

**FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIO DE SERGIPE**

**BACHARELADO EM DIREITO**

**PAULO GIBSON LEAL DIAS**

**LICITAÇÃO E CONTRATAÇÃO DIRETA  
NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

**Aracaju**

**2014**

**PAULO GIBSON LEAL DIAS**

**LICITAÇÃO E CONTRATAÇÃO DIRETA  
NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Monografia apresentada à Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe como um dos pré-requisitos para obtenção de grau de bacharel em Direito.

**ORIENTADOR:**

PROF.Esp. ALESSANDRO BUARQUE COUTO

**Aracaju**

**2014**

**PAULO GIBSON LEAL DIAS**

**LICITAÇÃO E CONTRATAÇÃO DIRETA  
NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Monografia apresentada à Comissão Julgadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe como um dos pré-requisitos para obtenção de grau de bacharel em Direito.

**Aprovada em:** \_\_\_\_\_ / \_\_\_\_\_ / \_\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Esp. Alessandro Buarque Couto**  
**Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe**

---

**Drº Pedro Durão**  
**Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe**

---

**Gilda Diniz dos Santos**  
**Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe**

**TERMO DE APROVAÇÃO  
PAULO GIBSON LEAL DIAS**

**LICITAÇÃO E CONTRATAÇÃO DIRETA  
NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Essa monografia foi julgada e aprovada para obtenção do título de bacharel no curso de Direito, Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe.

Aracaju, de 2014.

---

Coordenador Dr<sup>o</sup> Prof. Pedro Durão  
Direito

Faculdade de Administração e Negócios De Sergipe

Orientador: Prof. esp. Alessandro Buarque couto  
Faculdade de administração e negócios de Sergipe

A meus familiares e amigos.

## AGRADECIMENTOS

Dedico este Trabalho Acadêmico a muitas pessoas de diversas épocas e momentos da minha vida, desde aquelas dos meus primeiros passos no contato e trejeitos com os lápis e borrachas, até os mais recentes que cooperaram e me injetaram ânimo em prol do meu Saber e Conhecimento Jurídico, então vamos fazer um devaneio nos mais diversos momentos, pontual e conjectural, da minha sinuosa estrada acadêmica.

Pois nos meados da década de 80 devo dedicação e honrarias a minha primeira professora, ainda viva, professora **Dilza**, a qual, com sua calma e destreza (...) com os pequeninos, ansiosos e ávidos por novos conhecimentos, nos deu a segurança necessária para galgar os primeiros passos nessa longa, delicada e saborosa estrada rumo ao conhecimento e o saber.

Segunda grande figura a lograr dedicação e merecedora de honrarias também é minha avó **Beatriz Leal**, onde nos seus atuais e eminentes 93 anos de vida, cujo com ela encontrei e aprendi o segredo da persistência no que pertine o aprender (...) a praticar e somente praticar, como nos seus exaustivos exercícios de matemáticas, exarados por seus próprios punhos, nos fundos dos cartazes de vacinação oriundo do Posto de Saúde, que ora, trabalhava fazendo com que nós promissores netos praticássemos e respondêssemos inúmeras questões de matemática, mais precisamente as famosas 4(quatro) operações e não esqueçamos da temida prova dos “noves fora!!! zero”.

Seguindo nessa trajetória, rumo aos estudos houve grande participação de mãe **Diva Dias** que com sua eterna calma e sapiência, me fez aprender (...) ao meu pai **Laudelino Dias**, que com seus esforços e rigidez militar, custeou meus estudos dos meus respectivos 70% de toda minha trajetória acadêmica. Assessorando estes, minhas duas tias **Janete e Miriam Leal**, que além de ensinar, serviram e muito bem como fiscal daquela, grande e segunda congratulada, minha ascendente consanguínea em 2º grau nossa Vó querida.

No decurso dos tempos, pontualmente na década de 90, foram surgindo pessoas com grau de importância, cujos elogios a minha dedicação aos estudos, fossem meritória de elogios, mais precisamente nos exames de concursos públicos, até o momento em que após um razoável afastamento da vida dedicada à arte de

estudar. Em momento conjuntural surgiu uma pessoa que com uma simples frase me fez refletir e mudar meu acomodado ritmo de vida, fazendo ascender no meu íntimo um grande desejo, ora, ofuscado pelo ostracismo, permitindo-me dedicar e aprofundar-me no Mundo Jurídico, parafraseando ela "... Pensei que você tivesse curso superior (...) devido sua inteligência, educação e modo de se expressar..." Essa dor doeu mais forte..., mais serviu como "Start" combinado com o desejo imensurável e o sonho de galgar uma cadeira na Magistratura Nacional. A autora dessa frase estimuladora, bem como, merecedora de dedicatória e honorárias é de minha querida e eterna companheira **Ana Paulino**, que ademais, nesta frase impactuosa, esteve ao meu lado nos primórdios e duros momentos, do qual estava engessado pelos poucos recursos que o momento oferecia (...). Cuidando desde minha alimentação até minhas vestimentas só para não me atrasar, quando saía da minha vida laboral, nem tão pouco me desestimular das então matérias introdutórias do Direito, ora, pouco atrativas. Durando esse respectivo estímulo, até contemporâneo momento, bem como, nessa reta final da minha vida acadêmica.

Vamos inserir nesse rol de dedicatórias meus dois irmãos **Antonio Robson Dias** e **Nobel Dias**, cujo àquele primogênito sempre me cobrou e orientou sobre a necessidade de ter Nível Universitário – NU, bem como, sobre suas benéficas quando diplomado, quanto ao segundo irmão cuja vida atual se assemelha a minha, também, este galgando formação como bacharel em Serviço Social, onde, iniciado nessa vida acadêmica também um pouco tarde, contudo, conforme brocado, nunca eis tarde para aprender, eles também são merecedores dessa minha dedicatória.

Devendo nesse trabalho também agradecer a participação, agora mais recente, já na atual reta final do curso da minha namorada **Marcela Lacerda**, que por fim, conduzindo e arrematando este trabalho de conclusão de curso, onde mostrou destreza e maestria, no que tange, a orientar cada passo, corrigindo meu trato com a norma, me familiarizando com o trabalho acadêmico mostrando-me verdadeiro norte, incluindo também neste diapasão **Junio Lacerda** que contribui para este trabalho acadêmico.

Aos professores e professoras que contribuíram para minha formação acadêmica e profissional, os conteúdos que cada um deles nos transmitiu com muita sabedoria e paciência nos tornaram melhores cidadãos e com possibilidade de adentrar no mundo jurídico com maior segurança. Aos colaboradores da FANESE, tanto aqueles que trabalham no polo situado no Shopping Riomar, bem como, os

atuais servidores e colaboradores do Campus Santo Antonio, quanto àqueles que trabalham no Núcleo de práticas Jurídicas.

Aos meus amigos e amigas do curso de Direito da FANESE, em especial aos amigos **Jean Paolo, Julisvaldo Santusé**, e por fim a querida **Simone Vieira** que a muito me ajudou, e nesse convívio com muita garra enfrentamos os desafios e problemas que se apresentaram durante o período de nossa formação acadêmica e por fim agora vencedores.

Ao mestre orientador desta monografia, **Prof. Esp. Alessandro Buarque Couto** pelo suporte e empenho na construção deste trabalho acadêmico.

Aos professores e amigos, **Drº Pedro Durão, Drº José Carlos, Drº Vitor Condorelli, Drº Evânio Moura** não esquecendo **Drº Augusto Cesar**.

Por fim, a todos aqueles que contribuíram, direta ou indiretamente, dessa cansativa, porém, prazerosa longa etapa rumo à conclusão do meu Bacharelado em Direito.

Na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza, enquanto na Administração Privada é possível fazer o que a lei não proíbe. (Helly Lopes Meirelles).

## RESUMO

A Contratação Direta vem nos moldes, atuais, configurar a efetividade e a celeridade das atividades rotineiras ou não do Estado, fugindo de uma velha e possível burocratização na máquina administrativa, distintamente do que ocorre com a Licitação Pública cujo suas formalidades arrastam por tempos numa simples atividade entre o Estado e um determinado particular. Contudo essa exceção legal possibilita e facilita o surgimento de condutas escusas, nefastas, trazendo grandes prejuízos ao erário público. Todavia, essa análise deve estar contextualizada, na real necessidade de tornar mais célere as compras, alienações, obras ou serviços cujos interesses maiores tenham como uma das partes no mínimo a Administração Pública. Destarte, a contratação direta possui como escopo institutos ou espécies que disciplina situações diversas, capaz de fazer com que essas situações concretas não se submetam ao crivo do certame público, essas casuísticas possuíram como elementares muitas situações expressas de modo vinculante, noutras para surtir efeitos, devendo submissão à discricionariedade, interesse e conveniência Estatal. Neste diapasão, com a inserção da tecnologia da informação na Administração Pública, esta possibilitou novos mecanismos e dinâmicas de forma a tornar muito mais célere, seguro e eficientes às atividades estatais, como o Pregão e nesse curso também o advento do novo Sistema de Registros de Preços – SRP ferramenta eficaz para os propósitos pretendidos.

Palavras-Chave: Contratação Direta, Licitação Pública, Inexigibilidade, Dispensa.

## ABSTRACT

No – bid contract comes in current patterns of effectiveness and expedite routine or non- state activities, escaping a possible bureaucratization of the administrative machine, unlike the case with the Bidding formalities which drag their times by a simple activity between the State and a particular. However this exception enables and facilitates the emergence of shady, nefarious conduct, bringing huge losses to the exchequer. However, this analysis must be contextualized in real need to make faster purchases, disposals, works or services whose interests as a party in the Public Administration. Thus, the no – bid contract has as scope or institutes that regulate various species, able to make these concrete situations are not subjected to the scrutiny of the public event, these situations case series have expressed many elementary and binding, in other to produce effects must submit to the discretion state. In this vein, with the insertion of Information Technology in Public Administration , this possible new mechanisms and dynamics in order to make more rapid, safe and efficient state activities , such as the advent of the new System of Records Price - SRP effective tool for intended purposes .

Keywords: No – bid contract, Bidding , sole-source contract , waiver of bidding process.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO.....</b>	<b>13</b>
<b>2. LICITAÇÕES PÚBLICAS.....</b>	<b>16</b>
<b>2.1 Princípios da Licitação Pública.....</b>	<b>18</b>
<b>2.1.1 Princípios Constitucionais.....</b>	<b>18</b>
<b>2.1.2 Princípios expressos na Lei 8.666/93 e os Administrativos.....</b>	<b>20</b>
<b>3. OBRIGATORIEDADE DE MOTIVAÇÃO DOS ATOS DE LICITAÇÃO.....</b>	<b>21</b>
<b>3.1 Lei 9.784/99 (processos administrativos federais).....</b>	<b>23</b>
<b>3.2 Lei 8.666/93 (licitações e contratos da adm. pública).....</b>	<b>24</b>
<b>4. MODALIDADES DE LICITAÇÃO.....</b>	<b>25</b>
<b>4.1 Concorrência.....</b>	<b>27</b>
<b>4.2 Tomada de Preços.....</b>	<b>27</b>
<b>4.3 Convite.....</b>	<b>28</b>
<b>4.4 Concurso.....</b>	<b>28</b>
<b>4.5 Leilão.....</b>	<b>29</b>
<b>4.6 Pregão.....</b>	<b>29</b>
<b>4.7 Consulta.....</b>	<b>29</b>
<b>5.CONTRATAÇÃO DIRETA.....</b>	<b>30</b>
<b>5.1 Espécies das exceções.....</b>	<b>31</b>
<b>5.1.1 Dispensa (art. 24).....</b>	<b>33</b>
<b>5.1.2 Dispensada (art. 17).....</b>	<b>36</b>
<b>5.1.3 Distinção entre dispensada e dispensável.....</b>	<b>37</b>
<b>5.1.4 Inexigibilidade (art. 25).....</b>	<b>38</b>

5.1.4.1 Produtor ou responsável comercial exclusivo.....	42
5.1.4.2 Serviços técnicos de natureza singular.....	42
5.1.4.3 Profissional artístico, exclusivo, consagrado pela crítica especializada e opinião pública.....	44
6. FRAUDES NAS CONTRATAÇÕES DIRETAS.....	45
6.1 Crimes definidos na lei 8.666/93 (art. 89).....	46
7. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	48
REFERÊNCIAS.....	50
ANEXOS.....	52

## 1.INTRODUÇÃO

Do estudo inserido neste trabalho, serão tratadas as hipóteses de não utilização do certame licitatório, para tanto partiremos dos conceitos e fundamentos constitucionais que tratam da matéria – Licitação - para entendermos as razões de sua obrigatoriedade, deste modo, incrementarmos a todos os atos da administração pública, quando se pretenda efetuar compras, obras, serviços dentre outras atividades oriunda dos diversos setores privados, com intuito de atender as necessidades públicas, coletivas e sociais.

Observa-se nos princípios e como consequências desses a possibilidade de indisponibilidade do interesse público, que conforme determina o art. 37, XXI, da Constituição Federal quando tratadas de obras, serviços, compras e alienações, bem como, as concessões e permissões serão contratadas mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivadas nas propostas, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências como qualificações técnicas e econômicas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Assim, em virtude do referido dispositivo constitucional, pode-se afirmar que no âmbito da Administração Pública há presunção absoluta de que o melhor contrato será aquele precedido de um bom e límpido processo licitatório. Com efeito, e em breve definição, denominamos licitação como um procedimento administrativo através do qual o ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados que preencha os requisitos constantes no instrumento convocatório, lhes proporcionando oportunidade de formularem propostas, dentre as quais serão escolhidas a mais vantajosa para a celebração do contrato com a administração Pública.

De plano essa é a regra quando da vinculação entre atividades contratadas envolvendo a Administração Pública e o Setor Privado, porém, como toda regra, norma jurídica ou social na sua essência permite exceções, estende-se tal situação também a norma da licitação pública, cuja exceção esta expressa no seu bojo, ocorrendo nestes casos alguns tipos de exceções à regra, de modo, a possibilitar a contratação direta.

Ocorre que, muitas vezes, o processo licitatório é dispensado de forma indevida ou aparece eivado de uma série de irregularidades, em face de condutas fraudulentas perpetradas por gestores e autoridades públicas. Nessas hipóteses, pode ocorrer que a conduta do agente público, ou do particular envolvido no processo, se ajuste a alguns dos tipos penais que virão a constituir os crimes dispostos nos artigos 89 a 99, da Lei nº 8.666/93. Podendo-se, ainda, enquadrar referidas condutas aos tipos de improbidade administrativa previstos na Lei 8.429/92. De toda sorte, além de atacar o vício detectado no processo de licitação é importante que se responsabilize aquele que deu causa aos atos fraudulentos.

Para que não venha a ocorrer situações abusivas de dispensa indevida, a própria lei 8.666/93 em seus artigos 17, 24 e 25 tratou de disciplinar as hipóteses de dispensa ou até mesmo de inexigibilidade de licitação, veremos também as espécies da exceção dispensa quanto aos seus pontos distintos e situações de cada uma delas (dispensável e dispensada) e das hipóteses exemplificativas que consta na situação de inexigibilidade da licitação, bem como, da possibilidade de ampliação desse rol, que a principio é taxativo da inexigibilidade.

Em breves pinceladas, no tocante as partes envolvidas na relação jurídico-licitante é condição *sine qua non* a presença em um dos polos de um representante do Estado ou da Administração Pública para que se configure, nos moldes legais, um Certame Público Licitatório. Conquanto que na outra extremidade fechando a relação fática de uma licitação uma pessoa física ou jurídica privada ou particular, deste modo, também se inserindo nesse grupo profissional liberal como advogados, contadores, engenheiros, quando por sua condição singular, também subsume a ocorrência da inviabilidade de competição, devido à singularidade dos seus serviços ou por necessidade da Administração em contratar profissionais de notória especialização, ou seja, conforme dito “não se licitam coisas desiguais, só se licitam coisas homogêneas” e o profissional liberal não é homogêneo no cuidado com seu labor.

Será de bom alvitre observar não só de maneira sorrateira, mais em profundas ponderações o que tange a conduta dos Gestores Públicos ou Diretores dos órgãos ou entidades da Administração quando da participação em fraudes licitatórias fito a lograr lucros e possíveis enriquecimentos ilícitos com os partícipes dos processos de licitação, quando da escolha de empresas. E neste sentido,

emergido dos fatos, condutas previamente disciplinadas e tipificadas como crimes pela Lei 8.666/93 e suas implicações na seara penal, de modo tal que o interprete e/ou executor da lei - em tela – possa conhecer esses crimes a ponto de poder combatê-las ou até mesmo evitá-las.

Doravante, outra situação pontual é no que condiz da obrigatoriedade de motivação dos atos de dispensa ou inexigibilidade de licitação, do qual, nas entrelinhas da lei 9784/99 (processos administrativos federais) onde deverão todos os atos administrativos ser motivados, conquanto em contrassenso na lei 8.666/93 (lei de licitações) essa exigência não é tão explicitada, restando somente a esta lei, quando da motivação o que disciplina o artigo 26 onde a mesma orienta – necessariamente justificadas – no bojo do referido artigo, mostrando-nos que a lei de licitações não despreza de modo absoluto a motivação dos atos administrativos, quando a casuística for de dispensa e inexigibilidade, deste feita, asseverando claramente a necessidade de uma alteração na lei nesse sentido, de modo, a clarear mais ou até mesmo moldar melhor a lei de licitações às necessidades de motivação dos atos de dispensa ou inexigibilidade da licitação.

O presente trabalho acadêmico tem por intuito identificar, compreender e efetivar os institutos da dispensa ou inexigibilidade de licitação e nesse íterim determinar qual instituto, bem como, o momento em que deverão ser utilizados estes, deste modo, quando a administração pública advier do interesse em contratar empresas ou particulares, sendo este o foco do presente trabalho acadêmico, nesse sentido, e de modo especial interpretar a lei 8.666/93 em seus pormenores para atingir os fins devidos às atividades de contratação direta de particulares.

## **2. LICITAÇÕES PÚBLICAS**

Instituto esse inserido no ordenamento jurídico brasileiro, como regra, basilar quando da contratação e aquisição de bens e serviços, inclusive de publicidade, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, deste modo, a bem servir a Administração pública e sob a égide da lei 8.666/93 – LEI DE LICITAÇÃO PÚBLICA – passando desde então a figurar como regra a ser adotada a todos os ramos da administração Pública Direta e

Indireta, bem como, suas subsidiárias ou órgãos/entidades que receberam subvenção pública, ou seja, verbas públicas para gerir suas atividades administrativo-financeira e nesse diapasão os respectivos Gestores Público – políticos ou nomeados para estes fins.

O atual diploma licitatório e suas respectivas alterações que regulamentam o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, cuja intenção é normatizar e instituir disciplinamento quanto às licitações e contratos da Administração Pública além de outras providências referentes à matéria ventilada. Apartir da vigência da lei de licitações até períodos recentes, ou seja, no decurso desses tempos foram inseridas no bojo dos 6(seis) capítulos alterações significantes, como as leis infraconstitucionais 8.883/94, 9.648/98 dentre outros dispositivos infra legais distribuídos pela norma, neste interstício de tempo, desde sua entrada em vigor, bem como, ampliando nesse sentido e aprimorando a matéria no que tange sua eficiência.

Antes de adentrarmos no conteúdo da matéria, devemos traçar alguns conceitos no que pertine o termo “Licitação Pública”, discorrendo sobre esses conceitos inclui-se muitos doutrinadores, que a bem dizer pouco divergiram, existido muitas semelhanças quanto aos seus conceitos, dentre muitos autores, destaque para alguns como os renomados doutrinadores:

Meirelles quando da sua literalização no que condiz ao conceito de Licitação enalteceu alguns princípios norteadores e sua necessária exigibilidade para dar conformidade à norma:

Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenadas 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” (MEIRELLES, 2003, p. 264).

No vislumar do Juiz Federal, doutor e doutrinador Dirley Da Cunha Júnior que conceitua a Licitação Pública em sua obra como:

A licitação é um procedimento administrativo por meio do qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato que melhor atenda ao interesse público. (DIRLEY, 2011, p. 435).

Em sentido semelhante a muitos renomados doutrinadores, Cretella vislumbrou entendimento quanto à definição de Licitação Pública como sendo:

Procedimento administrativo preliminar complexo, a que recorre a Administração quando, desejando celebrar contrato com o particular, referente a compras, vendas, locações, obras, trabalhos ou serviços, inclusive os de publicidade, seleciona, entre varias propostas feitas, a que atenda melhor ao interesse público, baseando-se para tanto em critério objetivo, fixando de antemão, em edital, a que deu ampla publicidade (CRETELLA, 2000, p. 115).

Claramente verifica-se que os conceitos sobre Licitação Pública não advém e nem necessita de uma origem teórica complexa, pela conveniência da falta de divergências, vênias ou discrepâncias entre os conceitos dos mestres doutrinadores, nos mostrando muita similitude. Por esse motivo não é muito difícil compreender a conceituação teórica da Licitação Pública, como mediana cognição se absorvem bem e com maestrias seus conceitos, bem como, princípios, modalidades e respectivas fase necessárias a uma Licitação pública.

## **2.1 Princípios da lei de licitações**

Nos mesmos moldes como nos ocorrem em diversos ramos do Direito, tal como, nas normas infraconstitucionais existentes no arcabouço normativo, a lei de licitação também é preconizadas por princípios, estes de caráter geral – princípios administrativos e constitucionais – como também corroborado por princípios específicos diretamente vinculados e ventilados para o procedimento de licitação. Nesse vislumbrar, elenco os referidos princípios disciplinados na própria lei 8.666/93 cujo fulcro nos artigos 3º, 4º, 41º, 42º, 45º e por fim o artigo 50º do citado diploma legal, discorreremos sobre cada um deles, bem como, a posteriori dos de caráter geral da seara administrativa, bem como, outros específicos que de tal feita determinam e qualificam à Licitação Pública, de modo, a apresentar um norte quanto às decisões e exigências licitatórias, preservando assim, o bem maior que é o interesse público tão difundido em nossa Carta Magna.

### **2.1.1 Princípios constitucionais**

Com a advento do novo ordenamento jurídico nacional de 1988 foi inserido no sistema administrativo brasileiro os princípios norteadores da Administração Pública, com fulcro no artigo 37 caput da Constituição Federal, no qual inovou, consagrando os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência este último consagrado pela emenda constitucional nº 19/98. Neste seguimento, merecendo comentários:

Princípios da legalidade este, princípio dos princípios, denominado princípio da legalidade, previsto no art.5º, II da Constituição Federal, limita a administração Pública a somente poder exigir nos Editais de licitação o que está previsto na lei. Regendo também as licitações públicas.

Baseado nesse princípio e sobre a luz dele é que a Administrador público somente poderá e deverá seguir tendo obediência ao que consta expresso na lei, que no

revés, serve com garantia também para os próprios licitantes, deste modo, limitando a conduta e os atos da Administração Pública.

Princípio da impessoalidade cujo objetivo é limitar os anseios do administrador público, quanto a suas prerrogativas e ações, de maneira, a impedir que favoreça determinada pessoa ou licitante em detrimento do interesse público ou no caso em espécie da proposta mais vantajosa para a Administração Pública. Constando este princípio no arcabouço das licitações públicas.

Fica claro que o administrador público sob a égide desse princípio da impessoalidade quando ao executar seus atos, deveram fica como serviçal da vontade estatal e não dos seus interesses unilaterais.

Princípio da Moralidade neste princípio, do qual, não obriga o administrador a cumprir de modo estrito a letra fria de lei, devendo salientar a conduta ética e sob a ótica da razoabilidade e justiça social, visando, ao interpretar a lei o bem estar coletivo e social. Regendo a seara das licitações públicas.

Princípio da Publicidade onde constitucionalmente bem abrangido, todos os atos públicos devem ser publicitado, salvo exceções em lei, como quanto ao conteúdo das propostas até respectiva abertura, no caso da licitação pública assegurando a transparência do processo licitatório, permitindo uma maior fiscalização por parte do cidadão, sendo este princípio encontrado de forma expressa na própria lei 8.666/93 fulcro Artigo 3º § 3º da referida norma de licitação.

Princípio da eficiência este recente como ora citado, inserida no arcabouço constitucional apartir da EC nº 19/98, aparecendo em momento bem oportuno, pois, quando da deficiência dos serviços públicos prestados, fazendo com que esses revesse seus conceitos emergindo um sistema de serviços públicos pautado em eminente prestação dos serviços público e nos bem estar de seus destinatários. Este princípio na seara da licitação é asseverado de forma discreta e sucinta.

### **2.1.2 Princípios expressos na lei 8.666/93 e os administrativos**

Princípio do Sigilo das Propostas este cujo fulcro consta no art. 3º, § 3º: 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.

Princípio do Procedimento Formal conforme o art. 4º, Parágrafo único o procedimento licitatório previsto nesta lei caracteriza ato administrativo formal, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração Pública.

Princípio da vinculação ao Instrumento Convocatório que tem sua conceituação no bojo do art. 41, caput que nos orienta que a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

Princípio do Julgamento Objetivo que no art. 44, caput sua definição de modo que, no julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei e o seguinte art. 45, caput. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

Princípio da Adjudicação Compulsória também cujo fulcro no art. 50, caput nos orienta que a Administração não poderá celebrar o contrato com preterição da ordem de classificação das propostas ou com terceiros estranhos ao procedimento licitatório, sob pena de nulidade.

Princípios estes como ora frisado, elencado no diploma legal, da mesma lei em comento, vamos repisar agora nos princípios específicos do direito administrativo que subsume claramente ao processo de licitação pública. Doravante estes arcabouços principiologicos serão abordados aqueles princípios de caráter geral.

Princípio da Isonomia neste princípio também que tem previsão expressa na própria constituição, mas precisamente no artigo 5º, do qual, veda a distinção de toda e qualquer natureza, enaltecendo a igualdade entre todos, sob o viés da Licitação Pública devendo haver igualdade de condição entre os licitantes abominando qualquer forma de distinção, tornando este princípio como fundamental capaz de impedir as discriminações ainda inerentes na Administração Pública.

Princípio da Probidade Administrativa este princípio vangloria a honestidade e os cidadãos íntegros, principalmente os integrantes das Comissões De Licitação que não devem procurar satisfazer seus ímpetos interesses em face do interesse público.

Por fim, como regra geral nos caso de licitações públicas devem ser observado cada um desses princípios, pois eles preconizam, em tese, que todos os processos licitatórios fossem imbuídos de uma maior transparência possível, servindo até para as empresas particulares contratadas, como proteção legal quando se almeja contratar com o poder público, ou seja, uma espécie de arma jurídica nos casos de eventuais recursos administrativos.

### **3. OBRIGATORIEDADE DE MOTIVAÇÃO OS ATOS DE LICITAÇÃO**

A obrigatoriedade de fundamentar ou motivar os atos em geral onde nunca foi expressamente citado em nenhum Diploma Constitucional que já vigorasse no Brasil. Nesse ínterim, ficou por conta da Doutrina de adequar essa necessidade aos princípios ora existentes como da moralidade, transparência, contraditório e controle jurisdicional, a motivação se tornou quase uma obrigatoriedade quando se expede os atos administrativos.

Com a nova Carta Constitucional que trouxe inovações inclusive neste campo da motivação dos seus atos, contudo de forma implícita, mesmo o sendo implícita não afastando da Administração Pública sua obrigatoriedade de motivar seus atos,

nesse sentido, sinaliza o artigo 37 da CF/88, onde o mesmo incrementa vários princípios, observe o que preceitua seu caput.

“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”.

Estes são os princípios de forma expressa, não obstante, deste modo, excluindo os implícitos, como o citado princípio da motivação, objeto de estudo nesse tópico. Nada impede que seja ele utilizado ou considerado de menor importância, por esta configurada nos moldes da implícitude. Conforme magistério de Henrique Savonitti Miranda que leciona serem os princípios de mesma importância, vejamos “Todos possuem a mesma importância para o Direito. Tanto é assim que indispensáveis princípios para o contorno do regime jurídico administrativo apresentam-se de forma implícita, como ocorre com o princípio da supremacia do interesse público”.

Nestes moldes, o Ministro Marco Aurélio Mello, quando em 1994 em decisão a um determinado Recurso Extraordinário, enalteceu a importância dos princípios implícitos constitucionais, vejamos esse trecho de suma importância para os princípios implícitos.

Os princípios podem estar ou não explicitados em normas. Normalmente, sequer constam de texto regrado. Defluem no todo do ordenamento jurídico. Encontram-se ínsitos, implícitos no sistema, permeando as diversas normas regedoras de determinada matéria. O só fato de um princípio não figurar no texto constitucional, não significa que nunca teve relevância de princípio. A circunstância de, no texto constitucional anterior, não figurar o princípio da moralidade não significa que o administrador poderia agir de forma imoral ou mesmo amoral.

Devemos verificar e inserir nos costumes da administração Pública a rotina de motivar todos os atos que enseja alteração do bem jurídico de terceiros ou até mesmos bens do âmbito da própria administração pública, muito bem sinalizado pelo

Ministro Celso Mello, quanto da importância desses princípios, que mesmo sendo esse de caráter implícito, tem seu lugar no rol dos princípios administrativos como essencial. Esse entendimento que ventila desse princípio, ganha força quando fito a tornar estanque a conduta diversa por parte da Administração Pública, afastando assim, possíveis arbitrariedades, bem como, ferindo também o princípio da impessoalidade. Coexistem atualmente duas normas infraconstitucionais que tutelam essa situação e conduta, digamos não divergentes quanto à necessidade de motivação dos seus atos, mas sim uma com pouca dimensão, conquanto, outra, quando postas em mesmo plano, com dimensão e alcance diminuído, dimensões essas analisadas sobre o plano de sua expressão literária, quando de sua disposição no texto, inseridas nas ora citadas normas. Nos tópicos seguintes analisaremos os dispositivos que trata da motivação em cada uma das normas.

### **3.1. Lei 9784/99 - Processos Administrativos Federais**

Nesta norma infraconstitucional no que tange a motivação, mostra-se bem cristalina quanto à necessidade de motivar todos os atos oriundos de entes Estatais que se concretizaram através de seus representantes, diretores ou gestores públicos, vejamos o que nos trás esse referido dispositivo:

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;

III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;

IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;

V - decidam recursos administrativos;

VI - decorram de reexame de ofício;

VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

§ 2º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados.

§ 3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito.

Vejamos o artigo 50 da lei em comento elenca taxativamente situações, em que, devam ser quando da sua existência, motivados com os respectivos crivos dos fatos e fundamentos jurídicos. Deve-se de modo especial atentar-se quanto ao inciso IV deste dispositivo, pois, seu objeto é um dos temas tratados nesse trabalho acadêmico, que é a dispensa ou declaração de inexigibilidade de processo de licitação. Assunto abordado no capítulo II, tópico 2.2 desta peça acadêmica.

### 3.2 Lei 8666/93 - Licitações e contratos da Administração Pública

Todavia, sob o mesmo contexto não se observa na lei de Licitação ampla divulgação, e sim discreta expressão quanto da necessidade de justificação, que aos olhos de um homem médio leigo se entenderia como necessário e primordial tal motivação, ora, comento neste tópico.

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

Na letra fria do artigo 28 da lei 8.666/93, torna-se clara que esse termo “necessariamente justificada” abrange todas as espécies de contratação direta, ou seja, as situações de dispensada, dispensável, bem como as que tratam da espécie de inexigibilidade.

Diante do que foi apresentado nesse tópico, independentemente de desvirtuar os seus conteúdos, onde uma das está tratando, mais precisamente, o tema motivação elencando situações concretas de modo cristalino, conquanto, que nesta última norma o comentário é mais sutil de pouca percepção. Deste modo não afastando, a principio, tal necessidade de motivação dos atos de dispensa e inexigibilidade, nesse sentido fica clara que os atos de dispensa e de inexigibilidade de licitação, cujo gênero é a contratação direta, deverão sim, estes serem motivados das suas respectivas decisões.

#### 4. MODALIDADES DE LICITAÇÕES PÚBLICAS

Devemos inicialmente atentar quanto da existência de diferentes modalidades de licitações, de fácil percepção, por existir diversas possibilidades de objeto capaz de ser licitados e contratados pela administração pública. Deste modo, verifica-se que cada objeto terá uma modalidade correspondente, adequada para que se possa confirmar sua fruição. Vejamos as características em pormenores de cada uma delas:

“Art. 22. São modalidades de licitação:

- I - concorrência;
- II - tomada de preços;
- III - convite;
- IV - concurso;
- V - leilão.”

Essas são as cinco modalidades especificadas na lei 8.666/93, posteriormente surgindo a modalidade pregão regulada pela Lei 10.520/2002.

Dessas modalidades as 3 primeiras – concorrência, tomada de preços, convite – possuem limites de valores, cujo conteúdo estão inseridos no artigo 23, inc. I e II e seguintes alienas, vejamos:

Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

- I - para obras e serviços de engenharia:
  - a) convite - até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais);
  - b) tomada de preços - até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);
  - c) concorrência: acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);

II - para compras e serviços não referidos no inciso anterior:

a) convite - até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

b) tomada de preços - até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais);

c) concorrência - acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).”

Com essa observação de cuja relevância é essencial partiremos para tratar as respectivas modalidades de licitação, e sua respectiva distinção quanto à limitação de valores da concorrência, tomada de preços e convite, analisaremos seus pormenores.

#### **4.1 Concorrência**

Essa modalidade possui sua definição no artigo 22, § 1º, esclarecidos na própria Lei de Licitações Públicas, vejamos sua redação:

Concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto.

Esta modalidade é a mais complexa de maior uso nas atividades da Administração pública, sendo esta utilizada em todos os tipos de licitação, tanto na de menor preço, maior lance, melhor técnica ou por fim técnica e preço.

Coexistido nesta, mais de uma fase a de habilitação e as de análise e julgamento das propostas.

A modalidade da espécie concorrência possui características valorativas a que corresponde circunstâncias cujos parâmetros são de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) para obras e serviços de engenharia, e acima de 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais) para os demais contratos de acordo com o artigo 23 da lei 8.666/93, já frisada acima essa situação legal.

## 4.2 Tomada de Preços

Essa modalidade de licitação esta definida no § 2º, do respectivo artigo, ora acima citado:

Tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação.

Da modalidade em comento, vê-se a observar uma peculiaridade inerente à tomada de preço, assevera-se que para habilitarem-se os interessados deverão estar cadastrados ou reunir condições exigidas para estarem cadastrados, este deverá ocorrer até o terceiro dia anterior ao recebimento das propostas.

Poderia-se achar redundante essa exigência, por aquelas já estarem cadastrados e supostamente possuírem idoneidade, mas essa peculiaridade é tão somente para simplificar o processo de habilitação.

Como ora frisado essa modalidade possui características valorativa, então o sendo apresentaremos também seus parâmetro de valor superior a R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) e inferior a R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) para obras e serviços de engenharia, e superior a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) e inferior a R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais) para outros tipos de contrato, conforme estabelecido no art. 23 da lei de licitações, anteriormente já citado.

## 4.3. Convite

Do mesmo artigo em tela a modalidade convite cujo disciplinamento esta no § 3º, aduz e orienta que:

§ 3ºConvite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que

manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.

Observa-se que esta modalidade licitatória é uma das mais simples, onde são verificados o objeto, e posteriormente convocados os interessados, para disputar deverá haver no mínimo três pessoas que trabalham com o mesmo objeto licitável, estando ou não cadastrados, tendo estes, que manifestar seu interesse 24 (vinte e quatro) horas antes da apresentação das propostas, para configurar devidamente sua participação.

Quanto aos valores concernentes a esta modalidade, ressalta-se que esta possui valores menores do que as modalidades anteriores, portanto conforme estabelecido no art. 23 da lei 8.66/93, o valor corresponderá de até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) para obras e serviços de engenharia e até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) para os demais contratos.

#### **4.4. Concurso**

Esta modalidade tem sua definição no § 4º, do mesmo dispositivo legal da norma licitatória, vejamos seus conceitos:

Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias.

Nesta modalidade a administração define ou escolhe com base no trabalho técnico, científico ou artístico, pressupões o interesse da Administração para finalidade de incentivo cultural ou para obtenção de resultado prático incentivo. Sua conceituação de cognição muito bem definida no respectivo dispositivo. São utilizadas para contratação de pessoal nas atividades e áreas acima comentadas, mediante concurso público e seguindo ditames previamente estipulados no edital.

#### **4.5. Leilão**

Devemos observar o que preleciona o § 5º, do mesmo artigo in verbis:

Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação.

Também de fácil entendimento o conceito desta modalidade de licitação, pois se destina à venda dos bens não afetados pela administração e estabelecidos na legislação, onde se lograr vencedor aquele que oferecer maior lance, ou seja, usa-se o tipo maior lance sendo este igual ou superior a avaliação.

#### **4.6. Pregão**

E por fim, a modalidade que ganhou ênfase devido à inserção dos sistemas da informação na administração pública, denominada pregão. Criada e inserida na seara administrativa com o advento da lei 10.520/2002, esta possuindo como tipo o menor preço, diferentemente do leilão. Deve-se observa que a modalidade pregão é utilizada para aquisição de bens e serviços comuns, em conformidade com a lei de licitação, vejamos respectivo trecho:

Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.

Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

No que concerne esta modalidade cabe esclarecer que ela se divide em duas, uma sendo a presencial, realizada com a presença física dos interessados na sessão pública, que é regulamentada no âmbito federal pelo Decreto °3.555/2000, e a outra a forma eletrônica, com a competição sendo realizada via Internet, sendo regulamentada pelo Decreto Federal nº 5.420/2005. Assim, realizada em breve análise sobre o procedimento licitatório, resta neste momento à necessidade de analisar somente as exceções à regra de licitar.

#### **4.7 Consulta**

Não esquecendo uma das mais recentes modalidades, inserida também, como exceção a licitação pública denominada consulta cuja previsão tem origem de forma genérica na Lei nº 9.472/1997 - Lei Geral de Telecomunicações – surgindo assim, no nosso ordenamento jurídico através da norma criadora da agencia reguladora (ANATE). Essa lei dispõe sobre as contratações a serem feitas pela agência em comento. Ou seja, uma modalidade de exceção a Licitação Pública que a princípio possui um cunho de especificidade destas próprias agencia reguladoras. Portanto não fazendo parte daquelas modalidades elencadas na Lei 8666/93, deste modo, a modalidade consulta não será objeto de estudo deste trabalho acadêmico, contudo vejamos letra da Lei Geral de Telecomunicações.

Art. 54. A contratação de obras e serviços de engenharia civil está sujeita ao procedimento das licitações previsto em lei geral para a Administração Pública.

Parágrafo único. Para os casos não previstos no *caput*, a Agência poderá utilizar procedimentos próprios de contratação, nas modalidades de consulta e pregão.

## 5. CONTRATAÇÃO DIRETA

Na introdução deste trabalho acadêmico foi apresentada a obrigatoriedade constitucional que norteia o procedimento legal quando do interesse da Administração Pública em efetuar aquisições, compras, alienações entre outros atos da necessidade da utilização da Licitação Pública. Entretanto, também há previsão legal de exceções disciplinadas na própria legislação específica, ou seja, momentos em que a Administração irá contratar empresas privadas ou particulares sem a infringência da Licitação, momento este denominado Contratação Direta, este gênero da exceção de licitar, cujas espécies - dispensa e inexigibilidade - são legalmente disciplinadas em lei infraconstitucional.

Obstante que nossa Carta Magna, em seu bojo, sob a égide e inteligência do artigo 37, inciso XXI, que concomitantemente a essa obrigatoriedade de se haver Licitação Pública quando a Administração Pública for contratar com o particular, nos orientando também, no inciso em tela, sobre a possibilidade de exceções especificada em lei. Exceção esta, genericamente chamada Contratação Direta, do qual possuem nos meio doutrinários duas vertentes, as que conceituam como binômio – Dispensa e Inexigibilidade – conquanto as que possui outra corrente vislumbrando uma tripartição – Dispensa, Dispensada e Inexigibilidade, cuja fonte doutrinária inspiradora é a lei Federal 8.666/93.

Nesta corrente tripartite da exceção “Contratação Direta” eles fazem uma distinção na espécie dispensada artigo 17, quando relacionado com os ditames do artigo 24 ambas da lei 8.666/93. Na primeira espécie de contratação direta segundo essa teoria o próprio legislador ordinário dispensou o procedimento que compõe a licitação, não necessitando o administrador realizar licitação. Contudo as que concernem conteúdo a segunda espécie o legislador ordinário, pois a disposição, ou

seja, a faculdade e discricionariedade do Administrador ou Gestor Público dispensar ou não o procedimento de Licitação.

Naquela corrente que vislumbra o chamado binômio da exceção, contratação direta, cujo entendimento destes seria errado tal distinção entre as referidas espécies, bem como desnecessária sua utilização, sendo claramente possível nos moldes do art. 17 o Administrador ou Gestor Público realizar tal aquisição, compras ou alienação com o advento da Licitação Pública. No magistério do doutrinador Marçal Justen Filho é exposto esse entendimento, do qual logo mais abordaremos.

Quanto à espécie de exceção que se isenta em pairar qualquer dúvida quanto sua existência é a que tem conteúdo passível de inexigibilidade de licitação, no caso, quando inviável sua realização, perante sua inviabilidade de competição onde na praxe do certame público, que ora, exige-se essa competitividade, diferenciando da dispensa quando da possibilidade de competição, apresenta-se como inconvenientes ao interesse público.

Devendo a título de esclarecimento, mesmo não sendo objeto de estudo deste trabalho acadêmico, por não compor de forma expressa na lei 8.666/93, de informar da existência em nosso ordenamento, no que tange a exceção a Licitação Pública, da Lei da Copa 12.663/12 e das anteriormente citadas Lei do Pregão 10.520/02 e Lei da Agencia Reguladora (ANATEL) 9.472/97 do qual também prever condutas de não licitação pros fins específicos em cada lei respectivamente.

## **5.1 Espécies de exceções**

Abordaremos nesse capítulo referente às licitações públicas, segundo condutas contrárias à regra da ocorrência de licitação, ou seja, trataremos das suas respectivas exceções. Quanto à temática em tela os legisladores ordinários, bem como, os doutrinadores e a própria lei específica 8.666/93 abordou de forma muito superficial, de modo tal, a não determinar um norte mais preciso e pacífico quanto as suas exceções, ou seja, certo descaso no que pertine a contratação direta.

Seria plausível se essa faceta da licitação, contratação direta, não fosse muito utilizada, contudo, observa-se que essas espécies de exceções (Dispensa e Inexigibilidade) no sistema das prestações, por particular, a Administração Pública de serviços e aquisições são muito empregadas superando até as hipóteses de licitação, conduta essa que nos faz crer em uma possível violação constitucional, pois, essa é a regra Licitar.

O ordenamento da licitação pública no que condiz a contratação direta, nos mostra certa deficiência quanto sua eficácia, sobrepondo aos atuais ditames licitatórios, de uma possível, novo arcabouço para Licitação Pública de cunho moderno e mais preciso ou eivado de eficiência técnica e jurídica. Enaltecendo também novos princípios específico que poderão nortear as contratações diretas, de maneira a não burocratizar os procedimentos dos certames públicos e sim, garantir uma boa transparência pública, concomitante, a uma boa gestão dos recursos públicos.

Devemos tratar o tema da licitação sempre margeando o que é preceituado na Constituição Federal, de que a licitação é a regra deste modo à contratação direta não passa de uma mera exceção, a luz do texto constitucional e de modo mais imperioso e em conformidade com o artigo 37 da CF/88 que nos orienta que “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade 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”. Nesse interim, sob letra de lei a licitação é o caminho a ser utilizado pela Administração Pública quando houver interesse em comprar, adquirir, por fim tratar contratualmente com o particular com intuito de realizar atividades de seu interesse.

Bem se observa que o procedimento em regra é revestido de relativa complexidade, pois estas etapas possuem diversos atos, distribuídas em fases específicas também condicionantes, condição está primordial para existência das próximas etapas da licitação, asseverando o quanto seria prejudicial ao interesse público se e somente si, houvesse a licitação como única possibilidade de contratar com o particular, deste modo, causando uma grande lesão de inevitáveis proporções. Com efeito, os legisladores ordinários editaram na norma da licitação hipóteses diversas, fito a burlar certas dificuldades ou até mesmos evitar a própria

morosidade e/ou a possibilidade da burocracia nos atos dos agentes do Estado, daí a real necessidade do surgimento dos casos de dispensa e inexigibilidade.

A título de conhecimento, podemos observar o que foi publicitado pelo Executivo Federal quando apresentou o volume de despesas (ano-base de 1999) valor total, 55% (cinquenta e cinco por cento), ou seja, R\$ 4.500.000.000,00 (quatro bilhões e meio de reais) são contratações resultantes de dispensa e inexigibilidade. De acordo com os dados revelados pela fonte oficial, os gastos totais (R\$ 8.538.045.000,00) estão assim distribuídos: R\$ 2.347.354 (27,05%) são relativos à inexigibilidade; R\$ 2.302.630,00 (27%) decorrem de dispensa. Por outro lado, as contratações decorrentes de licitação totalizaram R\$ 3.833.479, ou seja, 45% em relação ao montante global. Devemos atentar que o instituto de dispensa é autorizado por lei ou em razão do valor, inteligência do artigo 24 da lei 8.666/93, bem como, da inexigibilidade de licitação que aparece no plano da existência em razão da natureza do negócio pretendido art. 25 caput e seguintes incisos.

Notadamente se observa que a inexigibilidade de licitação origina-se, outrossim, de situações exemplificativas, em contrassenso a suposta hipótese de somente haver taxatividade em seus incisos, neste caso existindo várias situações que poderão ser enquadradas àquelas inseridas nos três únicos e seguintes incisos inseridas no caput do artigo 25 da lei 8.666/93, hipóteses essas, sobre o manto da inviabilidade de competição para que ocorra a licitação pública e nesse sentido para incrementar também o tema da dispensa podemos destacar nessa modalidade duas situações, a dispensa parcial que é até louvável e plausível acontecer, conquanto na outra situação a dispensa total do qual vislumbra-se um certo absurdo, pois fere diretamente o princípio da igualdade, princípio este de cunho basilar na licitação pública.

### **5.1.1 Dispensa**

Essa espécie de exceção, no que tange ao procedimento de licitação, reporta aos casos que embora viável a competição, tornariam inconvenientes sua realização perante a ótica do interesse público, ou seja, o legislador ordinário disponibilizou ao administrador ou gestor público a faculdade de efetuar ou não a licitação, deste

modo, dispensando licitação para determinados objetos e efetuando a contratação direta do objeto em questão. Nesse sentido, vislumbrados pelos mestres a seguir apresentados:

“A dispensa ocorre quando se verificam situações onde a licitação, embora possível em face da viabilidade de competição, não se justifica, em presença do interesse público” (BRAZ 1999, p. 255).

E que nesse ínterim também aduz José dos Santos Carvalho Filho:

A dispensa de licitação caracteriza-se pela circunstância de que, em tese, poderia o procedimento ser realizado, mas que, pela particularidade do caso, decidiu o legislador não torná-lo obrigatório. (CARVALHO FILHO 2009, p. 238).

Para uma melhor observação quanto ao exposto, bem como, o que atualmente esta doutrina pelos mestres da seara administrativa, lateraliza-se na forma da letra de lei citando a legislação específica pontuando alguns dos seus incisos, pois não se trata do objeto principal deste trabalho acadêmico, deste modo a expor entendimento nesses três exemplos citados ampliando aos demais incisos que compõem o referido artigo 24 da Lei de Licitação Pública, casos estes que ocorrerão à contratação direta por meio da dispensa de licitação:

Art. 24. É dispensável a licitação:

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

II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço,

compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez;

E para compor esse arcabouço escolhido de modo aleatório inserindo inciso XIII da mesma norma.

XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos.

Esses exemplos citados conterão no seu bojo efeitos que serão estendidos aos demais incisos deste artigo, respectivamente pontuados como no primeiro caso onde devido seu conteúdo limitando o valor até R\$ 15.000,00 para as obras e serviços de engenharia e não se referindo a parcelas da mesma obra, sendo cabível ao administrador utilizar o instituto da contratação direta por meio da dispensa de licitação. No segundo caso seguindo entendimento do inciso ora citado alterando tão simplesmente o valor do objeto licitável, neste caso de até R\$ 8.000,00 para os casos de contratação de outros serviços e compras não inclusa na primeira casuística.

Nesses dois primeiros casos vislumbram-se casos de objeto licitáveis cujo valor é pequeno, deste modo afrontando dois princípios da administração – princípio da licitação e o da economicidade desta feita prevalecendo o princípio da economicidade, haja vista o eminente interesse público. E com conteúdo e efeitos assemelhados o que disciplina o inciso XII quando da contratação direta de instituições nacional regimental ou estatutária de pesquisa, ensino, desenvolvimento institucional, por fim que tenha em seus atos constitutivos ideologia social e ético-profissional, bem como, estas sem fins lucrativos e também preenchendo as formalidades e requisitos pertinentes aos casos específicos.

No dispositivo em comento, uma peculiaridade trazida em seu parágrafo único, quando dos efeitos ocorridos nos incisos I e II, é o que gira em torno da contratação que possuem como parte consórcios públicos, sociedade de economia mista, empresa pública, autarquia ou fundação qualificada, na forma da lei. Como

agências públicas executivas, cujo percentual abordado nas alíneas “a” dos incisos I e II deste artigo 24, onde se observaram 20% (vinte) ao invés dos 10% (dez) cabíveis àqueles particulares tratados nesses incisos, ora anteriormente comentados.

Doravante nunca é tarde salientar que essas hipóteses, descritas no bojo do artigo 24 da lei 8.666/93 sempre terão capacidade e possibilidades de participarem de um certame público, ou seja, tendo seus objetos licitáveis, não o sendo licitáveis deverá seguir entendimento pela inconveniência e desnecessidade desta licitação em pro do interesse público.

### **5.1.2 Dispensada**

O instituto conhecida na seara administrativa como dispensada terá sua razão de ocorrer, quando no plano da existência administrativa essas hipóteses tiverem como objeto situações previamente descritas na lei, esta existindo apartir da ação legislativa ordinária, que previu as referidas situações em conformidade com norma não sendo possível sua realização nos moldes da regra constitucional que é licitar, pois o próprio legislador ordinário dispensou o procedimento licitatório.

Tal preceito fulcro artigo 17 da lei em comento e seus seguintes incisos foram avultado pelo parlamento nacional tutelando os casos de alienações dos bens pertencentes à Administração pública, para que sejam aplicados essas dispensas legislativas tais preceitos e situações concretas devem obedecer a certas elementares como o interesse público devidamente justificado, precedida de previa a avaliação.

Nos casos de bens imóveis, conforme (artigo 17 inciso I) afetados pela Administração Pública dependerá além da desafetação, de autorização Legislativa, bem como, avaliação prévia e licitação na modalidade de concorrência, salvo situações preestabelecidas pelo legislativo e expressamente citadas na lei 8.666/93. Devendo ser citado alguns como nos casos de doação, dação em pagamento, permuta, venda para outro órgão ou entidade da administração pública dentre outras expressas situações.

Quando o viés alvo a ser dispensada for bens móveis, mesmo artigo inciso II dependerá de avaliação prévia cominada com licitação pública, sendo dispensado nos seguintes casos, expresso na referida norma licitatória, não necessitando no

caso em tela da autorização legislativa, incluído situações concretas assemelhadas as do inciso I deste dispositivo como doação, permuta e outras distintas como nos casos das vendas de títulos, matérias, bens, ações dentre outras situações taxativamente elencadas no artigo em comento.

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

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

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

E suas respectivas alíneas constantes em ambos os incisos do referido artigo 17 da lei de Licitação Pública.

### **5.1.3 Distinção entre dispensável dispensada**

Nos casos de contratação direta no meio doutrinário existem duas vertentes, onde uma dessas correntes reparte a matéria em dispensa e inexigibilidade, conquanto que a segunda vislumbra casos de dispensa, dispensada e por fim inexigibilidade. Alguns autores adotam uma política outros com posicionamento totalmente divergente, Marçal Justen Filho escreveu em sua obra que trata das questões de licitação.

“(…) não se afigura procedente a distinção, a nosso ver”. Em ambos os casos, o legislador autoriza a contratação direta. Essa autorização legislativa não é vinculante para o administrador. Ou seja, cabe ao administrador escolher entre realizar ou não a licitação. Essa

competência administrativa existe não apenas nos casos do art. 24. Aliás, e se não fosse assim, o art. 17 conteria hipótese vedação de licitação. Significa reconhecer que é perfeitamente possível realizar a licitação nas hipóteses do art. 17, desde que o administrador repute presentes os requisitos para tanto.” (MARÇAL, 2002, Pag. 235).

Outrossim, doutrinadores diversos que limitam com base nesse entendimento, onde em ambas situações, art. 17 e art. 24 teriam sim reais possibilidade de haver competição e conveniência para o propósito de realização do processo de licitação pública, não sendo vinculante tal autorização legislativa restando segundo entendimento claramente a competência administrativa.

Portanto, há vertente que primazia a distinção entre as exceções que disciplinam os artigos 17 e 24 da lei de licitação pública, respectivamente dispensada e dispensável vislumbrando na primeira exceção a licitação, onde o próprio legislador dispensou diretamente as situações inseridas no bojo do artigo 17 (Dispensada), ou seja, vinculando referidas situações desse dispositivo, de modo realizar de modo estanque a contratação direta, entretanto na segunda exceção o legislador ordinário permitiu que o administrador ou gestor utiliza-se da discricionariedade quando da escolha ou não da licitação, quando dos objetos disciplinados no artigo 24 (Dispensável) da norma em estudo. Em suma, nessa corrente doutrinária o artigo 17 cujo objeto tutelado fica dispensado por entendimento do legislador ordinário, distinguindo dos objetos tutelado pelo artigo 24 que faculta à administração, no que pertine escolha, na sua conveniência e oportunidade.

#### **5.1.4 Inexigibilidade**

Conforme legislação específica à inexigibilidade de licitação se configura também como um das espécies de contratação direta, ou seja, não utilizando da regra constitucional (art. 37 inciso XXX CF/88) de modo a ocorrer sem licitação. Verificou-se que a espécie de exceção denominada dispensa que se configurou das elementares da possibilidade de competição, porém sobre a égide do binômio da conveniência e oportunidade. Entretanto na espécie inexigibilidade a

inviabilidade de competição tem que ser latente, vejamos algumas opiniões de doutrinadores renomados sobre esta exceção à licitação, as vejamos:

“É o certame em que um dos contendores reúne qualidade tais que torna único, exclusivo, *su generis*, a tal ponto que inibi os demais licitantes, sem condições competitivas”. (CRETELLA, 2004, p. 240).

Esse entendimento quanto à inviabilidade de competição em sentido *latu*, tem cunho com características de exclusividade, unicidade a um dos contendores sobrepondo em relação aos possíveis concorrentes do certame licitatório. Aduz o ilustre doutrinador Marçal Justen Filho entendimento quanto algumas elementares que caracterizam e individualizam essa espécie de exceção à licitação pública, senão vejamos essas inviabilidades de competição:

“Por ausência de pluralidade de alternativas; Por ausência de mercado concorrencial; Por impossibilidade de julgamento objetivo; Por ausência de definição objetiva da prestação” (MARÇAL, 2008, p. 399).

Conforme essas elementares citadas por Marçal, trilhando seu entendimento eis de se analisar cada uma delas, senão observarmos:

Por ausência de pluralidade de alternativas, quando se trata dessa característica assevera-se claramente o déficit quanto aos competidores, configurando unicidade de competidores, definindo então como prestação exclusiva, ou seja, serviço prestado por único particular de modo a tornar inviável realização da licitação pública e nesse diapasão estendendo também aos objetos que possui caráter e especificidades de único;

Por ausência de “mercado concorrencial” essa elementar característica da inexigibilidade emerge quando um determinado serviço deva ser prestado por determinado profissional de determinada área de conhecimento técnico. Portanto, interessando o ente governamental naquele tipo de ‘especialista’ acaba de se obrigar em efetuar a contratação direta. Desta maneira um especialista de

determinada área profissional, ficando este não se sujeitando ao processo licitatório. Desta forma como frisado contratando diretamente este profissional especialista por meio da inexigibilidade de licitação.

Por impossibilidade de julgamento objetivo, nessa elementar o critério escapa a seara objetiva adentrando nos meandros da subjetividade quanto ao julgamento, para que se possam atender os interesses da administração pública e incluindo novos critérios como uma boa avaliação intelectual, artística e criativa, dentre outros, de relevante importância.

Por ausência de definição objetiva da prestação, esta se define por não haver uma forma, maneira de mensurar a prestação, ou seja, o objeto a ser pleiteado pelo ente governamental, não sendo cabível determinar quantidade, volume, ou melhor, determinar precisamente o objeto. Devendo este contratar diretamente com prestador do serviço, e nesta feita ferindo diretamente o critério, do qual é definir previamente qual objeto que será licitado, em suas características e especificidades todos esses critérios constando no próprio instrumento convocatório. O título ilustrativo observe este exemplo, no caso dos serviços advocatícios cujo objeto de sua prestação, será formatado no decorrer da sua atividade advocatícia, de modo, a ser quase impossível prever ou mensurar esses acontecimentos no instrumento convocatório (Edital).

Desta feita, confirma-se que inviabilidade de licitação pública assenta simplesmente na ausência de pressupostos da licitação, mostrando que se passa desde a falta de interessados a concorrer no certame licitatório até uma unicidade, exclusividade do objeto e das empresas participantes, dentre outras situações.

Sob o prisma da legislação pertinente neste caso da lei 8.666/93 essa matéria da inexigibilidade de licitação esta disciplinado no artigo 25 da lei em comento, senão vejamos o que nos orienta o dispositivo.

É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial conforme artigo 25 da lei de licitações:

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 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 inexigibilidades 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.

§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

§ 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

Breves comentários dos incisos que compõem o artigo em comento, observando Abaixo o que é disciplinado nos mesmos.

#### **5.1.4.1 Produtor ou responsável comercial exclusivo**

Inciso I – Este incremento do dispositivo em tela nos orienta que para configurar a inexigibilidade de licitação, tem que ocorrer quanto ao objeto que interessa a administração Pública, uma exclusividade no que tange ao fornecedor, produtor, empresa ou representante comercial, e que se acrescente a comprovação de exclusividade, esta efetuada por intermédio de um atestado emitido por órgão de registro comercial local, onde ocorrerá a licitação pública, e que também não venha existir preferencias por determinada marca por parte do contratante, ou seja, interesses escusos ou preferencias pessoais;

#### **5.1.4.2 Serviços técnicos de natureza singular**

Inciso II – Infere-se do texto em comento, que serão apreciadas matérias cujos objetos, serão em caso de certames públicos, inexigíveis, ou seja, aquelas situações disciplinadas no artigo 13 desta lei 8.666/93, com expressa exceção às situações de publicidades e propaganda dos quais não serão alcançados pelos efeitos deste dispositivo. Valem lembrar quais são estas situações elencadas no dispositivo citado, senão vejamos:

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.

§ 1º Ressalvados os casos de inexigibilidade de licitação, os contratos para a prestação de serviços técnicos profissionais especializados deverão, preferencialmente, ser celebrados mediante a realização de concurso, com estipulação prévia de prêmio ou remuneração.

§ 2º Aos serviços técnicos previstos neste artigo aplica-se, no que couber, o disposto no art. 111 desta Lei.

§ 3º A empresa de prestação de serviços técnicos especializados que apresente relação de integrantes de seu corpo técnico em procedimento licitatório ou como elemento de justificação de dispensa ou inexigibilidade de licitação, ficará obrigada a garantir que os referidos integrantes realizem pessoal e diretamente os serviços objeto do contrato.

Além de observamos as orientações dos respectivos § 1º, 2º e 3º deste mesmo dispositivo cujo conteúdo nos apresenta, que ressalvados os caso de inexigibilidade de licitação, os contratos que contem objetos com serviços técnicos e profissionais especializados deverão, preferencialmente, ser efetuados na modalidade – Concurso – com a referida estipulação prévia do prêmio ou remuneração. O segundo paragrafo nos remete ao conteúdo do artigo 111 da referida lei de licitações, onde disciplina, reservar à Administração Pública os direitos patrimoniais cabíveis ao profissional especializado, como condição para que possa efetuar o pagamento, contratar, receber e premiar. Por fim o ultimo paragrafo deste artigo 13 em seus ditames orienta que as empresas contratadas deverão se responsabilizar e garantir que a execução dos serviços, ora, posto como únicos e

exclusivos, nesta feita, seja plenamente executada de forma direta pelos profissionais previamente ditos como especialistas e exclusivos.

#### **5.1.4.3 Profissional artístico, exclusivo, consagrado pela crítica especializada ou opinião pública.**

No inciso III e ultimo do dispositivo apresentado, são abordados os casos de inexigibilidade de licitação quando houver contratação direta ou por intermédio dos empresários de artistas de qualquer setor de entretenimento, desde que reconhecidos pela opinião pública ou critica especializada, ora é flagrante as situações em que se deseja um artista cuja característica estilo ou dom diferenciam-se dos demais, ou seja, algo inato, intrínseco de um determinado artista cujas características e estilos não se confundem e nem se observam nos demais artista correlatos, cujo entretenimento é semelhante, de modo, a torna inviável concorrem entre si para satisfazer um interesse alheio aos seus, ou seja, de um terceiro interessado, no o caso específico da Administração Pública.

## **6. FRAUDES NAS CONTRATAÇÕES DIRETAS**

Sobre a necessidade e obrigatoriedade Constitucional de Licitação Pública, nos casos das empresas organizadoras de concursos públicos ou outro tipo de certame que enseja na contratação, ou como se diz na linguagem administrativa e constitucional, para provimento de futuros servidores públicos se faz necessário à obrigatoriedade de se realizar concurso público.

Nessa obrigatoriedade legal que vem surgir à fragilidade e brechas da lei ou baseada na esperteza de administradores ou gestores públicos, que veem em suas condutas e ações escusas ascenderem. Condutas estas que faz surgir em nossa sociedade os chamados rombos e grandes prejuízos ao erário público.

No que pertine as fragilidades e brechas ora citadas, observa-se surge quando por permissivo legal ou por ações nefastas de Administradores ou Gestores Públicos que se fazem por valer das exceções à licitação pública para contratar diretamente de forma irregular, fito a lograr proveito, lucros, ou seja, locupletar com recursos públicos de vultosas quantias em face de uma administração imbuída em manter e seguir os princípios administrativos e constitucionais, ora, comentados no preâmbulo introdutório e incipiente deste trabalho acadêmico.

Doravante ao comentário, não é de se espantar com tamanha afirmativa, nossa cadeia midiática como os jornais, exemplares, revistas, sítios de notícias eletrônico e por fim as redes sócias instantâneas (on-line) contribuem constantemente com a propagação dessas condutas abusivas, pautadas na ilicitude quanto à licitação. Em nossos tribunais inúmeras decisões ou processo em fase de tramitação que tratam dessa matéria, Contratação Direta, cuja elaboração foi oriunda de forma irregular ferindo diretamente preceitos legais. Noutras são as disparidades de irregularidades às licitações públicas que deflagram de norte a sul nas mais variadas cidades, seja ela de grande porte, estruturadas ou não estão sempre presentes nos noticiários, televisíveis, mídia escrita ou por meio eletrônico, estão sempre presentes como mau exemplo configurando como um ato de improbidade falta de respeito com o dinheiro público, portanto, alguns desses casos concretos encontram-se no presente trabalho monográfico. (Anexo)

### **6.1 Crimes definidos na lei 8.666/93 (art. 89)**

Como toda norma que disciplina direito e impõe obrigação à lei 8.666/93 estudada neste trabalho acadêmico também nos trás cominações quando descumpridas suas regras. Essas sanções estão normatizadas no capítulo IV seção III da lei em comento, mais especificamente nesta última seção - Dos Crimes e das Penas – cujo disciplinamento está elencado nos seus 10 artigos (art. 89 ao art. 99) do referido capítulo.

Contudo dos dispositivos que consta neste capítulo, somente o objeto do artigo 89 detém conteúdo a ser estudados e pesquisados por nossa temática, pois tratam das dispensas, inexigibilidades e inobservância das formalidades quanto à possibilidade de dispensa ou inexigibilidade da Licitação Pública. Neste artigo é que se observará diretamente a possibilidade do controle social que será exercido com toda titularidade pela Administração Pública.

Essas ilicitudes a lei de Licitação nos apresenta não só como uma agressão direta ao cidadão, como uma agressão direta aos bons costumes sociais, ferindo diretamente os direitos individuais e coletivos, gerando uma grave violação a ordem social. Desvirtuado deste modo, a razão da aplicação dos recursos públicos, que deveria ser em investimentos sociais como saúde, educação, segurança, cultural e outras áreas de relevância social, tudo isso atingidos e originados pelos respectivos desvios dos cofres públicos.

A sociedade é o principal fiscal desta lei e a Administração Pública em concomitadamente com aquela também figura com principal executora e fiscalizadora da efetividade dessa norma, de forma a combater respectivos abusos e violações com os recursos e subvenções oriundas do poder público.

Vamos analisar o dispositivo cujo objeto trata diretamente das penalidades abordadas neste trabalho acadêmico, quando infringidas conteúdo da lei 8.666/93. Vejamos a disposição do artigo.

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.

. O artigo nos trás três elementares em sua composição do qual serão passíveis de imposição das sanções ora apresentadas no próprio escopo do artigo em comento. As elementares Dispensar quando objeto a ser licitado deveria ser

licitado legalmente, contudo por ações ilícitas que a torna dispensável de tal crivo licitatório, a segunda elementar que nos orienta no Inexigir quando por ações ora retratada deixa de cobrar legalmente a execução da licitação pública inexigindo sua efetivação como forma primordial para sua existência e por fim as formalidades pertinentes, esta que tramita desde os princípios da administração até os ditames do próprio edital convocatório.

Nesse dispositivo é apresentada a pena no tipo detenção mensurada de 3 a 5 anos combinada com multa, incorrendo também nesta quem direta ou indiretamente concorrem ou participa para a concretude do ilícito em face da lei de licitação.

Destacamos e abordamos especificadamente este artigo, pois este trata diretamente da atual infração cujo objeto é estudado e tratado neste trabalho acadêmico, contudo existindo pequenas correlações também com os demais artigos desse capítulo, bem como, se fazendo necessário devido conhecimento por parte dos executores e operadores desta norma, em estudo, desse outros dispositivos para que se possa evitar subsunção de demais irregularidades.

## **7. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente trabalho teve como objetivo aprofundar o conhecimento acerca da licitação e contratação direta na administração pública. Assim, mesmo sendo aquelas muitas vezes marcadas por atos de ilegalidade, por parte dos diretores e/ou gestores públicos, que por vezes não possuem um conhecimento aprofundado da legislação em vigor, ou se conhecem, por condutas às vezes nefastas que burlam as leis em prol de interesses escusos à administração pública.

Finalmente, restou evidenciada a importância do procedimento licitatório para a Administração Pública, como uma forma de controlar as atividades do Administrador na gerência dos recursos públicos, sempre tendo em mente os princípios imperiosos na atividade administrativa, dos quais apresento e cito os

princípios da legalidade, moralidade, publicidade dentre outros expressos em nosso ordenamento jurídico.

.O Administrador ao dispensar ou tornar inexigível uma licitação, deve ter muita cautela haja vista os limites impostos pela lei para que ocorra tal discricionariedade, podendo o mesmo ser punido, não somente quando contratar diretamente, mas também quando deixar de observar as formalidades exigíveis para tais processos, ou seja, para que se possa utilizar das exceções inseridas na norma de licitação, tais preceitos legais deverão ser seguidos, de modo, a não incorrerem, esses gestores públicos em situações passíveis de criminalização.

Neste contexto, foram abordados os tipos de crimes descritos na lei 8.666/93 e suas implicações elencando os artigos pertinentes a matéria objeto deste trabalho acadêmico, como o disposto no artigo 89 de modo a utilizar à norma pertinente as atividades da administração fito a adequar os atos aos ditames da lei de licitação, deste modo, ampliando o controle social e evitando que administradores, quando na gerência do erário, usurpem desse poder, utilizando-se de artifícios e “brechas” na legislação, especialmente no que se refere às contratações diretas, visando interesses próprios ou de terceiros.

Diante de tudo que foi exposto, quanto às exceções da Licitação Pública, suas características, espécies e respectivos percalços quanto sua realização, finco com palavras bem oportunas do qual expõe o grande mestre Sérgio de Andréa ao literalizar:

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. (Ferreira, 1981, p.45).

## REFERÊNCIAS

### 1.Obras Literárias

Alexandrino, Marcelo. Paulo, Vicente. Capítulo 10. Licitação pública. **Direito administrativo descomplicado**. 14ª edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2007;

Alexandrino, Marcelo. Paulo, Vicente. **DIREITO ADMINISTRATIVO**. Série jurídica, 5ª edição. Rio de Janeiro. Impetus, 2004;

De Mello, Celso Antônio Bandeira. **CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO**. 27ª edição ver. Atualizada. São Paulo. Editora. 2010.

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Licitação. **DIREITO ADMINISTRATIVO**. 23ª Edição, São Paulo: Atlas, 2010;

Júnior, Dirley da Cunha. **DIREITO ADMINISTRATIVO**. 10ª edição rev. ampl. e atualizada. Bahia Editora PODIVM. 2011;

Lei 8.666/93 – Normas para Licitações e Contratos da Administração.

### 2.Artigos eletrônicos

Camargo, Ingridy Taques. A anatomia da inexigibilidade na licitação. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 92, set 2011. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10269&revista\\_caderno=4](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10269&revista_caderno=4)>. Acesso em out. 2013;

Guimarães, Eduardo Augusto. Credenciamento como hipótese de inexigibilidade de licitação. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 93, out 2011. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10573&revista\\_caderno=4](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10573&revista_caderno=4)>. Acesso em out. 2013.

Michaello Marques, Carlos Alexandre; Marques, Clarice Gonçalves Pires. A contratação sem licitação e o princípio da moralidade. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 96, jan 2012. Disponível em: <<http://www.ambito->

juridico.com.br/site/?n\_link=revista\_artigos\_leitura&artigo\_id=11020&revista\_caderno=4>. Acesso em out. 2013.

Nunes, Sandro Luiz. Dispensar ou inexigir licitação indevidamente. Aspectos destacados do artigo 89 da Lei nº 8.666/93. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2110, 11 abr. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12623>>. Acesso em: out 2013;

Oesler, Átila da Rold. Dispensa e inexigibilidade de licitação: uma visão geral. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 59, out 2008. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=5339](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5339)>. Acesso em Out. 2013.

Santos, Emerson Martins. Os negócios da Administração Pública. Contratação direta por inexigibilidade. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 83, dez 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8790](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8790)>. Acesso em out 2013;

Silva, Elisa Maria Nunes Da. Contratação direta na administração pública. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 84, jan 2011. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8877](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8877)>. Acesso em out 2013;

Tourinho, Rita Andréa Rehem Almeida. **Dispensa, inexigibilidade e contratação irregular em face da Lei de Improbidade Administrativa**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1160, 4 set. 2006. Disponível em:<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8896>>. Acesso em: 10 out. 2013;

Valença, Verônica Mendonça Vilanova. Licitação- Inexigibilidade e Dispensa. In: Jusrisway. Aracaju, XIII, n. 76, maio 2008. Disponível em: [http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=628](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=628). Acesso em out 2013;

## ANEXO

### 1º Casuística

Recurso especial nº 1.356.260-SC  
Improbidade administrativa. Contratação direta de empresa organizadora de concurso público, com fundamento no art. 24, II, da Lei de Licitações. Valor do contrato administrativo inferior a R\$8.000,00 (oito mil reais). Recebimento pela empresa contratada das taxas de inscrição do concurso, em montante superior ao permissivo da Lei de Licitações. Necessidade de prévio procedimento licitatório.

### 2º Casuística

RECEITA FEDERAL: OPERAÇÃO MARTELO DESMONTA ESQUEMA DE FRAUDES EM LICITAÇÕES PÚBLICAS NOS ESTADOS DO AMAZONAS E RONDONIA.

Publicado por Receita Federal (extraído pelo Jus Brasil) - 1 ano atrás

“A Polícia Federal e Receita Federal do Brasil (RFB) deflagraram hoje (07) a Operação MARTELO, com o objetivo de combater organizações criminosas suspeitas de cometer fraudes em licitações, corrupção de servidores públicos e desvio de recursos públicos (...). Realizada conjuntamente pela Polícia Federal, Controladoria Geral União (CGU) e Receita Federal, a investigação apura indícios de prática de diversos crimes, tais como fraudes a **licitações públicas**, corrupção ativa e passiva, sonegação fiscal, lavagem de dinheiro, falsidade ideológica e enriquecimento ilícito, supostamente cometidos pelos investigados”. (Jus Brasil);

### 3º Casuística

“Ex-deputado é condenado pela prática dos crimes de peculato, formação de quadrilha e fraude em licitação pública”.

Publicado por Tribunal de Justiça de Rondônia - 5 meses atrás

“Na manhã desta quinta-feira, 19 de dezembro de 2013, o juiz de Direito Franklin Vieira dos Santos, titular da 3ª Vara Criminal da comarca de Porto Velho, condenou os réus José Carlos de Oliveira, Moisés José Ribeiro de Oliveira, José Ronaldo Palitot, Júlio César Carbone, Marli de Fátima Ribeiro de Oliveira, Luciana de Ross, Fernandes Salame, João Alves Xavier, Denise Cristina Araújo Silva Xavier e Leomar Wents, pela prática dos crimes de peculato, formação de quadrilha e fraude em licitação pública. Todos se encontram soltos por este processo e assim poderão permanecer até o trânsito em julgado desta decisão. Da sentença cabe recurso (...) Somente tempos depois, para legitimar o pagamento das reformas, sem levantar suspeitas, os denunciados formalizaram as licitações e providenciaram meios para que a empresa utilizada por João Alves e Denise Cristina Araújo Silva Xavier (Pretender Serviços, Comércio e Representações LTDA), fosse declarada vencedora dos certames”. (Tribunal de Justiça de Rondônia);

Esses são um dos vários casos em que foram verificadas irregularidades quanto ao uso da exceção da Licitação Pública, ou seja, o indevido uso da Contratação Direta como instrumento de enriquecimento ilícito e mau uso dos recursos públicos, veja mais um caso concreto e atual em que Tribunal de justiça de Minas de Gerais atuou veementemente.

### 4º Casuística

“Justiça condena fraude em concurso público em Espera Feliz”

Decisão | 06.05.2014

“O município deve receber mais de R\$100 mil de multa civil dos fraudadores”

“TJMG População denunciou irregularidades no concurso realizado”

“Os réus, ao infringirem as regras constitucionais para provimento dos cargos e funções públicas no município, violaram os princípios norteadores da Administração Pública, restando caracterizado o ato de improbidade administrativa.” Com esses argumentos o juiz Leonardo Curty Bergamini condenou o servidor público e a empresa **que fraudaram um concurso público municipal** realizado em 2008, em Espera Feliz (MG).

Inicialmente, o Município de Espera Feliz celebrou termo de ajustamento de conduta (TAC) com o Ministério Público de Minas Gerais (MP-MG) para realizar concurso público para provimento de cargos de seu quadro permanente. “Porém, após a realização do concurso, o MP-MG teve que instaurar um inquérito civil para verificar denúncias da população sobre irregularidades no concurso realizado”.

“A investigação do MP-MG verificou que foram aprovados nos primeiros lugares parentes (filho, cunhada e irmã) e amigos do secretário administrativo do município E.J.S”. O órgão constatou também a relação de proximidade do secretário com a empresa que realizou o concurso e a falta de banca examinadora.

O inquérito civil incluiu as fichas de inscrições suspeitas, sendo que na ficha de inscrição do filho de E. consta, destacada com caneta marca texto, a letra “F”, seguida do prenome do secretário”.

“E.J.S. e a empresa Magnus Auditores e Consultores S.A. alegaram que não houve irregularidade no andamento do concurso”.

“Diante da verificação do MP-MG das inúmeras ligações telefônicas para a empresa Magnus durante a realização do concurso, inclusive nos dias das provas, o secretário alegou que, à época do concurso, mantinha um relacionamento amoroso com um dos funcionários da Magnus e que por esse motivo ligava constantemente para ele”.

O juiz da comarca de Espera Feliz acatou o pedido do MP-MG. “Houve frustração do caráter competitivo e imparcial do concurso público, ensejando a punição pelos atos de improbidade administrativa”, avaliou.

“No que se refere à condenação do secretário, o juiz determinou a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos pelo período de cinco anos, a proibição

de contratar e receber benefícios públicos por três anos, além de multa civil, no valor referente a dez vezes o valor de sua última remuneração”. “O produto da multa será destinado ao Município de Espera Feliz, vítima do ato de improbidade”, afirmou.

“Já a ré Magnus deve ressarcir ao município a quantia de R\$ 10 mil recebidas para realização do concurso público e pagar uma multa civil no valor correspondente a dez vezes o valor da remuneração, ou seja, R\$100 mil. Por fim, o juiz determinou a proibição de contratar e receber benefícios públicos também por três anos”.

Todos os valores deverão ser devidamente corrigidos. Por ser de Primeira Instância, essa decisão está sujeita a recurso.