



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade e Gestão de Políticas Públicas

Departamento de Administração

Curso de Especialização (*Lato Sensu*) em Gestão Pública Municipal

ANNA CLARA SILVA

**APONTAMENTOS A RESPEITO DA CONTRATAÇÃO
DIRETA COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: Foco na
Inexigibilidade de Licitação**

Goianésia - GO

Abril / 2019

FICHA CATALÓGRAFICA

SILVA, Anna Clara.

APONTAMENTOS A RESPEITO DA CONTRATAÇÃO DIRETA COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: Foco na Inexigibilidade de Licitação. Anna Clara Silva, Goianésia-Go, Universidade de Brasília, Orientador: Prof. Átila Rabelo Tavares Da Câmara. 2019. 54 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia) – Especialização em Gestão Pública Municipal – Goianésia-Go, Universidade de Brasília, 2019.

Bibliografia.

Licitações, Inexigibilidade, Interesse Público.

Anna Clara Silva

**APONTAMENTOS A RESPEITO DA CONTRATAÇÃO
DIRETA COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: Foco na
Inexigibilidade de Licitação**

Monografia apresentada ao
Departamento de Administração como
requisito parcial à obtenção do certificado
de especialista (*lato sensu*) em Gestão
Pública Municipal.

Professor(a) Orientador(a): Prof. Me.
Átila Rabelo Tavares Da Câmara.

Goianésia - GO

Abril / 2019

Universidade de Brasília

Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade e Ciências da Informação e Documentação

**APONTAMENTOS A RESPEITO DA CONTRATAÇÃO DIRETA COM A
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: Foco na Inexigibilidade de Licitação**

A Comissão Examinadora, abaixo identificada, aprova o Trabalho de Conclusão do
Curso de Administração da Universidade de Brasília da aluna

Anna Clara Silva

Me. Átila Rabelo Tavares Da Câmara.
Professor-Orientador

Dr. Edmilson Soares Campos.
Professor-Examinador

Goianésia, 27 de abril de 2019.

“A omissão do Estado “qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental”.

(Celso Antônio Bandeira de Mello)

APONTAMENTOS A RESPEITO DA CONTRATAÇÃO DIRETA COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: Foco na Inexigibilidade de Licitação

Resumo: Este trabalho tem por objeto o estudo das hipóteses de inexigibilidade de licitação. Destaca-se ainda a conveniência de analisar outros objetivos adjacentes como a evolução histórica, jurisprudencial e normativa acerca do estudo das licitações à luz da Lei 8.666 de 1993. O que se evidenciará no decorrer deste artigo científico é se inexigibilidade de licitação não pode ser utilizada como sucedâneo para meios fraudulentos, que possam utilizar-se das oportunidades para contratar com a Administração Pública, o que ocorreria certamente, em casos de inexigibilidade, que acabariam em frustrar o interesse público, onde a Administração Pública selecionaria propostas mais inadequadas a satisfazer o interesse público, utilizando de meios fraudulentos para favorecer empresas e pessoas.

PALAVRAS-CHAVE: Licitações, Inexigibilidade, Interesse Público.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	6
2	REVISÃO TEÓRICA.....	8
2.1	Noções acerca do Estado	8
2.2	Administração Pública	9
2.3	Princípios da Administração Pública	11
2.3.1	Legalidade	12
2.3.2	Impessoalidade	13
2.3.3	Moralidade	13
2.3.4	Publicidade	13
2.3.5	Eficiência.....	14
2.4	Licitação Pública	14
2.4.1	Perspectiva principiológica norteadores das Licitações	17
2.4.1.1	Publicidade dos atos	17
2.4.1.2	Igualdade entre os licitantes	18
2.4.1.3	Vinculação ao instrumento convocatório	19
2.4.1.4	Julgamento Objetivo	19
2.4.1.5	Probidade e moralidade administrativa	20
2.5	Inexigibilidade de Licitação	21
2.5.1	Distinção entre dispensa e inexigibilidade de Licitação	21
2.5.2	Hipóteses de inexigibilidade de Licitação	23
2.5.3	Do crime de inexigir a licitação fora das hipóteses previstas em Lei.....	25
3	MÉTODOS E TÉCNICAS DE PESQUISA	29
3.1	Tipologia e descrição geral dos métodos de pesquisa	29
3.2	Caracterização da organização, setor ou área	30
3.3	Estudo de caso	30
3.4	Caracterização e descrição dos instrumentos de pesquisa	30
3.5	Procedimentos de coleta e de análise de dados	31
4	RESULTADOS E DISCUSÃO	33
4.1	Estudo de caso relativo aos procedimentos de inexigibilidade de Licitação realizados pelo Município Delta	33
4.1.1	Análise comparativa de gastos referente aos exercícios de 2017,2018 e 2019.....	33
4.1.2	Análise das hipóteses de Inexigibilidade de Licitação aplicadas aos exercícios de 2017,2018 e 2019	34
4.2	Problemas corriqueiros ligados à inexigibilidade de licitação	40
4.3	Discussão sobre o tema apresentado	42
5	CONCLUSÃO	43
	REFERÊNCIAS	45
	APÊNDICES	49

1 INTRODUÇÃO

A administração pública, composta por princípios explícitos e implícitos, pauta-se pela busca da satisfação do interesse público, de forma que sempre da maneira mais econômica, se atingirá sua finalidade sem comprometimento da máquina estatal.

Neste sentido, para que a administração atinja os objetivos públicos, necessita de meios a fazê-los, daí então surge à necessidade da Administração Pública contratar com o particular, por meio do procedimento denominado Licitação, que será realizada após um certame.

Com efeito, surgirão momentos em que por força legal a Administração pública poderá contratar sem a obrigatoriedade de licitação, hipóteses estas restritivamente elencadas na Lei 8.666 de 1993. Assim surge o tema do presente trabalho, ou seja, os apontamentos a respeito da contratação direta com a administração pública com foco na Inexigibilidade de Licitação.

A motivação que atravessa este estudo é o intuito de contribuir para que a sociedade em geral conheça o tema que passa despercebido, e assim desperte o seu interesse, pois a corrupção, a impunidade e o desrespeito com o dinheiro público estão cada vez mais presentes, o que torna o estudo de grande relevância acadêmica quanto social, para que possamos buscar a aplicação mais eficiente do dinheiro público, através do instituto das licitações.

Este estudo busca responder a seguinte problematização: “Seria a inexigibilidade de licitação utilizada como sucedâneo para meios fraudulentos, no que tange a oportunidade de contratar diretamente com a Administração Pública?”

O objetivo geral do estudo é aprofundar os conhecimentos acerca do instituto das licitações, bem como os apontamentos da contratação direta por intermédio da inexigibilidade de licitação, à luz da Lei nº. 8666 de 1993.

Quanto aos objetivos específicos, eles foram elaborados da seguinte maneira: 1) Abordar noções acerca do Estado e a evolução histórica da Administração Pública, juntamente com seus princípios norteadores; 2) Discorrer sobre o fenômeno da licitação e seus respectivos diplomas legais e 3) Apontar saberes a respeito da inexigibilidade de licitação.

No primeiro tópico se tratará acerca do Estado, abarcando-se conceituação disposta no Código Civil de 2002, para que com isso se traga uma breve noção de sua estruturação, tratando-se desde suas origens, o direito administrativo, a administração pública, juntamente com seus princípios norteadores, centralizados no Estado, ou seja, a administração pública desde sua origem integra a atividade política administrativa estatal, o que reflete diretamente na imagem do estado.

No segundo tópico, será realizado um estudo sobre a licitação pública, partido de uma premissa histórica, tendo como referências, desde o antigo decreto nº 4.536, de 28 de janeiro de 1922 denominado Código da Contabilidade Pública da União, o Decreto-lei 200 de 1967 que dispunha acerca das normas relativas a licitações para compras, obras, serviços e alienações, Decreto-lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, que Dispunha sobre licitações e contratos da Administração Federal, até chegar na Lei 8.666/93, que regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública. Ainda no segundo tópico deste artigo, também será tratado acerca dos princípios que regem a Administração Pública no certame licitatório.

Por fim, no terceiro tópico, o tema a ser abordado será a inexigibilidade de licitação, delineando-se a distinção apontada entre dispensa e inexigibilidade, onde em um determinado momento uma se difere da outra, bem como se aprofundando sobre o tema, destacando-se uma ótica que levará em conta a atividade licitatória voltada ao interesse que não seja o interesse público, como também uma abordagem sobre o crime de inexigir a licitação fora das hipóteses previstas em lei, utilizando para isso interessante julgado acerca do tema.

A metodologia que foi utilizada é a pesquisa ou compilação bibliográfica, empregando-se uma abordagem descritiva e explicativa, e também o método hipotético-dedutivo. É utilizada a doutrina e o ordenamento jurídico vigente, especialmente a Constituição Federal de 1988, e a Lei de Licitações 8.666 de 1993.

2 REVISÃO TEÓRICA

No presente tópico será abordado um pouco mais sobre a transformação histórica do Estado e da administração pública, demonstrando seus princípios norteadores, bem como a obrigatoriedade da licitação e possibilidades de inexigibilidade.

2.1. Noções acerca do Estado

Paulo Bonavides (2005, p.62) ao ensinar que foi na antiguidade clássica que se cunhou as primeiras ideias acerca do Estado, diz que "a *polis* dos Gregos ou a *civitas* e a *respublica* dos romanos, eram vozes que traduziam a ideia de Estado, principalmente pelo aspecto de personificação do vínculo comunitário, de aderência imediata à ordem política e de cidadania". Assim, as primeiras comunidades, sejam elas gregas e romanas são as ideias históricas que remontam a perspectiva de Estado.

É de se destacar que o autor supracitado, ao delinear acerca da conceituação do Estado, destacou a ideia da espiritualidade envolvida na sua formação atribuindo-se um cunho moral:

Aos primeiros pertence Hegel, que definiu o Estado como a "realidade da ideia moral", a "substância ética consciente de si mesma", a "manifestação visível da divindade", colocando-o na rotação de seu princípio dialético da ideia como a síntese do espírito objetivo, o valor social mais alto, que concilia a contradição Família e Sociedade, como instituição acima da qual sobrepára tão-somente o absoluto, em exteriorizações dialéticas, que abrangem a arte a religião e a filosofia. (BONAVIDES, 2005, p.63)

Saliente-se que foi na Idade Média que a ideia moderna de Estado surgiu na obra de Maquiavel, inaugurando O príncipe com a célebre frase "Todos os Estados, todos os domínios que têm ido ou têm império sobre os homens são Estados, e são repúblicas ou principados".

Oportuno se faz a conceituação de Estado, que por sua vez atualmente por disposição do Código Civil de 2002 em seu artigo 41, é considerado uma pessoa jurídica de direito público interno, tanto nas relações internacionais, quanto internamente. Alexandrino e Paulo (2012) discorrem da seguinte forma acerca do

Estado, atribuindo às características mais marcantes, sendo o povo o território e a soberania, em que o mesmo é:

Pessoa jurídica territorial soberana, formada pelos elementos povo, território e governo soberano. Esses três elementos são indissociáveis e indispensáveis para a noção de um Estado independente: o povo, em um dado território, organizado segundo sua livre e soberana vontade. (ALEXANDRINO E PAULO, 2012, p.13)

O artigo 1º da Constituição da República coloca o Brasil a patamar de estado democrático de direitos, onde se pode abstrair um caráter social do Estado, trazendo a lume uma nova perspectiva, qual seja de governo popular, com uma maior participação do povo.

Neste sentido, o Estado é uma pessoa jurídica de direito público, sendo assim, personalizado, apresentando um cunho jurídico na sua conceituação de caráter constitucional, onde a Carta Magna de 1988 atribui competências e determina acerca de sua organização. Destaque-se o artigo 40 do Código Civil de 2002, onde determina que os entes estatais são de direito público, interno ou externo.

Com o nascimento do Estado Moderno, surgiu a necessidade de melhor exercer as atividades da Administração Pública e preservar o interesse público, entre estas está a Licitação, sendo um procedimento necessário para os contratos administrativos, que busca a proposta mais vantajosa, visando vantagens econômicas, como também, a igualdade de oportunidade na oferta de serviços e bens, visando à livre concorrência.

2.2. Administração Pública

Desde seu início do direito administrativo, a administração pública centraliza-se nas mãos do Estado, tendo em vista que este é estruturado por aquela, ou seja, a administração pública desde sua origem integra o Estado, assim a administração pública incumbida da atividade, político administrativa estatal reflete, diretamente na imagem do Estado.

A Administração Pública se destacou a partir de 1889 com a vinda da Constituição Republicana, onde o Estado Brasileiro passou a ser administrado por

peças que representassem os interesses da sociedade e não mais pelo imperador. (D' ANGELO, 2010, P.55)

A evolução da Administração Pública se deu com a necessidade do país em aperfeiçoar o conhecimento de seus cidadãos para enfrentar os problemas causados pela coisa pública. (D' ANGELO, 2010, P.56)

Neste sentido, nos ensinamentos de Alexandrino e Paulo (2012, p.18) ao explicarem a administração pública ressaltam duas perspectivas diferentes, assim "órgãos de governo que exercem função política, e também os órgãos e pessoas jurídicas que exercem função meramente administrativa".

Assim, deve-se ter em conta, dois enfoques, um em sentido amplo e em um segundo momento um enfoque estrito, que condiz apenas órgãos e pessoas jurídicas que exercem função meramente administrativa.

Ante este quadro, o direito administrativo também evoluiu, acarretando a necessidade de não ser mais considerado como espécie do direito civil e assim ser elevado a gênero. (D' ANGELO, 2010, P.56)

Segundo Diógenes Gasparini (1993, p. 25), que preleciona acerca das origens do direito administrativo sob um enfoque histórico "no poder de dar ordens está à atribuição hierárquica, instituto do Direito Administrativo", ou seja, na antiguidade, os traços teológicos que afirmavam a legitimação do poder, atribuíam ao chefe o poder de dar ordens, e continua o autor, ao discorrer sobre a antiguidade clássica na Grécia, e preleciona que:

A história das repúblicas helênicas revela a existência de numerosos institutos destinados a manutenção da ordem interna e à defesa das cidades contra ataques externos. As cidades eram dotadas de serviços administrativos, e conseqüentemente, direitos e deveres decorrentes da respectiva fruição por parte dos administrados eram previstos.

Em Roma, embora não tratassem expressamente acerca do Direito Administrativo, deixou-se levar pela visão administrativista ao passo de que segundo Diógenes Gasparini (1993, p. 25) "nas institutas de Justiniano, em vigor a partir de 529, d.C., encontram-se disposições relativas às praças, consideradas coisa comum de todos"

O direito administrativo surgiu no início do século XIX, tendo a França como seu berço, como bem ensina Medauar (2000 p.31) "é muito comum apontar uma lei francesa de 1800 como seu ato de nascimento; essa lei disciplinou, de modo

sistemático, a organização administrativa francesa, com base na hierarquia e na centralização" e continua o autor:

As concepções político-institucionais que afloravam, nessa época, propiciavam o surgimento de normas norteadoras do exercício dos poderes estatais, pois tinham clara conotação de limitação e controle do poder e de garantia dos direitos individuais. Assim as ideias relativas ao estado de direito que emergiam nas primeiras décadas do século XIX tornaram-se fator propício para a formação do direito administrativo. O mesmo se pode dizer quanto à teoria da separação dos poderes: a atribuição da função executiva a um específico setor estatal facilitou a formação de um direito da administração, com individualidade própria. (MEDAUAR, 2000, p. 31)

No Brasil por sua vez o início do direito administrativo se origina na Faculdade de Direito de São Paulo e do Recife, em 1851 como preconiza Medauar (2000, p. 33) "muitas obras da matéria, publicadas na Europa, tiveram repercussão no Brasil". E continua o autor, nas mesmas linhas que "como ramo jurídico, o direito administrativo é de criação recente, pois começou a ser elaborado há cerca de um século e meio".

Oportuno se faz a conceituação de direito administrativo que se sintetiza no conjunto de princípios e normas que regem os atos administrativos. (MEDAUAR, 2000, p. 29)

Alexandrino e Paulo (2012, p.18) por sua vez definem o direito administrativo da seguinte forma:

De nossa parte, baseados nas definições propostas por alguns dos mais importantes administrativistas pátrios, conceituamos o direito administrativo como o conjunto de regras e princípios aplicáveis à estruturação e ao funcionamento das pessoas e órgãos integrantes da administração pública, às relações entre esta e seus agentes, ao exercício da função administrativa, especialmente às relações com os administrados, e à gestão dos bens públicos, tendo em conta a finalidade de bem atender ao interesse público.

2.3. Princípios da Administração Pública

Princípios são as origens, ou seja, de onde surgem as premissas norteadoras do Direito. São princípios da administração pública, os elencados no artigo 37 da Constituição Federal na medida em que determina que "a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito

Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência", observe-se quanto à normatividade do referido artigo que determina que a obediência aos princípios se dará tanto pela administração pública direta quanto indireta.

No que tange a respeito dos princípios Celso Antônio Bandeira de Mello expõe:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desafetação ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema. (MELLO 2010, p. 772)

Destarte que há princípios implícitos, não expressamente elencados no corpo da lei, cabendo ao intérprete da lei segundo Mazza (2009, p.17) por "um método denominado abstração indutiva" abstrair as noções centrais contidas na norma".

2.3.1. Legalidade

Enquanto no âmbito cível é permitido fazer tudo quanto à lei não proíba, o princípio da legalidade impõe que a administração pública, somente pode fazer o que e própria lei permita-a. Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p.104) "o princípio da legalidade é o da completa submissão da administração às leis. Esta deve tão somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática", continua o autor:

Ora bem, é sabido e ressabido que a ordem jurídica corresponde a um quadro normativo proposto precisamente para que as pessoas possam se orientar, sabendo pois, de antemão, o que devem ou o que podem fazer, tendo em vista as ulteriores consequências imputáveis aos seus atos. (MELLO, 2014, p.127)

O artigo, 5º inciso II da Constituição Federal aduz que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algumas coisas senão em virtude de lei", consagra-se então o princípio da Legalidade, onde a administração, de maneira estrita deverá cumprir o mandamento da lei.

2.3.2. Impessoalidade

O princípio da impessoalidade, também chamado pela doutrina, de princípio da imparcialidade, obriga que a administração pública a pautar seus atos de maneira objetiva. Nas palavras de Mazza (2009, p.19) "obriga a administração a conferir objetividade no atendimento do interesse público, sem discriminações ou privilégios de qualquer natureza". Oportuno destacar que não há violação ao princípio da impessoalidade quando há necessidade de se atribuir um tratamento diferenciado à particulares, tratando os iguais na sua igualdade e os desiguais na sua desigualdade.

2.3.3. Moralidade

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p.104) a "administração e seus agentes, têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação do próprio Direito, configurando ilicitude que as sujeita a conduta viciada a invalidação", subtrai-se deste ensinamento, a importância da ética na atuação dos agentes públicos no exercício de suas atribuições, não a realizando eticamente, ensejará a ilicitude dos atos por ele praticados.

2.3.4. Publicidade

Todos os atos da administração pública devem ser publicados sob pena de se ferir o princípio da publicidade, tornando o ato público, inválido, corroborando com o entendimento do doutrinador Gasparini (1993):

Esse princípio torna obrigatória a divulgação de atos, contratos e outros instrumentos celebrados pela administração pública direta, indireta ou fundacional, para conhecimento, controle e início de seus efeitos. Todos os atos, contratos e instrumentos devem ser publicados. (GASPARINI, 1993, p. 8)

Ressalte-se que há previsão no sentido de que a publicidade dos atos do poder público poderão no caso de segurança pública, ou se a publicidade ofender a intimidade de outrem, ser sigilosos.

2.3.5. Eficiência

Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p.125) ensina que "o princípio da eficiência não parece ser mais do que uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado, de há muito, no direito italiano: o princípio da boa administração". Incluído com a Emenda Constitucional nº 19 de 1998 o princípio em comento, impõe à administração pública a obrigatoriedade de se buscar os melhores resultados na sua atuação, impedindo-se de que administração pública atue de maneira imprecisa e duvidosa.

2.4. Licitação Pública

Licitação Pública pode ser definida como um procedimento administrativo, onde o ente da administração pública abre a possibilidade para todos aqueles que se interessam a sujeitar as condições fixadas no ato convocatório, a elaborar propostas que serão selecionadas e aceitas quando conveniente e adequadas para o erário público. (DI PIETRO, 2014, p.373).

Neste sentido, a licitação pública é o meio legal utilizado para celebrar os contratos da administração pública, com o intuito de propiciar o ente público à aceitação de determinada utilidade feita por outrem, visando satisfazer a coletividade. (NIEBUHR, 2015, p.34).

E acerca da sua finalidade, a licitação serve para oportunizar os eventuais contratantes em igualdade de oportunidades. Assim, continuam os autores Silva e Seixas:

Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos. A licitação visa propiciar iguais oportunidades aos que desejam contratar com o poder público, dentro dos padrões previamente estabelecidos pela administração, e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos. É o meio técnico-legal de verificação das melhores condições para a execução de obras e serviços, compra de materiais e alienação de bens públicos. Realiza-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a administração e para os licitantes, sem observância dos quais é nulo o procedimento licitatório e o contrato subsequente. (SEIXAS, 2002, p.12)

O Código da Contabilidade Pública da União decreto nº 4.536, de 28 de janeiro de 1922 dispôs durante muitos anos, acerca dos contratos celebrados pela administração pública com particulares.

O Decreto-lei 200 de 1967 em seu Título XII que dispunha sobre as normas relativas a licitações para compras, obras, serviços e alienações, determinava em seu artigo 126 da que "as licitações para compras, obras e serviços passam a reger-se, na Administração Direta e nas autarquias, pelas normas consubstanciadas neste Título e disposições complementares aprovadas em decreto".

O Decreto-lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986 por sua vez, que determinava a sobre licitações e contratos da Administração Federal, instituía em seu artigo 1º o estatuto jurídico das licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, compras e alienações, no âmbito da Administração Federal centralizada e autárquica. Neste sentido oportuno destacar a evolução histórica do instituto da licitação no ordenamento jurídico pátrio como bem fez Silva e Seixá (2002):

As licitações, até 1967, estavam regidas pelo Código da Contabilidade Pública da União e seu regulamento, ambos de 1922. Esses diplomas não cuidavam propriamente do instituto da licitação como gênero, mas apenas se referiam a três de suas espécies, em dispositivos esparsos e assistemáticos. Somente com o advento da Reforma da Administração Federal, de 1967, é que se iniciou a sistematização das licitações, estabelecendo-se normas gerais para seu procedimento e preceitos particulares para suas espécies ou modalidades: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão, nos termos dos arts. 125 a 144 do Decreto-lei 200, de 1967. Posteriormente, passou a vigorar o Decreto-lei 2.300, de 21.11.1986, com as alterações dos Decretos-leis 2.348, de 24.07.1987 e 2.360, de 16.09.1987, revogados e substituídos pela Lei Federal 8.666, de 21.06.1993, modificada pelas Leis 8.883, de 08.06.1994 e 9.648, de 27.05.1998. (SILVA E SEIXAS, 2002, p.12)

Os poderes da Administração Pública surgem com a necessidade de adotar rigorosos instrumentos estabelecidos em Lei, que ao contrário do particular não dispõe de ampla liberdade para inferir na compra, alienação, contratação de serviços e obras, aquisição de produtos, entre outros. Para tal possibilidade adota-se o instrumento da Licitação. O artigo 37, instituído pela Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988, determina que:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante

processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Neste sentido, a Constituição Cidadã permite a possibilidade de celebração contratual entre o Estado e o particular, onde aquele permite seguido pela isonomia, ou seja, pela igualdade dos contratantes, selecionando a proposta mais vantajosa aos interesses da administração pública para realização de obras ou serviços.

Assim, pressupõe que tais entidades elencadas no artigo 37, inciso XXII *lato sensu*, são obrigadas a licitar, sendo esta legitimidade e obrigatoriedade disposta na Constituição Federal em seu art. 37, XXI e nos termos do artigo 2º da Lei de Licitações (Lei 8.666 de 1993), que estabelece “as obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses prevista nesta Lei”.

Salienta-se que, atualmente a Lei 8.666/93, que regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública pertinente a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

A licitação e os contratos da Administração Pública são regidos pela Lei 8.666 de 1993, a qual impõe os princípios, modalidades, regras, responsabilidades e procedimentos, quando se pretende contratar, alienar, adquirir e executar outros interesses, com uma rigorosa observância aos princípios que regem o mencionado instituto.

Isto posto, haverá enorme impactos econômicos, na utilização de licitações, uma vez que a celebração do procedimento do certame, e posterior contratação haverá distribuição de renda e o desenvolvimento estrutural e tecnológico nacional como bem destaca Alexandrino e Paulo (2012, p. 577):

Em suma. Seguindo políticas que já são adotadas em alguns países, o Brasil passa a utilizar o enorme peso econômico das compras governamentais como um instrumento teoricamente apto a promover o desenvolvimento nacional, sobretudo fortalecendo empresas que deverão gerar emprego e aumento da renda em âmbito doméstico e

empresas voltadas para os setores de pesquisa e de criação de tecnologias nacionais. Trata-se de orientação impregnada de forte matriz ideológico, de eficácia bastante discutível, não só do ponto de vista da teoria econômica, mas, sobretudo, quanto ao seu funcionamento na prática.

2.4.1. Perspectiva principiológica norteadores das Licitações

O artigo 3º do Decreto-lei nº. 2.300, de 1986, indicava que a Licitação seria processada em obediência aos princípios da igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo. Entretanto, com o advento da Lei 8.666/93, foram acrescentados em seu artigo 3º, os princípios da impessoalidade, legalidade e moralidade, estes já previstos no artigo 37, da Carta Magna. (DI PIETRO, 2014, p.378).

Conforme o entendimento acima segue o exame dos princípios norteadores da licitação.

2.4.1.1. Publicidade dos Atos

O artigo 4º da Lei 8.666/93 aduz expressamente a cerca do princípio salientado, onde prevê que todos os cidadãos podem acompanhar e ter conhecimento dos atos e dados que forem de seu interesse. Como bem destaca Alexandrino e Paulo (2012, p.578):

O princípio da publicidade dos atos do procedimento licitatório, além de se encontrar expresso no *caput* artigo 3º da lei 8.666/1993, está explicitado no §3º do mesmo artigo, consoante o qual " A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura. O objetivo evidente da imposição de observância do princípio da publicidade nas licitações é permitir o acompanhamento e a fiscalização do procedimento, não só pelos licitantes, como também pelos diversos órgãos de controle interno e externo e pelos administrados em geral. Estes podem sustar quaisquer atos lesivos à moralidade administrativa ou ao patrimônio público, representar contra ilegalidades ou desvios de poder, apresentar denúncias ao Ministério Público, aos Tribunais de Contas etc.

O princípio da publicidade é de suma importância para a licitação, vez que com sua ausência não poderia se falar em licitação pública e sim em licitação

privada, ou seja, não haveria serventia realizar a licitação sem a publicidade. (MENEZES NIEBUHR, 2015, p.60).

2.4.1.2. Igualdade entre os Licitantes

A isonomia, ou seja, a igualdade de oportunidades para participar do certame licitatório, é uma das características mais marcantes do procedimento, isto é, á todos que preencham os requisitos impostos para configurarem-se legítimos licitantes.

Alexandrino e Paulo (2012, p.579) discorrem acerca do princípio da isonomia nas seguintes palavras:

A observância da igualdade entre os participantes no procedimento licitatório possui uma dupla vertente: devem ser tratados isonomicamente todos os que participam da disputa, o que significa vedação a discriminações injustificadas no julgamento das propostas, e deve ser dada oportunidade de participação nas licitações em geral a quaisquer interessados que tenham condições de assegurar o futuro cumprimento do contrato a ser celebrado.

Resta destacar que não se ofende o princípio da igualdade, a determinação de requisitos mínimos de habilitação dos licitantes para que eles possam participar do certame licitatório.

Neste sentido, inclusive a jurisprudência, já tem se mostrado uníssona no sentido da não ofensa do princípio da igualdade, requisitos de habilitação. Oportuno então se faz destacar a ementa do acórdão acerca do julgamento do Agravo de Instrumento nº70038717229 no Tribunal de Justiça do Estado de Rio Grande do Sul (2011).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. AQUISIÇÃO DE PNEUS PARA A POLÍCIA CIVIL/RS. EDITAL QUE NÃO VEDA O OFERECIMENTO DE BENS IMPORTADOS, APENAS EXIGE QUE OS PRODUTOS SEJAM ORIGINAIS DE FÁBRICA, DE PRIMEIRA LINHA, E UTILIZADOS POR MONTADORAS NACIONAIS - PRODUTO HOMOLOGADO PELOS FABRICANTES NACIONAIS. LEGALIDADE. REQUISITO QUE VISA A GARANTIR A SEGURANÇA VEICULAR, NÃO REPRESENTANDO VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA E DA AMPLA COMPETITIVIDADE. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA REFORMADA. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70038717229, Segunda Câmara Cível.

Assim a isonomia proporciona a igualdade de oportunidades para participar do certame licitatório, desde que todos que preencham os requisitos impostos para configurarem-se legítimos licitantes.

2.4.1.3. Vinculação ao instrumento convocatório

Tal princípio se destina para os entes da Administração, bem como aos licitantes, vez que os mesmos não podem deixar de cumprir as exigências contidas no ato convocatório, seja edital ou carta convite. (DI PIETRO, 2014, p.387)

Amparado pelo artigo 41 da Lei 8.666/93 que determina que "a administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada" e continua no § 1º a passo de que "qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta lei", não são raros os mandados de segurança impetrados nos tribunais, visando afastar o descumprimento da administração pública e o descumprimento das normas do edital. Neste sentido, interessante caso, qual seja o Agravo de Instrumento em Mandado de Segurança nº70058222548 impetrado no Tribunal de Justiça do Estado de do Rio Grande do Sul (2014), visando à observância do edital convocatório:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. INABILITAÇÃO. REQUISITOS DO EDITAL. INOBSERVÂNCIA. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO ATO CONVOCATÓRIO. O edital é a lei interna do procedimento licitatório, não pode ser descumprido pela Administração e deve ser observado por todos os licitantes para que concorram em igualdade de condições. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70058222548, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Barcelos de Souza Junior, Julgado em 30/04/2014).

Por fim, fica evidenciado que tal princípio e a lei interna do certame licitatório em comento deverão ser respeitados.

2.4.1.4. Julgamento objetivo

O princípio do julgamento objetivo pode ser considerado como consequência do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, haja vista que as exigências dispostas no procedimento convocatório não podem ser afastadas para o julgamento, e

que assim não acarrete em favorecimento ou gosto pessoal. (CARVALHO FILHO, 2014, p. 248)

Uma vez lançado o edital, haverá a vinculação direta com os requisitos ali apresentados àqueles que pretendem participar do certame licitatório. Evitando-se assim que não deve haver discricionariedade na avaliação dos preços propostos pelos candidatos.

Alexandrino e Paulo (2012, p. 591) ensinam que "julgamento objetivo é o que se baseia no critério indicado no edital e nos termos específicos das propostas. Em tese, não pode haver qualquer discricionariedade na apreciação das propostas pela administração". Leva-se a conclusão que apenas se pode levar absolutamente restrito à observância do princípio em questão quando o critério de avaliação é o menor preço.

2.4.1.5. Probidade e moralidade administrativa

Tal princípio impõe ao Administrador não somente um comportamento lícito, mas sim a exigência de que seja mantida a moral e os bons costumes, corroborando com a ideia de honestidade, bem como as regras de boa administração. (DI PIETRO, 2014, p. 385)

Neste sentido nos ensinam Alexandrino e Paulo (2012, p. 591):

O princípio da moralidade, que é um dos postulados informativos de toda a atuação da administração pública, não apresenta maiores peculiaridades no tocante às licitações. Traduz-se na exigência de atuação ética dos agentes da administração em todas as etapas do procedimento. Essa exigência encontra-se bastante enfatizada na lei que, reiterando o princípio da moralidade, refere-se à probidade como princípio atinente às licitações.

Considerando, que em situações que são necessárias às licitações, deve-se manter a probidade dos agentes da administração pública para que a mesma não possa comprometer o interesse público, e a própria imagem ética que deve ser demonstrada pelo Estado.

2.5. Inexigibilidade de Licitação

A regra geral para contratações da Administração Pública é da exigência de licitação, mas como toda regra possui sua exceção, a própria lei englobou as possíveis hipóteses para se contratar diretamente, sendo Inexigível quando houver inviabilidade de competição, dispensada quando a lei que declarou como tal, não se realizando o processo licitatório, e dispensável quando a Administração tem a faculdade de realizar ou não.

Ressalta-se que, o Estado democrático de Direito no que tange a sua função administrativa do bem comum, sucinta a ideia de buscar e prevalecer o interesse público com o auxílio dos poderes necessários para seu devido cumprimento.

Ao exigir licitação o artigo 37, XXXI, da Constituição Federal, trouxe algumas ressalvas, deixando em aberto a possibilidade de serem mitigadas por lei ordinária, ou seja, deixam de serem obrigatórias tais exigências para as respectivas hipóteses, sendo a inexigibilidade e a dispensa de licitação. (DI PIETRO, 2010, p. 365)

Contudo, em situações excepcionais em que os interesses da administração pública serão atingidos de forma mais eficiente, ocorrerá à contratação direta sem a realização da licitação.

Dessa forma, segundo Moraes (2014 p. 379) "será inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, que tornará impossível a comparação necessária e indispensável ao certame licitatório", em outros termos, a inexigibilidade de licitação tem sua origem na inviabilidade da competição.

2.5.1. Distinção entre Dispensa e Inexigibilidade de Licitação

Considerando, que em algumas situações que são caracterizadas pela urgência da contratação, pela inviabilidade de competição, como também a possível demora de um processo licitatório que possa comprometer o interesse público, o que possibilita o Estado intervir na economia, sendo esta justificativa para o surgimento da contratação direta.

Podemos distinguir as duas hipóteses no fato de que na dispensa surge à possibilidade de competição, e já na inexigibilidade não há possibilidade de competição, sendo inviável a licitação, por existir somente uma pessoa, ou objeto

que atenda às necessidades estabelecidas pela Administração. (DI PIETRO, 2010, P.365).

O artigo 24, da Lei 8.666 de 1993 dispõe de 34 hipóteses de dispensa de Licitação, haja vista, causas que visem urgência pelo fato ou em atendimento a condição que possa causar o comprometimento ou prejuízo ao interesse público. No entanto, o artigo 25, da Lei 8.666/93, por sua vez, trata das hipóteses de inexigibilidade de licitação, para os casos de inviabilidade de competição, nos quais o produto, serviço ou gênero e a necessidade pública somente possa vir a ser atendida por um único fornecedor, pessoa, empresa ou produtor, ante a impossibilidade de fixação de critérios objetivos de julgamento, tornando inviável a competição.

Na lição de Marçal Justen Filho sobre o tema de dispensa e inexigibilidade de licitação tem-se que:

Dispensa e inexigibilidade são dois institutos distintos, vinculados à conveniência administrativa e ao interesse público. A regra geral é a da exigência da licitação como ato preparatório e seletivo para as contratações da Administração Pública. (JUSTEN FILHO, 1993, p.132).

Nítida é a distinção apontada entre dispensa e inexigibilidade, onde uma se difere da outra, num momento ocorrerão em condições diversas, ou seja, na primeira, a pressuposição de dispensa de licitação, tratada no inciso IV do artigo 24 da Lei 8.666 de 1993, incide nos casos em que a contratação de bens, serviços, compras ou obras são de caráter emergencial, neste caso o contrato administrativo precisa ser realizado imediatamente, pois o mesmo não pode aguardar os trâmites de licitação, sob pena de perecimento público. E na segunda, ou seja, na inexigibilidade, há a inviabilidade da licitação por impossibilidade do processo de competição entre os participantes.

Sobre a dispensa de licitação, ensina Alexandre Moraes:

Ao Legislador ordinário, portanto, não será possível, em desrespeito aos preceitos constitucionais, estabelecer arbitrariamente hipóteses de dispensa de licitação. Se não houver razoabilidade ou compatibilidade da dispensa legal com os princípios constitucionais que norteiam a necessidade de licitação, haverá flagrante inconstitucionalidade. (MORAES, 2014, p. 378)

A possibilidade de dispensa de licitação surge na medida em que eventualmente possa ocorrer um caso excepcional, na qual o interesse público restará ameaçado, não dando margens de interpretação extensiva de modo a todo e qualquer contratação pública se der de maneira que afaste o certame licitatório.

Neste sentido, expõe Alexandre Moraes:

A mesma obrigatoriedade exigida para o legislador, que deve, no exercício da função legiferante, visar ao fim colimado pela constituição, é imposta e deverá ser obedecida pelo Poder Judiciário, no momento de analisar as hipóteses legais de dispensa de licitação perante o caso concreto, pois sempre a interpretação deve estar de acordo com a previsão constitucional da exigibilidade do certame licitatório, não havendo pois, possibilidade de interpretações extensivas, que alarguem as hipóteses de dispensa. (MORAES, 2014, p. 378)

Por fim, percebe-se que frente ao caso concreto, deverá o julgador interpretar de maneira mais lógica acerca da disposição de dispensa de licitação, não dando margens à outra forma de interpretação que não seja a legal.

2.5.2. Hipóteses de Inexigibilidade de Licitação

Em algumas situações o procedimento licitatório poderá ser mitigado quando for inexigível, as quais a Lei de Licitações 8.666/93, em seu artigo 25, destaca casos exemplificativos e especiais, entretanto, o *caput* do artigo supracitado aduz com transparência que sempre será inexigível a licitação quando estiver diante da inviabilidade de competição. Assim desde que constatada a inviabilidade de realização do procedimento licitatório, mesmo não havendo previsão legal, estamos tratando de inexigibilidade.

Logo, preconiza Justen Filho (1997, p. 251) “o legislador reconheceu a impossibilidade de promover um elenco exaustivo, por ser impossível antever todas as situações em que ocorrerá a inviabilidade da competição. Ainda que a lei indique situações de inexigibilidade, o rol normativo é exemplificativo”.

Com o intuito de analisar de forma mais clara as hipóteses de inexigibilidade de licitação, Marçal Justen Filho elucida de forma sistematizada os casos que ocorrem à inviabilidade de competição, senão vejamos “Por ausência de pluralidade de alternativas; por ausência de “mercado concorrencial” inviabilidade de

competição; por impossibilidade de julgamento objetivo e por fim, por ausência de definição objetiva da prestação”. (JUSTEN FILHO, 2008, p. 399)

Dito de passagem, as situações elencadas pelo legislador no artigo 25 da Lei de Licitações como de inexigibilidade são as subseqüentes:

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

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

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

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

O inciso I do artigo 25 da Lei nº. 8.666/93 aduz a primeira situação exemplificativa, a qual dispõe que quando a Administração Pública celebrar contrato com fornecedores ou produtores que possuem exclusividade no objeto pretendido sejam materiais, gêneros ou equipamentos, ocorrerá a inviabilidade de competição, justificada pela ausência de competidores e conseqüentemente constatada a inexigibilidade de licitação. (MENEZES NIEBUHR, 2015)

Sobre o tema Marçal Justen Filho dispõe que:

A contratação com fornecedor exclusivo envolve, normalmente, os casos em que a Administração somente poderá adquirir o produto de um fornecedor específico. A regulação legal abrange os casos em que existir pluralidade de produtos aptos a satisfazerem o interesse público, mas todos eles sujeitos à venda pelo mesmo e único fornecedor (JUSTEN FILHO, 1998, p.258).

A inexigibilidade prevista no inciso II do artigo 25 da Lei 8.666/93, dirige-se aos serviços técnicos de empresas e profissionais de natureza singular com notória especialização, sendo proibida a utilização da inexigibilidade para contratação de serviços de divulgação e publicidade. Cabe destacar o artigo 13 da Lei supracitada, para melhor compreensão dos serviços técnicos enumerados:

Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

- I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;
- II - pareceres, perícias e avaliações em geral;
- III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
- IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
- V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
- VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
- VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

Quer-se dizer que alguns serviços necessitam de uma técnica especializada, o que diferencia um profissional ou serviço do outro além de sua capacidade técnica, o tornando singular, corroborando com o entendimento de Braz Petrônio (2012, p. 195) “singular traz o sentido de especial, com peculiaridades que permitem distinguir a coisa, não podendo a expressão ser entendida literalmente”.

No que tange a exigência da notória especialização, não se exige que o profissional seja reconhecido por sua especialização e capacitação por toda comunidade em geral, mas sim que tenha destaque e prestígio no meio da comunidade de especialistas que exerce suas funções. (JUSTEN FILHO, 1998, P.265)

A rigor, o inciso III do artigo 25 da Lei 8666/93 expressa à contratação de profissionais dos mais variados naipes artísticos, caso em que devido à necessidade ou a intenção de contratação de artista específico, se torna impossível à realização do procedimento licitatório, corroborando com o entendimento do artigo 215 da Constituição Federal, a qual expõe o dever do Estado em garantir o acesso e o incentivo à cultura, abrangendo suas diversas manifestações culturais.

Ressalta-se ainda, que o legislador se preocupou em limitar tal possibilidade de inexigibilidade de licitação, estabelecendo critérios a serem obedecidos pelo poder público ao contratar serviços artísticos, sendo: a exigência de a contratação ser realizada por empresário exclusivo ou diretamente com o artista; a proibição de contratação de artistas amadores e por consequência a comprovação de consagração pública e da mídia especializada (MENEZES NIEBUHR, 2015, P.118).

2.5.3. Do crime de Inexigir a Licitação fora das hipóteses previstas em Lei

As hipóteses de inexigibilidade de licitação podem ser encaradas como um avanço no sentido da efetivação do interesse público, como também por outro lado,

poderão ser utilizadas como meios de se auferir vantagens, em especial a econômica à custa do erário público, haja vista o alto índice de corrupção no âmbito administrativo que o Brasil acompanha.

Mesmo com o advento da Lei de Licitações e Contratos Administrativos 8.666/93, que busca manter o controle dos gastos públicos regulamentando os procedimentos de compras e contratações, não é incomum encontrarmos casos de corrupção e má utilização de recursos, tendo em vista a falta de efetividade no cumprimento das normas controladoras.

Neste sentido oportuno destacar o conceito de corrupção trazido por Mara Lucia Machado Demitrow:

A corrupção é geralmente definida como o abuso do poder público para benefício privado. Usando do poder discricionário, agentes públicos podem favorecer determinadas empresas, para que estas obtenham lucros extraordinários, usufruindo assim das vantagens que lhe são concedidas, gerando este processo, uma perda significativa de eficiência no uso dos recursos públicos, causando assim um grande prejuízo para toda a sociedade. (DEMITROW, 2008)

Hoje em dia, o dever de licitar se tornou frágil diante da falta de preparo dos administradores e da extensão e facilidade da contratação direta, onde muitos administradores utilizam as exceções como “brecha” para burlar os procedimentos legais, seja superfaturando valores, bem como direcionando ao favorecimento de empresas.

A alegação acima exposta pode ser certificada pela decisão elaborada pelo Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso (2011):

Acórdão: processo nº 198943/2007 - Publicação: 04/03/2011
Ementa: SECRETARIA DE ESTADO DE SAÚDE DE MATO GROSSO E FUNDO ESTADUAL DE SAÚDE. DENÚNCIA ACERCA DO FAVORECIMENTO DE EMPRESAS CONTRATADAS POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. PARCIALMENTE PROCEDENTE. APLICAÇÃO DE MULTAS.
...ACÓRDÃO Nº 254/2011
Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo nº 19.894-3/2007.
ACORDAM os Senhores Conselheiros do Tribunal de Contas, nos termos do artigo 1º, inciso XV, da Lei Complementar nº 269/2007 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso) e artigo 29, inciso IX, da Resolução nº 14/2007 (Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso), ...no mérito, julgá-la PARCIALMENTE PROCEDENTE,

conforme fundamentos constantes das razões do voto do Conselheiro Relator; determinando ao atual titular da Secretaria Estadual de Saúde, junto ao setor responsável, a adoção das seguintes medidas corretivas:

[...]

3) planejar as despesas necessárias para o exercício com aquisições e manutenção de equipamentos médico-hospitalares, submetendo-as a licitação prévia, de acordo com a modalidade pertinente, facultando-lhe a utilização do sistema de registro de preços, permitido pela Lei de Licitações, a fim de evitar a configuração de fragmentação de licitação e/ou dispensa/inexigibilidade indevida de licitação (artigo 37, XXI, da Constituição da República, artigos 2º e 15 da Lei nº 8.666/1993); e, por fim, conforme artigo 289, incisos II e III, e artigo 6º, incisos I e II, alínea “a”, todos da Resolução nº 17/2010, aplicar individualmente as multas adiante discriminadas aos Srs. Augustinho Moro e ao Sr. Carlos Alberto Capristano: ... c) 20 UPFs/MT, em razão do pagamento de serviços de manutenção preventiva e corretiva de equipamentos por meio de indenizações sem pré-empenho sem contrato e sem prévia licitação, em violação ao que preceitua o artigo 37 da Constituição Federal, artigo 58 e 60 da Lei nº 4.320/1964. [...]

Ainda em relação à inexigibilidade, o § 2º do artigo 25 da Lei 8.666/93, expõe as consequências do superfaturamento resultante da aplicação do artigo mencionado, onde determina que seja solidária a responsabilidade causada pelo prestador de serviço ou fornecedor e do agente público responsável ao dano que ocasionar à Fazenda Pública, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis. (DI PIETRO, 2014, p. 410)

Neste sentido, é de se destacar que há instrumentos legais, para a repressão dos crimes praticados por agentes públicos contra a própria administração pública. O artigo 89 da Lei 8.666/93, determina que:

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.

Cumprido ressaltar que o artigo supracitado não faz qualquer referência a necessidade da consumação do ato ilícito para que seja caracterizado o crime, tendo em vista que o objetivo principal é o cumprimento eficaz das normas e princípios que norteiam a Administração Pública. Nesta Linha:

O art. 89, caput, da Lei de Licitações direciona sua proteção às regras e aos princípios inerentes à Administração Pública, como a legalidade, supremacia do interesse público, moralidade e eficiência. A desobediência a tais preceitos pode, decerto, não implicar em um prejuízo financeiro, economicamente mensurável. Inegável, em outra face, o prejuízo aos bons valores da atuação administrativa. A incriminação prevista nesse artigo, suso, não consubstancia norma que visa a proteger o erário estatal, mas abrangente da tutela a um bem maior: a probidade do administrador (JÚNIOR, 2004, p. 20).

Desta forma, em concordância com o *caput* do artigo 89, da Lei 8.666/93 o servidor que acometer o crime responderá no peso de sua culpa, conforme o artigo 29 do Código Penal, bem como será responsabilizado o terceiro, desde que comprovado o proveito da inexigibilidade de licitação, na forma do parágrafo único do mesmo artigo. (BRAZ, 2012, p.468)

Registra-se que, são duas as circunstâncias criminais auguradas na norma, sendo a primeira quando o servidor decide pela inexigibilidade não classificada no artigo 25 da Lei 8.666/93, e por sua vez, quando o servidor deixar de observar as normas e formalidades concernentes à inexigibilidade. (BRAZ, 2012, p.469)

A pena aplicável na forma do artigo 89 da Lei 8666/93, é a detenção de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa, podendo esta ser acrescida em de um terço quando se tratar de agente público que ocupa cargo de comissão ou confiança.

Ademais, o crime prescrito no artigo supracitado, constitui também prevaricação conforme o artigo 319 do Código Penal Brasileiro, partindo da premissa de descumprimento doloso por parte do servidor público em razão de sua ocupação. (BRAZ, 2012, p. 467)

3 MÉTODOS E TÉCNICAS DE PESQUISA

Método são os caminhos cujo objetivo é de dar cientificidade a uma pesquisa. Assim, neste capítulo abordamos a operacionalização do presente trabalho, caracterizando o objeto do estudo, população e amostra, instrumentos de pesquisas e procedimentos de coleta e análise de dados, tendo em vista que o norte buscado na sua concretização tem o propósito de identificar as formas de contratação direta por meio da inexigibilidade de licitação, em busca do efetivo interesse público.

É pertinente ressaltar que no tocante à abordagem da pesquisa proposta ela dispõe de um caráter indireto, ou seja, buscou analisar os fatos e os fenômenos em uma perspectiva de campo ou laboratorial, bem como de apontamentos já construídos por terceiros.

Vale ressaltar ainda que no tocante ao aspecto metodológico, foi usado o método hipotético-dedutivo e o método histórico, onde garantiu o respaldo equilibrado do estudo, haja vista, que o método hipotético-dedutivo confirmou as hipóteses apontadas no projeto, como também, deu suporte na busca a partir de leis maiores para explicar leis pontuais.

Ademais, o procedimento utilizado na pesquisa pode ser classificado como levantamento, pois o estudo envolve a pesquisa de dados realizada diretamente com o órgão público, sendo a Prefeitura Municipal Delta, visando analisar as contratações diretas por meio da inexigibilidade de licitação, os gastos realizados e a efetividade destas.

3.1. Tipologia e descrição geral dos métodos de pesquisa

O presente trabalho se apoia em uma pesquisa exploratória, na qual utilizamos o referencial teórico de forma predominante, com todo seu contexto de doutrinas e jurisprudências, face à grande acessibilidade de livros, com o intuito de verificar as respectivas formas de inexigibilidade de licitação.

No que diz respeito à abordagem, utilizamos a abordagem qualitativa, reunindo a pesquisa documental e o estudo de caso, juntamente com o

levantamento de dados e ponderando através de percepções e análises o peso e importância de cada valor obtido.

3.2 Caracterização da organização, setor ou área

Como *lócus* de estudo este trabalho científico utilizou a Prefeitura Municipal Delta. Ressalta-se que, o município em questão possui 70 (setenta) mil habitantes de acordo com a estimativa do IBGE.

A prefeitura ora salientada apresenta estrutura organizada quanto a instalações físicas, divisão de departamentos, fundos, secretarias e quantidade de pessoal para realização das rotinas administrativas ligadas aos processos de licitações e compras diretas.

A coleta de dados do presente trabalho foi realizada entre alguns órgãos internos, sendo, Fundos de apoio, Secretarias Municipais, Departamento de Contabilidade, Departamento de Contratos, Departamento de Licitações, Procuradoria Jurídica, Departamento Compras e Controle Interno.

3.3. Estudo de Caso

Segundo Eisenhardt (2009), o estudo de caso é um método de pesquisa que utiliza, geralmente, dados qualitativos, coletados a partir de eventos reais, com o objetivo de explicar, explorar ou descrever fenômenos atuais inseridos em seu próprio contexto. Caracteriza-se por ser um estudo detalhado e exaustivo de poucos, ou mesmo de um único objeto, fornecendo conhecimentos profundos.

Para definição do estudo de caso do presente trabalho, foi ponderada a coleta de dados dentro dos departamentos ligados a todo o processo de compras e licitações, para assim identificar quais foram às hipóteses de inexigibilidade de licitação realizadas pela Prefeitura Municipal de Delta, bem como os gastos e o seguimento do processo até a efetiva contratação.

3.4. Caracterização e descrição dos instrumentos de pesquisa

Conforme Vergara (2006), na coleta de dados, o leitor deve ser informado como o pesquisador pretende obter os dados de que precisa para responder ao problema.

Neste contexto, esta pesquisa utilizou-se dos instrumentos de observação, onde Marconi e Lakatos (2003, p. 190), o definem como “uma técnica de coleta de dados para conseguir informações e utiliza os sentidos na obtenção de determinados aspectos da realidade. Não consiste apenas em ver e ouvir, mas também em examinar fatos ou fenômenos que se desejam estudar”.

Salienta-se que, por ser um trabalho guiado por seu referencial teórico, utilizamos ainda a pesquisa bibliográfica, onde para Vergara (2006), é o estudo sistematizado desenvolvido com base em material publicado em livros, revistas, jornais, redes eletrônicas, isto é, material acessível ao público em geral. Fornece instrumental analítico para qualquer outro tipo de pesquisa, mas também pode esgotar-se em si mesma. O material publicado pode ser fonte primária ou secundária.

3.5 Procedimentos de coleta e de análise de dados

Inicialmente a coleta de dados do presente trabalho se deu com a elaboração de um referencial teórico bastante explicativo, por meio de pesquisas em obras jurídicas, jurisprudências, Leis, sites eletrônicos e documentos diversos, os quais foram fundamentais para estruturar o conhecimento acerca do assunto, onde tais ferramentas permitiram explorar de forma segura e equilibrada, deixando-o mais claro e rico de detalhes.

Utilizou-se a pesquisa documental por se tratar de uma ferramenta substancial, haja vista que a maioria das fontes escritas foram base para a realização do presente trabalho. Para Ludke e André (1986), a análise documental constitui uma técnica importante na pesquisa qualitativa, seja complementando informações obtidas por outras técnicas, seja desvelando aspectos novos de um tema ou problema.

Os dados obtidos foram com base de coleta de fontes secundárias, extraídas do sistema e documentos internos do próprio órgão estudado. Segundo Malhotra (2004), os dados secundários são os originados do pesquisador para solucionar o problema da pesquisa.

Quanto à coleta de informações ocorreu por meio da observação junto aos departamentos específicos ligados aos procedimentos de contratações da Prefeitura Delta, onde foram coletadas informações que somaram a pesquisa já obtida e

conduziram base para fazer um comparativo de gastos e das hipóteses de inexigibilidade ordenadas pelo art. 25, da Lei de Licitações 8.666/93.

Com o fim de alcançar os objetivos específicos, fez-se um levantamento dos dados de contratos já realizados, para verificar quais as principais hipóteses de inexigibilidade de licitação utilizadas pela Prefeitura Delta e seus respectivos gastos com a modalidade.

Neste sentido, com todos os dados obtidos, chegamos ao objetivo geral do trabalho, em que pode se analisar a respectiva evolução da Administração pública, comparando os meios atualmente utilizados pelo Poder Público para contratação de bens, serviços, compras ou obras, de forma Direta, por intermédio da Inexigibilidade de Licitação.

4 RESULTADOS E DISCUSSÃO

4.1. Estudo de caso relativo aos procedimentos de Inexigibilidade de Licitação realizados pelo Município Delta

Neste capítulo foi realizada uma análise e coleta de dados comparativos relativos aos anos de 2017, 2018 e 2019, demonstrando os dispêndios públicos no Município Delta, bem como as hipóteses estabelecidas pelo art. 25, da Lei 8.666/93, realizadas com contratação direta nos casos de inexigibilidade de licitação.

4.1.1. Análise comparativa de gastos referente aos exercícios de 2017, 2018 e 2019

A partir de informações obtidas em Departamentos ligados a licitação e contratos do Município Delta, foi realizado um estudo referente aos gastos feitos pela Administração Municipal para contratar, executar e programar suas atividades e de seus órgãos inexigindo a licitação.

Tabela I – Valor das Inexigibilidades de licitação realizadas nos períodos 2017 a 2019.

DISPÊNDIO DO MUNICÍPIO DELTA			
Modalidade: Inexigibilidade de Licitação			
	2017	2018	2019
Valor total:	R\$ 2.444.402,27	R\$ 3.123.375,78	R\$ 640.000,00

Fonte: Elaborado pela autora (2019).

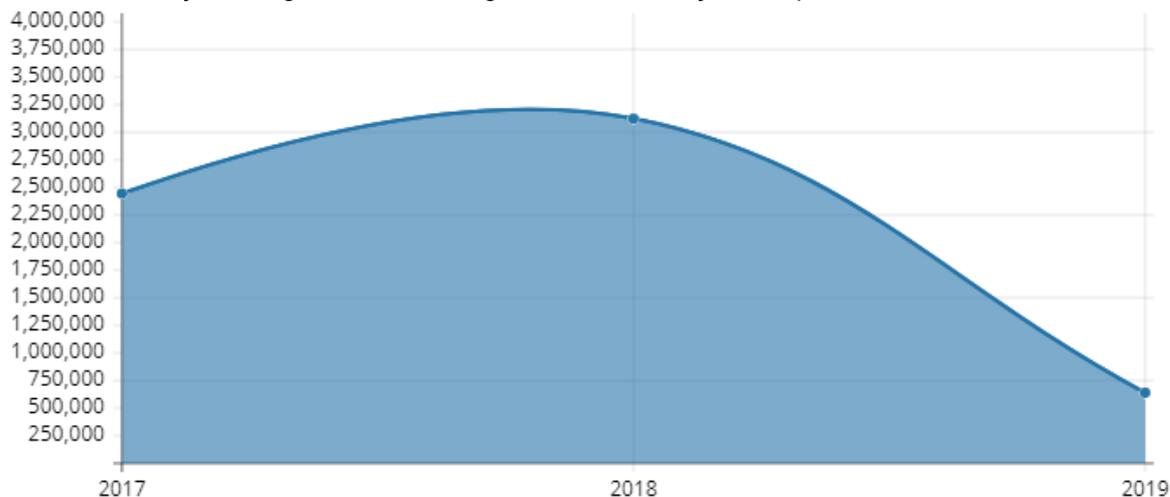
No que diz respeito aos gastos com a inexigibilidade de licitação, estes totalizaram em R\$ 6.207.778,05 (seis milhões, duzentos e setenta e sete mil, setecentos e setenta e oito reais e cinco centavos), entre 2017/2019, até a data do presente estudo.

Conforme demonstrado pela tabela acima, em 2017 foram gastos R\$ 2.444.402,27, em 2018 R\$ 3.123.375,78 e até então em 2019 R\$ 640.000,00, onde percebe-se aqui um aumento de 27,78% dos gastos com inexigibilidade de licitação em 2018, comparado ao ano anterior.

Concernente aos gastos em 2019, os dados ainda são irrelevantes, no que se refere de um exercício para o outro.

O gráfico a seguir corrobora a evolução dos gastos feitos com a contratação direta por meio da inexigibilidade de licitação, no período de 2017/2019.

Gráfico 1 – Evolução dos gastos com Inexigibilidade de licitação nos períodos 2017 a 2019.



Fonte: Elaborado pela autora (2019).

4.1.2. Análise das hipóteses de Inexigibilidade de Licitação aplicadas aos exercícios de 2017,2018 e 2019

A segunda parte do estudo buscou identificar as hipóteses de inexigibilidade de licitação estabelecidas pelo art. 25, da Lei 8.666/93, aplicadas no Município Delta, no período de 2017/2019. Conforme os dados coletados e as informações obtidas nos departamentos ligados direta e indiretamente à realização dos contratos, foi elaborada a tabela abaixo que evidencia tais hipóteses.

Tabela II – Hipóteses de Inexigibilidade de licitação realizadas nos períodos 2017 a 2019.

INCISO	PERÍODO		
	2017	2018	2019
Caput	-	12	-
Inciso I	1	2	-
Inciso II	7	4	-
Inciso III	13	25	9
TOTAL POR ANO	21	43	9
TOTAL POR PERÍODOS: 73			

De acordo com a tabela acima, no ano de 2017 no que diz respeito às compras efetuadas por procedimento de inexigibilidade de licitação, foram realizadas o total de 21 (vinte e uma) contratações, sendo 01 (uma) delas pela hipótese elencada no inciso I, do art. 25, da Lei 8.666/93, que autoriza a aquisição de

materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, representando 4,76% do total de contratos do ano, 7 (sete) contratações foram realizadas com a hipótese enumerada no inciso II, a qual autoriza a contratação de serviços técnicos, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, ou 33,33% do total, e 13 (treze) contratações foram feitas pela hipótese do inciso III, o qual aprova a contratação de profissional de qualquer setor artístico, correspondendo a 61,90% do total.

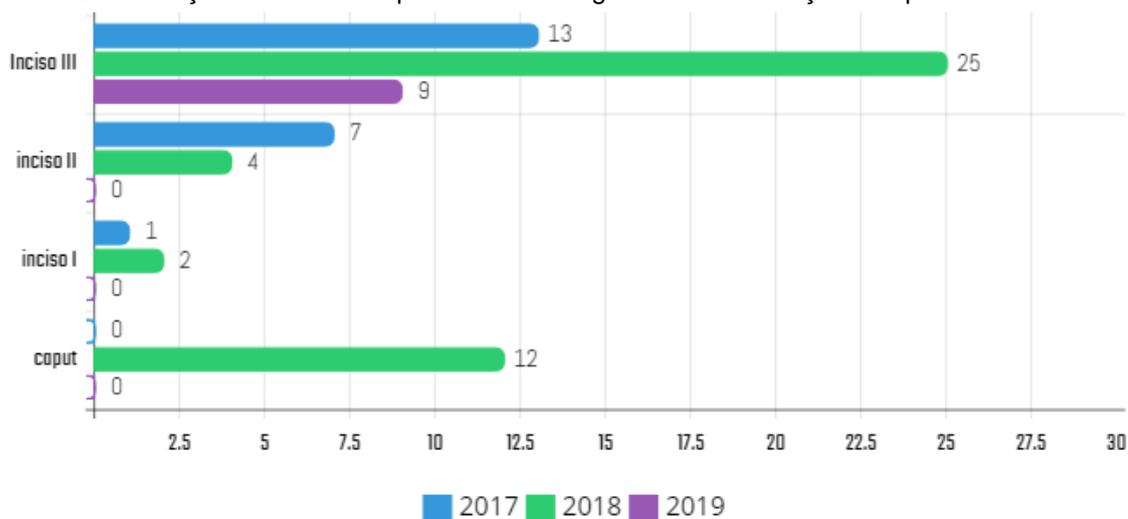
Em 2018 foi o ano em que o município mais realizou contratações diretas por meio da inexigibilidade de licitação, foram o total de 43 (quarenta e três), das quais 12 (doze) foram pela hipótese elencada no caput do art. 25, que dispõe uma função normativa autônoma, onde a contratação pode se fundar de forma exclusiva, mas sem a imposição de se enquadrar em alguma dos incisos do artigo salientado, como exemplo utilizado no município o credenciamento de profissionais técnicos, que corresponde a 27,90% do total. Ainda, foram realizados 2 (duas) contratações feitas com a hipótese do inciso I, significando 4,65% do total, 4 (quatro) contratações pelo inciso II, representando 9,30%, e mais 25 (vinte e cinco) contratações por meio do inciso III, equivalendo a 58,13% das contratações do ano.

Portanto, temos aqui um aumento significativo no número de contratações direta por inexigibilidade de licitação, estando relacionado com o elevado número de contratos artísticos no ano de 2018.

Já no ano de 2019 o município realizou até a presente data do estudo, o total de 9 (nove) contratações por meio da inexigibilidade de licitação, sendo todas elas pela hipótese enumerada no inciso III, do art. 25, da Lei 8666/93, para contratação de profissionais artísticos, correspondendo a 100% das contratações do ano.

O gráfico seguinte evidencia o comparativo das quantidades de inexigibilidade de licitação realizadas pelo Município Delta pelo ano e por hipóteses autorizadas em Lei.

Gráfico 2 – Evolução do uso das hipóteses de Inexigibilidade de licitação nos períodos 2017 a 2019.



Fonte: Elaborado pela autora (2019).

Ressalta-se ainda que aos contratos realizados por meio da inexigibilidade de licitação, foi verificada a divisão destes da seguinte forma com base nos anos 2017 a 2019:

- A primeira está relacionada à contratação via processo de credenciamento de profissionais técnicos ligados à área da saúde;

Mesmo com a inexistência de fundamentação expressa no corpo do art. 25 da Lei 8.666/93, é possível a utilização do credenciamento como hipótese de inviabilidade de competição.

Neste sentido, o próprio Tribunal de Contas da União (2013), reconhece o instituto do credenciamento como espécie de inexigibilidade de licitação:

Como é cediço na doutrina e jurisprudência, o credenciamento tem por base constitucional o artigo 37, inciso XXI, bem como o artigo 25 da Lei 8666/1993, na medida em que permite extrair a hipótese de inviabilidade de competição decorrente da possibilidade de a Administração contratar quaisquer empresas ou profissionais de um determinado setor em igualdade de condições, observados os requisitos de qualificação.

Diferentemente do que acontece em outros casos de inexigibilidade, onde a inviabilidade de competição sucede principalmente da possibilidade de contratar apenas um profissional específico, produto ou fornecedor, no credenciamento é de forma totalmente diversa, haja vista que a inviabilidade de competição surge a partir do momento em que todos os credenciados preenchem as determinações

estipuladas pela Administração. Assim, com a inviabilidade de escolher apenas um credenciado, bem como a impossibilidade de eleger a melhor proposta, enseja o credenciamento de todos.

- A segunda está relacionada a uma pequena quantidade de compras e serviços feitos por fornecedores exclusivos, cujas compras por inexigibilidade são inevitáveis, sendo: fornecimento de peças de maquinário de um fabricante exclusivo, materiais que apenas um fornecedor distribui, software específico, entre outros.

Trata-se das hipóteses de inexigibilidade de licitação para os casos de inviabilidade de competição, nos quais a necessidade pública somente possa vir a ser atendida por um único fornecedor, ante a impossibilidade de fixação de critérios objetivos de julgamento.

Uma das práticas mais evidenciadas pela ausência de competidores e pluralidade de alternativas foi à realizada com o emprego do contrato de exclusividade, onde o detentor dos direitos de determinado serviço ou produto entrega a uma única empresa a exclusividade de fornecimento ou da prestação de serviços.

Nota-se que no presente estudo de caso foi identificado um contrato de fornecimento de vale transporte para funcionários da casa de apoio do Município Delta na cidade de Goiânia-Go, onde a detentora da obrigação de realizar o serviço público na cidade em questão, que seria o próprio município, entregou a uma determinada empresa a exclusividade para o fornecimento de um específico produto, no caso os vales transportes.

No exemplo apresentado acima, verifica-se a hipótese de inexigibilidade relativa, ou seja, mesmo com a possibilidade de vários outros prestadores de serviços de outras localidades executarem o mesmo objeto, a detentora dos serviços optou apenas por umas delas realiza-lo por meio do contrato de exclusividade.

- A terceira hipótese evidenciada refere-se à contratação de serviços técnicos de profissionais de notória especialização, tais como, serviços de assessoria jurídica e contábil;

Sobre a contratação de serviços técnicos de notória especialização prevista no art. 25, II, da Lei 8.666/93, existem diversas controvérsias, especialmente aos serviços advocatícios.

Cabe salientar que a notória especialização possui alguns critérios a serem seguidos, esses elencados no § 1º do art. 25, tais como, habilitação, a qual o

contatado deve comprovar sua capacidade legal para exercer determinado serviço, especialização que, não possui forma legal de comprovação, estudos, aparelhamento, experiências, desempenho em contratos anteriores, equipe técnica, publicações, entre outros.

Apesar de existir vários critérios para a contratação salientada, a justificativa mais identificada é do critério da confiança. Neste contexto a licitação seria inexigível pela confiança que o gestor deposita no profissional de sua escolha.

Com essa pratica que surge a problemática da contratação de serviços técnicos, onde, poderia o fator confiança por si só afastar a regra constitucional da licitação, ou, por sua vez, deve apresentar harmonia com os requisitos legais?

Neste sentido, o Tribunal de Contas da União (2011) já pacificou o entendimento que a contratação de serviços técnicos, em especial de advogados, através do instituto da inexigibilidade de licitação, deve ser convenientemente justificada com a indeclinabilidade dos requisitos legais, mais o fator confiança.

Eis o texto do verbete sumular:

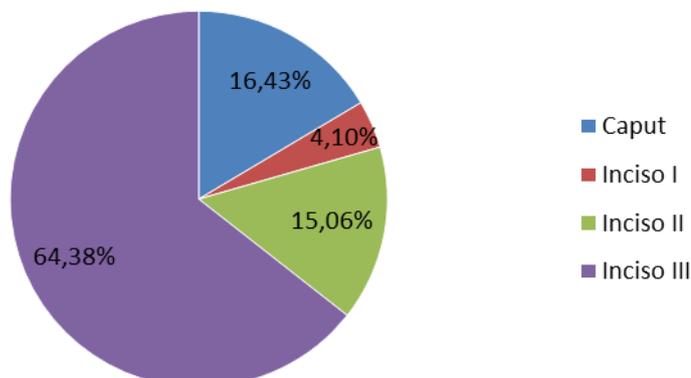
SÚMULA TCU 39 - A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos com pessoas físicas ou jurídicas de notória especialização somente é cabível quando se tratar de serviço de natureza singular, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação, nos termos do art. 25, inciso II, da Lei nº 8.666/1993.

Concerne de um posicionamento moderado e satisfatório, haja vista que coincidentemente em que se prioriza o fiel cumprimento da Lei, permite-se ao gestor a discricionariedade de escolha.

- Por ultimo estão registrados os contratos referentes à contratação de profissionais de vários setores artísticos. Esse caso de contratação direta pode ser justificado pelo Art. 25, inciso III da Lei 8666/93.

As contratações elencadas no inciso III, do supracitado artigo, corresponderam ao maior número de inexigibilidade de licitações realizadas pelo município Delta, compreendendo em 64,38% do total contratado.

Gráfico 3 – Comparativo do uso das hipóteses de Inexigibilidade de licitação nos períodos 2017 a 2019.



Fonte: Elaborado pela autora (2019).

O grande número de contratações artísticas foi justificado com o programa de governo que busca fomentar o comércio da cidade através do turismo, trazendo de volta o tradicional carnaval de rua e com a realização de um festival de música sertaneja que vem acontecendo desde 2017 no município.

A fundamentação da inexigibilidade para contratação artista é a inviabilidade de competição, tendo em vista que não possui critérios objetivos para avaliar a proposta mais vantajosa.

Carvalho Filho (2006, p.228), ressalta ainda que “a arte é personalíssima, não podendo se sujeitar a fatores objetivos de avaliação”.

Entretanto, mesmo na hipótese salientada o gestor não possui autonomia absoluta para contratar. É necessária a observação de alguns requisitos constitucionais e legais.

Não obstante, cumpre frisar a redação do art. 25, inciso III, da Lei de Licitações, onde relaciona os elementos necessários para a contratação artística:

- a) contrato firmado pelo próprio contratado ou por meio de empresário exclusivo;
- b) consagração do artista pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Além dos requisitos trazidos pelo art. 25, é essencial a justificativa da escolha e do seu preço, publicação na imprensa oficial, para assim evitar prejuízos ao erário em razão de superfaturamentos.

4.2. Problemas corriqueiros ligados à inexigibilidade de licitação

Em exame dos dados levantados, foi possível perceber que a inexigibilidade de licitação fundada na exceção da obrigatoriedade de licitar, gera uma enorme desconfiança quando sujeita ao controle de legalidade. Tamanha desconfiança é consequência das inúmeras falhas e irregularidades processuais, devido à complexidade da interpretação do dispositivo legal, ou ainda da falta do conhecimento do servidor acerca da lei, o que acaba motivando maior rigor na fiscalização por parte desses órgãos.

Tal fiscalização provoca um verdadeiro “pânico” em meio aos departamentos responsáveis em instruir os procedimentos de contratação direta por meio da inexigibilidade de licitação, o que acaba sendo mais rigoroso nos setores de assessoria jurídica e controladoria interna.

Os departamentos ligados direta e indiretamente à realização de contratos tem em mãos um série de amplas e diversas atribuições. Pertinente à complexidade e diversidade dessas responsabilidades conferidas pela Lei de Licitações, os servidores estão sempre sujeitos a falhas em razão de uma má aplicação dos procedimentos ou normas típicas a sua função.

É típica e lamentável a existência de municípios que não investem em capacitação de seus servidores, o que subestima a complexidade e os riscos relativos aos gastos com contratações e licitações, que até podem ser minorados com políticas de treinamento e disseminação de conhecimento dos profissionais.

O próprio Tribunal de Contas da União vêm determinando para que os gestores promovam o treinamento de servidores, mormente quando os erros são evidentes, pela falta de conhecimento da legislação pertinente e desprovidos de má-fé.

É pertinente vislumbrar alguns trechos de recentes acórdãos emitidos pelo Tribunal de Conta da União (2016) acerca do tema:

ACÓRDÃO Nº 2649/2007- TCU – PLENÁRIO

1.7. Determinar ao (omissis), com fundamento no art. 208, § 2º, do RI/TCU, que elabore um plano de ação, no prazo de 90 dias, contemplando as seguintes medidas:

1.7.1. realização de treinamento e de aperfeiçoamento de pessoal na área de recursos logísticos para adquirir conhecimento quanto aos procedimentos de aquisição de materiais com determinadas especificações ambientais;

1.7.2. promoção da capacitação dos servidores da área técnica para manuseio da ferramenta oferecida no Sistema Comprasnet; (Acórdão 544/2016 – 1ª Câmara)

ACÓRDÃO Nº 564/2016 - TCU - 2ª Câmara

1.7. Recomendar à Coordenação Regional da Funai em Guajará Mirim/RO que:(...)

1.7.4. adote medidas administrativas necessárias: (a) ao adequado acompanhamento da execução contratual; (b) à proibição de uso dos veículos oficiais por pessoas estranhas ao serviço público; (c) à capacitação de pessoal nas áreas de patrimônio e gestão de contratos; (...) (g) à definição do planejamento operacional das ações e das compras; (h) e à observância das disposições da Lei 8.666/1993. (Acórdão 564/2016 – TCU – 2ª Câmara)

Neste contexto, a capacitação de servidores não pode ser observada apenas por elevados gastos, tendo em vista que existem várias alternativas gratuitas das escolas de governo e iniciativas de educação à distância que podem ser utilizadas como ferramenta de aperfeiçoamento.

A de se lembrar ainda que a capacitação de pessoal é um investimento na busca de melhores resultados, o que conseqüentemente reduz a incidência de irregularidades e a responsabilização do servidor.

Nossa legislação é dinâmica, a todo momento tem-se modificações em Leis que refletem direta ou indiretamente nas licitações e contratos administrativo, o que requer diferentes e modernas interpretações, ou seja, o agente deve estar e se manter sempre atualizado.

Outro fator que gera muita discussão com a falta de conhecimento da legislação são as contratações de servidores comissionados para exercer cargos técnicos ligados a licitações e contratos. Essas contratações acontecem muitas vezes com a mudança de gestores em novas eleições, onde são nomeadas pessoas de sua confiança para exercer alguma função que precisa de certo conhecimento necessário. Muitos dos servidores comissionados não detêm nenhum conhecimento a respeito da Administração Pública, muito embora possua formação acadêmica, a área pública tem aspectos distintos da área privada.

4.3. Discussão sobre o tema apresentado

É de observar que o alto índice de corrupção que o país vem enfrentando, surge à necessidade da sociedade acompanhar e exigir do Estado uma posição mais criteriosa nos gastos públicos, em especial na compra direta para aquisição de serviços e bens de terceiros.

Resta claro que os administradores dos entes Estatais estão pressionados com a necessidade de uma significativa diminuição da descrença da população, no que tange a má utilização dos bens públicos.

Com o advento da Lei 8.666/93, o instituto da Licitação procurou sempre combater o desvio do real interesse público e dos demais princípios constitucionais e específicos, buscando a proposta mais vantajosa para evitar desigualdade de condições entre os concorrentes.

Os casos de contratação direta por intermédio da inexigibilidade foram expostos e devem ser utilizados de forma restritiva, quando houver inviabilidade de competição.

Embora o art. 25 da Lei de Licitações tenha objetivado delimitar a melhor forma de congruência da contratação, não foi factível prever todas as possibilidades em que a licitação é inexigível.

Mesmo a inexigibilidade sendo um processo mais simples do que a Licitação é necessário ter muita cautela e seguir as exigências dispostas em Lei para evitar o desvio do interesse público e conseqüentemente as possíveis infrações na esfera civil, administrativa e criminal.

Nessa perspectiva, o gestor não está absolutamente livre para escolher o contratado/fornecedor, devendo sempre observar as formalidades dispostas em Lei para aferir os requisitos necessários, haja vista as imposições ao limite do poder de discricionariedade.

Sérgio de Andréa expõe de forma bastante clara a maneira que o gestor deve realizar seus atos ao dizer que “Não basta que o administrador se atenha ao estrito cumprimento da lei; o exercício de seus direitos, poderes e faculdades devem ser informados por princípios éticos, devendo fazer-se, de modo regular, sem abuso” (Sérgio Ferreira, 1981, p.45).

5 CONCLUSÃO

No decorrer do trabalho apresentado percebeu-se que embora o ente público necessite contratar com o particular, por intermédio da licitação, para que a administração atinja os objetivos públicos, surgirão momentos em que por força legal a Administração pública poderá contratar sem a obrigatoriedade de licitação, hipóteses estas restritivamente elencadas na Lei 8.666 de 1993.

Com a síntese dos resultados obtidos, a resposta à indagação proposta a esta pesquisa científica é afirmativa. Assim consequentemente foi constatado que a contratação direta por meio da inexigibilidade de licitação, muitas vezes é utilizada por Administradores inescrupulosos como sucedâneo para meios fraudulentos que desvirtuam o interesse público.

Pertencentes dos mais variados setores governamentais, os administradores não se conscientizam da exigência de melhor tutelar os gastos públicos, utilizando dos poderes que a eles são atribuídos, para assim desviar o interesse público favorecendo a si mesmos ou terceiros.

Diante de tal quadro devemos buscar cada vez mais a possibilidade imperativa do fortalecimento da democracia brasileira, o que possibilita o controle dos recursos públicos, o aumento da competitividade, a economia processual, a livre concorrência, e a eficiência, evitando desvios de finalidade do dinheiro público e assim combatendo a corrupção.

Como forma de resultado à questão de pesquisa, tem-se que as hipóteses em que ocorre a inexigibilidade de licitação foram criteriosamente exploradas e evidenciadas, não só com referências bibliográficas, mas também com o estudo de caso a partir de uma análise comparativa relativa aos exercícios de 2017 a 2019 envolvendo o Município Delta, demonstrando como se comporta no caso examinado a contratação direta por meio da inexigibilidade da licitação pública.

Após a análise, constatou-se que nos exercícios de 2017 a 2019, foram gastos com a contratação direta por meio da inexigibilidade de licitação R\$ 6.207.778,05 (seis milhões, duzentos e setenta e sete mil, setecentos e setenta e oito reais e cinco centavos). Em comparação aos anos de 2017 e 2018, as contratações diretas tiveram um acréscimo de 27,78%%.

Já o que se refere às hipóteses de inexigibilidade usadas no período de 2017 a 2019, foram realizadas o total de 73 contratações diretas, sendo 21 no exercício de 2017, 43 em 2018 e 9 no ano de 2019. A mais utilizada foi a elencada no art. 25, inciso III, da Lei 8.666/93, para contratação de profissionais de vários setores artísticos, que corresponderam a 64,38% das contratações,

A pesquisa bibliográfica revelou a importância da inexigibilidade como forma de contratação direta ser utilizada como ressalva a obrigatoriedade de licitar, haja vista que grande parte dos agentes públicos despreparados e ímprobos tem empregado a essa hipótese um fim diverso daquele pretendido, cometendo uma dura ofensa aos princípios que regem o instituto das licitações e conseqüentemente grandes prejuízos ao erário público.

Com este estudo, verificou-se que o maior problema ligado à contratação direta por intermédio da inexigibilidade de licitação, está ligado a falta de capacitação dos servidores, no que se refere à legislação pertinente, onde grande parte dos problemas ocasionados são conseqüências de processos mal feitos, apressados e elaborados por servidores despreparados. É fundamental que os gestores invistam em aprimoramento profissional, principalmente em uma área tão vulnerável como a de contratos e licitações, onde o investimento passa a ser puro e efetivo.

Contudo, deve-se fazer a gestão do erário público de forma transparente, sempre acompanhada da correta interpretação da Lei, bem como em harmonia aos princípios constitucionais e norteadores da Licitação, para assim evitar a má utilização dos recursos públicos.

Por fim, esta pesquisa científica não trará modificações concretas na Administração Pública, entretanto, buscou-se levantar o seu contexto atual para se contratar e adquirir bens e serviços, vislumbrando-se a hipótese de disseminar dados que possam aproar os conhecimentos básicos do cidadão para que este saiba da existência do instituto da Licitação e fazer o uso de seu poder de fiscalização.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, Marcelo. VICENTE, Paulo. **Direito administrativo descomplicado**. 20 - ed. Ver. E atual.- Rio de Janeiro. Método, 2012.
- AGRA, Walber Moura. **Curso de Direito Constitucional Esquematizado**, 6. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Forense, 2010.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 11° ed. – São Paulo: Malheiros, 2005.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2013;
- BRAZ. Petrônio. **Processo de Licitação – Contrato Administrativo e Sanções Penais**. 3. ed. São Paulo: J.H. Mizuno, 2012;
- CARVALHO FILHO. José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014;
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito penal das licitações**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004;
- JUSTEN. Marçal Filho. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Rio de Janeiro: Ed. Dialética, 1993.
- DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2010;
- DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014;
- FERREIRA. Sérgio de Andrea. **Direito Administrativo Didático**. São Paulo, Forense: 1981;
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010;
- MELO. Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 31° ed. – São Paulo: Malheiros. 2014;
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional** 30° ed. São Paulo. Saraiva, 2014;
- MOTTA. Carlos Pinto Coelho. **Curso Prático de Direito Administrativo**, 31° ed. – Belo Horizonte: Del Rey. 1999;
- NIEBUHR. Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 4 ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015;

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. Ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1993.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Editora Dialética, 1998.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo: 3ª Edição**, São Paulo: Saraiva, 2008.

MAZZA, Alexandre. **Direito Administrativo**. São Paulo - Saraiva, 2014;

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 4º ed. São Paulo: RT, 2000.

D'ANGELO, Élcio. **Aspectos Constitucionais da Administração Pública**: 1 ed. Leme/SP: Independente, 2010.

LENZA, Pedro, **Direito Constitucional Esquematizado**, 19. ed. ver. atual. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015.

PEREIRA, Paulo Henrique; GARCIA, Marcos Cesar. **Estatística**. São Paulo: Plêiade, 2008.

MARCONI, M. de A.; LAKATOS, E. M. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VERGARA, S. C. **Projetos e Relatórios de Pesquisa em Administração**. 7ed. São Paulo: Atlas, 2006.

YIN, R.K. **Case study research, design and methods (applied social research methods)**. Thousand Oaks. California: Sage Publications, 2009.

_____. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF, 1993.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Último acesso em 13 de abril de 2016.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Vade mecum. São Paulo: Saraiva, 2008.

MALHOTRA, Naresh k. **Pesquisa de marketing: uma orientação aplicada**. São Paulo: Editora Bookman, 2004.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.. Vade mecum. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativos**, 4. Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

LÜDKE, M.; ANDRÉ, M.E.D.A. **Pesquisa em educação: abordagens qualitativas**. São Paulo, EPU, 1986.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. **Direito administrativo didático**. São Paulo: Forense, 1981.

MENDES, Denise Nogueira Magri. **Fraudes em Licitação. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 26 abr. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.47826&seo=1>>. Acesso em: 13.02.2019**

DEMITROW. Mara Lucia Machado. A Corrupção nas Licitações Públicas e os Mecanismos de Controle. Disponível em: <http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1453&idAreaSel=16&seeArt=yes>. Último Acesso em: 14.02.2019

_____ **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul** – Agravo de Instrumento: 70058222548 RS, Relator: João Barcelos de Souza Junior, Data de Julgamento: 30/04/2014, Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 12/05/2014. Disponível: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/118744189/agravo-de-instrumento-ai-70058222548-rs>. Último Acesso em: 23.02.2019.

_____ **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul** – Agravo de Instrumento nº70038717229. (TJ-RS - AG: 70038717229 RS, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Data de Julgamento: 23/02/2011, Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 17/03/2011) disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22942407/agravo-de-instrumento-ag70038717229-rs-tjrs>. Último Acesso em: 23.02.2019.

_____ **CE/MT.** Disponível em: http://www.tce.mt.gov.br/processo/decisao/num/198943/ano/2007/num_decisao/254/ano_decisao/2011. Último Acesso em: 01.03.2019.

_____ **Tribunal de Contas da União** - Acórdão 141/2013-Plenário. Relator Walton Alencar Rodrigues. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/*/KEY:JURISPRUDENCIA-SELEZIONADA-17107/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/0/sinonimos%3Dfalse. Último Acesso em: 28/03/2019.

_____ **Tribunal de Contas da União** - Acórdão 1437/2011- Plenário. Relator Valmir Campelo. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/*/KEY:JURISPRUDENCIA-SELEZIONADA-18265/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/0/sinonimos%3Dfalse

520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/0/sinonimos%3Dfalse. Último Acesso em: 29/03/2019.

 Tribunal de Contas da União - Acórdão 564/2016 - TCU - 2ª Câmara.
Relator - Ministro Vital Do Rêgo.
<https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=10499051>. Último Acesso em: 04/04/2019.

APÊNDICES

Apêndice A – Tabelas referentes aos dados levantados para a realização do estudo de caso.

DISPENDIO DO MUNICÍPIO DELTA COM INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO DO ANO DE 2017		
HIPÓTESE (INCISO)	OBJETO CONTRATADO	VALOR TOTAL
Inciso II	Contratação de Consultoria Jurídica	R\$ 60.000,00
Inciso I	Fornecimento De Peças (Filtros) Originais Para Maquinário Pesado	12.386,39
Inciso III	Show Artístico	R\$ 47.000,00
Inciso III	Show Artístico	R\$ 220.000,00
Inciso III	Show Artístico	R\$ 30.000,00
Inciso III	Show Artístico	R\$ 490.000,00
Inciso III	Show Artístico	R\$ 18.000,00
Inciso III	Show Artístico	R\$ 15.000,00
Inciso III	Show Artístico	R\$ 55.000,00
Inciso III	Show Artístico	R\$ 80.000,00
Inciso III	Show Artístico	R\$ 20.000,00
Inciso III	Show Artístico	R\$ 20.000,00
Inciso II	Contratação De Empresa Especializada Na Prestação De Serviços Técnicos De Auditoria Técnica Contábil	R\$ 125.000,00
Inciso II	Contratação De Prestação De Serviços De Especiais De Engenharia E Geoprocessamento	R\$ 15.000,00
Inciso II	Prestação De Serviços De Profissional Técnico Jurídico	R\$ 43.000,00
Inciso III	Apresentação Artística	R\$ 275.000,00
Inciso III	Apresentação Artística	R\$ 74.000,00
Inciso III	Apresentação Artística	R\$ 97.500,00
Inciso II	Contratação de assessoria para controle interno	R\$ 87.500,00
Inciso II	Consultoria jurídica administrativa	R\$ 180.000,00
Inciso II	Consultoria jurídica administrativa	R\$ 84.000,00
Inciso II	Consultoria Contábil para Executivo	R\$ 195.075,60
Inciso II	Consultoria Contábil para Fundeb	R\$ 48.134,64
Inciso II	Consultoria Contábil para SMT	R\$ 21.534,12
Inciso II	Consultoria Contábil para FMIA	R\$ 17.733,60
Inciso II	Consultoria Contábil para FEMBOM	R\$ 17.733,60
Inciso II	Consultoria Contábil para	R\$ 25.334,52

	Fundação		
Inciso II	Consultoria Contábil para Funprevis	R\$ 25.334,52	
Inciso II	Consultoria Contábil para FMAS	R\$ 44.335,44	
Inciso II	Consultoria Contábil para Saúde	R\$ 60.801,84	
VALOR TOTAL R\$ 2.444.402,27			

DISPENDIO DO MUNICÍPIO DELTA COM INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO DO ANO DE 2018		
HIPÓTESE (INCISO)	OBJETO CONTRATADO	VALOR TOTAL
Caput	Contratação Via Processo De Credenciamento De Profissional Técnico Em Enfermagem	R\$ 9.180,00
Caput	Contratação Via Processo De Credenciamento De Profissional Educadora Físico	R\$ 18.636,00
Caput	Contratação Via Processo De Credenciamento De Profissional Assistente Social	R\$ 9.318,00
Inciso I	Fornecimento De Vale Transporte Para Os Funcionários Da Casa De Apoio Situada Na Cidade De Goiânia	R\$ 7.560,00
Caput	Fornecimento De Peças E Prestação De Serviços Especializado Para Manutenção Da Motoniveladora 120k	R\$ 92.179,68
Inciso III	Show Artístico	R\$ 20.000,00
Caput	Serviço De Publicação No Diário Oficial Do Estado	R\$ 290.000,00
Caput	Contratação Via Processo De Credenciamento, Medica Clinica Geral	R\$ 52.666,10
Caput	Contratação Via Processo De Credenciamento, Enfermeira	R\$ 18.000,00
Caput	Contratação Via Processo De Credenciamento, Empresa Para Prestar Serviços De Exames De Ultrassonografia	R\$ 80.000,00
Caput	Contratação Via Processo De Credenciamento De Empresa Para Disponibilizar Um Médico Clínico Geral	R\$ 95.200,00
Inciso III	Show Artístico	R\$ 15.000,00
Inciso III	Show Artístico	R\$ 3.000,00

Inciso III	Show Artístico	R\$ 7.500,00
Inciso III	Apresentação Artística	R\$ 510.000,00
Inciso III	Apresentação Artística	R\$ 22.000,00
Caput	Contratação De Empresa Para Disponibilizar Um Médico Clínico Geral	R\$ 95.200,00
Inciso III	Contratação Artística	R\$ 209.000,00
Inciso III	Contratação Artística	R\$ 260.000,00
Inciso III	Contratação Artística	R\$ 12.000,00
Inciso III	Apresentação Teatral	R\$ 6.000,00
Caput	Contratação Via Processo De Credenciamento Psicóloga,	R\$ 3.106,00
Caput	Contratação De Empresa Para Disponibilizar Um Médico Clínico Geral	R\$ 113.640,00
Inciso III	Contratação De Show Artístico	R\$ 273.000,00
Inciso III	Contratação De Show Artístico	R\$ 54.500,00
Inciso III	Contratação De Show Artístico	R\$ 20.000,00
Inciso III	Contratação De Show Artístico	R\$ 38.500,00
Inciso III	Contratação De Show Artístico	R\$ 106.500,00
Inciso III	Contratação De Show Artístico	R\$ 90.000,00
Inciso III	Contratação Da Artista	R\$ 15.000,00
Inciso III	Contratação De Show Artístico	R\$ 5.700,00
Inciso III	Show Artístico	R\$ 6.500,00
Inciso III	Show Artístico	R\$ 6.000,00
Inciso III	Show Artístico	R\$ 6.500,00
Inciso III	Contratação De Show Artístico	R\$ 73.000,00
Inciso III	Show Artístico	R\$ 70.000,00
Inciso III	Show Artístico	R\$ 5.500,00
Inciso III	Show Artístico	R\$ 107.000,00
Inciso II	Prestação De Serviços De Assessoria E Consultoria Previdenciária	R\$ 48.000,00
Inciso II	Prestação De Serviços De Profissional Técnico Jurídico	R\$ 43.000,00
Inciso II	Contratação De Serviços Profissionais De Assessoria E Consultoria Jurídica	R\$ 7.500,00
Inciso II	Contratação De Serviços Profissionais De Consultoria Jurídica	R\$ 190.000,00
Inciso I	Locação De Software Especializado Em Ferramenta De Pesquisa E Comparação De Preços	R\$ 7.990,00
VALOR TOTAL		R\$ 3.123.375,78

**DISPENDIO DO MUNICÍPIO DELTA COM INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO
DO ANO DE 2019**

HIPÓTESE (INCISO)	OBJETO CONTRATADO	VALOR TOTAL
Inciso III	Contratação De Show Artístico	R\$ 5.000,00

Inciso III	Contratação De Show Artístico	R\$ 33.000,00
Inciso III	Contratação De Show Artístico	R\$ 100.000,00
Inciso III	Contratação De Show Artístico	R\$ 10.000,00
Inciso III	Contratação De Show Artístico	R\$ 5.000,00
Inciso III	Contratação De Show Artístico	R\$ 4.000,00
Inciso III	Contratação De Show Artístico	R\$ 3.000,00
Inciso III	Show Artístico	R\$ 65.000,00
Inciso III	Show Artístico	R\$ 415.000,00
		VALOR TOTAL R\$ 640.000,00