

Vinícius Carlos de Ávila

**A NECESSIDADE DA MOTIVAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS NOS CASOS
DA DISPENSA DE LICITAÇÃO ART. 24, II DA LEI FEDERAL Nº. 8.666/93**

Belo Horizonte

2017

Vinicius Carlos de Ávila

**A NECESSIDADE DA MOTIVAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS NOS CASOS
DA DISPENSA DE LICITAÇÃO ART. 24, II DA LEI FEDERAL Nº. 8.666/93**

Monografia apresentada ao curso de Especialização em Administração Pública, Planejamento e Gestão Governamental da Fundação João Pinheiro, como requisito parcial para a obtenção do título de especialista.

Orientadora: Maria Isabel Araújo Rodrigues

Belo Horizonte

2017

Vinícius Carlos de Ávila

A necessidade da motivação dos atos administrativos nos casos da Dispensa de Licitação art. 24, II da Lei Federal nº. 8.666/93

Monografia apresentada à Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho da Fundação João Pinheiro como requisito para obtenção do título de Especialista *lato sensu* em Administração Pública, Planejamento e Gestão Governamental.

Banca Examinadora

Prof.^a Maria Isabel Araújo Rodrigues. Orientadora

Prof.^a Ana Luiza Gomes de Araújo

Belo Horizonte, 24 de abril de 2017.

Dedico este trabalho a uma pessoa que hoje não está mais perto de mim, minha Mãe, Débora Maria de Ávila, a quem me deu a base de tudo que sou hoje, o seu legado foi amar a Deus em primeiro lugar, respeitar as pessoas, e fazer o bem, valores que guardo em meu coração, Mamãe a senhora foi o meu maior exemplo de vida, e eu sempre vou te amar.

AGRADECIMENTOS

A Deus por me permitir experimentar o conhecimento e dele crescer um pouco mais a cada dia.

Aos professores que dedicaram no compartilhamento do conhecimento, em especial à minha Orientadora Prof.^a Maria Isabel Araújo Rodrigues, que sempre se prontificou a ajudar na construção desse conhecimento.

A minha Esposa Janine Rodrigues, que desde o primeiro momento me incentivou a iniciar mais essa jornada. Amor, você é uma inspiração para mim, agradeço a Deus por ter você ao meu lado.

Ao meu Chefe Dr. Valdir M. Rodrigues Filho que se empenhou muito para que eu conseguisse estudar, ao Dr. Túlio E. Carvalho e através dele todos os demais colegas de trabalho.

Aos meus familiares e amigos, são vocês que me fazem acreditar que o conhecimento é algo que deve ser buscado com insistência todos os dias.

Aos meus amigos e colegas da turma do CEAPPGG/2015, não tenho palavras para expressar o quão feliz sou por ter a oportunidade de conhecer cada um de vocês.

A vida pública requer ser gerenciada com o máximo de cautela: por mais que a justiça dos homens se revele complacente e a clemência de Deus ofereça o perdão, a História, nem mesmo com o passar dos séculos, nos brindará com a mesma generosidade.

Luiz Roberto Bodstein

RESUMO

O trabalho tem como finalidade demonstrar que a Administração Pública, respeitando os seus princípios, em especial o da legalidade, segurança jurídica, publicidade, controle, motivação e eficiência, servem como norte para a produção dos atos aos quais se vinculam ao contexto da sua execução. A Administração Pública deve se submeter à legalidade para todos os seus atos, em especial em processos de compras, assim, a lei federal nº. 8.666/93 trás em seu bojo inúmeras regras que determinam como devem ser realizadas as compras públicas, o foco nesse caso estará nas exceções à regra, que permitem dispensar uma licitação desde que cumpridos determinados requisitos. Será analisado o artigo 24, II da citada lei, subsidiado pelo artigo 26, que determina a necessidade de justificar as compras em caso de dispensa de licitação, partindo do inciso III do artigo 24, ou seja, em casos de compras de pequena monta inciso II do artigo 24, não há, em tese, a necessidade de motivação que a justifique. Será apresentado, com ênfase na doutrina e nas decisões de tribunais, que, em que pese não haver previsão na lei federal nº. 8.666/93, a motivação para produção de um ato administrativo está além do que a lei determina, demonstrando que, a ausência de motivação pode gerar prejuízo para a Administração em diversos aspectos, seja ele na comprovação da intenção do gestor, na inobservância do interesse primário da Administração, ou na ausência de mecanismos de controle interno ou externo dos atos praticados, demonstrando assim, que a motivação é inerente à previsão legal, e que a sua inobservância pode gerar inclusive responsabilização para os agentes que a produzem. Conclui-se que a motivação deve ser respeitada e praticada, mesmo em casos de dispensa enquadrada no artigo 24, II, permitindo aos tribunais, auditorias e à sociedade acompanhar o que se compra, podendo avaliar se o motivo e a finalidade estão alinhados com as necessidades da Administração naquele momento.

Palavras-chave: Administração Pública. Lei nº. 8.666/93, artigo 24, II. Licitação. Dispensa de Licitação. Motivação. Controle. Justificativa.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to demonstrate that the Public Administration, respecting its principles, especially legality, legal certainty, publicity, control, motivation and efficiency, serves as the basis for the production of the acts to which they are related to the context of its execution. The Public Administration must submit to legality for all its acts, especially in procurement processes, thus, federal law n°. 8,666/93 brings in its many rules that determine how public purchases should be made, the focus in this case will be on the exceptions to the rule, which allow to dispense with a bidding provided that certain requirements are met. Article 24, II of the aforementioned law, subsidized by article 26, will be analyzed, which determines the need to justify purchases in case of exemption from bidding, starting from item III of article 24, that is, in cases of small purchases by subsection (II) of Article 24, there is no reason to justify it. It will be presented, with emphasis on doctrine and court decisions, that, although there is no provision in federal law n°. 8666/93, the motivation for producing an administrative act is beyond what the law establishes, demonstrating that, lack of motivation can generate loss to the Administration in several aspects, be it in proving the intention of the manager, in the non-observance of the interest or in the absence of internal or external control mechanisms of the acts practiced, thus demonstrating that the motivation is inherent to the legal prediction, and that its nonobservance can even generate accountability for the agents that produce it. It is concluded that the motivation must be respected and practiced, even in cases of exemption under Article 24, II, allowing courts, audits and society to monitor what is purchased, and can assess whether the motive and the purpose are in line with the Needs of the Administration at that time.

Keywords: Public Administration. Law n°. 8.666/93, article 24, II. Bidding. Exemption from Bidding. Motivation. Control. Justification.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. -	Artigo
Inc. -	Inciso
LLCA -	Lei de Licitações e Contratos Administrativos
TJ/PE -	Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco
TCU -	Tribunal de Contas da União
PETROBRAS-	Empresa Brasileira de Petróleo
TCE/MG -	Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 INTERESSE PÚBLICO ENQUANTO DIRECIONADOR DAS CONDUTAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	13
3 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	17
3.1 Legalidade	17
3.2 Segurança Jurídica	19
3.3 Publicidade	20
3.4 Motivação	20
3.5 Controle	22
3.6 Eficiência	23
4 ATOS ADMINISTRATIVOS	25
4.1 Elementos	28
5 DISPENSA DE LICITAÇÃO	30
6 ANALISE	33
6.1 Obrigatoriedade de Motivar os Atos Administrativos	34
6.2 Decisões dos Tribunais	38
7 CONCLUSÃO	43
REFERÊNCIAS.....	45

1 INTRODUÇÃO

A Administração Pública só pode agir dentro dos limites previstos em lei, e um desses limites é a necessidade de motivação dos seus atos, objetivando, dentre outros, conferir maior transparência do que se faz.

Ao motivar um ato, além de cumprir exigência legal e possibilitar maior transparência, também são produzidos outros efeitos desejados e necessários, dentre eles, o de prestar contas da gestão dos recursos e o de proporcionar o controle interno e externo da conduta do gestor para com a coisa pública.

A motivação dos atos administrativos tem a premissa de indicar o porquê está se tomando determinada decisão, de forma a comprovar que esta é a mais adequada ao caso. Não se trata de mero ato de formalidade, uma vez que é sim a abertura de acompanhamento e controle tanto dos que possuem tal prerrogativa, quanto os que se interessarem em avaliar a conduta da Administração, por exemplo, os Tribunais de Contas e a sociedade. A Motivação permite a verificação se a decisão realmente atende ao interesse primário da Administração Pública.

No caso das licitações, a motivação dos atos quando se tratar de dispensa de licitação deve observar, em especial, o art. 26 da Lei Federal nº. 8.666/93. Contudo, o art. 26 não abarca o inciso II do art. 24 da mesma lei, que trata da dispensa por valor, uma vez que, em casos de compras de pequena monta, a princípio, não há a necessidade da motivação.

Sendo assim, constitui-se objetivo geral deste trabalho avaliar a necessidade de motivar os atos administrativos praticados quando for o caso de dispensar licitação para compras de pequena monta, que se enquadrem no art. 24, II da Lei Federal nº. 8.666/93.

Os objetivos específicos, para que seja possível avaliar a necessidade da motivação quando a Administração dispensar licitação com fundamento no artigo 24, II, da Lei Federal nº 8.666/93, são:

- a) Analisar, o art. 24, II da Lei Federal nº. 8.666/93.

b) Analisar a motivação dos atos administrativos enquanto parte do rol dos princípios da Administração Pública.

c) Identificar quais os impactos da ausência de motivação no caso das compras com fundamento no art. 24, II, da Lei Federal nº 8.666/93.

d) Pesquisar nas jurisprudências, doutrina e julgados dos tribunais, elementos que corroboram a necessidade de motivar as compras suportadas pelo art. 24, II da Lei Federal nº. 8.666/93.

O problema da pesquisa que se apresenta é: as dispensas de licitação realizadas sem a devida motivação, pela ausência de previsão legal expressa, podem gerar prejuízo para a Administração, ou inviabilizar o controle do ato?

A Hipótese a ser desenvolvida, é a de que, em que pese o art. 24, II e art. 26 da Lei Federal nº. 8.666/93 não tratem da necessidade de motivar as compras de pequena monta quando da dispensa de licitação, a motivação é princípio legal, que gera segurança jurídica tanto para a Administração, quanto para seu gestor e para o particular, produzindo a devida transparência para o ato, comprovando o porquê da sua prática e possibilitando inclusive um maior controle interno, externo e social.

A metodologia a ser utilizada para alcançar o objetivo proposto, será pesquisa documental e bibliográfica, por meio de consultas à legislação federal, jurisprudências e doutrinas, no intuito de compreender o posicionamento dos tribunais que desenvolvem teses para seus julgamentos, sinalizando assim o entendimento no âmbito do judiciário e o posicionamento dos doutrinadores que discutem o tema. Além disso, o presente estudo terá como base os princípios da Administração Pública, vez que é na lei que se extrai o entendimento fonte desse trabalho, sendo os princípios fundamentais para torner e definir o que se pretende destacar na interpretação e aplicação do instituto da dispensa de licitação.

A estruturação do trabalho se dará através da apresentação do que é interesse público, alinhando este aos princípios da administração, com ênfase nos que se aproximam mais do enfoque do tema, passando pela formação dos atos administrativos, seguindo pela definição de dispensa de licitação em especial os artigos 24 e 26 da Lei Federal nº. 8.666/93, e analisando as decisões judiciais que tratam do tema, encerrando com a apresentação da formação de entendimento sobre o contexto discutido.

2 INTERESSE PÚBLICO ENQUANTO DIRECIONADOR DAS CONDUTAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O interesse público se origina da regra que determina sobre a indisponibilidade desse interesse pela Administração Pública, esse entendimento pode ser observado na Lei geral que trata dos processos administrativos, nº. 9.784/99 art. 2º, Parágrafo Único:

“Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

(...)

II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei.” Grifamos

A Administração Pública, para seu funcionamento, precisa de determinado norte, devendo atuar em atividades que atendam o interesse da coletividade, que é entendido como interesse primário. Bandeira de Mello conceituou interesse público primário da seguinte forma:

"Donde, o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos **pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem**" (Bandeira de Mello, 2008, p.61) Grifamos

Com base na definição supra, e diante de outros doutrinadores que serão citados ao longo da análise, que tratam do tema, um a quem se deve apresentar é o ilustre Hely Lopes Meirelles, que discute sobre o interesse público primário fazendo a junção deste com outro princípio administrativo, o da finalidade da Administração Pública:

"O princípio do interesse público está intimamente ligado ao da finalidade. A primazia do interesse público sobre o privado é inerente à atuação estatal e domina-a, na medida em que **a existência do Estado justifica-se pela busca do interesse geral.** Em razão dessa inerência, deve ser observado mesmo quando as atividades ou serviços públicos forem delegados aos particulares." (Meirelles, 2000, p.95) Grifamos

Tem-se assim a visão mais ampla da extensão de cobertura do interesse público primário, vez que, nem sempre este estará alinhado com a vontade individual de cada um que compõe a sociedade, os interesses individuais, ou os interesses particulares, nem sempre

estarão contidos no interesse público, uma vez que este último sempre tratará de discutir o que é relevante para a coletividade, em detrimento daquele.

Assim, é preciso observar que o interesse público primário, será a vontade da Administração Pública que atuará no cotidiano da sociedade, buscando atender as demandas, impondo determinadas regras de conduta em busca de uma sociedade harmônica, e nesse caminho, deve-se contextualizar que uma das formas de atender os interesses, melhor dizendo, uma das ferramentas utilizadas para a implantação do interesse público primário, é por meio da licitação, pois, ela visa através do cumprimento de regras pré-estabelecidas¹ tanto na Constituição Federal, quanto nas leis ordinárias, regular a forma de compra, determinando aos seus subordinados procedimentos para aquisição de determinados bens, sempre respeitando outros princípios, conforme disposto no art. 37 da Constituição, quais sejam:

"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de **legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência** e, também, ao seguinte:" (Brasil, 1988) Grifamos

Diante da determinação Constitucional, vê-se que o interesse público primário é o direcionador das condutas da Administração Pública, sendo os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência os norteadores para as compras públicas, assegurando à sociedade a transparência, outro princípio que deve ser observado pelos gestores na condução de suas ações quando em exercício de atividade pública.

O interesse público pode ser observado por outro ângulo, tendo como motivação o enriquecimento da administração, nesse sentido, pode esse interesse retornar para a própria administração ou não, esse viés é conhecido pela doutrina como interesse público secundário.

¹ Esse entendimento não é pacífico, existem teorias que discordam dessa idéia de normatização, e excesso de formalidade, em especial para as compras, sendo questionada pelos autores David Osborne e Ted Gaebler em Reinventando o governo, que sugere um maior envolvimento social no acompanhamento e até na seleção dos prestadores de serviços que atenderão demandas para a administração. (Revista da Administração Pública, V. 29, nº. 2, 1995, RESENHA BIBLIOGRÁFICA, Cesar Mattos)

Alexandrino e Paulo trataram de discutir o tema diferenciando o interesse público primário do secundário contextualizando-os da seguinte forma:

“Os interesses públicos primários são os interesses diretos do povo, os interesses gerais imediatos. Já os **interesses públicos secundários são os interesses imediatos do Estado** na qualidade de pessoa jurídica, titular de direitos e obrigações. **Esses interesses secundários são identificados pela doutrina, em regra, como interesses meramente patrimoniais, em que o Estado busca aumentar sua riqueza**, ampliando receitas ou evitando gastos. Também são mencionados como manifestação de interesses secundários **os atos internos de gestão administrativa, ou seja, as atividades-meio da administração, que existem para fortalecê-la como organismo, mas que só se justificam se forem instrumentos para que esse organismo atue em prol dos interesses primários.** Em qualquer hipótese, o **interesse público secundário só é legítimo quando não é contrário ao interesse primário.**

(...)

São exemplos de interesses secundários contrários o interesse público primário, portanto ilegítimos, apresentados pelo prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, **o interesse que o Estado poderia ter em tributar desmesuradamente os administrados, ou pagar remunerações ínfimas a seus servidores, ou não pagar indenizações cíveis quando ocasionasse danos aos administrados, ou pagar indenizações irrisórias nas desapropriações.**”(Alexandrino e Paulo, 2013, p.185) Grifamos

No interesse secundário, percebe-se que a finalidade pública pode ser almejada quando se tratar de ampliar suas receitas, na intenção de controlar as contas públicas, dessa forma, o aumento de um determinado tributo, ou na redução de gastos com a Administração terá como foco o ajuste das suas contas.

Ainda na análise do interesse público secundário, um viés que deve ser analisado é o de que a intenção do gestor interfere na decisão a ser tomada, se ancorando na supremacia do interesse público, o que pode ser questionável conforme Juten Filho apresenta:

"Aliás, não é casual a tese da supremacia e indisponibilidade do interesse público tenha de ser acompanhada da diferenciação entre interesse público primário e secundário. Tal deriva do permanente e inafastável risco de que o governante escolha fundado em sua conveniência política pessoal ou partidária, antes do que por homenagem a um *bem comum* indeterminado." (Justen Filho, 2012, P.92)

Pelo que expõe o autor, há sempre a tendência de o governante inclinar suas decisões para o lado de seus interesses ou de seu partido, em determinados casos seguindo sentido contrário aos do interesse coletivo.

Os princípios citados aqui serão melhores explicados a seguir, para que se tenha uma visão mais ampla de como devem ser conduzidos os processos de compras, e, em especial, conforme o tema ora proposto, onde se encaixa a exceção que trata da dispensa de licitação, e quais os requisitos devem ser observados para sua realização.

3 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Administração Pública, conforme disposto no capítulo anterior está sob a determinação legal que tem como base a Constituição Federal, bem como todo seu ordenamento infraconstitucional.

Emanam da Constituição os princípios norteadores do regramento legal, conforme Di Pietro (2007, p.57) "Princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas subsequentes".

A regra é na verdade uma norma que define determinada situação de forma concreta, já o princípio é mais amplo e leva em conta as interferências sociais na definição de determinada medida ou ação, ou seja, a definição nesse caso não necessariamente será em um formato pré-estabelecido, podendo as situações serem construídas de formas mais abstrata, Justen Filho, diferencia regras e princípios considerando que:

"... o princípio é uma síntese axiológica: os valores fundamentais são consagrados por meio de princípios, que refletem as decisões fundamentais da Nação. A regra traduz uma solução concreta e definida. Já o princípio indica uma escolha axiológica, que pode concretizar-se por meios de soluções concretas diversas." (Justen Filho, 2012, p.105)

Assim, após breve distinção das regras e princípios, serão apresentados alguns dos princípios que no caso em análise são de extrema relevância para auxiliar as medidas adotadas pela Administração nos casos de compras por meio de licitações, estes princípios possuem relação especial com o tema em desenvolvimento, pois embasam o cumprimento legal, por meio da motivação, de que nos casos de dispensa amparadas pelo art. 24, inc. II da LLCA o percurso para que se tenha maior segurança jurídica e transparência deve ser respeitado e cumprido, evitando assim deficiência principalmente na possibilidade do controle tanto interno quanto externo da Administração.

3.1 Legalidade

Um dos princípios norteadores da Administração Pública, não poderia ser outro, se não o da legalidade, uma vez que a Administração só pode agir se houver lei

específica autorizando aquela determinada ação, assim a legalidade é a forma que o ordenamento jurídico brasileiro adota para regular suas ações.

Di Pietro assim define: "Segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite." (2007, p.59), definição esta que comprova a vinculação dos atos administrativos à determinação legal.

A Constituição, no Capítulo VII da Administração Pública, em seu artigo 37 *caput*, trouxe um rol de princípios que devem ser obedecidos, dentre eles o da legalidade.

O mesmo princípio da legalidade também é mencionado na Lei Federal nº. 8.666/93, que tratou de regular as compras da Administração Pública tendo no seu artigo 3º a seguinte redação:

"Art. 3º **A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional** da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e **será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade**, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos" (Brasil, 1993) Grifamos

Meirelles, quando define o princípio da legalidade, o faz, considerando que este tem a função de submeter a Administração à sua determinação, conforme dispõe:

"A Legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso." (Meirelles, 2000, p.82)

Assim, fica claro que a inobservância do princípio da legalidade, pode acarretar aos seus signatários toda sorte de responsabilidades, em todas as esferas tanto administrativas, cíveis, como inclusive criminais.

A doutrina, neste caso, servirá de orientação para a necessária interpretação da lei, uma vez que não se trata aqui de ciência exata, e mesmo que a lei se esforce para ampliar ao máximo seu alcance, nem todas as situações são alcançadas nas suas linhas de definição.

3.2 Segurança Jurídica

O princípio da segurança jurídica tem como fundamento a estabilidade do Estado Democrático de Direito, permitindo à sociedade ter a certeza que não terá surpresas quanto a interpretações legais divergentes daquela proferida no ato decisório, ou seja, que altere decisão transitada e julgada.

O ponto de partida da segurança jurídica é a norma legal, pois dela se extraem as orientações e decisões do que se pode e/ou deve fazer, Meirelles ao analisar a segurança jurídica aborda que:

"A ele está visceralmente ligada a exigência de maior estabilidade das situações jurídicas, mesmo daquelas que na origem apresentam vícios de ilegalidade. A segurança jurídica é geralmente caracterizada como uma das vigas mestras do Estado de Direito. É ela, ao lado da legalidade, um dos subprincípios integradores do próprio conceito de Estado de Direito" (Meirelles, 2000, p.90)

A segurança jurídica tem como finalidade, preservar o momento de cada análise e ao seu final respeitar determinada decisão, vez que por diversos motivos, ao longo do tempo as normas que são utilizadas para orientar as decisões, podem sofrer modificações que poderiam gerar novas decisões antagônicas às proferidas anteriormente, por esse motivo, e na intenção de dar a devida segurança à sociedade, é que surge este instituto.

No ordenamento jurídico brasileiro, foi instituída a lei nº. 9784 de 29 de janeiro de 1999, que regula os processos administrativos da Administração Pública Federal, e em seu art. 2º está esculpido o seu norte, ao qual toda Administração deve se balizar, conforme a seguir:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Desse modo, a formação de atos balizando-se nas determinações acima citadas, asseguram a definição da intenção da Administração, podendo ser questionada caso se comprove haver vício ou ilicitude na produção desses atos, porém, comprovando-se a regularidade e respeito a norma, não há que se questionar o referido ato, pois sua base é a própria lei que assim define.

3.3 Publicidade

Visando divulgar os atos produzidos pela Administração Pública, o princípio da publicidade, também esculpido na Constituição, tem como finalidade divulgar da maneira mais ampla possível todos os seus atos².

A publicidade também está vinculada ao princípio da transparência, pois quanto mais clara as informações e quanto maior o seu alcance mais efetiva será a sua atuação.

Bandeira de Mello (2008, p.114) assim definiu o princípio da publicidade; "Consagra-se nisto o dever administrativo de manter plena transparência em seus compromissos. Não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (...), ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam".

Os mecanismos utilizados para que se promova a publicidade, são os meios de comunicação oficial, podendo ser também fixadas às publicações em locais pré-estabelecidos visando divulgar e disseminar as informações ali contidas.

3.4 Motivação

Os atos a serem produzidos pela Administração Pública devem ser motivados, ou seja, deve-se demonstrar porque aquele determinado ato será praticado e quais os efeitos pretendem ser alcançados, Bandeira de Mello diz que:

² Nem todos os atos produzidos pela Administração Pública estão subordinados ao princípio da publicidade. Em alguns casos a Administração pode valer-se do sigilo para determinados atos, justificando tal conduta na necessidade de segurança, conforme disposto no art. 6º, inc. III da Lei de Acesso à Informação nº. 12.527 de 18/11/2011. "III - proteção da informação sigilosa e da informação pessoal, observada a sua disponibilidade, autenticidade, integridade e eventual restrição de acesso."

"Dito princípio implica para a Administração o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada, nos casos em que este último esclarecimento seja necessário para aferir-se a consonância da conduta administrativa com a lei que lhe serviu de arrimo." (Bandeira Mello, 2008, p.112)

Conforme disposto, à Administração é necessário justificar seus atos, em respeito a transparência, contendo as intenções, finalidades, o porquê deve-se produzido aquele ato. Dessa forma, amplia-se a possibilidade de controle, tanto interno, quanto externo ao órgão que o produziu, respeitando o controle legal bem como o controle social para o qual a sua atividade está intrinsecamente ligada, sendo o interesse público o foco do gestor público na produção dos seus atos.

Nessa mesma linha de pensamento, o Professor Florivaldo Dutra Araújo, diz que:

"A base do dever de motivar encontrará pleno resguardo quando visualizada dentro do quadro global do Estado de Direito. Nesse sentido, a motivação é princípio essencial ao direito administrativo que, ao mesmo tempo em que faz parte, encontra fundamento no regime jurídico da atividade administrativa. O administrador está obrigado a motivar seus atos exatamente por ser este um princípio regente de sua atividade, com cuja observância ele demonstra que toda esta se ateu aos demais princípios do regime jurídico-administrativo." (Dutra Araújo, 2005, p.104)

A motivação conforme posto, é o princípio que rege as atividades da Administração, e que dela se extrai informações que subsidiam a validade e controle dos atos produzidos.

Esse princípio será a base de discussão deste trabalho, uma vez que é nele que se sustenta a necessidade de se motivar quando se utilizar o instituto da dispensa de licitação nos casos do art. 24, inc. II da Lei Federal nº 8.666/93.

Porém a discussão se aprofundará nos capítulos seguintes onde se discutirá a sua aplicação, necessidade, e por quais motivos entende-se necessária à motivação do ato.

3.5 Controle

Na visão do controle da Administração Pública, a gestão dos recursos é um ponto bastante observado, uma vez que, em se tratando de recursos públicos, a necessidade de controle é acentuada, devendo o gestor tomar todas as cautelas para se resguardar de possíveis questionamentos advindos tanto dos órgãos de controle internos, quanto externos, bem como da própria sociedade, assim, a princípio, em que pese não haver obrigatoriedade legal expressa, para a motivação nos casos das dispensas de licitação enquadradas no art. 24, inc. II da Lei Federal nº. 8.666/93 fica subentendido que essa obrigatoriedade está implícita, no intuito de se dar a transparência dos atos públicos além de comprovar que aquela foi a melhor escolha.

A intenção na definição de controle não é aprofundar no tema, vez que perpassa por diversos níveis de interpretação, se desdobrando em inúmeras possibilidades, como na forma de controle, se este é interno ou externo, quanto a natureza da atividade, dentre muitas outras definições que advêm desse tema, o foco aqui será demonstrar que o controle é um dos princípios da Administração que devem ser observados nos casos de dispensa de licitação.

Diante do exposto, a definição de controle terá o direcionamento voltado para o que se pretende extrair desse fundamento, nesse sentido, para Carvalho Filho, o controle se divide em dois, um é o controle político e o outro o controle administrativo, no tema que será abordado, o controle discutido será o administrativo, nesse sentido o citado autor o define da seguinte forma:

"Esse controle administrativo se consuma de vários modos, podendo-se exemplificar com a fiscalização financeira de pessoas da Administração Direta e Indireta; com a verificação de legalidade, ou não, dos atos administrativos; com a conveniência e oportunidade de condutas administrativas etc." (Carvalho Filho, 2011, p.862)

Essa definição já pontua de forma clara que o controle administrativo tem a finalidade de fiscalizar os atos da Administração com base no ordenamento jurídico, de forma a avaliar os seus gastos financeiros.

O controle nesse caso pode ser tanto interno, quanto externo, ou seja, por meio das auditorias internas da própria Administração ou de órgãos de controle externo como a Controladoria e Tribunal de Contas.

Justen Filho define o controle interno das atividades administrativas da seguinte forma:

"O controle interno da atividade administrativa é o dever-poder imposto ao próprio Poder de promover a verificação permanente e contínua da legalidade e da oportunidade da atuação administrativa própria, visando a prevenir ou eliminar defeitos ou aperfeiçoar a atividade administrativa, promovendo as medidas necessárias a tanto." (Justen Filho, 2010, p.1115)

Para que a Administração possa exercer suas atividades de forma segura, com base na subordinação legal, e na vinculação dos seus atos, o controle é uma das formas de se construir procedimentos mais adequados, dentro dos limites legais, baseando-se na prevenção, correção e aperfeiçoamento de suas atividades.

3.6 Eficiência

Dando continuidade aos princípios que se apresentam necessários para se buscar a melhor formação do ato administrativo, sempre no enfoque da dispensa de licitação, e com base inclusive no item anterior que tratou do controle da Administração Pública, o princípio da eficiência é outra base que deve ser utilizada para demonstrar que a sua interferência possui grande repercussão nos atos administrativos.

Justen Filho (2010, p.182) diz que "... a atividade estatal é norteadada pela eficiência, não se impondo a subordinação da atividade administrativa à pura e exclusiva racionalidade econômica". Significa dizer que muito além das questões econômicas, ser eficiente, nesse contexto demonstra a busca de exercer sua atividade da melhor forma possível, conciliando além das questões econômicas que são parte desse entendimento, a busca da qualidade, na melhor forma, no menor tempo.

Transportando a definição de eficiência para a dispensa de licitação, não basta aprovar quem ofertou o menor valor, se este não atender outros requisitos que a própria Administração deve ter o cuidado de exigir, como por exemplo, a comprovação de que todos

os documentos estão em dia, a comprovação de que o seu produto ou serviço é de excelente qualidade, ou ainda comprovando o cumprimento de seus contratos dentro do prazo, estes critérios buscam cumprir com a ideia de eficiência, cercando a Administração de precauções ancoradas na legislação, alcançando assim o melhor produto ou serviço no melhor preço nas melhores condições, com a entrega dentro do prazo ou no menor prazo.

Bandeira de Mello definiu o princípio da eficiência como sendo o princípio da *boa administração*, pois na sua visão, a eficiência é parte de algo maior, pertinente inclusive ao que foi exposto até o momento, conforme a seguinte definição:

O fato é que o princípio da eficiência não parece ser mais do que uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado, de há muito, no Direito italiano, o princípio da "boa administração." (Bandeira Mello, 2012, P.122)

A eficiência, no contexto apresentado por Bandeira de Mello, na verdade está contida em algo maior, denominado *boa administração*, que deve ser entendida como a junção da subordinação legal, com o interesse público primário, resultando no cumprimento da finalidade pública.

Diante desse direcionamento é que se passará a desenvolver o estudo quanto à necessidade ou não de motivar os atos praticados pela Administração quando utilizado o instituto da dispensa de licitação sustentada no art. 24, II da Lei Federal nº. 8.666/93.

4 ATOS ADMINISTRATIVOS

Inicialmente, para o desenvolvimento do tema, é importante a conceituação do que é ato administrativo, assim, Justen Filho o define da seguinte forma:

"Ato administrativo é uma manifestação de vontade funcional apta a gerar efeitos jurídicos, produzida no exercício de função administrativa." (Justen Filho, 2012, p.343)

Bandeira Mello, também define ato administrativo com:

"...declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes - como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestadas mediante providências jurídicas complementares da lei a título de dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional." (Bandeira Mello, 2008, p.380)

Diante das definições citadas, é possível perceber que antes de se formar o ato administrativo, existe a vontade funcional, ou seja, a intenção motivadora de quem a produz. Essa vontade deve fazer parte do contexto da Administração Pública, alinhada com a legalidade do ato, ou seja, quando decidida determinada ação, esta, antes de ser gerada deve avaliar se há permissão legal para que ao final se torne em um ato válido, e nesse sentido além de permitido e válido, que também tenha um propósito que contribua para o desenvolvimento da unidade que a produziu, cumprindo assim os requisitos da perfeição, validade e eficácia.

Nem todo ato em verdade é considerado ato administrativo, e Bandeira de Mello indica alguns destes atos conforme segue:

- a) Atos regidos pelo Direito Privado, como, por exemplo a simples locação de uma casa para nela instalar-se uma repartição pública. O Direito Administrativo só lhes regula as condições de emancipação, mas não lhes disciplina o conteúdo e correspondentes efeitos.
(...)
- b) Atos materiais, tais o ministério de uma aula, uma operação cirúrgica realizada por médico no exercício de sua atividade como funcionário, a pavimentação de uma rua etc.
(...)
- c) Atos políticos ou de governo, praticados com margem de discricção e diretamente em obediência à Constituição, no exercício de função puramente política, tais o indulto, a iniciativa de lei pelo Executivo, sua sanção ou veto, sub color de que é contrária ao interesse público, etc.(Bandeira Mello, 2008, p.379)

Bandeira Mello (2008, P.380) ainda aborda sobre atos que não constam como atos administrativos, porém devem ser considerados como tal, "por exemplo os atos relativos à vida funcional dos servidores do Legislativo e do Judiciário, praticados pelas autoridades destes Poderes, ou as licitações efetuadas nestas esferas".

Os atos administrativos possuem alguns atributos que devem ser observados, dentre eles a imperatividade, auto-executoriedade, tipicidade e a presunção de veracidade.

Conforme Di Pietro (2007, P.185) "Imperatividade é o atributo pelo qual os atos administrativos se impõem a terceiros independente de sua concordância", dessa forma quando proferido determinado ato administrativo, ele instituirá regra que deve ser seguida, respeitada e cumprida, e desde que não tenha restrições no próprio ato, este deve ser respeitado por todos indistintamente.

Auto-executoriedade são os atos aos quais, a própria Administração pode colocá-los em execução sem a necessidade de autorização do poder judiciário.

Estes atos são divididos em duas vertentes, conforme Di Pietro (2007, p.186), a primeira é a **exigibilidade**, onde "a Administração se utiliza de meios indiretos de coerção, como multa ou outras penalidades administrativas impostas em caso de descumprimento do ato".

A segunda vertente é a da **executoriedade**, neste caso a Administração tem a prerrogativa de utilizar de meios diretos de força, para impelir ou compelir o cumprimento de determinado ato.

Conforme o próprio nome já indica, tipicidade significa que o ato praticado pela Administração deve ser tipificado, não sendo possível a publicação de ato inominado, os atos são tipificados para cada efeito ao qual pretende produzir, como por exemplo, a autorização, licença, admissão, permissão, aprovação, homologação, parecer, visto, decreto, portaria resolução dentre outros.

Outro atributo a ser abordado é o da presunção de veracidade, que tem como finalidade garantir que os atos produzidos pela Administração, em princípio, são verídicos.

A presunção de veracidade conforme disposto por Di Pietro (2007, p.183), "diz respeito aos fatos; em decorrência desse atributo, presumem-se verdadeiros os fatos alegados pela Administração. Assim ocorre com relação às certidões, atestados, declarações informações por ela fornecidos, todos de fé pública".

Um dos pilares que sustentam a veracidade dos atos produzidos pela Administração é a subordinação à legalidade, e desse modo se extrai outro atributo, o da presunção de legitimidade.

Para esclarecer melhor a diferenciação entre estes dois atributos Di Pietro os definem da seguinte forma:

"Embora se fale em presunção de legitimidade ou de veracidade como se fossem expressões com o mesmo significado, as duas podem ser desdobradas, por abrangerem situações diferentes. A presunção de legitimidade diz respeito à conformidade do ato com a lei; (...)

A presunção de veracidade diz respeito aos fatos; em decorrência desse atributo, presumem-se verdadeiros os fatos alegados pela Administração." (Di Pietro, 2007, p.182/183)

Estes atributos na verdade são parte um do outro, pois verificando que houve o fato, e que este se adequou à necessidade torna-se um ato motivado, o tornando determinante.

Os motivos determinantes possuem uma relação estreita com a sua causalidade, ou seja, a relação entre ato e motivo tem que comprovar a sua causa.

Relevante nessa discussão é quando se avalia todo contexto à luz da discricionariedade do gestor público, nesse campo se constrói a teoria dos motivos determinantes conforme apresentado por Carvalho Filho:

"Desenvolvida no Direito francês, a teoria dos motivos determinantes baseia-se no princípio de que **o motivo do ato administrativo deve sempre guardar compatibilidade com a situação de fato que gerou a manifestação da vontade**. E não se afigura estranho que se chegue a essa

conclusão: se o motivo se conceitua como a própria situação de fato que impede a vontade do administrador, a inexistência dessa situação provoca a invalidação do ato." (Carvalho Filho, 2011, p.109) Grifamos

O administrador público estará sujeito ao regramento legal, e deverá demonstrar que os seus atos se vinculam aos motivos aos quais estes atos serão destinados, uma vez que a ausência da causalidade juntamente com a ausência de motivação podem consumir a sua ilegalidade, passível de diversas restrições.

4.1 Elementos

De forma resumida, apresentar-se-á os elementos, ou também conhecidos como requisitos de validade, que devem existir para a composição de um determinado ato.

Esses elementos ou requisitos de validade, são os caracteres exigidos para que o ato possa ser considerado válido, são eles; competência, finalidade, forma, motivação e objeto.

Carvalho Filho (2011, p.98) define a competência com a seguinte expressão; "...é o círculo definido por lei dentro do qual podem os agentes exercer legitimamente sua atividade." Em outras palavras, é o que a lei diz o que é de competência do agente, e que este pode executar.

A finalidade está ligada ao objetivo ao qual a Administração pretende alcançar, Di Pietro (2007, p.194) assim diz; "...é o resultado que a Administração quer alcançar com a prática do ato".

A constituição de um ato deve estar contido em uma forma determinada em lei, ou seja, não pode ser produzido sem o respeito de determinado regramento que o defina como deve ser.

Meirelles (2000, p.140) para demonstrar como se dá essa forma, apresenta a distinção entre os atos praticados pelo particular e pela Administração, sendo naquele caso a formação do ato pode ser livre, neste só sob a orientação legal, ou seja, a lei é a regra para que se construa o ato de forma válida para que seus efeitos tenham eficácia.

O ato administrativo para se formar necessariamente deve haver um motivo, ou seja, um por que. Esse motivo na verdade "...é o pressuposto de fato e de direito que serve de fundamento ao ato administrativo" (Di Pietro, 2007, p.195)

Podendo ser também definido como conteúdo, o objeto segundo Bandeira de Mello (2008, p.388) "...é aquilo que o ato dispõe, isto é, o que o ato decide, enuncia, certifica, opina, ou modifica na ordem jurídica".

Pode ser interpretado conforme Di Pietro (2007, p.191) "Objeto ou conteúdo, é o efeito jurídico imediato que o ato produz".

Os atos administrativos possuem muitas especificidades, e todas elas são fragmentos que o definem e delimitam, de forma que além das que já foram apresentadas, outros contextos devem ser avaliados, tais como a vinculação do ato, a sua discricionariedade, a sua classificação, subdividindo-se em prerrogativas, vontades, destinatário, exequibilidade, ou ainda se o ato é perfeito, imperfeito, consumado, constitutivo, declaratório, devendo ser analisada a sua espécie, com inúmeras subdivisões, bem como podem ser avaliados se possuem vícios, e se podem ou não ser sanáveis.

Diante de inúmeras definições, as quais todas fazem parte da composição de um ato administrativo, não se pretende alongar nesse tema, vez que o objetivo aqui é demonstrar que a dispensa de licitação é um dos atos praticados pela Administração pública, e que, desde a sua formação deverão ser observados todos os requisitos de validade, sempre tendo como direção o regramento legal, e no caso desse trabalho, buscar a elucidação da necessidade ou não de se motivar as dispensas quando se enquadrarem no art. 24, inc. II da Lei de Licitações e Contratos Administrativos - LLCA.

Assim, frente a tantos critérios criados pelo sistema legislativo que tratam de como formar um ato, e de como avaliar a sua validade ou não, é que buscar-se-á desenvolver a seguir o tema principal da análise, a dispensa de licitação.

5 DISPENSA DE LICITAÇÃO

A Administração Pública para realizar suas compras se subordina à Lei de Licitações e Contratos Administrativos - LLCA, publicada em 21 de junho de 1993, sob o nº. 8.666, atendendo assim a prerrogativa instituída pela Constituição Federal, nos termos do seu art. 37, inciso XXI.

Para as compras públicas, licitar é a regra, conforme instituiu a Lei Federal nº 8.666/93, porém, em caráter excepcional, a mesma lei trata também das exceções à licitação, podendo existir situações em que a dispensa da licitação será cabível.

Entre os casos que a lei prevê a dispensa, um deles é por valor, ou seja, quando o valor da compra estiver abaixo de determinado limite, a Administração pode se valer da dispensa de licitação para realizar a compra, essa prerrogativa está contida no art. 24, inc. II da Lei nº. 8.666/93, que assim dispõe:

"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;"Grifamos

A dispensa de licitação, em especial o artigo 24, II da Lei Federal nº. 8.666/93 estipulou quais os requisitos para efetuar determinadas compras. O inciso I do referido artigo foi citado apenas para esclarecimento quanto ao início do inciso II, que contém a expressão **"para outros serviços e compras"**, ou seja, para as compras e serviços que não são os de serviços de engenharia, porém cabe uma ressalva quanto a aplicação da necessidade de motivação também para o inciso I, porém não será o foco da avaliação desse trabalho.

É importante essa distinção inicial, uma vez que a partir desse momento, sempre que tratar-se de serviços, **não estarão englobados os serviços de engenharia.**

Em tempo, é importante ressaltar que a aplicação do art. 24, inc. II da Lei nº 8.666/93, não é imperativa, ou seja, conforme o próprio *caput* do artigo, "é dispensável a licitação", expressão esta que demonstra a discricionariedade da Administração na possibilidade de escolha em se dispensar ou não determinada licitação.

A discricionariedade da Administração é importante ser abordada, uma vez que quando optar por não dispensar a licitação, a mesma deverá justificar o porquê optou por outra forma de contratação, atendendo assim o princípio da motivação, já abordado anteriormente nesse trabalho, uma vez que sempre que houver processo licitatório deverá haver a respectiva justificativa do porque da necessidade da contratação, o §11 do art. 3º da Lei nº. 8.666/93 assim dispõe:

"§ 11. **Os editais de licitação** para a contratação de bens, serviços e obras poderão, **mediante prévia justificativa da autoridade competente...**"
Grifamos

Essa discricionariedade é abordada por Di Pietro (2007, p.339) quando diz que "... na dispensa, há possibilidade de competição que justifique a licitação; de modo que a **lei faculta a dispensa, que fica inserida na competência discricionária da Administração.**"
Grifamos

Meirelles (2000, p.260) também tratou de direcionar o entendimento no sentido da discricionariedade da Administração quando diz que "Licitação dispensável: é toda aquela que **a Administração pode dispensar se assim lhe convier.**" Grifamos

Diante de uma breve introdução sobre o artigo 24 e seu inciso II, complementarmente, buscar-se-á analisar o artigo 26 da mesma lei, vez que somente a cumulação desses dois artigos, é que será possível uma melhor clareza na discussão quanto na necessidade ou não de se motivar os atos quando realizadas compras por meio da dispensa de licitação.

O artigo 26 da Lei nº. 8.666/93 determinou que, "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...", ou seja, para o citado artigo só se deve justificar as compras a partir do inciso III do art. 24.

Assim, serão levantadas as questões relativas à necessidade ou não de justificar as dispensas que não foram contempladas no art. 26 da Lei nº 8.666/93, em especial a que está prevista no art. 24, inc. II da Lei de Licitações.

6 ANÁLISE

O conteúdo a ser analisado será a necessidade e relevância de motivar os atos administrativos praticados quando for o caso de dispensar licitação para compras de pequena monta, que se enquadrem no art. 24, II da Lei Federal nº. 8.666/93.

O art. 24 da Lei Federal nº. 8.666/93 conforme já explicado trata da possibilidade de dispensar a licitação para determinadas compras, mesmo quando seja possível licitar, ou seja, a critério da própria Administração, e respeitando as regras estipuladas em lei, a licitação nesse caso pode ser dispensada.

Justen Filho (2012, p.498) diz que a "dispensa de licitação verifica-se em situações nas quais, embora viável competição entre particulares, a licitação afigura-se objetivamente inconveniente ao interesse público".

O art. 24 da LLCA foi instituído contendo rol taxativo de possibilidades de dispensa, o seu inciso II trata de compras e aquisição de serviço comum tendo como critério os valores estipulados na alínea "a" do inciso II do art. 23 da mesma lei.

Diante dessa permissão legal, percebe-se que existe um sentido para que compras com valores de pequena monta não tenham o mesmo tipo de controle do que as outras modalidades e formas de compra.

Para reforçar que compras de pequeno valor não necessitam de motivação ou justificativa, o art. 26 da Lei Federal nº. 8.666/93 diz:

"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..." (Planalto, 1993) Grifo nosso

Significa dizer que para os dois incisos do art. 24 da LLCA, que tratam especificamente de compras com valores menores, não há obrigatoriedade de apresentar justificativas.

Deve-se observar que as compras ou serviços contratados que se enquadram dentro dos valores previstos no art. 24 devem também cumprir outra regra, que é a de que *não se refiram a parcelas de um mesmo serviço compra ou alienação de maior vulto*, ou seja, tem que ser uma compra que abarque a sua totalidade, de uma só vez.

Respeitando todos os requisitos do art. 24, inc. II a dispensa, em tese, mostra-se perfeita, porém, nesse ponto é que devem ser avaliadas outras questões que estão fora do contexto dos artigos 24 e 26 da Lei 8.666/93.

Como abordado anteriormente, para a produção dos atos devem observar os motivos determinantes, ou seja, qual a relação de causalidade entre o fato e o ato, e os motivos que predominaram para tal decisão, Dutra Araújo entende que:

"Já os atos discricionários teriam sempre de ser motivados, a fim de se garantir que, ao praticá-los, o administrador se contenha nos limites da finalidade e competência relativos aos atos emitidos, que os motivos realmente existam e que estes guardem relação causal com o conteúdo do ato." (Dutra Araújo, 2005, P.111)

Mesmo possuindo a prerrogativa da discricionariedade, a Administração deve demonstrar os motivos e as relações causais para cada ato produzido, pois, a escolha está atrelada ao destino de cada ação, devendo zelar para que o ato contemple todas as condições definidas em lei para atender aquela finalidade ao qual se destinará.

6.1 Obrigatoriedade de Motivar os Atos Administrativos

A Lei de Licitações e Contratos Administrativos - LLCA não inclui o caso de dispensa nos termos do art. 24, inc. II, dentre as hipóteses que carecem de motivação, mas deve-se perceber que a própria lei é contraditória a esta intenção no seu artigo 89 que assim dispõe:

**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. (Planalto, 1993) Grifamos

Observa-se que, realizando dispensa com a ausência de requisito essencial para a comprovação da lisura, da eficiência, da impessoalidade e de tantos outros princípios que regem o ordenamento administrativo, abre-se a possibilidade de ser apenado quem produziu tal ato contendo algum tipo de vício, e quem se beneficiou dele.

O porquê e o como dispensar a licitação, em especial no caso do inc. II do art. 24, pode ser interpretado como um ato de cautela para a própria Administração, vez que, por meio da motivação é que se comprova que não houve mácula no ato, demonstrando que o regramento legal contido no art. 26 da Lei Federal nº. 8.666/96 foi respeitado e cumprido, validando o zelo com a gestão da coisa pública, conforme está disposto no parágrafo único deste artigo:

Parágrafo único. **O processo de dispensa**, de inexigibilidade ou de retardamento, **previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:**

I - **caracterização da situação** emergencial ou calamitosa **que justifique a dispensa**, quando for o caso;

II - **razão da escolha do fornecedor ou executante;**

III - **justificativa do preço.**

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados. (Planalto: 1993) Grifamos

Os citados requisitos devem ser aplicados em todos os casos de dispensa, inclusive os preconizados no inciso II do art. 24, pois, asseguram maior controle da Administração, trazem maior segurança jurídica, ampliam a possibilidade de controle dos gastos tanto para a sociedade quanto para os órgãos de controle, e ainda proporcionam maior segurança ao ordenador de despesa, uma vez que quando auditado terá a seu favor todos os elementos comprobatórios da lisura dos seus atos.

A motivação é vista tanto pelo judiciário, como pelos órgãos de controle externo, como uma forma necessária de produzir atos saudáveis para a Administração, comprovando-se por meio dos julgados que serão apresentados a seguir.

O Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco - TJ/PE analisou processo em que houve apreensão de veículo supostamente estacionado em local proibido, porém, conforme a narrativa da decisão, não há provas e justificativas que demonstrem como se deu tal apreensão, e o motivo pontual para a anulação do ato foi a ausência de motivação, conforme segue o texto:

“EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. APREENSÃO DE VEÍCULO ESTACIONADO EM LOCAL PROIBIDO. TERMO DE APREENSÃO SEM DISPOSITIVOS LEGAIS. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO QUE REGE TODOS OS ATOS ADMINISTRATIVOS E DO DIREITO DA AMPLA DEFESA. NULIDADE DE ATO. REEXAME NÃO PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. 1-Termo de Apreensão sem constar os dispositivos que demonstram a infração cometida. Exigência necessária em virtude do direito que se tem em saber a motivação que gerou a imposição da penalidade. 2-Violação flagrante do princípio da motivação que rege todos os atos administrativos. 3-Reexame Necessário não provido. 4-Decisão Unânime. Processo: REEX 379915220068170001 PE 0037991-52.2006.8.17.0001; Relator(a): José Ivo de Paula Guimarães; Julgamento: 12/04/2012; Órgão Julgador: 8ª Câmara Cível; Publicação: 76.” Grifamos

Conforme se apresentou a decisão do TJ/PE, e conforme entendimento daquela corte, a motivação é princípio que rege todos os atos administrativos, ou seja, não se limita ou se restringe a alguns atos, mesmo os atos que se entendem discricionários, pois até estes devem conter a motivação do porque está se tomando determinada decisão. É na motivação que se assenta a justificativa dos atos administrativos, sem ela, conforme a citação acima, o ato é nulo, não tem validade, e assim deve ser anulado, ou extinto, ou suspenso, conforme o caso.

Hipoteticamente, uma dispensa de licitação com fulcro no inciso II do artigo 24 da Lei Federal nº. 8.666/93, que adquire determinado elemento para determinado órgão da Administração, que não contenha motivação, ao ser avaliado pelo Tribunal de Contas daquele Estado, pode ter interpretação similar à apresentada pelo TJ/PE, podendo o ato ser declarado nulo e dependendo do tipo de dispensa, será necessária a devolução do elemento adquirido, ou a cobrança de multa ao ordenador de despesas daquele órgão, ou a aplicação do artigo 89 da LLCA, que trata da punição pela utilização indevida do instituto da dispensa.

Percebe-se que a motivação é ato inerente à previsão determinada no art. 26 da Lei 8.666/93, não sendo prudente excluir o inciso II do art. 24 da citada lei desse rol.

Além do que, apresentando os elementos contidos no parágrafo único do art. 26, quais sejam, caracterização da situação emergente ou calamitosa que justifique a dispensa, razões da escolha do fornecedor e no caso em análise a justificativa do preço, tem-se que todas estas justificativas são plausíveis para o controle dos atos administrativos, e sempre que possível devem ser aplicados.

É certo que, utilizando o princípio da razoabilidade nos casos de compras amparadas pelo inciso II do art. 24 da Lei 8.666/93, não seria necessário motivar, uma vez que se trata de bens ou serviços de pequena monta, mas quando se observa o seu art. 89, não há estipulação da gravidade do delito, pelo contrário, no seu rol de atos puníveis encontra-se justamente a dispensa, sem distinção de quais dos seus incisos podem ser puníveis, assim, compreende-se que todos os incisos dispensáveis se enquadram na definição legal:

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.

Se o art. 89 não seleciona quais os incisos contidos no art. 24 da mesma LLCA serão apenados quando descumpridos, entende-se que a segurança na formação do ato, no caso a motivação, é um dos poucos mecanismos que possibilitará justificar o porquê se decidiu em favor deste ou daquele licitante ou produto.

Corroborando com o entendimento de que se deve motivar os atos para garantir o cumprimento legal, Dutra Araújo apresenta entendimento que a prerrogativa legal de se motivar um determinado ato é obrigatória, conforme dispõe:

"A dispensa de motivação nos atos vinculados não deve ser cogitada, por duas razões principais: a necessidade de se conhecer a interpretação dada pelo administrador à lei, e a de tornar possível a verificação da correta

incidência do ato na situação fática que o tenha motivado." (Dutra Araújo, 2005, p.112)

O caminho construído dentro da motivação é claro, e direciona para o cumprimento das regras legais, não necessita de grande exercício para se comprovar que a Administração deve se cercar dos cuidados necessários para garantir a transparência, lisura e intenção dos seus atos, e na motivação se ancora parte dessa responsabilidade.

6.2 Decisões dos Tribunais

Percebe-se que o movimento natural da discussão aqui analisada, tende a seguir o entendimento já apresentado quanto a motivação, vez que este princípio é maior do que o limite traçado pelo art. 26 da Lei Federal nº. 8.666/96. Para demonstrar esse caminho construído pelos Tribunais, serão apresentados alguns julgados que comprovam e sinalizam na direção da necessidade de motivação das dispensas contidas no inciso II da citada lei.

O TCU em seu Acórdão nº. 2547/2015 em sessão plenária do dia 14/10/2015 decidiu que:

“Em regra, os editais de pregão devem contemplar orçamento detalhado e critérios de aceitabilidade de preços unitários e global, **admitida sua dispensa, motivadamente** e considerando os riscos e benefícios da medida, no caso de objetos complexos, com alto grau de incerteza em sua definição e/ou características muito peculiares de mercado”. Grifamos

O Acórdão em referência inicia a abordagem focando na necessidade de detalhar o orçamento, e na análise dos preços, e em seguida admite a dispensa, desde que apresentada a sua motivação, significando que a precaução do gestor no caso em análise deve ter o cuidado de formar uma base formal de documentos que comprovem a escolha sob diversos aspectos, dentre eles o orçamentário, os riscos advindos de um objeto complexo etc.

Como já abordado anteriormente, o zelo pela coisa pública é algo exigido pelos tribunais, sendo para isso a permissão do uso de todas as ferramentas legais possíveis para que se busque a melhor compra, com o melhor objeto, nas melhores condições, proporcionando a ampla disputa, e nesse ponto, inclusive deve-se aplicar aos casos de dispensa, uma vez que

justamente pela simplicidade abordada pelo seu instituto pode tornar o ato vulnerável, propício ao erro no julgamento ou ao vício intencional, vez que se mostra permissivamente brando o seu controle.

A simplicidade dos atos formados sob a exegese da dispensa de licitação, não devem ser tratados como permissão para a negligência no seu controle, pelo contrário, deve ser construído por um aparato de informações mais eficientes, para que se possa atender satisfatoriamente o controle administrativo e também social. Uma das bases que pode garantir o controle dos atos administrativos é a motivação pois, contém na sua essência a intenção do gestor, sempre primando pelo interesse primário da Administração.

Seguindo com a linha de pensamento que vem sendo construída pelo TCU, o julgado advindo do Acórdão nº. 1434/2007 analisado pela Segunda Câmara em 05/06/2007 decidiu:

9.2.3. conferir ao subitem 1.3 do Acórdão 1.447/2003-TCU-2ª Câmara a seguinte redação:

(...)

1.3. faça constar dos processos de contratação, nos casos de inviabilidade ou dispensa de licitação, as justificativas para a escolha da empresa contratada, bem como para o preço acordado, consoante prescrevem os comandos contidos no caput do art. 26 da Lei nº 8.666/1993 e nos incisos I a III de seu parágrafo único, que encontram correspondência com a disposição contida no item 2.5 do Decreto 2.745/98;"Grifamos

No caso acima citado, a direção dada pelo TCU é a de que se deve alinhar a dispensa nos termos do Decreto nº. 2.745/98, que tratou de discutir as regras de licitação de forma simplificada para a Empresa Petróleo Brasileiro S.A, - PETROBRAS, que assim dispõe:

DECRETO Nº 2.745, DE 24 DE AGOSTO DE 1998.

Aprova o Regulamento do **Procedimento Licitatório Simplificado** da Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRÁS previsto no art . 67 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997.

(...)

2.2 A dispensa de licitação dependerá de exposição de motivos do titular da unidade administrativa interessada na contratação da obra, serviço ou compra em que sejam detalhadamente esclarecidos:

(...)

d) a justificativa do preço de contratação e a sua adequação ao mercado e à estimativa de custo da PETROBRÁS. Grifamos

O TCU, neste caso, valeu-se do citado Decreto para se balizar na demonstração da necessidade de motivar em casos de dispensa, comprovando-se assim que a LLCA não contemplou de forma satisfatória sobre o tema, mas que a própria Administração vem buscando preencher essa lacuna, conforme percebe-se nesse caso.

Assim, entende-se que há necessidade de justificar o valor da contratação mesmo quando em casos de dispensa de licitação, sendo que o TCU em outras situações confirmou com ênfase esse entendimento, conforme os julgamentos a seguir:

TCU:

Acórdão: 1607/2014 - Plenário

Data da Sessão: 18/06/2014

Enunciado:

Em procedimento de dispensa de licitação, devem constar, no respectivo processo administrativo, elementos suficientes para comprovar a compatibilidade dos preços a contratar com os vigentes no mercado ou com os fixados por órgão oficial competente, ou, ainda, com os que constam em sistemas de registro de preços.

(...)

c) ausência de justificativa válida de preços para a contratação dos serviços objetos da dispensa, já que os preços que não constavam do contrato anterior foram cotados pela [empresa contratada] (artigo 26, parágrafo único, inc. III, da Lei 8.666/1993). Grifamos

TCU:

Acórdão: 216/2002 - Plenário

Data da Sessão: 12/06/2002

Enunciado:

Deve constar no processo de contratação mediante **dispensa de licitação as devidas justificativas em relação** à escolha do fornecedor e **ao preço contratado**, conforme exigência do art. 26, incisos II e III, da Lei nº 8.666/1993.

Excerto:

[RELATÓRIO]

8) questionamento: **os processos de dispensa de licitação não contêm a razão da escolha do fornecedor ou do licitante, nem a justificativa do preço**, em desacordo com o inciso III, do art. 26, da Lei nº 8.666/93. **Prática generalizada em todos os processos analisados.** Grifamos

O Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais – TCE/MG, respondendo consulta realizada pelo Município de Esmeraldas/MG discutiu de forma pontual a necessidade de motivação para os casos de dispensa, considerando que a formação do processo é anterior ao formato ao qual ele se amoldará, ou seja, só se saberá se a compra será via licitação, dispensa ou inexigibilidade após a formação do processo, não há que se excluir nenhum requisito necessário à sua formação, vez que estes são exigências contidas no ordenamento desde a Constituição Federal até a legislação específica sobre o tema, assim segue o Acórdão:

Processo: 886340

Natureza: Consulta

Órgão/Entidade: Prefeitura Municipal de Esmeraldas

Consulente: Glacialdo de Souza Ferreira

Relator: Conselheiro Cláudio Couto Terrão

Sessão:03/07/2013

(...)

EMENTA:

CONSULTA – CONTRATAÇÃO DIRETA – LICITAÇÃO
DISPENSÁVEL EM RAZÃO DO VALOR –

ART. 24, I E II DA LEI N. 8.666/93 – SUBMISSÃO PRÉVIA DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO À ASSESSORIA JURÍDICA – FACULDADE. Os procedimentos administrativos que visem à contratação direta, com alicerce no art. 24, I e II, da Lei nº 8.666/93, prescindem de análise prévia da assessoria jurídica da Administração, sendo tal recomendável.

(...)

Assim, o processo administrativo deve contemplar todos os atos relevantes que conduziram à decisão da Administração quanto à forma como se deu a contratação, seja por meio de licitação, seja diretamente.

Importa considerar que o processo bem instruído, com pesquisas, estudos, justificativas e pareceres, constitui prova de que a contratação, mesmo que direta, atingiu o interesse público. Sobretudo nos casos de dispensa ou inexigibilidade, por configurarem hipóteses que excepcionam a obrigatoriedade constitucional de realização de licitação, deve o gestor primar pela correta instrução e condução do procedimento administrativo, conferindo transparência à contratação.
Grifamos

Baseou-se o Relator do parecer do TCE/MG em decisão do TCU:

Acórdão nº 994/06, Ministro Ubiratan Aguiar, Plenário, TCU.

(...)

Identifica-se a necessidade, motiva-se a contratação, para, então, partir-se para a verificação da melhor forma de sua prestação. Ou seja, a decisão pela contratação direta, por inexigibilidade ou dispensa, é posterior a toda uma etapa preparatória que deve ser a mesma para qualquer caso. A impossibilidade ou a identificação da possibilidade da contratação

direta, como a melhor opção para a administração, só surge após a etapa inicial de estudos.

Como a regra geral é a licitação, a sua dispensa ou inexigibilidade configuram exceções.

Como tal, portanto, não podem ser adotadas antes das pesquisas e estudos que permitam chegar a essa conclusão.

Diante dos apontamentos apresentados, e das discussões aqui colocadas, verifica-se que antes da definição contida na Lei Federal nº. 8.666/93, existem princípios e regras legais que estão acima de tal definição, como demonstrado, por meio da motivação, transparência, até mesmo da eficiência, dentre outros como a própria segurança jurídica.

O que se deve observar, com rigor, é o cumprimento das regras que garantam à Administração a lisura dos seus atos, demonstrando que a gestão da coisa pública deve estar sob o zelo de seus gestores, garantindo a necessária eficiência pública. Nos casos de dispensa de licitação, como a própria regra permite procedimento simplificado, cabe ao gestor se cercar de cuidados para que esta não seja uma porta para a ilegalidade, buscando sempre como regra cumprir com a finalidade pública.

7 CONCLUSÃO

A Administração Pública tem como regra produzir os seus atos sob a orientação legal, ou seja, ela só pode agir quando houver permissão, assim em todas as suas instâncias e esferas.

Para as compras públicas, a regra está esculpida no art. 37 inc. XXI da Constituição Federal, direcionando como proceder. Tal artigo foi regulamentado por meio da Lei Federal nº. 8.666/93, instituída para instruir como proceder nos caso de compras realizadas pela Administração.

As compras tem como regra geral a forma denominada licitação, que é a disputa entre seus pares ofertando a melhor proposta para oferecer à Administração determinado serviço, produto ou fornecimento, e dentro dessa infinidade de produtos, a própria lei os dividiu em diversas formas, seja por meio de sua complexidade ou de seu valor. Nesta última em alguns casos a própria regra determinou que haveria a possibilidade de dispensar o processo licitatório, podendo o ato ser produzido com relativa simplicidade, não necessariamente tendo que cumprir com todas as regras criadas para a licitação, essa modalidade foi denominada como dispensa de licitação.

Conforme foi analisado aqui, a dispensa de licitação não necessita, em regra, de cumprir todas as exigências esculpidas na lei, sendo uma das regras a motivação do porque foi adquirido determinado produto, ou serviço. Porém conforme ficou caracterizado, tanto na doutrina como nas consultas e análises dos Tribunais, há um direcionamento que comprova que independente de a modalidade ser dispensável ou não, o cumprimento das regras de formação processual devem ser observadas, uma vez que a sua ausência pode gerar prejuízo tanto para a Administração como para o gestor.

A intenção aqui foi demonstrar que a dispensa de licitação, em especial o art. 24 inc. II, tratou de discutir que para casos de serviços de engenharia e compras comuns, ou fornecimento ou aquisição de produtos, deve se respeitar a formação do ato por meio da motivação, mesmo que sendo este instituto abolido pelo art. 26 da Lei 8.666/93, uma vez que,

conforme já foi exposto, a motivação está acima do regramento específico, estando na esfera dos princípios da Administração Pública, ou seja, está inerente ao regramento específico.

Quando se motiva antes da produção de um determinado ato, está se validando aquele ato, produzindo para a administração e para o gestor a garantia de que houve zelo com a coisa pública, e que só se decidiu por este ou aquele ato porque se justificou mais adequado à necessidade pública, conforme também já discutido acerca do interesse público primário.

Além de se produzir atos com maior lisura, também produz para os gestores maior segurança jurídica, uma vez que os órgãos de controle podem constatar no próprio processo de dispensa quais foram as decisões, e o porquê de cada uma delas, isso também podendo servir para o controle social, uma vez que a gestão da coisa pública passa pela transparência dos atos praticados pela própria Administração.

Diante dos fatos e argumentos apresentados, entende-se que nos casos de dispensa de licitação, os atos devem ser motivados, sejam para comprovar que aquele é o melhor valor, ou que aquele é o melhor produto, ou o melhor fornecedor, demonstrando assim que mesmo na dispensa, respeitou-se outro princípio, o da isonomia.

Perpassando por todo esse emaranhado de princípios que se entrelaçam é que é possível perceber que a Administração Pública, mesmo sendo tão complexa, busca produzir uma ordem natural, a de respeito pela coisa pública, buscando o melhor com a maior eficiência, proporcionando a disputa equilibrada dos pares interessados em oferecer aquele serviço ou produto, possibilitando a transparência, a moralidade, respeitando a legalidade, não só no âmbito da lei específica, mas também observando sempre o ordenamento constitucional, produzindo atos válidos e saudáveis, garantindo o maior controle possível.

O respeito dos princípios constitucionais, conclui-se que são a chave de sucesso de um bom governo, a garantia de que se tem a intenção de fazer bem o que se propôs, respeitando tanto os seus subordinados, como também produzindo atos que possam ser controlados pelos órgãos externos e acompanhados e monitorados pela própria sociedade.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e Controle do Ato Administrativo**. 2ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 08 set. 2016.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 24ª. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 8ª. Ed. Belo Horizonte: Forum, 2012.

<<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=41434f5244414f2d434f4d504c45544f2d31353535353634&sort=RELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-COMPLETO;&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=1>> Acesso em 07 abr. 2017.

<<https://tj-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21531310/reexame-necessario-reex-379915220068170001-pe-0037991-5220068170001-tjpe>> Acesso em 07 abr. 2017.

LEI de Licitações e Contratos nº. 8.666/93. Portal do Planalto, texto compilado. (21/06/1993). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666compilado.htm> Acesso em: 01 Nov. 2016.

LEI que regula o acesso a informações nº. 12.527/2011. Portal do Planalto, texto original. (18/11/2011). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm> Acesso em: 14 jun. 2017.

LEI que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal nº 9.784/99. Portal do Planalto. (29/01/1999). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm> Acesso em: 07 fev. 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

PAULO, Vicente; Alexandrino, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 11ª. Ed. Rio de Janeiro: Método, 2013, p. 185.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 20ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PUBLICA, Revista de Administração. **Resenha Bibliográfica**. V.29. Nº. 02, 1995. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/8245/7040>> Acesso em: 14 jun. 2017.