeito capaz de criar perspectivas de excelente atuação no futuro. Ou seja, acredita-se que o particular será capaz de executar bem sua função futura porque assim o fez anteriormente. O que se vê frequentemente, contudo, é a utilização de preceitos como este na tentativa de justificar a enxurrada de contratações ilícitas realizadas no Brasil.

Não se trata, obviamente, de dificuldade enfrentada apenas entre os brasileiros. As democracias contemporâneas travam uma guerra contra as ineficiências do poder administrativo que se apresentam como uma nova configuração do abuso tolerado pela sociedade.<sup>311</sup> A própria função jurídico-constitucional do Estado de implementação dos direitos fundamentais tem sido lesada continuamente não apenas por vícios de ato ou do

---

<sup>310</sup> Neste sentido, as seguintes notícias da AICCOPN, do Jornal Tribuna de Macau e da Revista Eletrônica *In Verbis*, respectivamente: *AICCOPN quer ver limitado recurso ao ajuste directo*, disponível em [http://www.aiccopn.pt/news.php?news\\_id=1370](http://www.aiccopn.pt/news.php?news_id=1370); *Coutinho denuncia berço para a corrupção*, disponível em <http://jtm.com.mo/local/coutinho-denuncia-berco-para-corrupcao/>; *Governo que fazer obras nos tribunais por ajuste directo*, disponível em <http://www.inverbis.pt/2012/tribunais/obras-tribunais-ajuste-directo>.

<sup>311</sup> Nas palavras de LORD ACTON, “*power tends to corrupt, and absolute power corrupts absolutely in such manner that great men are almost always bad men.*” (Relação feita por Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO ao analisar a luta contra as ineficiências do poder nas democracias contemporâneas em: *Novos horizontes para o direito administrativo*, in Augusto de ATHAYDE / João CAUPERS; e Maria da Glória F. P. D GARCIA. (orgs.), *Em homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Coimbra, 2010, p. 647-659)

processo, mas também por vícios de resultado cujos efeitos tem se mostrado cada vez mais nocivos.<sup>312</sup> A corrupção, o desperdício e a inépcia são apenas três das causas desta ineficiência congênita “*para as quais os controles juspolíticos tradicionais da democracia representativa se mostram cada vez mais insuficientes*”.<sup>313</sup>

No Brasil aponta-se que cerca de um terço da arrecadação tributária é perdido em razão de “*corrupção e ineficiência administrativa*”.<sup>314-315</sup> São 234 bilhões de reais (equivalentes a 774,54 bilhões de euros) por ano desviados ou aplicados sem cautela pelo governo.<sup>316</sup> Em razão disso, reforça-se a conclusão uníssona da doutrina de que a licitação é regra essencial que deve preceder a execução da despesa pela Administração, permitindo-se em contrário apenas as exceções previstas em lei.<sup>317</sup> A licitação passa a sensação de que os gastos serão controlados e as fraudes evitadas. Porém, o administrador tornou costumeira a tomada de rotas distintas daquelas que lhes são permitidas pela legislação, e não raro deparamo-nos com casos evidentes de desvio de finalidade, mas cuja comprovação técnica do embuste que a caracteriza é praticamente impossível.<sup>318</sup> O desvio de finalidade está definido no art. 2º, parágrafo único, al. “e” da Lei 4.717/1965 (Lei da Ação Popular) como a situação em que “*o agente pratica o ato visando a fim diverso*

---

<sup>312</sup> Sobre o tema e as definições de vício de ato, de processo e do resultado: MOREIRA NETO, loc. cit.

<sup>313</sup> MOREIRA NETO, loc. cit.

<sup>314</sup> Estudo realizado pelo Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário – IBPT, divulgado no Jornal O Globo, caderno de economia, p. 29, de edição de quarta-feira, 4 de outubro de 2006.

<sup>315</sup> A OCDE realizou levantamento semelhante a nível de União Europeia e demonstrou que 15 Estados-Membros poderiam diminuir seus gastos públicos em 27% sem afetação dos serviços já prestados, o que representaria a redução da participação do setor público no produto interno bruto (PIB) de 50% para 35%. A título de exemplo, se a Administração Pública da Suécia possuísse um alto nível de eficiência como o Japão e a Suíça, poderia diminuir em 53% seus gastos sem interferir na prestação de serviços já existentes. (ALLISTER HEATH, *Europe's public sectors yield increasing evidence of waste, gross inefficiency*. In: Sunday Business, London Knight Ridder/Tribune Business News, de 8 de Março de 2003)

<sup>316</sup> A título de elucidação, faz-se necessário a transcrição da lista apresentada por DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, na qual o autor arrolou as diversas benfeitorias que poderiam ser realizadas caso este montante astronômico não fosse “perdido” anualmente dos cofres públicos brasileiros. A cifra desperdiçada “*seria suficiente para: (i) cobrir o déficit, sempre crescente, da previdência social, por quase seis anos seguidos; (ii) construir 13 milhões de moradias populares ao custo unitário de R\$ 17.000,00; (iii) abrir 19,5 milhões de novas salas de aula, ao custo em média de R\$ 12.000,00 cada uma; (iv) ampliar para todas as cidades do País o sistema de água canalizada e esgoto tratado, obra estimada em 220 bilhões de reais pela Associação das Empresas de Saneamento Básico Estaduais, ou; (v) restaurar toda a malha rodoviária estadual e federal, de 156 mil quilômetros, e mantê-la por sessenta anos consecutivos, segundo os cálculos da Associação Brasileira de Infraestrutura e Indústrias de Base.*” (MOREIRA NETO, *Novos horizontes...*, cit., p. 647-659.)

<sup>317</sup> Neste sentido: JACOBY FERNANDES, *Contratação...*, cit., p. 170.

<sup>318</sup> Adilson Abreu DALLARI, *Desvio de poder na anulação do ato administrativo*, in REDE, n. 7/2006, disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-7-JULHO-DESVIO%20DE%20PODER-ADILSON%20DALLARI.pdf>.

*daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência”*. A demonstração desta finalidade, contudo, é de difícil prova.

### **7.2.1 Superfaturamento**

Uma das razões mais comuns<sup>319</sup> de desvio da finalidade da contratação administrativa é o superfaturamento do valor a ser contratado, que corresponde a valores e condições arbitrariamente superiores e mais onerosos do que aqueles legitimamente oferecidos no mercado. De acordo com o Tribunal de Contas da União, “*o superfaturamento não se caracteriza nem como um preço ‘falso’, nem como um lucro excessivo, mas como uma elevação injustificada do valor para execução de uma certa prestação.*”<sup>320</sup> O art. 43, inc. IV da Lei nº 8.666/1993 prevê a observância pelo administrador da compatibilidade entre o valor do objeto da licitação e os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial. Assumindo-se este dever em relação à contratação administrativa como um todo, é certo que a inobservância desta conformidade, seja ou não por intenção criminosa do agente estatal, ofende o ordenamento jurídico brasileiro.

A ausência de procedimentação, a celeridade com que ocorre, a dispensa de formalidades e da vasta divulgação prevista nas modalidades licitatórias faz com que a contratação direta seja utilizada como veículo principal para o superfaturamento de compras e obras. É verdade que há vezes em que o gestor público escapa ao procedimento da contratação direta por negligência, até mesmo em razão do curto espaço de tempo para atender a uma situação de urgência, e deixa de realizar a devida análise dos valores oferecidos no mercado. Ou seja, às vezes é a negligência do gestor público que resulta na contratação a valor excessivo. Porém, há vezes em que o administrador age intencionalmente no superfaturamento da obra, inclusive acordando previamente com particular específico a obtenção de vantagem econômica para garantir sua contratação. Designadamente quando houver superfaturamento, o art. 25, § 2º da Lei nº 8.666/1993

---

<sup>319</sup> Neste sentido: TCU, Processo nº 021.336/2007-9, Acórdão nº 2557/2012, Relator Aroldo Cedraz, DJ 20/04/2012; TCU, Processo nº 020.292/2007-8, Acórdão 2555/2012, Relator Aroldo Cedraz, DJ 20/04/2012.

<sup>320</sup> TCU, Acórdão nº 618/2006, Relator Ministro Augusto Sherman Cavalcanti.

prevê responsabilidade solidária e igualitária dos envolvidos pelo dano causado ao erário, estejam ou não ligados ao quadro funcional da Administração.<sup>321</sup>

### 7.2.2 Emergência Ficta

A fundamentação para o afastamento da licitação de forma ilícita geralmente decorre da hipótese de dispensa prevista pelo art. 24, inc. IV da Lei nº 8.666/1993, pela qual, em situações de emergência ou calamidade pública, é possível a contratação direta. Gera-se uma situação artificial de emergência para ensejar a contratação direta. O recurso à situação emergencial tem sido utilizado por agentes estatais como a “*palavra mágica*”<sup>322</sup> que possibilita o afastamento do devido procedimento licitatório. A alegação de situação de emergência para burlar o dever de licitar tornou-se corriqueira entre algumas entidades públicas, chegando-se ao cúmulo de haver aquelas que realizam periodicamente as suas compras diretamente sob a falsa égide da urgência. Os Tribunais de Contas Brasileiros lidam com inúmeras denúncias neste sentido.<sup>323</sup>

A emergência real caracteriza-se pela urgência ao atendimento de determinada situação decorrente de fato imprevisível ou inevitável em que o decurso de tempo normal do trâmite licitatório pode trazer prejuízos ou comprometer a segurança da sociedade, de bens públicos ou privados, entre outros. É a anormalidade da situação emergencial, não prevista pelo legislador, que causa a dispensa da licitação, sob pena de colocar-se em risco “*a satisfação dos valores buscados pela própria norma ou pelo ordenamento em seu todo.*”<sup>324</sup> Assim, apenas é lícita a contratação direta fundamentada nesta hipótese quando há plena demonstração da potencialidade de dano e da eficácia na elisão do risco através da contratação; devendo a situação de emergência estar presente no momento da contratação.<sup>325</sup>

---

<sup>321</sup> Neste sentido: TCU, Processo nº 021.336/2007-9, Acórdão nº 2557/2012, Relator Aroldo Cedraz, DJ 20/04/2012; e TCU, Processo nº 020.292/2007-8, Acórdão 2555/2012, Relator Aroldo Cedraz, DJ 20/04/2012.

<sup>322</sup> De acordo com ADILSON ABREU DALARRI a urgência não pode ser utilizada como a palavra mágica que autoriza os mais diversos abusos cometidos por agentes administrativos. (*Aspectos...*, cit., p. 59)

<sup>323</sup> Neste sentido: TCU, Processo nº 016.224/2001-2, Acórdão nº 862/2010, Relator Ministro Augusto Nardes, DJ 07/05/2010; TCU, Processo nº 013.905/2002-0, Acórdão 310/2009, Relator Ministro Valmir Campelo, DJ 06/02/2009.

<sup>324</sup> JUSTEN FILHO, *Comentários...*, cit., p. 238.

<sup>325</sup> As circunstâncias podem transformar a aquilo que era emergencial em passível de contratação por meio de licitação. Diante disto, não há falar em contratação direta. (FIGUEREDO / FERRAZ, *Licitação...*, cit. pp. 47-49.



A interpretação deste inc. IV deve ser analisada com ressalvas, uma vez que na generalidade das contratações realizadas pela Administração pode-se vislumbrar o objetivo de evitar um potencial dano, o que, em conjunto com uma ampla interpretação do dispositivo, poderia resultar na contratação direta como regra geral. Isso, contudo, não é o escopo deste instituto, como já foi demonstrado. Não se pretende premiar a falta de planejamento ou a desídia administrativa por meio desta dispensa da licitação, mas possibilitar a contratação rápida de bens essenciais ao atendimento da situação. Tanto é assim, que a contratação direta é autorizada apenas em relação aos bens e serviços com utilização diretamente relacionada ao estado de emergência, e cuja conclusão da contratação seja possível em até 180 dias<sup>326</sup>, contados da data da emergência.

Muitas das situações enfrentadas pelos Tribunais de Contas Brasileiros estão longe de preencher estes requisitos, tratando-se verdadeiramente de emergências fictas decorrentes de inércia administrativa ou fabricadas pelo próprio agente estatal com o intuito de desviar a finalidade da contratação. A Administração deixa de realizar a licitação porque não tomou as medidas necessárias para a sua instauração tempestivamente, seja por inércia, seja por intenção. Surge a partir daí dois caminhos a serem seguidos pelo agente estatal: (i) instaurar a licitação de qualquer maneira, o que pode significar o comprometimento com o atendimento de valores juridicamente tutelados; (ii) ou invoca a situação de emergência e realiza a contratação direta. Esta segunda possibilidade dependerá da comprovação de que a contratação direta é a melhor opção diante das circunstâncias e, também, da verificação da existência de verdadeira situação de emergência. Superados estes requisitos, a contratação direta poderá ser realizada, mas seu objeto deverá ser limitado e seu tempo bastante reduzido, a fim de serem evitados danos irreparáveis ao interesse público.

Mas note-se que uma contratação desvantajosa à Administração não pode ser justificada com base nestes argumentos de urgência. Quando a Administração tem ao seu dispor mais de uma proposta e escolhe a que não lhe traz vantagens por atuar negligentemente ou por intenção do administrado em burlar as normas licitatórias, há vício na atividade administrativa.<sup>327</sup> O princípio da razoabilidade deve equilibrar a aplicação

---

<sup>326</sup> Em situações de emergência, apenas faz sentido a compra para pronta entrega ou para curto espaço de tempo, podendo a prestação de serviços se prolongar pelo prazo máximo de 180 dias, consecutivos. (JACOBY FERNANDES, *Contratação...*, cit., p. 316)

<sup>327</sup> JUSTEN FILHO, *Comentários...*, cit., p. 368 e ss.

deste dispositivo quanto à relação entre o meio utilizado para sanar a necessidade emergencial (contratação direta) e o próprio fim da contratação (atender a esta situação emergencial).<sup>328</sup> Até porque, mesmo diante da real situação de emergência, persiste para a Administração o dever de buscar o melhor preço possível.<sup>329</sup>

### **7.3 PUNIBILIDADE DOS ENVOLVIDOS**

Ao menos teoricamente, a constatação da realização de contratação direta irregular incorre na punição dos envolvidos na transgressão. O descumprimento das normas contidas na Lei nº 8.666/1993 acarreta responsabilização civil, administrativa e penal dos agentes públicos envolvidos e, ainda, a responsabilização civil solidária de qualquer estranho ao funcionalismo público que incorra na transgressão.

#### **7.3.1 Responsabilidade Administrativa**

A responsabilidade administrativa deriva de ato culposo ou doloso do agente estatal que viola norma interna da entidade pública, dando ensejo a punição administrativa. Como se trata de violação de regulamento interno da Administração, apenas o servidor público pode ser autor, incluído neste grupo qualquer sujeito que atue junto à Administração em cargo, função ou emprego público, ainda que de forma transitória ou sem remuneração (art. 84 da Lei 8.666/1993<sup>330</sup>). Para a configuração da responsabilidade basta a afronta culposa da norma, independentemente da decorrência de dano à Administração.

Em relação ao administrador, uma vez percebidos fatos irregulares envolvendo uma contratação direta, imediatamente deve ser instaurado um processo administrativo punitivo a fim de apurar os acontecimentos e apontar o autor ou autores da infração, aplicando-lhes as devidas penas. É constituída uma comissão de servidores estáveis e

---

<sup>328</sup> DI PIETRO, *Direito Administrativo*, 2003, p. 314.

<sup>329</sup> Neste sentido: TCU, Processo nº 007.965/2008-1, Relator Ministro Valmir Campelo, DJ 20/04/2011.

<sup>330</sup> “Art. 84. Considera-se servidor público, para os fins desta Lei, aquele que exerce, mesmo que transitoriamente ou sem remuneração, cargo, função ou emprego público.

§ 1º Equipara-se a servidor público, para os fins desta Lei, quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, assim consideradas, além das fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, as demais entidades sob controle, direto ou indireto, do Poder Público.”

hierarquicamente superiores que relata o ocorrido, coteja as provas coletadas e decreta a absolvição do acusado ou sugere a aplicação da pena que acredite ser cabível, mas não o penaliza por si só. É apenas a autoridade competente a penalizar que decide efetivamente pela aplicação da pena, competência esta que varia de acordo com cada entidade. Em geral, são aplicadas punições como advertência, multa, suspensão, cassação de aposentadoria ou demissão.<sup>331</sup>

### 7.3.3 Responsabilidade Civil e Improbidade Administrativa<sup>332</sup>

A utilização maliciosa da contratação direta, além de ofender a variados princípios constitucionais, como o da moralidade, da licitação da igualdade, da indisponibilidade do interesse público e da supremacia do interesse público, causa muitas vezes dano ao erário público. Não se trata, contudo, de simples ilegalidade, mas sim de uma ilegalidade tipificada e qualificada por elemento subjetivo oriundo da conduta do agente. A improbidade administrativa é o ato cometido ilicitamente pelo administrador no exercício de suas funções, que contraria norma legal ou princípios da Administração, geralmente evitado de má fé. É comum, por isso, associar o gestor público que comete ato de improbidade a uma pessoa desonesta e com má fé, mas na realidade a legislação especial e a Constituição da República estabeleceram abrangência maior à improbidade administrativa. Especificamente em relação à utilização desvirtuada da contratação direta<sup>333</sup>, destaca-se a previsão do art. 10 da Lei nº 8.429/1992, pela qual “*constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades*” públicas. A improbidade está, portanto, configurada quando existe ao menos culpa grave do agente, o que não exige necessariamente sua intenção de lesar o erário.<sup>334</sup>

---

<sup>331</sup> Diógenes GASPARINI, *Crimes na licitação*, São Paulo, 1996, pp. 38-39 e 50-51.

<sup>332</sup> Para aprofundamento sobre o tema: José Antônio LISBÔA NEIVA, *Improbidade Administrativa*, 3. ed., Niterói, 2012, p. 336.

<sup>333</sup> Na realidade, são três categorias de atos de improbidades previstas na Lei nº 8.429/1992: i) atos de improbidade que importem em enriquecimento ilícito (art. 9º); ii) atos de improbidade que causem prejuízo ao erário (art. 10); e iii) os atos de improbidade que atentem contra os princípios da Administração.

<sup>334</sup> Em relação aos arts. 9º e 11, por outro lado, exige-se a presença do dolo para a configuração do ato de improbidade. (STJ, Ação de Improbidade Administrativa nº AIA 30/AM, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 21.09.2011)

Para estabilizar a situação patrimonial do Estado e possibilitar a ele a recuperação do patrimônio público, os culpados pelo dano sofrido são civilmente responsabilizados. Diante disso, a responsabilidade civil alcança tanto o agente administrativo como o terceiro transgressor que perpetrar ato de improbidade administrativa, ainda que este alcance se dê de formas distintas. Assim, os terceiros não vinculados ao quadro funcional da entidade lesada que concorram na prática do ato também podem ser incluídos no polo passivo da ação civil, nos termos do art. 3º<sup>335</sup>, aplicando-se a eles as sanções que forem compatíveis à condição de terceiro. Pretende-se, com isso, possibilitar a reparação integral do patrimônio público, visto que se fosse diferente o terceiro enriqueceria ilícitamente com bens públicos e a Administração nada poderia fazer para sancioná-lo.

O terceiro pode concorrer na prática do ato de improbidade, induzir o agente estatal a praticá-lo ou tão somente beneficiar-se direta ou indiretamente do produto ilícito. Quaisquer destas manifestações resultarão em sua responsabilização.<sup>336</sup>

### 7.3.3 Responsabilidade Penal

A punição do agente público no processo administrativo não o exime de ter sua conduta analisada no âmbito penal, onde há tipo específico para a utilização irregular da dispensa e da inexigibilidade. A fraude à contratação direta é reprovável sob o ponto de vista penal e está prevista no art. 89 da Lei nº 8.666/1993<sup>337</sup>, sendo que a punibilidade dos envolvidos também alcança solidariamente o contratado e o agente administrativo responsável pela contratação, havendo, portanto, dois tipos distintos: (i) o crime do *caput*, cometido exclusivamente pelo gestor envolvido com o afastamento da licitação equivocadamente; e (ii) o crime do parágrafo único, relacionado ao terceiro que concorreu para a concretização da ilegalidade e se beneficiou da contratação direta.

---

<sup>335</sup> “Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.”

<sup>336</sup> Emerson GARCIA / Rogério Pacheco ALVES. *Improbidade Administrativa*. 6ª ed., rev. e ampl. e atual. Rio de Janeiro, 2011, p. 268.

<sup>337</sup> “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.”*

Especificamente em relação ao agente administrativo, este tipo pode ser cometido apenas por servidor integrante da Administração Pública, e sua responsabilização depende da presença concomitante de dolo específico<sup>338</sup> e do efetivo dano ao erário. Por isso, quando não houver intenção livre e consciente do agente administrativo de produzir dano ao erário, não se configurará o tipo penal pela ausência do elemento subjetivo. Isso significa que sob a lógica penal não é aceita a modalidade culposa deste crime, deixando-se de punir neste âmbito a negligência. Desse modo, se reafirma o caráter subsidiário do Direito Penal, que não deve criminalizar atos que não constituem condutas conscientes e voluntárias e que não são efetivamente reprováveis ou que não lesem bem jurídicos –, no caso, o único resultado obtido pelo administrador seria a realização de contratação direta ao invés da instauração de licitação.<sup>339</sup> Destarte, em situações em que o conhecimento técnico padrão fosse suficiente para distanciar a caracterização da emergência, ou em que o descuido do agente administrativo na realização das pesquisas necessárias resultarem em erro quanto à existência de um único fornecedor,<sup>340</sup> haverá vício na contratação por negligência do administrador e, conseqüentemente, deve ocorrer sua responsabilização administrativa, mas não sua punição penal. Da mesma forma, o crime não se aperfeiçoa sem real dano ao erário. Assim, caso a contratação direta seja indevidamente adotada, mas surta num contrato vantajoso à Administração, não haverá crime, uma vez que não se pune a ausência de licitação, e sim a instrumentalização da contratação direta com a intenção de lesar os cofres públicos.<sup>341</sup>

Quando estiverem presentes os pressupostos da contratação direta, a conduta será irrelevante sob o ponto de vista penal, mesmo que demonstrada a ausência de observância das formalidades pertinentes ao afastamento da licitação, porque o crime tipificado pelo

---

<sup>338</sup> Na realidade, há divergência na doutrina em relação vinculação da punibilidade e da intenção do agente administrativo, resultando em pelo menos três correntes sobre o tema: (i) aqueles que consideram essencial a presença de dolo específico do gestor porque a tutela penal destina-se à repressão de condutas dolosas, nos termos do art. 18 do Código Penal Brasileiro (Neste sentido: Lúcia Valle FIGUEIREDO, *Direito...*, cit., p. 106); (ii) aqueles que se satisfazem com o dolo genérico, caracterizado pela mera vontade do agente de realizar a conduta criminosa descrita na lei (Neste sentido: Vicente GRECO FILHO, *Dos crimes da lei de licitações*, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 60; e Paulo José da COSTA JÚNIOR, *Direito penal das licitações*, São Paulo, 1994); e (iii) aqueles para os quais basta culpa do agente na realização do dano (Neste sentido: SUNDFELD, *Licitação...*, cit., pp. 63-64). O Tribunal de Contas da União assumiu que na maioria dos casos será necessária a configuração do dolo específico para a punibilidade em questão e demais crimes tipificados na Lei nº 8.666/1933, aceitando-se exceções de acordo com o caso concreto.

<sup>339</sup> Sobre o tema: JUSTEN FILHOS, *Comentários...*, cit., 2008, pp. 830-831. Para jurisprudência acerca deste tema, conferir: STF, Processo HC nº 86.198/PR, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 27/04/2007; e STJ, HC nº 53.103, Relator ministro Gilson Dipp, DJ 19/09/2006.

<sup>340</sup> Exemplos apresentados por: JUSTEN FILHO, *Comentários...*, cit., pp. 367-368.

<sup>341</sup> JUSTEN FILHOS, *Comentários...*, cit., p. 830.

art. 89 apenas se configura quando seu antecedente lógico existiu no caso concreto, ou seja, quando houve o ilícito administrativo.<sup>342</sup>

#### **7.3.4 Efetiva Punibilidade no Brasil**

Está claro que existe uma legislação para possibilitar a punição daqueles que fazem uso irregular da contratação direta e das contratações administrativas como um todo. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tem se mostrado incisivo em relação à efetiva responsabilização dos envolvidos em crimes contra a Administração e de improbidade, tendo estabelecido a Meta 18 no VI Encontro Nacional do Poder Judiciário, em 2012, pela qual se pretendia julgar até o final de 2013 os 114,3 mil processos de crimes contra a Administração e de improbidade administrativa distribuído a órgãos do Judiciário em todo o país. Ao final deste período, alcançou-se apenas 53,97% dos julgamentos pretendidos. Houve Tribunais, como o do Estado do Piauí, que julgou apenas 71 processos deste tipo durante os anos de 2012 e 2013.<sup>343</sup>

O CNJ acredita que a falha no cumprimento da meta se deu em razão do acompanhamento ineficiente que os tribunais brasileiros tende a fazer em relação a estas demandas que, muitas vezes, pela complexidade que envolvem em relação às sanções administrativas, civis e criminais, são preteridas em relação a julgamentos mais simples e que auxiliam no alcance das demais metas estabelecidas pelo Conselho. Apesar do amparo legislativo, há muito a se melhorar em relação à efetiva punibilidade dos agentes transgressores.

#### **7.4 ALGUNS PASSOS AO APERFEIÇOAMENTO**

É claro que não é o fato de se instaurar o procedimento licitatório que irá revelar a honestidade ou desonestidade do agente administrativo, ou ainda, a boa ou má gestão.<sup>344</sup> A fraude à contratação administrativa não se resume à deturpação do instituto da contratação direta, havendo diversos casos de superfaturamento de obras licitadas e direcionamento de

---

<sup>342</sup> Neste sentido: TCU, Processo AP nº 348-5/SC, Relator Ministro Eros Grau, DJ 03/08/2007.

<sup>343</sup> Dados disponíveis em: <http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metasp/metasp-2013/meta-18>.

<sup>344</sup> JACOBY FERNANDES, *Contratação...*, cit., p. 171.

licitações a empresas específicas. Mas não há apenas erros no setor de compras públicas. Não se poderia deixar de destacar que há ações, geralmente centralizadas em alguns setores da Administração, que empreendem esforços significativos para promover a orientação do administrado sobre o tema da contratação pública e do aprimoramento do controle das compras públicas.<sup>345</sup> Algumas ações de certos servidores públicos dedicados à adequada prestação da atividade administrativa vai contra a corrente de corrupção costumeira em relação às contratações administrativas brasileiras. Podem-se destacar explicitamente alguns órgãos públicos que atuam em especial na correção do rumo seguido pela Administração, há muito pleiteado pela sociedade brasileira como um tudo e, com mais energia, pelo contribuinte mantenedor do Estado pela via tributária. Neste sentido, a Coordenação-Geral de Normas e Avaliação da Execução da Despesa vem atuando como um órgão orientador bastante célere e eficiente. Igualmente, a Secretaria Federal de Controle tem atuado com excelência na preservação do erário.<sup>346</sup>

Há diversas outras frentes de combate à corrupção e à negligência administrativa, algumas com efeitos diretos à adequação da utilização da contratação direta e à atualização do regime de compras públicas que vão desde a efetiva utilização de preceitos já existentes no ordenamento jurídico brasileiro até a implementação de novas medidas.

#### **7.4.1 Motivação do Ato e o Princípio da Transparência**

A obrigatoriedade de serem motivados os atos da Administração fortalece a posição jurídica do administrado diante do Poder Público, possibilitando a verificação de atos ilícitos ou danosos ao interesse público.<sup>347</sup> Com isso, evita-se que as decisões administrativas decorram de influências hierárquicas ou de intenções pessoais e arbitrárias dos administradores, pois o particular toma conhecimento das razões que o levaram a cada ato administrativo e pode tomar medidas em relação à responsabilização da Administração. Inclusive, os próprios juízes podem ter maior controle dos atos ilícitos da Administração em razão da análise dos motivos.<sup>348</sup> Apesar da motivação ser consagrada como um dos princípios mais relevantes do ordenamento jurídico brasileiro, o país ainda apresenta falhas

---

<sup>345</sup> JACOBY FERNANDES, *Contratação...*, cit., p. 174-175.

<sup>346</sup> Sobre o tema: JACOBY FERNANDES, *Contratação...*, cit., p. 174-175.

<sup>347</sup> Diogo Freitas do AMARAL, *Última lição*, Coimbra, 2007, pp. 17-18.

<sup>348</sup> José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *A imparcialidade da administração como princípio constitucional*, separata do vol. XLIX do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1974, pp. 23-28.

em relação à obrigatoriedade de se motivar os atos administrativos. Como ressaltado, chegou-se ao ponto de serem criadas novas hipóteses de dispensa sem qualquer motivação ou com fundamentação insuficiente para afastar o princípio da licitação. A justificativa, tanto da criação de uma hipótese de contratação direta como de sua utilização em si, é o único meio de verificação da real necessidade de sua concepção e de sua aplicação.

Por outro lado, tem-se demonstrado evolução no tocante ao nível de transparência no desempenho da gestão pública como um todo, mas especialmente em relação à despesa. Com o advento da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000) estabeleceu-se maior rigor no controle das despesas públicas, o que se refletiu também na contratação administrativa propriamente dita, passando-se a considerar a licitação como um instrumento de execução da transparência. Com a Declaração dos Direitos do Homem tornou-se dever do gestor público apresentar contas de sua atuação à sociedade, o que se visa através da licitação. Esse dever de transparência persiste mesmo quando não instaurado o procedimento licitatório, podendo a contratação direta supri-lo quando realizada conforme as exigências do art. 26 da lei nº 8.666/1993. Além disso, os autos devem ser mantidos atualizados com as informações acerca da escolha do fornecedor e permanecerem à disposição do público.<sup>349</sup> Mas note que em ambos os casos (licitação e contratação direta) não se trata apenas de sustentar a transparência em relação à publicação dos atos convocatórios, mas de assegurar regras devidamente detalhadas e não discriminatórias. Entre as vantagens<sup>350</sup> decorrentes da existência de regras de contratação pública transparentes, pode-se destacar o auxílio no combate à corrupção<sup>351</sup> e outros efeitos, já surtidos na União Europeia, onde a aplicação de regras claras tornou mais eficaz o funcionamento do mercado público<sup>352</sup> e estimulou três efeitos influenciadores da oferta: (i) o efeito comercial, que aumentou o número de interessados por conta do acesso maior ao mercado; (ii) o efeito concorrencial, que intensificou a concorrência em razão da pressão sobre os concorrentes; (iii) e o efeito de reestruturação, que corresponde às mudanças no setor privado por conta do aumento de concorrência, que pode consistir em

---

<sup>349</sup> JACOBY FERNANDES, *Contratação...*, cit., p. 172-173.

<sup>350</sup> De acordo com DIOGO DUARTE DE CAMPOS, ao analisar a escolha do parceiro privado nas parcerias público-privadas, a transparências das regras de contratação pública, além de outras vantagens diretamente relacionadas à contratação, é essencial para promover o combate à corrupção. (*A escolha do parceiro privado nas parcerias público-privadas: a adjudicação in-house em particular*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 22-23). Também sobre o tema: ESTORNINHO, Maria João. *Direito Europeu...*, p. 38.

<sup>351</sup> RAFFAELLA COPPIER / GUSTAVO PICA. Why do transparente public procurement and corruption go hand in hand. In: *The economicsofpublicprocurement*. Palgrave, 2007, p. 183

<sup>352</sup> Estimam-se ganhos de 0,5% do produto interno bruto (PIB) referente ao serviço público.



maior eficiência, fusões e diversificação.<sup>353</sup> Esses benefícios podem ser traduzidos para a lógica brasileira ao se comparar a formação da União Europeia e a constituição do Estado do Brasil em forma de federação.

#### **7.4.2 Simplificação dos Procedimentos Licitatórios**

É permitido que a Administração promova um procedimento de seleção simplificado antecedente à contratação direta através da divulgação de seu interesse em contratar e das condições básicas do contrato, convocando particulares interessados em oferecer propostas. Depois de discutidas e examinadas as propostas, caberia à Administração, diante dos critérios estabelecidos, decidir pela contratação. Procedimentos assim estão balizados pelos princípios da isonomia e da república e são válidos e aconselháveis à atuação administrativa. Como a hipótese é de contratação direta, não há dever de adoção protocolar de modalidade específica de licitação e de suas formalidades, mas nada impede a Administração de criar um procedimento simplificado para atuar da melhor maneira possível. Pelo contrário. Em algumas situações, pode-se considerar que a Administração está obrigada a adotar estes procedimentos simplificados, especialmente em relação aos casos previstos pelo art. 24, incs. I e II da Lei nº 8.666/1993. Não se pretende prolongar o tempo da contratação nem enchê-la de formalidades, transformando a compra direta num licitação propriamente dita,<sup>354</sup> mas garantir o atendimento das finalidades da contratação administrativa.

Diante desta possibilidade, e considerando o quadro atual das compras públicas brasileiras, foi-se além e se propôs a implementação legislativa de procedimentos licitatórios simplificados que englobassem grande parte das hipóteses de inexigibilidade e dispensa, numa tentativa de reduzir o recurso exagerado e infundado a estes institutos e de padronizar procedimentos a serem adotados pelos entes federados. Pretendeu-se simplificar as formalidades licitatórias para atrair o agente estatal à utilização destes procedimentos simplificados. Contudo, isso poderia resultar na multiplicação das modalidades licitatórias a fim de abraçar variadas hipóteses de contratação direta em razão da heterogeneidade que as envolve, o que não é a intenção. Os casos de dispensa, por exemplo, são bastante destoantes, mas há situações em que é plenamente possível a competição, que poderia ser

---

<sup>353</sup> BOVIS, *EC Public...*, cit., p. 15 e ss.

<sup>354</sup> JUSTEN FILHOS, *Comentários...*, cit., pp. 284-285, 369.

prestigiada apenas com a simplificação procedimental. Caso se estabelecesse verdadeira diferenciação entre as hipóteses de contratação direta no que diz respeito à competição, seria dado o primeiro passo de uma reforma legislativa visando a simplificação do procedimento licitatório.<sup>355</sup> Não se pretende com isso a aplicação rigorosamente idêntica do procedimento de contratação direta a todas as situações, até porque a uniformização do regime dos contratos públicos não significa isso. Nem mesmo se objetiva a diluição das diferenças entre as hipóteses de contratação direta, o que sequer seria razoável afirmar, porque a uniformidade do procedimento transcende o contrato.<sup>356</sup>

Nesta toada, foi editado o Decreto nº 5.450/2005 no âmbito federal, regulamentador do pregão em sua forma eletrônica, pelo qual as contratações diretas por dispensa fundamentadas no art. 24, inc. II (contratações de pequeno valor) devem adotar preferencialmente um sistema de cotação eletrônico. A promoção de uma espécie de registro de preços, sem a obrigatoriedade dos requisitos dispostos no art. 15 da Lei nº 8.666/1993<sup>357</sup>, auxiliaria na manutenção de um cadastro de fornecedores e produtos, periodicamente atualizado. Isso tornaria as contratações diretas de pequeno valor mais rápidas e eficientes, uma vez que o administrador terá acesso fácil ao menor valor ofertado e às melhores condições de mercado. Ainda que seja referência limitativa às contratações de pequeno valor, assume-se que quando o objeto for comum e admitir o aproveitamento de competição sistêmica, a Administração Federal precisará seguir a solução deste Decreto.<sup>358</sup>

---

<sup>355</sup> JUSTEN FILHO, *Comentários...*, cit., p. 285-286.

<sup>356</sup> Entendimento transposto da análise realizada sobre a uniformização do regime jurídico aplicado aos contratos da Administração Portuguesa, em: Maria João ESTORNINHO, *Contencioso dos contratos da Administração*, CJA, n.º 24, p. 12; Pedro GONÇALVES. *O contrato administrativo: uma instituição do direito administrativo do nosso tempo*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 29

<sup>357</sup> “Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

*I - atender ao princípio da padronização, que imponha compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho, observadas, quando for o caso, as condições de manutenção, assistência técnica e garantia oferecidas;*

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

*III - submeter-se às condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado;*

*IV - ser subdivididas em tantas parcelas quantas necessárias para aproveitar as peculiaridades do mercado, visando economicidade;*

*V - balizar-se pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública.”*

<sup>358</sup> JUSTEN FILHO, *Comentários...*, cit., p. 286.

### 7.4.2.1 Modalidade Pregão Eletrônico

Após a implementação do pregão pela Lei nº 10.520/2002, verificou-se uma tendência à utilização deste procedimento em sua forma eletrônica mesmo em detrimento da contratação direta. Na realidade, logo que surgiu, a eficácia do pregão levantava suspeitas entre os administradores pelo fato de se tratar de modalidade licitatória. Com o passar do tempo, o gestor público percebeu a celeridade e a descomplicação do pregão eletrônico e passou a adotá-lo, inclusive nas situações em que anteriormente se utilizava a contratação direta. Em 2006, e pela primeira vez desde 1996, o volume monetário aplicado às licitações foi substancialmente superior àquele designado para as contratações diretas, ainda que em termos de procedimentos realizados a hegemonia da dispensa e da inexigibilidade continuasse.

A partir daí, a quantidade de procedimentos fundamentados na dispensa e na inexigibilidade continuou exagerada em relação às compras licitadas, mas o valor gasto com aquisições realizadas através do pregão superou a somatória dos gastos públicos com as demais modalidades e com as contratações diretas:<sup>359</sup>



<sup>359</sup> Dados elaborados pela SLTI em relação às contratações realizadas pelo SISG, disponíveis em: [http://www.comprasnet.gov.br/ajuda/Estatisticas/2013/01\\_A\\_10\\_INFORMATIVO\\_COMPRASNET\\_Dados\\_Gerais\\_2013.pdf](http://www.comprasnet.gov.br/ajuda/Estatisticas/2013/01_A_10_INFORMATIVO_COMPRASNET_Dados_Gerais_2013.pdf).

Em 2013, vê-se o maior avanço na utilização do pregão eletrônico, que alcançou 63% do valor de compras realizadas. O valor referente às demais modalidades caiu drasticamente para apenas 6% dos gastos públicos, apesar da manutenção de suas utilizações em 1% dos processos de compras. Houve, ainda, uma breve queda nos valores gastos em contratações diretas, mas o recurso às possibilidades de dispensa e inexigibilidade persistiu em 84% dos casos.

Além da adoção do pregão eletrônico, contribuíram para a diminuição do recurso à contratação direta a adoção pelas entidades públicas de “caronas” em licitações com objeto idêntico ao pretendido, mas realizadas por outras entidades estatais; e também a figura do registro de preços, pelo qual o gestor passou a manter um rol de empresas capacitadas a satisfazer suas necessidades, o que diminuiu o tempo gasto em pesquisas de preço e acelerou o procedimento de compras públicas.<sup>360</sup>

#### **7.4.2.2 Regime Diferenciado de Contratação**

O governo federal instituiu como nova modalidade licitatório o regime diferenciado de contratação (RDC), com o objetivo de ampliar a eficiência das compras públicas e favorecer a competitividade entre os particulares. A lei nº 12.462/2011 veiculou as especificidades desta modalidade, aplicada, exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização: (i) dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016; (ii) da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013; (iii) da Copa do Mundo Fifa 2014; (iv) de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos estados da federação distantes até 350 km das cidades sedes dos mundiais; (v) das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento - PAC; (vi) das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS; e (vii) das licitações e contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino.

O RDC foi inspirado nas práticas internacionais de boa governança recomendadas pela OCDE e nas regras de contratação já adotadas pela União Europeia e Estados Unidos para o combate ao conluio nas compras públicas. É um regime de licitações e de contratos administrativos excepcional com natureza de norma geral que possui autonomia

---

<sup>360</sup> JACOBY FERNANDES, *Contratação...*, cit., p. 170.

interpretativa em relação às demais leis sobre o tema, em especial, às Leis nº 8.666/1993 e nº 10.520/2002. Estas permanecem válidas, até porque o RDC possui a mesma hierarquia normativa das leis ordinárias que estipulam normas especiais de licitação, mas a sucessão de leis no tempo lhe confere autonomia específica. Apenas haverá aplicação de outras leis à tipologia criada pela Lei nº 11.462/2011 nas situações expressamente previstas em seu texto e, no que diz respeito ao tema ora analisado, importa ressaltar que o teor do arts. 24, 25 e 26 da Lei nº 8.666/1993 incide nas situações previstas pela RDC, naquilo que for pertinente.

Essencialmente, o RDC identifica-se com as licitações tradicionais porque mantém como finalidade a busca pela proposta mais vantajosa à satisfação de necessidade anteriormente definida pela Administração. A diferença principal decorre da flexibilização em relação às especificações técnicas, que não precisam ser exaustivas. Permite-se que os particulares apresentem soluções de arquitetura e de engenharia inovadoras e a preços menores, como em modelos que já são adotados na União Europeia e nos Estados Unidos. Antes, a Administração dispunha no próprio edital de licitação o projeto que pretendia ver construído, fazendo com que as licitantes orçassem suas propostas considerando as opções ali já descritas, e não a melhor solução para a situação da entidade contratante.

Além disso, o RDC possibilita aplicação do orçamento sigiloso<sup>361</sup> em contratações públicas, pelo qual o orçamento previamente estimado não é divulgado no instrumento convocatório, mas somente após a adjudicação do objeto. Até este momento, apenas pessoas autorizadas podem ter acesso ao orçamento, a fim de obstaculizar a corrupção e superar as ineficiências na licitação tradicional. Porque nesta, o orçamento é parte integrante do edital que informa as especificidades da licitação, de maneira que qualquer equívoco no cálculo dos custos obriga o reinício do procedimento.<sup>362</sup> Além disso, limitando-se a ampla publicidade do orçamento, evita-se que os particulares interessados realizem o alinhamento dos valores das propostas, conseguindo-se maior variação dos preços e acirrando-se a competitividade. Em geral, os particulares oferecem propostas próximas ao valor orçado pela Administração, pois reconhecem que aquele montante está

---

<sup>361</sup> O orçamento sigiloso também é uma prática sugerida pela OCDE para evitar a formação de cartéis e as práticas de conluio. (*Diretrizes para combater o conluio entres concorrentes em contratações públicas*, fevereiro/2009, disponível em <http://www.oecd.org/competition/cartels/44162082.pdf>)

<sup>362</sup> Maria Sylvia Zanello DI PIETRO. Instrumento convocatório, orçamento detalhado, vinculação da Administração. In: \_\_\_\_\_. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 5. ed. 3ª tir. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 207.

disponível para aquela contratação específica e que a Administração está disposta a gastá-lo. Assim, os orçamentos dos interessados acabam sendo feitos em razão do valor orçamentário contido no edital, e não propriamente considerando os custos operacionais do proponente. Conseqüentemente, o interesse público deixa de ser priorizado.<sup>363</sup>

Isso não vai contra o princípio da publicidade ou da transparência, porque não se subtrai a publicidade do orçamento, uma vez que, mais tarde, ele é amplamente divulgado. O orçamento existe desde antes da fase externa, ele é somente mantido em sigilo. Como apenas há a consumação da contratação depois de disponibilizado o orçamento, a Administração não assume efetivamente compromissos financeiros sem a obrigatória divulgação orçamentária. Além disso, tais princípios não proíbem que a divulgação de algumas informações ocorram de acordo com outros interesses públicos. No caso, aguarda-se para publicitar o orçamento visando a obtenção da contratação mais vantajosa, ou seja, em obediência ao princípio da vantajosidade.<sup>364</sup>

Essas novidades representam melhoria no setor de compras públicas e dão sinal da pretensão legislativa de atualizar a legislação neste setor da Administração.

#### **7.4.2.3 Proposta de Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**

No fechar das portas do ano de 2013, o Senado Federal aprovou proposta de atualização do arcabouço legislativo que envolve as licitações e os contratos administrativos no Brasil. Em maio de 2013 foi criada comissão especial temporária com a finalidade de analisar a possibilidade de se realizar a primeira grande reforma da Lei n.º 8.666/1993. Após audiências públicas, análise de projetos que já tramitam no Congresso Nacional acerca do tema e elaboração de diversas minutas prévias, no dia 13 de dezembro de 2013 esta comissão, formada por oito senadores, finalmente aprovou a minuta de um projeto de lei a ser apresentado para discussão.<sup>365</sup> Ainda não se sabe sobre o exato teor deste projeto, tendo em vista estar em fase interna de discussão, mas se fala em inovações como inversão das fases de habilitação e julgamento das propostas para todas as

---

<sup>363</sup> Luiz Alberto BLANCHET. *Roteiro prático das licitações*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 1995, p. 55.

<sup>364</sup> E. MOREIRA, VERNALHA GUIMARÃES, *Licitação...*, cit., pp. 160-161.

<sup>365</sup> O projeto ainda tramita internamente e apenas se tem notícia daquilo exteriorizado pelos próprios senadores. Neste sentido, pode-se consultar notícias recentes do Senado Federal: <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/12/12/comissao-aprova-nova-lei-de-licitacoes>; <http://www12.senado.gov.br/noticias/videos/2013/12/proposta-prioriza-melhor-tecnica-em-concorrencias>.

modalidades, o fim da carta convite e da tomada de preços, estimulando-se a utilização do pregão e da concorrência. A pretensão é desburocratizar a contratação administração e reduzir a corrupção do setor de compras governamentais.

Especificamente sobre as hipóteses de dispensa e inexigibilidade, ainda não se tem notícia sobre a implementação específica de rito procedimental que vincule as contratações diretas. Contudo, sobre o tema, prevê-se a vedação de sua utilização para a execução de serviços técnicos especializados de obras e serviços de engenharia e arquitetura. Pretende-se transformar a licitação por meio de registro de preços na opção permanente do administrador nestes casos, já que assim existe o compromisso de fornecimento pelo particular, mas não a obrigação de contratar pela Administração. A execução de obras e serviços de projetos padronizados, sem grande complexidade técnica e operacional, e que atendam à necessidade de contratação de obras e serviços frequente ou até mesmo permanente da Administração deverá ocorrer por meio do sistema de registro de preços, e não pela contratação direta.

#### **7.4.3 Importação de Exemplos do Direito Comparado**

Como ressaltado outras vezes, a contratação direta ainda não foi procedimentalizada no Brasil, diferente do que ocorre com o ajuste direto português. Esta é, seguramente, uma das grandes problemáticas em relação à sua plena aceitação entre jurista e é, também, um dos motivos pelo qual tem sido utilizada irregularmente pelo gestor administrativo. Por isso, importa adotar medidas bem sucedidas ou com potencial de sucesso que já tenham sido aplicadas em outros ordenamentos jurídicos e que sejam adaptáveis à realidade brasileira, numa tentativa de inversão do quadro atual.

Neste sentido, cita-se como exemplo a opção da legislação portuguesa que previu a possibilidade de se realizar um concurso com configuração ultra célere quando a urgência na contratação de locação ou aquisição de bens móveis ou serviços de uso corrente o justificarem (art. 155º do CCP). O preço do contrato não pode exceder os limites comunitários nos termos das als. *b*) dos nºs 1 e 2 do art. 20 do CCP. Nestas situações, pode-se estipular a apresentação das propostas ao prazo mínimo de 24 horas e a adjudicação deve ser feita, necessariamente, pelo valor mais baixo. Também é possível dispensar a redução do contrato a escrito em favorecimento da celeridade pretendida.

Outra opção que poderia ser adotada pelo legislador brasileiro para facilitar o trâmite do setor de compras brasileiro é a negociação, admitida em Portugal nos casos limitados do art. 29º do CCP. Através deste procedimento, é permitido à entidade adjudicante consultar fornecedores, prestadores de serviços ou empreiteiros e com eles negociar as condições do contrato. Algo nesta direção já foi adotado em relação à possibilidade de negociação prevista no RDC, que permite aos interessados apresentarem suas próprias opções de engenharia e arquitetura ao pretendido pela Administração.

O diálogo concorrencial, previsto na Diretiva 2004/18/CE e transposto no art. 30º do CCP, também é um procedimento que pode ser utilizado para a formação de contratos consideravelmente complexos através de métodos mais flexíveis. Este procedimento possibilita à entidade adjudicante estabelecer um contato com os potenciais adjudicatários e, a partir daí, elaborar o caderno de encargos. Os interessados poderão auxiliar na definição da solução técnica mais adequada, na definição dos meios técnicos aptos a realizar esta solução e na definição das particularidades jurídicas e financeiras do próprio contrato. Trata-se de iniciativa semelhante à do procedimento de negociação, mas sem o caráter excepcional que este apresenta.<sup>366</sup>

É verdade que tanto o diálogo concorrencial como o procedimento de negociação são recentes no próprio Ordenamento Jurídico Português, o que dificulta a constatação dos benefícios que trouxe ou das dificuldades que se apresentaram durante este período. Até porque no último ano houve mínima utilização destes institutos.<sup>367</sup> Mas é provável que adoção de medidas como estas flexibilizem o rigor da licitação brasileira e possam servir como opção às modalidades consideradas tão burocráticas. Assim como se deu em relação ao pregão eletrônico, que após ter sua eficácia e celeridade conhecida pelos administradores passou a ser adotado em detrimento da própria contratação direta, é possível que a existência de outros procedimentos pré-contratuais nestes termos auxiliem na atualização necessária no setor de compras públicas brasileiro.

#### **7.4.4 Controle dos Atos Administrativos**

A atuação da Administração está vinculada a uma série de princípios e regras, alguns destes levantados durante este trabalho, que garantem sua atuação de forma

---

<sup>366</sup> Para aprofundamento sobre o diálogo concorrencial: TAVARES / DENTE, *Código dos...*, cit., p. 160.

<sup>367</sup> Dados disponíveis em: <http://www.base.gov.pt/base2/html/utilidades/estatisticastabela.shtml>.



controlada e permitem a aferição da legitimidade e da conveniência dos atos administrativos. O controle da Administração significa uma garantia tanto para administrador como para administrado, pois aquele recebe o respaldo de suas decisões e este pode acompanhar o atendimento ao interesse público.<sup>368</sup>

Em que pese todos os pontos negativos até aqui levantados, em questão de controle da atividade administrativa pode-se dizer que o Brasil possui um “*sofisticado aparato institucional de controle*”<sup>369</sup>, especialmente em relação às contratações públicas. As próprias entidades da Administração possuem sistemas de controle interno com atuação intensa na matéria de licitação. Os agentes públicos são obrigados a examinar constantemente a regularidade de todos os atos administrativos e a adotar as medidas necessárias à invalidação daqueles que estejam corrompidos. É a autoridade hierarquicamente superior ao agente que cometeu o ato irregular que tem o dever de fiscalizar seus subalternos e a competência para corrigir seus atos,<sup>370</sup> utilizando para tanto mecanismos como a ouvidoria, o controle de gestão, a inspeção, a auditoria e correição e o próprio controle hierárquico.<sup>371</sup>

O controle interno também é exercido nos termos do art. 74 da Constituição da República<sup>372</sup>, pelo qual um órgão dotado de competência específica fiscaliza permanente e continuamente a atividade administrativa, para a prevenção de desvios e ilegalidades. Quando constatada alguma irregularidade, a estes órgãos não é permitido corrigir por si só o ato, pois não há hierarquia destes em relação aos demais. Nestes casos, a ocorrência das ações ou omissões viciadas é reportada às autoridades competentes para as devidas medidas, inclusive àqueles que não integram o órgão responsável pela atividade controlada, pertencentes ao controle externo dos atos administrativos.<sup>373</sup>

---

<sup>368</sup> GASPARINI., *Direito Administrativo*, cit., p. 546.

<sup>369</sup> Carlos Ari SUNDFEL. *Contratações públicas e o princípio da concorrência*. In: RCP. Belo Horizonte: Fórum, ano 1, n. 1, 2012, pp. 55-79.

<sup>370</sup> José dos Santos CARVALHO FILHO. *Manual de Direito Administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 829.

<sup>371</sup> Odete MEDAUAR. *Direito Administrativo Moderno*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 378-386.

<sup>372</sup> “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.”

<sup>373</sup> Bento José BUGARIN. *O Sistema de Fiscalização dos Recursos Públicos Adotados no Brasil*. Revista do TCU, Brasília, n. 64, 1995, p. 47-57.

Geralmente, o controle externo é exercido pelo Poder Legislativo ou pelo Poder Judiciário nas situações em que verifica a atividade administrativa de outros Poderes. Os principais órgãos do aparato de controle externo são: o Poder Judiciário (em suas esferas Federal e Estadual); o Ministério Público; os Tribunais de Conta (em suas esferas Federal e Estadual, este atendendo também aos Municípios); e os Tribunais de Contas Municipais no Rio de Janeiro e em São Paulo. A atuação do Poder Judiciário é mais pontual e depende da provocação por particulares ou pelo Ministério Público, que levam ao conhecimento dele as ilegalidades cometidas através de contratações diretas fraudulentas. Os integrantes do Ministério Público são responsáveis pelo ajuizamento de diversas ações em que se questiona as contratações sem licitação, visando a punição de administradores por atos de improbidade, a reparação de danos cometidos ao erário e, até mesmo, a punição criminal dos responsáveis através de ações penais. Os Tribunais de Contas, por sua vez, fazem um forte controle das compras públicas brasileiras, podendo suspender procedimentos de contratação ou determinar modificações para adequar às compra aos preceitos legais.<sup>374</sup>

O controle das compras públicas não precisa se dar apenas a partir da via estatal. Assim como rege a participação dos potenciais contratados, a Lei Geral de Licitações brasileira também prevê o direito de qualquer cidadão de participar no desenvolvimento dos procedimentos de contratação, dando-se cumprimento aos direitos de quarta dimensão.<sup>375</sup> Essa participação popular é forma de expressão da democracia direta, e pode se dar através de iniciativas individuais, como a participação em audiências públicas, ou por meio de órgãos colegiados, como são os conselhos gestores de políticas públicas, responsáveis pela fiscalização das transferências financeiras realizadas pela União aos Estados e Municípios.<sup>376</sup>

Os cidadãos podem ir além e impulsionar um controle jurisdicional da Administração em relação às despesas públicas, através da ação popular (art. 5º, inc. LXXIII da Constituição da República). Por meio desta ação pode-se apresentar pedido de anulação de ato lesivo ao patrimônio público. Possibilita-se o controle social das contratações administrativas como um todo, incluídos aí a compatibilidade das contratações diretas com os requisitos exigidos por lei.

---

<sup>374</sup> Carlos Ari SUNDFEL. *Contratações públicas e o princípio da concorrência*. In: RCP. Belo Horizonte: Fórum, ano 1, n. 1, 2012, pp. 55-79.

<sup>375</sup> E. MOREIRA, VERNALHA GUIMARÃES, *Licitação...*, cit., pp. 69 e ss.

<sup>376</sup> Jair Lima SANTOS. *Tribunal de Contas da União & Controle Estatal e Social da Administração Pública*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 53.

Não se assume, contudo, que o controle intransigente das contratações administrativas tem como resultado óbvio o controle também das despesas públicas, em especial no que diz respeito às licitações. As parcelas das despesas aplicáveis orbitam na casa dos dez por cento dos gastos totais<sup>377</sup> e, apesar da relevância deste montante, ainda há que se considerar os noventa por cento referentes às despesas não aplicáveis, cujo controle não depende do procedimento licitatório. Além disso, já se demonstrou que a punibilidade dos agentes públicos que atentam contra a Administração ainda não alcançou os patamares pretendidos, apesar de todo o aparato disponível para o controle dos atos administrativos.

## 7.5 DESMISTIFICAÇÃO DA LICITAÇÃO

Fato é que a legislação de contratações administrativas brasileira resta defasada e os exemplos bem sucedidos de outros países podem apoiar a transição para outro modelo que se tornou imprescindível. É claro que a atualização legislativa não é um processo simples nem rápido, pois depende da análise de toda a legislação, regulamentos e costumes relacionados ao tema. A pretensão de reunir na ordem jurídica valores que, muitas vezes, já foram incorporados e passaram a destoar da legislação com aqueles que ainda persistem preponderantes na sociedade não é simples. Já foi dado início a este processo há algum tempo com a previsão legislativa de mecanismos mais simples de licitação, mas ainda não se perdeu a afeição ao rigor deste procedimento e a sua hipotética proteção contra atos de corrupção. É dominante ainda no Brasil o entendimento de que a contratação administrativa que prescinde de licitação implica, necessariamente, falta de concorrência<sup>378</sup> e transparência e resulta sempre em contratações arbitrárias. A licitação continua a ser considerada pela doutrina como a regra absoluta. Estabeleceu-se no Brasil a crença de que a modernização da Administração depende fundamentalmente da licitação e, até se desfazer esta ideia, o preconceito contra a contratação direta persistirá, especialmente em razão da ausência de sua procedimentalização

Não se pretende rechaçar absolutamente os procedimentos licitatórios. Aliás, admite-se que o bom funcionamento das licitação tem sido comprometido inclusive pelas

---

<sup>377</sup> JACOBY FERNANDES, *Contratação...*, cit., p. 173.

<sup>378</sup> Sobre a relação entre concorrência e procedimento concursal: Diogo Duarte de CAMPOS, *A escolha...*, cit., p. 115.

próprias soluções legislativas que o criaram e que estabeleceram modelos tão específicos que dificultam a sua aplicação.<sup>379</sup> É certo que a exigência legislativa de instauração de procedimento licitatório, por si só, não é o problema da contratação pública, mas sim os desvios tomados pelos próprios administradores, a burocracia exacerbada, o formalismo não razoável, as exigências desproporcionais e a própria descrença na eficiência deste instituto que afeta sua credibilidade. Apesar da aparência de rigor e de transparência num primeiro momento, esta é a via menos tomada pelos os administradores brasileiros. Todos os defeitos descritos criam o preconceito do agente estatal de que a instauração da licitação é uma via conturbada para a satisfação do interesse público. Sob este argumento o gestor público persiste adotando a contratação direta em situações plenamente licitáveis. Esse problema não decorre apenas da legislação referente ao tema, e sim da equivocada aplicação dos diplomas normativos.<sup>380</sup> Porque *“a licitação não é um mal, não é um procedimento necessariamente lento, complicado, burocratizado, puramente formal e sem resultados práticos. Não se pode confundir a licitação com a patologia da licitação.”*<sup>381</sup> Quando existe a real preocupação da Administração em buscar a proposta mais vantajosa, desde a elaboração de minuta editalícia eficiente, visando a atenuação dos custos externos e a realização de um bom negócio, é possível que os gastos da transação diminuam e a licitação cumpra sua finalidade de maneira eficaz e célere.<sup>382</sup>

Com isso não se quer dizer que a legislação licitatória não necessite de melhorias. Tanto é assim que o legislativo vem trabalhando neste sentido, a exemplo do recente RDC que, apesar de não reformar completamente as normas de compras públicas e ter sua aplicabilidade limitada, soma-se a outras iniciativas que se propõem a aprimorar o sistema. O RDC possibilitou a flexibilização da atuação administrativa em relação às compras públicas, tendo afastado alguns dos excessos e irregularidades da legislação anterior. Isso fez despontar certo clamor contra as inovações do novo regime, sob o argumento de que o menor rigor na redação desta legislação significaria o aumento da corrupção nas contratações públicas em geral. São, contudo, empresas beneficiadas pelas normas já defasadas da Lei nº 8.666/1993 temendo a perda do mercado por elas consolidado em razão da rigidez previamente observada nas leis de compras públicas.<sup>383</sup> No mesmo

---

<sup>379</sup> SUNDFELD, *Contratações públicas...*, cit. p. 67.

<sup>380</sup> E. MOREIRA / VERNALHA GUIMARÃES, *Licitação...*, cit., p. 99.

<sup>381</sup> DALLARI, *Aspectos...*, cit., p. 18.

<sup>382</sup> E. MOREIRA / VERNALHA GUIMARÃES, *Licitação...*, cit., p. 99.

<sup>383</sup> SUNDFELD, *Contratações públicas...*, cit., p. 67-68.

caminho do RDC, já há proposta de flexibilização do regime licitatório a ser aplicado às empresas estatais de direito privado e outras entidades que celebrem contratos de autonomia.<sup>384</sup>

Pretende-se, pois, levantar a discussão sobre possibilidades de reforma da atual legislação licitatória do país, buscando-se formas de flexibilizar a utilização da licitação e torná-la eficiente.<sup>385</sup> A existência do instituto não basta quando os responsáveis por implementá-lo tentam a toda força repeli-lo. Não se espera que a atualização legislativa seja capaz de prever a generalidade de situações existentes a ponto de indicar solução a todos os casos concretos, presumíveis ou não. Mas é certo que se deve aceitar a defasagem de uma legislação cujas prescrições obrigatórias apenas são aplicadas quando é impossível “adequar”, mesmo que minimamente, as características do caso concreto às normas de exceção, como tem se feito em relação à dispensa e à inexigibilidade. A adoção da contratação direta não pode se transformar numa “escolha” mecânica em que não importam as especificidades do caso concreto, pois se desnaturalizaria este instituto em si. Trata-se de competência discricionária da Administração que deve estar limitada pelo princípio da proporcionalidade. Assim, a solução tomada deve estar adequada à necessidade estatal. A utilização frenética e desvinculada da finalidade que motivou o surgimento da contratação direta desvirtua sua existência.<sup>386</sup>

Daí que se espera que também a procedimentalização da contratação direta inverta esta situação. Especificar um procedimento a ser adotado quando das contratações diretas possibilita a assimilação da ordem de diligências que serão adotadas até chegar à efetiva contratação. Pretende-se, dessa maneira, alcançar a garantia de controle almejada pelos particulares e, ao mesmo tempo, maior eficiência nos atos da Administração. Neste caso específico, porque estaria delimitada a forma de utilização do instituto e os riscos de equívocos em sua aplicação ou as tentativas de burlá-lo diminuiriam.

Fato é que, neste momento, a contratação direta no Brasil não pode ser tratada como regra em razão do atual quadro legal, e as recomendações formuladas pelo TCU aos administradores devem constituir permanente alerta ao cabimento da inexigibilidade e da

---

<sup>384</sup> Sobre o tema: Carlos Ari SUNDFELD, Uma lei de normas gerais para a organização administrativa brasileira, in Paulo MODESTO (coord.), *Nova organização administrativa brasileira*, 2. ed. rev. e ampl., Belo Horizonte, 2010, p. 55-65.

<sup>385</sup> Carlos Ari SUNDFELD, *Como reformar as licitações?*, in IP, Belo Horizonte, ano 11, n. 54, 2008, p. 19-28.

<sup>386</sup> JUSTEN FILHO, *Comentários...*, cit., p. 365.

dispensa, pois há de se ter cautela na adoção destas exceções para evitar a proliferação da corrupção estimulada por preferências pessoais do gestor público.<sup>387</sup> Deve-se combater a ilusão do gestor de que a contratação direta é o modo mais eficaz e célere de contratação, especialmente quando a modernização das modalidades licitatórias tem contribuído para o aperfeiçoamento das contratações realizadas pela Administração.

---

<sup>387</sup> TCU, Processo nº TC-575.972/1991, Relator Ministro-Substituto Lincoln Magalhães da Rocha, DJ 01/03/1993.

## 8 CONCLUSÕES

A progressão histórica das compras governamentais levou à previsão constitucional do dever de se licitar as contratações administrativas realizadas no Brasil. Excepcionalmente, possibilitou-se a realização da contratação direta sem a instauração de procedimento licitatório quando se está diante de situações que resultam na dispensa da licitação ou em sua inexigibilidade. A regra da licitação, contudo, existe apenas no texto de lei brasileira. As pesquisas realizadas sobre as contratações administrativas mostram que na realidade há uma inversão deste quadro quando se analisa a prática das relações pactuadas pela Administração. Há muito mais contratos realizados diretamente em razão da dispensa ou da inexigibilidade de licitação do que em decorrência de licitações. Esses dados, por si só, não causariam grande discussão se efetivamente estivéssemos diante de causas legítimas de contratação direta; não é o volume de aplicação do instituto que determina a legitimidade de seu uso.

Porém, a realidade mostra que os agentes públicos recorrem às hipóteses de dispensa e inexigibilidade, em especial àquelas, para escapar da burocracia dos certames licitatórios ou, nos piores casos, para atender a interesses privados. Apesar do aparato considerável antecipado pela legislação e pela própria Administração para evitar atos de negligência e de improbidade no uso da contratação direta, a punibilidade real daqueles que os cometem ainda deixa a desejar. É necessária uma atuação mais efetiva para diminuir o quadro de impunidade dos agentes estatais que atentam contra a Administração, tendo em vista que a expectativa de não serem responsabilizados por suas condutas intensifica a utilização da contratação direta de forma irregular. O controle e as formas de punição existem, mas ainda há muito a ser melhorado em relação à real aplicação das penas.

Em grande parte, é a ausência de ritos procedimentais para a adoção da dispensa e da inexigibilidade que possibilita atos obscuros e irregulares do agente estatal, pois não resta ausência de parâmetros para avaliar sua conduta. Isso inquieta tanto administradores como administrados, já que os primeiros em poucas ocasiões têm certeza dos seus deveres ao realizar tais contratações e, assim, correm o risco contínuo de atuar aquém ou além do necessário; e os administrados ficam impossibilitados de avaliar a probidade da atuação do gestor público.

Apesar de haver algum detalhamento das hipóteses de contratação direta na Lei nº 8.666/1993, o Ordenamento Jurídico Brasileiro não previu, em verdade, um procedimento a ser adotado nestes casos. Conjeturaram-se alguns elementos que devem ser observados na adoção da contratação direta, mas todos podem ser afastados de acordo com a vontade do agente estatal. Na realidade, o administrador brasileiro atua com o auxílio de orientações jurisprudenciais e doutrinárias, e com a experiência de contratações realizadas anteriormente, porque a Lei nº 8.666/1993 não disciplina a sequência de atos que deve ser adotada pelas entidades adjudicantes, como ocorre em relação à legislação portuguesa. O CCP elevou o ajuste direto aos status de procedimento pré-contratual e previu o modo a ser adotado nas hipóteses de sua utilização.

A exemplo da procedimentalização do ajuste direto realizada em Portugal, espera-se que a adoção de um regime para a contratação direta semelhante àquele, mas moldado às especificidades brasileiras, possa trazer benefícios ao setor de contratações públicas do Brasil. Não se pode esperar que esta procedimentalização da contratação direta consiga, por si só, modificar a visão do público e do setor empresarial em relação ao tema, até porque, em Portugal, já houve mostras de que o descontentamento com a adoção do ajuste direto persistiu mesmo após a sua previsão minuciosa no CCP. Mas sob o ponto de vista técnico, pode-se pressupor que a previsão legislativa de um procedimento vinculante à adoção da contratação direta contribuirá para a transparência e o controle dos atos da Administração.

Os legisladores brasileiros já parecem caminhar neste sentido. A previsão do pregão eletrônico foi o passo inicial para a flexibilização do regime licitatório, o que contribuiu para a diminuição dos valores gastos em contratações diretas tão logo os agentes estatais constataram tratar-se de procedimento eficaz, simples e célere. Ainda que a utilização das hipóteses de dispensa e inexigibilidade persista na maioria das contratações, atualmente, gasta-se mais nas compras realizadas através de pregão eletrônico do que por meio da contratação direta. Neste sentido, o RDC apresentou novas possibilidades ao rigor da Lei nº 8.666/1993 ao flexibilizar as regras de especificações técnicas e introduzir mecanismos como o orçamento sigiloso para o combate aos cartéis e formação de conluios. Mais recentemente, o Poder Legislativo voltou a discutir a reformulação da Lei nº 8.666/1993, com a promessa de regras mais rápidas, imparciais e transparentes. Contudo, até o momento não ocorreram grandes discussões em relação à contratação direta,



inclusive no que diz respeito à procedimentalização deste instituto. Aguarda-se que a desburocratização pretendida nesta atualização legislativa surta efeitos na diminuição da utilização irregular da contratação direta, como se deu quando da criação do pregão eletrônico.

É Fato que passos foram dados no sentido do aperfeiçoamento da Lei nº 8.666/1993 e da superação de sua atual defasagem. Espera-se que a necessidade de formalização de um rito para as hipóteses de contratação direta chegue a fazer parte desta discussão e, com isso, institua-se um procedimento transparente, flexível e célere, capaz de atender tanto as necessidades da Administração diante de casos de inexigibilidade e de dispensa, como as necessidades da sociedade, que clama pelo controle dos contratos realizados sem licitação.

## REFERÊNCIAS

Adilson Abreu DALLARI, *Aspectos jurídicos da licitação*, 7. ed., São Paulo, 2006

\_\_\_\_\_, *Desvio de poder na anulação do ato administrativo*, in REDE, n. 7/2006. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-7-JULHO-DESVIO%20DE%20PODER-ADILSON%20DALLARI.pdf>.

Alexandre Santos de ARAGÃO, *A “supremacia do interesse público” no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do Direito Público contemporâneo*, in Daniel SARMENTO (org.), *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*, Rio de Janeiro, 2005

Allister HEATH, *Europe’s public sectors yield increasing evidence of waste, gross inefficiency*, in Sunday Business, London Knight Ridder/Tribune Business News, de 8 de março de 2003

Ana Maria Jara Botton FARIA, *Licitação: um importante instrumento para promover a sustentabilidade*, in RDE, n. 8, 2007

Augusto de ATHAYDE / João CAUPERS / Maria da Glória F. P. D. GARCIA (org.), *Em homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Coimbra, 2010

Benedicto TOLOSA FILHO, *Licitações: comentários, teoria e prática: Lei n. 8.666/93*. Rio de Janeiro: Forense, 1998

Bento José BUGARIN, *O Sistema de Fiscalização dos Recursos Públicos Adotados no Brasil*, Revista do TCU, Brasília, n. 64, 1995

Carlos Ari SUNDFEL, *Contratações públicas e o princípio da concorrência*, in RCP, Belo Horizonte, Fórum, ano 1, n. 1, 2012

\_\_\_\_\_, *Uma lei de normas gerais para a organização administrativa brasileira: o regime jurídico comum das entidades estatais de direito privado e as empresas estatais*, in Paulo MODESTO (coord.), *Nova organização administrativa brasileira*, 2. ed. rev. e ampl., Belo Horizonte, 2010

\_\_\_\_\_, *Como reformar as licitações?*, in IP, Belo Horizonte, ano 11, n. 54, 2008

\_\_\_\_\_, *Licitação e contrato administrativo*, São Paulo, 1994

Carlos Pinto COELHO MOTTA, *Eficácia nas licitações e contratos: lei n. 8.666/93*, 11. ed., Belo Horizonte, 2008

Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Elementos de direito administrativo*, 11. ed., São Paulo, 1999

\_\_\_\_\_, *Curso de direito administrativo*, 26. ed., São Paulo, 2009

\_\_\_\_\_, *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, 3. ed., São Paulo, 2011

\_\_\_\_\_, *Licitação*, 1. ed., São Paulo, 1985

Cesar Guimarães PEREIRA, *A MP nº 495 e as alterações na legislação sobre licitações*, in *Informativo Justen*, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 42/2010, disponível em <http://www.justen.com.br//informativo.php?informativo=42&artigo=458>, acesso em 14/12/2010.

Christian BETTONGER / Gilles LE CHATELIER, *Les nouveaux enjeux de la concession et des contrats apparentés : après les réformes de 1993-1995*, Paris, 1995

Christopher BOVIS, *EC Public Procurement Law*, 2007

Daniel FERREIRA, *A licitação pública no Brasil e sua nova finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável*, Belo Horizonte, 2012

\_\_\_\_\_, *Função social da licitação pública: o desenvolvimento nacional sustentável*, in *FCGP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 107, 2010

Daniel SARMENTO, *Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional*, in \_\_\_\_\_ (org.), *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*, Rio de Janeiro, 2005

Denis Borges BARBOSA, *Licitação como instrumento de incentivo à inovação: o impacto da lei 12.349/2010*, disponível em <http://grotius.net>.

Diógenes GASPARINI, *Direito administrativo*, 8. ed., São Paulo, 2003

\_\_\_\_\_, *Crimes na licitação*, São Paulo, 1996

Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, *Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais*, in RIL, v. 25, n. 100, 1988

\_\_\_\_\_, *Novos horizontes para o direito administrativo: pelo controle das políticas públicas – a próxima missão*, in Augusto de ATHAYDE / João CAUPERS / Maria da Glória F. P. D GARCIA. (orgs.), *Em homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Coimbra, 2010

Diogo Duarte de CAMPOS, *A escolha do parceiro privado nas parcerias público-privadas: a adjudicação in-house em particular*, Coimbra, 2010

Diogo Freitas do AMARAL, *Última lição*, Coimbra, 2007

Egon Bockmann MOREIRA / Fernando VERNALHA GUIMARÃES, *Licitação pública*, São Paulo, 2012

Emerson GARCIA / Rogério Pacheco ALVES, *Improbidade Administrativa*, 6<sup>a</sup> ed., rev. e ampl. e atual, Rio de Janeiro, 2011

Eros Roberto GRAU, *Inexigibilidade de licitação*, in RDP, n 100/37, 1991

Fábio Medina OSÓRIO, *Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro?*, in RDA, Rio de Janeiro, n. 220, 2000

Gonçalo Guerra TAVARES / Nuno Monteiro DENTE, *Código dos contratos públicos*, vol. I, Coimbra, 2009.

Gustavo BINENBOJM, *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade*, in Daniel SARMENTO (org.), *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*, Rio de Janeiro, 2005

Gustavo BIRENBAUM, *Classificação: obrigações de dar, fazer e não fazer*, in TEPEDINO, Gustavo (org.), *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*, Rio de Janeiro, 2005

Hely Lopes MEIRELLES, *Direito administrativo brasileiro*, 33. ed., São Paulo, 2007

\_\_\_\_\_, *Licitação e contrato administrativo*, 14. ed., São Paulo, 2006

Humberto ÁVILA, *Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular*, in Daniel SARMENTO (org.), *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*, Rio de Janeiro, 2005

Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário – IBPT, divulgado no Jornal O Globo, caderno de economia, p. 29, de edição de quarta-feira, 4 de outubro de 2006

Ivan Barbosa RIGOLIN / Marco Tulio BOTTINO *apud* Carlos Pinto COELHO MOTTA, *Eficácia nas licitações e contratos*, 9. ed., Belo Horizonte, 2002

Jair Lima SANTOS, *Tribunal de Contas da União & Controle Estatal e Social da Administração Pública*, Curitiba, 2003

Jessé Torres PEREIRA JÚNIOR, em seu *Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública*, 4. ed., Rio de Janeiro, 1997

João Carlos Mariense ESCOBAR, *Licitação: teoria e prática*, 4. ed., Porto Alegre, 1999

Jorge Andrade da SILVA, *Dicionário dos Contratos Públicos*, Coimbra, 2010

Jorge Ulisses JACOBY FERNANDES, *Contratação direta sem licitação*, 9. ed., Belo Horizonte, 2011

José Afonso da SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, 27. Ed., São Paulo, 2006

José Antônio LISBÔA NEIVA, *Improbidade Administrativa*, 3. ed., Niterói, 2012

José Antonio Moreno MOLINA, *Las nuevas directivas sobre contratos públicos*, in Estado & Direito, 1º sem, n. 13, 1994

José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *A imparcialidade da administração como princípio constitucional*, Separata do vol. XLIX do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1974

José Joaquim Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7. ed., Coimbra, 2003

José dos Santos CARVALHO FILHO, *Manual de Direito Administrativo*, 18. ed., Rio de Janeiro, 2007

Lino TORGAL, Concessão de obras públicas, in Augusto de ATHAYDE / João CAUPERS / Maria da Glória F. P. D. GARCIA (org.), *Em homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Coimbra, 2010

Lúcia Valle FIGUEIREDO, *Curso de direito administrativo*, 6. ed., São Paulo, 2003

\_\_\_\_\_, *Direito dos licitantes*, 4. ed., São Paulo, 1994

\_\_\_\_\_ / Sérgio FERRAZ, *Dispensa e inexigibilidade*, 3. ed., São Paulo, 1994

Luís Roberto BARROSO, O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a definição da supremacia do interesse público, in Daniel SARMENTO (org.), *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*, Rio de Janeiro, 2005

Luís Valadares TAVARES, *A avaliação das propostas segundo as directivas 2004/17/CE e 2004/18/CE e o código dos contratos públicos*, in RTC, 50, 2008

Luiz Alberto BLANCHET, *Roteiro prático das licitações*, 3. ed, Curitiba, 1995

Luiz ZAIDMAN / Lincoln Teixeira Mendes Pinto da LUZ, *Estudos para uma lei orgânica da administração federal*, Brasília, 1978

Manoel Adam Lacayo VALENTE, *Marco legal das licitações e compras sustentáveis na administração pública*, in Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados, Mar/2011, disponível em [http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/5704/marco\\_legal\\_valente.pdf?sequence=2](http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/5704/marco_legal_valente.pdf?sequence=2).

Marçal JUSTEN FILHO, *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 15. ed., São Paulo, 2012

\_\_\_\_\_, *Curso de direito administrativo*, 3. ed., São Paulo, 2008

\_\_\_\_\_, *Desenvolvimento nacional sustentado: contratações administrativas e o regime introduzido pela Lei n. 12.349/2010*, in ICL, Curitiba, n. 210, 2010

\_\_\_\_\_, *Parecer elaborado pelo Professor Doutor Marçal Justen Filho, versando sobre a minuta do anteprojeto da Lei da Política Nacional de Saneamento Básico*, disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_72/pareceres/saneamento\\_complementar\\_MarcalJustenFilho\\_1.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/pareceres/saneamento_complementar_MarcalJustenFilho_1.pdf).

Marcelo CAETANO, *Manual de direito administrativo*, 10. Ed, Coimbra, vol. I

Marcelo Rebelo de SOUSA / André Salgado MATOS, *Contratos públicos: direito administrativo geral*, 2. ed., Alfragide, tomo III, 2009

Margarida Olazabal CABRAL, *Procedimentos clássicos no código dos contratos públicos*, in CJA, IX Seminário de Justiça Administrativa, nº 64, 2007

\_\_\_\_\_, *O concurso público nos contratos administrativos*, Coimbra, 1997

Maria João ESTORNINHO, *A transposição das directivas n.ºs 2004/17/CE e 2004/18/CE, de 31 de março, e a elaboração de um código de contratos público*, in CJA, nº 58, 2006

\_\_\_\_\_, *Direito europeu dos contratos públicos: um olhar português*, Coimbra, 2006

\_\_\_\_\_, *Contencioso dos contratos da Administração*, CJA, nº 24

Maria Sylvia Zanello DI PIETRO, Instrumento convocatório, orçamento detalhado, vinculação da Administração, in \_\_\_\_\_, *Temas polémicos sobre licitações e contratos*, 5. ed., 3ª tir., São Paulo, 2006

\_\_\_\_\_, *Direito administrativo*, 16. ed., São Paulo, 2003

Mário Aroso de ALMEIDA, *Apontamento sobre o contrato administrativo no código dos contratos públicos*, in RCP, n. 2, 2011

\_\_\_\_\_, *Contratos administrativos e poderes de conformação do contraente público no novo Código dos Contratos Públicos*, in CJA, n. 66, 2007

Mário Esteves de OLIVEIRA / Rodrigo Esteves de OLIVEIRA, *Concursos e outros procedimentos de adjudicação administrativa: das fontes às garantias*, 2.reimp. 1998. ed., Coimbra, 2005

Mark Bobela-Mota KIRKBY, Conceito e critérios de qualificação do contrato administrativo, in Jorge MIRANDA (coord.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, vol. II, Coimbra, 2010

Odete MEDAUAR, *Direito Administrativo Moderno*, 11. ed., São Paulo, 2007

Paulo José da COSTA JÚNIOR, *Direito penal das licitações*, São Paulo, 1994

Paulo José VILLELA LOMAR, in Toshio MUKAI (coord.), *Curso avançado de licitações e contratos públicos*, 1. ed., São Paulo, 2000

Paulo OTERO, Da negociação no procedimento de adjudicação de contratos públicos, in Augusto de ATHAYDE / João CAUPERS / Maria da Glória F. P. D. GARCIA (org.), *Em homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Coimbra, 2010

Paulo Ricardo SCHIER, *Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais*, Daniel SARMENTO (org.), *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*, Rio de Janeiro, 2005

Pedro GONÇALVES, Gestão de contratos públicos em tempo de crise, in \_\_\_\_\_ (org.), *Estudos de contratação pública III*, Coimbra, Cedipre, 2010, pp. 5-49

\_\_\_\_\_/ Mario Esteves de OLIVEIRA / João Pacheco de AMORIM, *Código do procedimento administrativo comentado*, 2. ed., Coimbra, 2006

\_\_\_\_\_, *O contrato administrativo: uma instituição do direito administrativo do nosso tempo*, Coimbra, 2004

\_\_\_\_\_, *A concessão de serviços públicos*, Coimbra, 1999

\_\_\_\_\_, *O novo regime jurídico da tutela administrativa sobre as autarquias locais*, Coimbra 1997

Pedro Vaz MENDES, *A exceção de não cumprimento nos contratos públicos*, in *O direito*, ano 140, I, 2008

RAFFAELLA COPPIER / GUSTAVO PICA, *Why do transparente public procurement and corruption go hand in hand*, in *The economics of public procurement*, Palgrave, 2007

Raul Armando MENDES, *Comentários ao estatuto das licitações e contratos administrativos*, 2. ed., São Paulo, 1991

Relatório Brundtland de 1987, *Nosso Futuro Comum*, Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento

Rodrigo Esteves de OLIVEIRA, *O acto administrativo contratual*, in *CJA*, n.º 63, 2007

Sérvulo CORREIA, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Coimbra, 2003



\_\_\_\_\_ / José Manuel RIBEIRO, *Contrato administrativo*, Extracto do Dicionário Jurídico da Administração Pública, 1972

\_\_\_\_\_, *Contrato administrativo*, in AA. VV, *Dicionário jurídico da administração pública*, Coimbra, vol. III, 1972

Sônia Yuriko Kanashiro TANAKA, *Dispensa e inexigibilidade de licitação*, in Maria GARCIA (coord.), *Estudos sobre a lei de licitações e contratos*, Rio de Janeiro, 1995

Sydney GUERRA /Sérgio GUERRA, *Curso de Direito Ambiental*, Belo Horizonte, 2009

Toshio MUKAI, *Direito administrativo sistematizado*, 2. ed., São Paulo, 2000

\_\_\_\_\_, *As alterações na lei de licitações, Lei nº 8.883, de 8 de junho de 1994*, in BLC, São Paulo, v. 7, n. 9, 1994

Vera Lúcia Machado D'AVILA, in *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. São Paulo: Malheiros, 2005

\_\_\_\_\_, in Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*, São Paulo, 2001

Vicente GRECO FILHO, *Dos crimes da lei de licitações*, São Paulo, 1994, p. 60

Wolgran JUNQUEIRA, *Licitações e contratos na administração pública: comentários à lei nº 8.666/93*, Bauru, 1994

Umberto CELLI JUNIOR, *Compras governamentais*, in Vera THORSTENSEN / Marcos JANK (coord.), *O Brasil e os grandes temas do comércio internacional*, São Paulo, 2005

### **Acórdãos e Pareceres**

STF. Processo HC nº 86.198/PR, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 27/04/2007

STJ, HC nº 53.103, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ 19/09/2006

STJ, Ação de Improbidade Administrativa nº AIA 30/AM. Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 21/09/2011

Parecer de Carlos Pinto COELHO MOTTA, BLC, São Paulo, nº 02/94.

Tribunal de Contas do Distrito Federal, Parecer apresentado pelo Procurador ALEXANDRE MORAES PEREIRA, Processo nº 1.948/1994.

TCU, Acórdão nº 100/2003, Relator Ministro Marcos Bemquerer

TCU, Processo nº 575.972/1991, Relator Ministro-Substituto Lincoln Magalhães da Rocha, DJ 01/03/1993

TCU. Processo AP nº 348-5/SC, Relator Ministro Eros Grau, DJ 03/08/2007

TCU, Processo nº 021.336/2007-9, Acórdão nº 2557/2012, Relator Aroldo Cedraz, DJ 20/04/2012

TCU, Processo nº 020.292/2007-8, Acórdão 2555/2012, Relator Aroldo Cedraz, DJ 20/04/2012

TCU, Acórdão nº 618/2006, Relator Ministro Augusto Sherman Cavalcanti

TCU, Processo nº 016.224/2001-2, Acórdão nº 862/2010, Relator Ministro Augusto Nardes, DJ 07/05/2010

TCU, Processo nº 013.905/2002-0, Acórdão 310/2009, Relator Ministro Valmir Campelo, DJ 06/02/2009

TCU, Processo nº 007.965/2008-1, Relator Ministro Valmir Campelo, DJ 20/04/2011

TCU, Acórdão nº 1.336/2006, Relator Ministro Ubiratan Aguiar

TCU, Acórdão nº 141/2004, Relator Ministro Ubiratan Aguiar  
TCU, Processo nº 019.535/90-2, decisão s/n adotada em consulta

TCU, Processo nº 300.061/95-1, Relator Adhemar PaladiniGhisi

TCU, Acórdão 636/2006, Relator Ministro Valmir Campelo.

TCU, Processo nº TC-000.578/94-0, Relator Ministro Adhemar PaladiniGhisi

TCU. Contas do Governo relativas ao ano de 1995. Diário Oficial de 24/11/1996). Mas segundo o Governo

TCU, Acórdão 918/2003, Processo nº TC 010.205/2001-0, Relator Ministro Adylson Motta

### **Sítios Consultados**

SLTI, *Contratações realizadas pelo SISG*, disponíveis em: [http://www.comprasnet.gov.br/ajuda/Estatisticas/2013/01\\_A\\_10\\_INFORMATIVO\\_COMP\\_RASNET\\_Dados\\_Gerais\\_2013.pdf](http://www.comprasnet.gov.br/ajuda/Estatisticas/2013/01_A_10_INFORMATIVO_COMP_RASNET_Dados_Gerais_2013.pdf)

In Verbis, Coutinho denuncia berço para a corrupção, disponível em <http://jtm.com.mo/local/coutinho-denuncia-berco-para-corrupca>

AICCOPN, *AICCOPN quer ver limitado recurso ao ajuste directo*, disponível em [http://www.aiccopn.pt/news.php?news\\_id=1370](http://www.aiccopn.pt/news.php?news_id=1370)

*Conheça o Inmetro*, disponível em <http://www.inmetro.gov.br/inmetro/oque.asp>

Exposição de motivos nº 104, disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Exm/EMI-104-MP-MF-MEC-MCT-MPV-495-10.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Exm/EMI-104-MP-MF-MEC-MCT-MPV-495-10.htm).

O CNPq, disponível em <http://www.cnpq.br/web/guest/o-cnpq;jsessionid=6A721B908DD3D774924BB2F05C1937B3>

BRASIL 2022, Secretaria de Assuntos Estratégicos, disponível em <http://www.sae.gov.br/brasil2022/>

Exposição de Motivos nº 00006/2009, disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Projetos/EXPMOTIV/EMI/2009/6%20-%20MDA%20MP%20MF.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/EXPMOTIV/EMI/2009/6%20-%20MDA%20MP%20MF.htm).

CONVERSA PESSOAL, *Como chamar as pessoas com deficiência?* disponível em: [http://www.senado.gov.br/senado/portaldoservidor/jornal/jornal70/utilidade\\_publica\\_pessoas\\_deficiencia.aspx](http://www.senado.gov.br/senado/portaldoservidor/jornal/jornal70/utilidade_publica_pessoas_deficiencia.aspx)

*Our Common Future, Chapter 2: Towards Sustainable Development*, in UN Documents, disponível em <http://www.un-documents.net/ocf-02.htm#I>

O SUS, *Conselho Nacional de Saúde*, disponível em [http://conselho.saude.gov.br/web\\_sus20anos/sus.html](http://conselho.saude.gov.br/web_sus20anos/sus.html)

Lista de produtos estratégicos ao SUS, disponível em <http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/principal/secretarias/sas/mais-sobresas?start=5>

*Justificativa do Deputado Rubens Bueno*

<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=130005&tp=1>.

*Dados elaborados pela SLTI em relação às contratações realizadas pelo SISG*

[http://www.comprasnet.gov.br/ajuda/Estatisticas/2013/01\\_A\\_10\\_INFORMATIVO\\_COMP\\_RASNET\\_Dados\\_Gerais\\_2013.pdf](http://www.comprasnet.gov.br/ajuda/Estatisticas/2013/01_A_10_INFORMATIVO_COMP_RASNET_Dados_Gerais_2013.pdf)

*Diretrizes para combater o conluio entres concorrentes em contratações públicas, fevereiro/2009*, disponível em <http://www.oecd.org/competition/cartels/44162082.pdf>

*Metas CNJ:*

<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas/metas-2013/meta-18>.

*Portal Base de Compras Públicas:*

<http://www.base.gov.pt/base2/html/utilidades/estatisticastabela.shtml>.

Senado Federal, *Proposta de Alteração ao Regime de Licitações e Contratações Administrativas Brasileiro*, disponível em:

<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/12/12/comissao-aprova-nova-lei-de-licitacoes>

<http://www12.senado.gov.br/noticias/videos/2013/12/proposta-prioriza-melhor-tecnica-em-concorrencia>