

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO

Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho

Programa de Especialização em Administração Pública – VI PROAP

Curso de Especialização em Gestão Pública

**A CONTRATAÇÃO DIRETA POR DISPENSA E
INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO NA
SUPERINTENDÊNCIA REGIONAL DO TRABALHO E
EMPREGO DE MINAS GERAIS**

Neivaldo Nunes Maciel

Belo Horizonte

2010

NEIVALDO NUNES MACIEL

**A CONTRATAÇÃO DIRETA POR DISPENSA E INEXIGIBILIDADE
DE LICITAÇÃO NA SUPERINTENDÊNCIA REGIONAL DO
TRABALHO E EMPREGO DE MINAS GERAIS**

Monografia apresentada ao VI PROAP do curso de Especialização em Gestão Pública da Fundação João Pinheiro como requisito parcial para a obtenção do título de especialista em gestão pública.

Orientador: Adailton Vieira Pereira.

Belo Horizonte

2010

AGRADECIMENTOS

Inicialmente a Deus, por estar sempre comigo.

A meus pais, irmã e demais familiares pelo incentivo.

Aos colegas do VI PROAP e ao professor Adailton pela orientação.

Aos colegas da Secretaria de Estado de Educação, em especial à equipe da AST pelo apoio.

Aos colegas da Superintendência Regional do Trabalho, pela oportunidade concedida.

A todos que contribuíram para realizar este trabalho.

RESUMO

Este trabalho teve como objetivo analisar os aspectos relacionados com a contratação direta realizada pela Administração Pública em decorrência das hipóteses da dispensa e da inexigibilidade de licitação previstos nos artigos 24 e 25 da Lei de Licitações e Contratos, Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Para alcançar o objetivo foi realizada uma pesquisa que teve como base os casos de dispensa e inexigibilidade realizados pela Superintendência Regional do Trabalho e Emprego – SRTE/MG, nos anos de 2008 e 2009. Foram analisadas as despesas mais significativas e o seu enquadramento legal, para se chegar a uma conclusão se elas constituem uma frequência nas contratações realizadas, ou exceção a regra no âmbito da unidade administrativa em tese. Foi dada ênfase ao tema sobre o fracionamento de despesas nas aquisições de bens e serviços de valores até R\$ 8.000,00 (oito mil reais). Tal procedimento é realizado pelo agente público quando procede a contratação dividindo a despesa para se utilizar de modalidade licitatória inferior. Analisaram-se os casos de possível incidência de fracionamento dentro das contratações realizadas pela SRTE/MG. Foram repassadas as orientações doutrinárias dos Tribunais de Contas sobre o assunto e sugerido métodos para evitar a ocorrência dessa prática na Administração Pública. No encerramento do trabalho foi sugerida a utilização da modalidade de Cotação Eletrônica nas compras de baixo valor por dispensa de licitação, como forma de ampliar a competitividade, garantir a transparência e promover a celeridade nas aquisições de bens e serviços pela Administração Pública.

Palavras-chave: contratação direta, dispensa, inexigibilidade, fracionamento, cotação eletrônica.

ABSTRACT

This work was to analyze the direct procurement conducted by the public administration in case of waiver and enforceability bid laid down in articles 24 and 25 of the procurement and contracts Law, Federal Law No. 8,666, of 21 June 1993. To achieve the goal was performed a search that was based on the cases of waiver and enforceability made by Regional Oversight of Labour and Employment – SRTE/MG in the years 2008 and 2009. Were considered more significant expenditure and its legal framework, to reach a conclusion if they constitute a frequency in the hires performed, or exception rule within the administrative unit in thesis. Theme Was emphasis on polymer expenditure on purchases of goods and services of values up to r \$ 8000.00 (eight thousand reais). This procedure is done by public agent when making hiring dividing expenditure if use of modality licitatória less. Studied cases of possible incidence of polymer within hires performed by SRTE/MG. Any doctrinaire was passed on the guidance of the courts of Auditors on the subject and suggested methods to prevent the occurrence of such practice in public administration. At the end of the work has suggested the use of the modality of quote in purchases of low value per bid waiver, as a way to extend competitiveness, ensuring transparency and promote speed on purchases of goods and services by the public administration.

Keywords: direct hire, remission, enforceability, fractionation, quote.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 A LICITAÇÃO.....	11
2.1 A Origem da Palavra	11
2.2 Histórico	11
2.3 Conceito.....	13
2.3.1 Procedimento Administrativo Licitatório.....	14
2.4 Os princípios básicos da Administração Pública aplicáveis.....	15
2.5 Os princípios expressos da Administração Pública aplicáveis.....	16
2.5.1 Princípio da Legalidade.....	16
2.5.2 Princípio da Impessoalidade.....	18
2.5.3 Princípio da Moralidade	19
2.5.4 Princípio da Publicidade.....	21
2.5.5 Princípio da Eficiência	24
2.6 Os princípios implícitos da Administração Pública aplicáveis	26
2.6.1 Supremacia do Interesse Público.....	26
2.6.2 Presunção de Legitimidade.....	26
2.6.3 Princípio da Isonomia ou Igualdade.....	27
2.6.4 Princípio da Motivação.....	27
2.6.5 Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório.....	28
2.6.6 Princípio do Julgamento Objetivo	28
3 A CONTRATAÇÃO DIRETA	29
3.1 Características.....	30
3.2 Dispensa e Inexigibilidade de licitação	31

3.3 A Dispensa de licitação	33
3.3.1 Pressupostos	34
3.3.2 Artigo 24 da Lei nº 8.666/93 e seus incisos	34
3.4 A Inexigibilidade de licitação.....	51
3.4.1 O artigo 25 da Lei nº 8.666/93 e seus incisos.....	52
4 A CONTRATAÇÃO DIRETA NA SUPERINTENDÊNCIA REGIONAL DO TRABALHO E EMPREGO – SRTE/MG	55
4.1 Casos de Dispensa realizados na SRTE/MG em 2008 e 2009	57
4.1.1 Contratação de obra e serviços de engenharia previstos no Art. 24, inciso I.....	58
4.1.2 Contratação de serviços e compras de valor até 10% previstos no Art. 24, inciso II.....	59
4.1.3 Dispensa de licitação para locação de imóvel Art.24, inciso X	60
4.1.4 Dispensa de licitação para fornecimento de energia elétrica Art. 24, inciso XXII.	60
4.2 Casos de Inexigibilidade realizados na SRTE/MG em 2008 e 2009.....	61
4.2.1 Contratação de serviços de coleta de resíduos e fornecimento de água	61
4.2.2 Contratação de serviços técnicos para capacitação de servidores	62
4.2.3 Contratação de palestrante para seminário	62
5 O FRACIONAMENTO DE DESPESAS NA AQUISIÇÃO DE PRODUTOS E REALIZAÇÃO SISTEMÁTICA DE SERVIÇOS POR DISPENSA DE LICITAÇÃO	63
5.1 Características.....	63
5.2 Casos aplicáveis.....	66
5.3 Legislação aplicável Artigo 23 § 5º da Lei nº 8.666/93	67
6 O FRACIONAMENTO DE DESPESAS NO ÂMBITO DA SRTE/MG	68
6.1 Características	68
6.2 Levantamento da situação atual.....	69
6.3 Sugestões	72
7 A EFICIÊNCIA DO SISTEMA DE COTAÇÃO ELETRÔNICA DE PREÇOS NAS AQUISIÇÕES DE BENS DE PEQUENO VALOR	77
7.1 Histórico	77
7.2 O Sistema de Cotação Eletrônica de Preços.....	79

7.3 Vantagens da utilização do Sistema de Cotação Eletrônica de Preços	82
7.4 Procedimentos para a utilização do Sistema de Cotação Eletrônica de Preços	83
7.5 Condições Gerais da Contratação.....	85
7.6 Falhas do Sistema de Cotação Eletrônica de Preços	86
8 A UTILIZAÇÃO DO SISTEMA DE COTAÇÃO ELETRÔNICA DE PREÇOS NAS AQUISIÇÕES DE BENS PELA SRTE/MG	89
8.1 Considerações iniciais	89
8.2 Constatações	89
8.3 As vantagens do Sistema de Cotação Eletrônica de Preços na SRTE/MG.....	90
9 CONSIDERAÇÕES FINAIS	92
REFERÊNCIAS	96
ANEXOS	99

ANEXO A
RELAÇÃO DE DESPESAS POR MODALIDADE DE LICITAÇÃO
EXERCÍCIOS 2008/2009

ANEXO B
RELAÇÃO DE PROCESSOS COM POSSÍVEL OCORRÊNCIA DE
FRACIONAMENTO DE DESPESAS

ANEXO C
ENTREVISTAS

ANEXO D

FORMULÁRIO

CONTROLE DE FRACIONAMENTO DE DESPESAS

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo o estudo das hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação das despesas realizadas na Superintendência Regional do Trabalho e Emprego em Minas Gerais – SRTE/MG nos anos de 2008 e 2009, para se fazer uma avaliação, se as mesmas constituem regra ou exceção no âmbito deste Órgão.

Para que se possa entender tais institutos, faz-se necessária uma breve menção acerca da necessidade da realização de prévio processo licitatório por parte da Administração, para depois se fazer uma análise mais aprofundada dos requisitos necessários à configuração da hipótese de dispensa e inexigibilidade de licitação. No presente trabalho, será dado um enfoque especial para os casos em que a SRTE/MG não realizou o processo licitatório, seja pelo fato de o mesmo ser dispensável, seja pelo fato de o mesmo ser inexigível.

Para tanto, abordar-se-ão os princípios norteadores da Licitação *lato senso*, sua previsão constitucional, bem como a origem, conceito e finalidade desse instituto. Assim, o estudo deste assunto será feito dentro de uma ordem lógica.

Ao se adentrar, especificamente, na Dispensa e Inexigibilidade, analisar-se-ão seus conceitos, suas origens, suas diferenças e sua aplicabilidade no plano prático pela análise de casos exemplificativos no âmbito da SRTE/MG.

Apontar-se-ão, de forma ampla, os artigos da Lei nº 8.666/93 e suas atualizações que tratam especificamente desse assunto. A previsão legal é bastante ampla e maiores ainda são as controvérsias que surgem em face das interpretações e aplicação do caso concreto. Dessa forma, serão demonstrados seus principais pontos.

No estudo do caso específico, será abordada a questão do fracionamento de despesas na aquisição de produtos e na realização de serviços, cujos valores excedam o limite previsto para dispensa de licitação a que se referem os incisos I e II do art. 24 da Lei nº 8.666/93.

Serão analisadas suas características e os possíveis casos em que haja ocorrência dessa natureza.

Para isso, analisar-se-á a possibilidade de ocorrência de fracionamento nas contratações realizadas por dispensa de licitação pela SRTE/MG.

Destarte, serão analisados todos esses aspectos, através da posição dos maiores doutrinadores para, de posse de uma visão geral do assunto, tecer uma conclusão.

Será também, feito o estudo da utilização do Sistema de Cotação Eletrônica de preços nas compras de valores até R\$ 8.000,00 (Oito mil reais) realizadas pela Administração Pública, especificamente, pelo órgão em análise, de acordo com o preceito legal.

A metodologia utilizada consistiu na aplicação de questionários, solicitação de informações através de entrevistas com os servidores responsáveis pelo procedimento de compras, bem como com o ordenador de despesas da unidade administrativa em análise.

O estudo envolveu o levantamento das despesas com compras de bens e realização de serviços adquiridos pela instituição nos últimos 02 (dois) anos.

Para esse estudo, foram selecionados 255 (duzentos e cinquenta e cinco) processos, utilizando-se técnicas de análise documental, bem como o auxílio do sistema corporativo – Sistema de Administração de Serviços Gerais (SIASG) e o portal de compras do Governo Federal (Comprasnet).

O trabalho divide-se em 11 (onze) capítulos. Inicia-se com a introdução. Em um segundo momento será conceituado o procedimento da licitação, suas origens, características e princípios. No terceiro capítulo, adentrar-se-á no estudo da contratação direta com suas características, a análise da dispensa e da inexigibilidade de licitação e a previsão legal com seus artigos e incisos. No capítulo seguinte, será pesquisada a contratação direta no âmbito da SRTE/MG através da análise dos casos de dispensa e inexigibilidade de licitação realizada nos exercícios de 2008 e 2009. O quinto capítulo tratará da questão do fracionamento de despesas nas aquisições por dispensa de licitação; portanto, enfatizará suas características e possíveis casos em que podem incidir na ocorrência de tal fato. Posteriormente, será analisada

a possível ocorrência de fracionamento de despesas na análise do caso concreto nas aquisições de bens e serviços geradas no âmbito da SRTE/MG. O sétimo capítulo irá destacar a utilização do Sistema de Cotação Eletrônica de Preços nas aquisições de bens por valor até R\$ 8.000,00 (oito mil reais), enfatizar-se-á suas características, vantagens e possíveis falhas na utilização de tal sistema. O oitavo capítulo irá tratar da eficiência e das vantagens que a utilização do Sistema de Cotação Eletrônica de Preços proporciona para as aquisições de bens realizados pela unidade administrativa em estudo. O nono capítulo trará as considerações finais e observações do signatário desta monografia. Os dois últimos capítulos serão compostos pelas referências e anexos ao trabalho.

2. A LICITAÇÃO

2.1 A Origem da Palavra

Licitação (do latim *licitatione*). Ato ou efeito de licitar. Licitar *licitare*, por *licitari*. Significa lançar leilão, ou dar preço, oferecer lance.

2.2 Histórico

As raízes da licitação remontam aos Estados Medievais onde, nessa época, era denominada sistema “Vela e Pregão”. Esse sistema consistia em apregoar-se a obra desejada e, enquanto ardia a chama de uma vela, os construtores interessados faziam suas ofertas.

Quando se extinguiu a chama, era proclamado vencedor aquele que tivesse oferecido o menor preço. Era um sistema precário, não possuindo os atos e as fases definidas como na licitação atual. No entanto, já tinha em si a mesma dupla finalidade objetivada nas licitações de hoje: a obtenção da proposta mais vantajosa (economicidade) e a igualdade entre os participantes (isonomia).

Em 1592, nas Ordenações Filipinas, já havia determinação: “E não se fará obra alguma, sem primeiro andar em pregão para se dar de empreitada a quem de houver fazer de melhor e por menos preço”. (ARAÚJO, 1998, p. 18).

Em 1828, a Lei sem número, sancionada pelo imperador a época D. Pedro I, editada em 29 de agosto, estabelecia regras para obras públicas no Império, como construção de estradas, abertura de canais para navegação em rios, edificação de pontes, calçadas e aquedutos. Em seu art. 5º, também obrigava a realização de obras públicas mediante empresários previamente selecionados por “Editais Públicos” e que tivessem ofertado maiores vantagens.

Mas, foi somente em 1922, que a Administração Pública passou a fazer suas compras, a executar suas obras e serviços e alienar seus bens através da licitação. Nessa época, a licitação era regida pelo Código de Contabilidade da União, aprovado pelo Decreto nº 15.783, de 28.11.22. Esse Código, juntamente com seus regulamentos, não era específico das licitações, fazia apenas mera referência, disciplinando-as.

Em 1967, surgiram as primeiras normas gerais sobre licitação através do Decreto-lei nº 200/67. Em seguida, teve-se o Decreto-lei nº 2.300/86, que instituiu o Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Públicos.

A evolução alcançou seu ponto máximo na promulgação da Constituição Federal, de 5.10.88. A Constituição Federal de 1988 faz referência à licitação nos seguintes dispositivos:

Art. 22, inciso XXVII, que diz da competência exclusiva da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação pública.

Art. 37, inciso XXI, fala da obrigatoriedade de licitar.

Art. 175 menciona a obrigação das permissões e concessões serem precedidas de prévio procedimento licitatório.

Art. 195, § 3º impede a pessoa jurídica em débito com a Seguridade Social de contratar com o Poder Público.

Em virtude do disposto no art. 22, inciso XXVII da Constituição Federal de 1988, foi editada a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, posteriormente alterada pela Lei nº 8.883, de 8.6.94. Fechando a essa evolução normativa, aos 27 de maio de 1998, a Lei nº 9.648, que resultou da conversão da Medida Provisória 1.531 em Lei, introduziu importantes modificações na Lei nº 8.666/93, alterada pela Lei nº 8.883/94, nos seguintes dispositivos: arts. 5º; 17; 23; 24; 26; 32; 40; 45; 48; 57; 65 e 120. Dessas alterações, a elevação abusiva dos limites à contratação direta sem licitação é a parte negativa. Porquanto, tende a proliferar na Administração Pública contratações sem o prévio procedimento licitatório, dificultando o controle do dinheiro público e contrariando dispositivo constitucional, art. 37, inciso XXI, que

impõe como regra a licitação; as exceções são as compras sem licitação pelos processos de dispensa e inexigibilidade.

A Lei nº 8.666/93, alterada pelas Leis nº 8.883/94 e 9.648/98 é a atual norma regedora das licitações e contratos públicos nos órgãos e entidades da Administração Pública; quer Federal, Estadual ou Municipal.

Cabe ressaltar a importância das Leis complementares nº 10.973/04; 11.445/07; 11.484/07; 11.783/08 e 12.188/10 que introduziram modificações na Lei nº 8.666/93, principalmente no Artigo 24 que trata da dispensa de licitação.

2.3 Conceito

Licitação, no Direito Administrativo brasileiro, é um procedimento administrativo, por meio do qual a Administração Pública seleciona quem mais convenientemente se apresentar, à luz dos critérios previamente estabelecidos e divulgados, tendo em vista a eventual celebração de contrato atinente a bens, obras ou serviços.

A licitação, como se extrai do conteúdo normativo da Lei nº 8.666/93, é o procedimento administrativo destinado a garantir a fiel execução do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública. Com a concreção dos princípios de igualdade entre os administrados, só produzindo efeitos jurídicos para os quais se predispõe se, por meio dela forem alcançadas, ao mesmo tempo, ambas as finalidades.

Assim, define Tolosa Filho (2000, p. 2):

Licitação é o procedimento administrativo formal, em regra obrigatório, pelo qual a Administração Pública, garantindo oportunidade de acesso e igualdade de tratamento a todos que pretendam competir, seleciona a proposta mais vantajosa de contrato.

Meirelles (1996, p. 247) ensina que:

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 ordenada de atos vinculantes para

a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos.

Mello (1998, p. 333), de maneira clara e precisa conceitua licitação como sendo:

O procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados.

Justen Filho (1998, p. 5) conceitua licitação, como:

Um procedimento administrativo formal, realizado sob regime de direito público, prévio a uma contratação, pelo qual a administração seleciona com quem contratar e define as condições de direito e de fato que regularão essa relação jurídica futura.

Do confronto de todos os conceitos examinados, resultam características uniformes: a licitação sempre surge sob a forma de procedimento administrativo, ditado por princípios balizadores da função administrativa e voltado à seleção de um eventual contratante.

2.3.1 Procedimento administrativo licitatório

A Constituição Federal de 1988, no art. 37, disciplinador da Administração Pública, estabelece o procedimento licitatório como requisito prévio e obrigatório para a celebração dos contratos administrativos. Trata-se, pois, de um procedimento administrativo – seqüência de atos com finalidades específicas, porém, preordenados à produção de um único resultado jurídico, que é a escolha de um contratante.

Daí ser correto afirmar que a natureza jurídica da licitação é a de um procedimento administrativo. Anota Dallari (1998, p. 320) que “*é praticamente consensual entre os administrativistas a aceitação da natureza procedimental da licitação*”. Destarte, como principal elemento caracterizador do instituto, integra a maioria dos conceitos por eles formulados.

Tem-se então licitação como um procedimento administrativo formal, em regra obrigatório, pelo qual a Administração Pública, garantindo oportunidade de acesso e

igualdade de tratamento a todos que pretendam competir, seleciona a proposta mais vantajosa de contrato. Tem dupla finalidade: a busca da melhor proposta de contrato para a Administração; e a concreção do princípio de igualdade entre os administrados. A licitação só produzirá os efeitos jurídicos para os quais se predispõe por meio dela se forem alcançadas, ao mesmo tempo, ambas as finalidades.

2.4 Os princípios básicos da Administração Pública aplicáveis

Toda e qualquer licitação está sujeita a determinados princípios que são essenciais ao seu procedimento. A não obediência aos mesmos vai descaracterizar o processo e invalidar o seu resultado.

Ao procedimento licitatório aplicam-se, além dos princípios constitucionais incidentes sobre a generalidade dos procedimentos administrativos, contemplados no art. 37 da Constituição Federal de 1988, aqueles expressamente fixados na lei disciplinadora do instituto da licitação – Lei Federal nº 8.666/93 e alterações subsequentes.

Como se sabe, princípios são regras fundamentais de um sistema jurídico a partir das quais se compõem as demais regras que com elas devem obrigatoriamente estar sintonizadas, a fim de conferir a esse conjunto normativo um sentido lógico, harmônico e unitário. No caso da licitação, as normas-princípios constituem a base de um instituto jurídico, servindo de norte e de parâmetro para a interpretação das demais regras.

No caso da licitação, a identificação dos princípios apresenta a utilidade prática de orientar o agente público na interpretação e aplicação das disposições legais ao procedimento licitatório, apontando as soluções para os problemas e incidentes que concretamente surgem na dinâmica desse procedimento.

O art. 37 da Constituição Federal de 1988 estabelece o delineamento básico da Administração Pública brasileira seja direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

No seu inciso XXI, fixou a licitação como princípio básico a ser observado por toda a Administração Pública, com a amplitude definida no *caput*, expressando nos seguintes termos:

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

XXI - Ressalvados os casos específicos na legislação, obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas de proposta, nos termos da lei, o qual, somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensável ao cumprimento das obrigações. (BRASIL, 1988).

2.5 Os princípios expressos da Administração Pública aplicáveis

São específicos do processo de licitação o Art. 5º inciso II da C.F./88 e Art. 3º da Lei 8.666/93, que elencam os seguintes princípios do procedimento licitatório:

2.5.1 Princípio da legalidade

“Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”. (BRASIL, 1993).

Desses dizeres decorre a idéia de que apenas a lei, em regra, pode introduzir inovações primárias, criando novos direitos e novos deveres na ordem jurídica como um todo considerada.

No campo da Administração Pública, como unanimemente reconhecem os constitucionalistas e os administrativistas, afirma-se de modo radicalmente diferente a incidência do princípio da legalidade. Aqui, na dimensão dada pela própria indisponibilidade dos interesses públicos, diz-se que o administrador, em cumprimento ao princípio da

legalidade, "*só pode atuar nos termos estabelecidos pela lei*". Não pode este por atos administrativos de qualquer espécie (decreto, portaria, resolução, instrução, circular, etc.) proibir ou impor comportamento a terceiro, se ato legislativo não fornecer, em boa dimensão jurídica, amparo a essa pretensão. A lei é seu único e definitivo parâmetro.

Temos, pois, que, enquanto no mundo privado se coloca como apropriada a afirmação de que o que não é proibido é permitido, no mundo público assume-se como verdadeira a idéia de que a Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autoriza.

Deste modo, a afirmação de que a Administração Pública deve atender à legalidade em suas atividades implica a noção de que a atividade administrativa é a desenvolvida em nível imediatamente infralegal, dando cumprimento às disposições da lei. Em outras palavras, a função dos atos da Administração é a realização das disposições legais, não lhe sendo possível, portanto, a inovação do ordenamento jurídico, mas somente a concretização de presságios genéricos e abstratos anteriormente firmados pelo exercente da função legislativa.

Sobre o tema, vale trazer a ponto a seguinte preleção de MELLO:

Para avaliar corretamente o princípio da legalidade e captar-lhe o sentido profundo cumpre atentar para o fato de que ele é a tradução jurídica de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto – administrativo – a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos. Pretende-se através da norma geral, abstrata e impessoal, a lei, editada pelo Poder Legislativo – que é o colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social – garantir que a atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização da vontade geral¹

De tudo isso, podemos extrair uma importante conclusão. Contrariamente ao que ocorre em outros ordenamentos jurídicos, inexistente qualquer possibilidade de ser juridicamente aceita, entre nós, a edição dos denominados decretos ou regulamentos "autônomos ou independentes". Como se sabe, tais decretos ou regulamentos não passam de atos administrativos gerais e normativos baixados pelo chefe do Executivo, com o assumido objetivo de disciplinar situações anteriormente não reguladas em lei. E, sendo assim, sua

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 7. Ed. São Paulo: Malheiros Ed. p.57.

prática encontra óbice intransponível no *modus* constitucional pelo qual se fez consagrar o princípio da legalidade em nossa Lei Maior.

2.5.2 Princípio da Impessoalidade

O princípio ou regra da impessoalidade da Administração Pública pode ser definido como aquele que determina que os atos realizados pela Administração Pública, ou por ela delegados, devam ser sempre imputados ao ente ou órgão em nome do qual se realiza, e ainda destinados genericamente à coletividade, sem consideração, para fins de privilegiamento ou da imposição de situações restritivas, das características pessoais daqueles a quem porventura se dirija. Em síntese, os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual age o funcionário.

A mera leitura dessa definição bem nos revela que esse princípio pode ser decomposto em duas perspectivas diferentes: a impessoalidade do administrador quando da prática do ato e a impessoalidade do próprio administrado como destinatário desse mesmo ato.

Com efeito, de um lado, o princípio da impessoalidade busca assegurar que, diante dos administrados, as realizações administrativo-governamentais não sejam propriamente do funcionário ou da autoridade, mas exclusivamente da entidade pública que a efetiva.

Custeada com dinheiro público, a atividade da Administração Pública jamais poderá ser apropriada, para quaisquer fins, por aquele que, em decorrência do exercício funcional, se viu na condição de executá-la. É, por excelência, impessoal, unicamente imputável à estrutura administrativa ou governamental incumbida de sua prática, para todos os fins que se fizerem de direito.

Assim, como exemplo de violação a esse princípio, dentro dessa particular acepção examinada, pode mencionar a realização de publicidade ou propaganda pessoal do administrador com verbas públicas ou ainda, a edição de atos normativos com o objetivo de conseguir benefícios pessoais.

No âmbito dessa particular dimensão do princípio da impessoalidade, é que está o elemento diferenciador básico entre esse princípio e o da isonomia. Ao vedar o tratamento

desigual entre iguais, a regra isonômica não abarca, em seus direitos termos, a idéia da imputabilidade dos atos da Administração ao ente ou órgão que a realiza, vedando, como decorrência direta de seus próprios termos, e em toda a sua extensão, a possibilidade de apropriação indevida desta por agentes públicos. Nisso, reside a diferença jurídica entre ambos.

Já, por outro ângulo de visão, o princípio da impessoalidade deve ter sua ênfase não mais colocada na pessoa do administrador, mas *na própria pessoa do administrado*. Passa a afirmar-se como uma garantia de que este não pode e não deve ser favorecido ou prejudicado, no exercício da atividade da Administração Pública, por suas exclusivas condições e características.

Dessa perspectiva, o princípio da impessoalidade insere-se por inteiro no âmbito do conteúdo jurídico do princípio da isonomia, bem como no do próprio princípio da finalidade.

Perfilhando este entendimento, sustenta MELLO:

No princípio da impessoalidade se traduz a idéia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimntosas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O princípio em causa é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia.²

2.5.3 Princípio da Moralidade

Já na Antiguidade se formulava a idéia de que as condições morais devem ser tidas como uma exigência impostergável para o exercício das atividades de governo. Segundo informam os estudiosos, seria de Sólon a afirmação de que um "*homem desmoralizado não poderá governar*".

Todavia, foi neste século, pelos escritos de Hauriou, que o princípio da moralidade, de forma pioneira, se fez formular no campo da ciência jurídica, capaz de fornecer, ao lado da

² *Op. Cit. p.68*

noção de legalidade, o fundamento para a invalidação de seus atos pelo vício denominado *desvio de poder*.³ Essa moralidade jurídica, a seu ver, deveria ser entendida como um conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da própria Administração, uma vez que ao agente público caberia também distinguir o honesto do desonesto, a exemplo do que faz entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno. Afinal, pondera, como já proclamavam os romanos "nem tudo que é legal é honesto" (*nort omne quod licet honestum est*).

Hoje, por força da expressa inclusão do princípio da moralidade no *caput* do art. 37, a ninguém será dado sustentar, em boa razão, sua não incidência vinculante sobre todos os atos da Administração Pública. Ao administrador público brasileiro, por conseguinte, não bastará cumprir os estritos termos da lei. Tem-se por necessário que seus atos estejam verdadeiramente adequados à moralidade administrativa, ou seja, a padrões éticos de conduta que orientem e balizem sua realização. Se assim não for, inexoravelmente, haverão de ser considerados não apenas como imorais, mas também como inválidos para todos os fins de direito.

Admite o art. 5.º, LXXIII, da Constituição Federal, que qualquer cidadão possa ser considerado parte legítima para a propositura de ação popular que tenha por objetivo anular atos entendidos como lesivos, entre outros, à própria moralidade administrativa.

Por outra via, como forma de também fazer respeitar esse princípio, a nossa Lei Maior trata também da improbidade administrativa.

A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial pela Constituição, que pune o ímprobo com a suspensão de direitos políticos (art. 37, §4.º).

Deste modo, conceitua CAETANO:

A probidade administrativa consiste no dever de o "funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os

³ HAURIUO. *Precis de droit administratif*. 11 ed. Paris: Recueil Sirey, 1926. p.197

poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer.⁴

A moralidade administrativa e assim também a probidade são tuteladas pela ação popular, de modo a elevar a imoralidade a causa de invalidade do ato administrativo. A improbidade é tratada ainda com mais rigor, porque entra no ordenamento constitucional como causa de suspensão dos direitos políticos do ímprobo (art. 15, V), conforme estatui o art. 37, § 4.º, *in verbis*: "Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, podendo vir a configurar a prática de crime de responsabilidade (art. 85, V).

Dessa forma, o desrespeito à moralidade, entre nós, não se limita apenas a exigir a *invalidação* – por via administrativa ou judicial – do ato administrativo violador, mas também a imposição de outras conseqüências sancionatórias rigorosas ao agente público responsável por sua prática.

2.5.4 Princípio da Publicidade

A publicidade sempre foi tida como um princípio administrativo, porque se entende que o Poder Público, por ser público, deve agir com a maior transparência possível, a fim de que os administrados tenham, a toda hora, conhecimento do que os administradores estão fazendo.

Além do mais, seria absurdo que um Estado como o brasileiro, que, por disposição expressa de sua Constituição, afirma que todo poder nele constituído "*emana do povo*" (art. 1.º, parágrafo único, da CF), viesse a ocultar daqueles em nome do qual esse mesmo poder é exercido, informações e atos relativos à gestão da *res publica* e as próprias linhas de

⁴ CAETANO, Marcello. Manual de direito administrativo. 1. Ed. brasileira, t II/684. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

direcionamento governamental. É por isso que se estabelece como imposição jurídica para os agentes administrativos em geral, o dever de publicidade para todos os seus atos.

A publicidade, contudo, não é um requisito de forma do ato administrativo "não é elemento formativo do ato; é requisito de eficácia e moralidade. Por isso mesmo os atos irregulares não se convalidam com a publicação, nem os regulares a dispensam para sua exeqüibilidade, quando a lei ou o regulamento a exige" .

No que tange à *forma* de se dar publicidade aos atos da Administração, tem-se afirmado que ela poderá dar-se tanto por meio da *publicação* do ato, como por sua simples *comunicação* a seus destinatários.

É relevante observar, todavia, que também a publicação como a comunicação não implicam que o dever de publicidade apenas possa vir a ser satisfeito pelo comprovado e efetivo conhecimento de fato do ato administrativo por seus respectivos destinatários. Deveras, basta que os requisitos exigidos para a publicidade se tenham dado, nos termos previstos na ordem jurídica; e para o mundo do Direito não interessará se na realidade fática o conhecimento da existência do ato e de seu conteúdo tenha ou não chegado à pessoa atingida por seus efeitos. Feita a publicação ou a comunicação dentro das formalidades devidas, haverá sempre uma presunção absoluta da ciência do destinatário, dando-se por satisfeita a exigência de publicidade. Salvo, naturalmente, se as normas vigentes assim não determinarem.

Assim, se a publicação feita no Diário Oficial foi lida ou não, se a comunicação protocolada na repartição competente chegou ou não às mãos de quem de direito, se o telegrama regularmente recebido na residência do destinatário chegou faticamente a suas mãos ou se eventualmente foi extraviado por algum familiar, isto pouco ou nada importa se as formalidades legais exigidas foram inteiramente cumpridas no caso.

Nesse sentido, afirma MELLO:

O conhecimento do ato é um plus em relação à publicidade, sendo juridicamente desnecessário para que este se repete como existente (...). Quando prevista a publicação do ato (em Diário Oficial), na porta das repartições (por afixação no local de costume), pode ocorrer que o destinatário não o leia, não o veja ou, por qualquer razão, dele não tome efetiva ciência. Não importa. Ter-se-á cumprido o que de direito se exigia para a publicidade, ou seja, para a revelação do ato.

Caberá à lei indicar, pois, em cada caso, a forma adequada de se dar a publicidade aos atos da Administração Pública. Normalmente, esse dever é satisfeito por meio da publicação em órgão de imprensa oficial da Administração, entendendo-se com isso não apenas os Diários ou Boletins Oficiais das entidades públicas, mas também – para aquelas unidades da Federação que não possuírem tais periódicos – os jornais particulares especificamente contratados para o desempenho dessa função, ou outras excepcionais formas substitutivas, nos termos das normas legais e administrativas locais.

Temos, pois, que as formas pelas quais se podem dar publicidade aos atos administrativos, nos termos do princípio constitucional em exame, serão diferenciadas de acordo com o que reste expressamente estabelecido no Direito Positivo, e em sendo omissos estes, conforme os parâmetros estabelecidos na teoria geral dos atos administrativos.

No que tange ao direito à publicidade dos atos administrativos, ou mais especificamente, quanto ao direito de ter-se ciência da existência e do conteúdo desses atos, é de todo importante observar-se que ele não se limita aos atos já publicados, ou que estejam em fase de imediato aperfeiçoamento pela sua publicação. Ele se estende, indistintamente, a todo o processo de formação do ato administrativo, inclusive quanto a atos preparatórios de efeitos internos, como despachos administrativos intermediários, manifestações e pareceres.

Para finalizar, faz-se de extrema importância, perceber-se que o problema da publicidade dos atos administrativos, nos termos do *caput* do art. 37 da Constituição da República, em nada se confunde com o problema da *divulgação* ou *propaganda* dos atos e atividades do Poder Público pelos meios de comunicação de massa, também chamadas – *em má técnica* – de "publicidade" pelo § 1.º desse mesmo artigo. Uma coisa é a *publicidade jurídica necessária para o aperfeiçoamento dos atos*, a se dar nos termos definidos anteriormente. Outra bem diferente é a "publicidade" como *propaganda* dos atos de gestão administrativa e governamental. A primeira como visto, é um *dever constitucional* sem o qual, em regra, os atos não serão dotados de existência jurídica. A segunda é mera *faculdade* da Administração Pública, a ser exercida apenas nos casos previstos na Constituição e dentro das expressas limitações constitucionais existentes.

Assim, afirma o § 1.º do art. 37:

" a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo

constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos"(BRASIL,1988).

Com isso, pretende esse dispositivo restringir de maneira clara a ação da Administração Pública, direta e indireta, quanto à divulgação de seus atos de gestão pelos meios de comunicação de massa. Inexistindo, na propaganda governamental, o caráter estritamente educativo, informativo ou de orientação social, ou vindo dela constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção de agentes públicos, sua veiculação se dará em manifesta ruptura com a ordem jurídica vigente, dando ensejo à responsabilização daqueles que a propiciaram.

2.5.5 Princípio da Eficiência

O princípio da eficiência, outrora implícito em nosso sistema constitucional, tornou-se expresso no *caput* do art. 37, em virtude de alteração introduzida pela Emenda Constitucional n. 19.

É evidente que um sistema balizado pelos princípios da moralidade de um lado, e da finalidade, de outro, não poderia admitir a ineficiência administrativa. Bem por isso, a Emenda n. 19, no ponto, não trouxe alterações no regime constitucional da Administração Pública, mas, como dito, só explicitou um comando até então implícito.

Eficiência não é um conceito jurídico, mas econômico. Não qualifica normas, qualifica atividades. Numa idéia muito geral, eficiência significa fazer acontecer com racionalidade, o que implica medir os custos que a satisfação das necessidades públicas importam em relação ao grau de utilidade alcançado. Assim, o *princípio da eficiência*, orienta a atividade administrativa no sentido de conseguir os melhores resultados com os meios escassos de que

se dispõe e a menor custo. Rege-se, pois, pela regra de consecução do maior benefício com o menor custo possível.

Discorrendo sobre o tema, sumaria MEIRELLES:

Dever de eficiência é o que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros⁵.

De início, parece de todo natural reconhecer que a idéia de *eficiência* jamais poderá ser atendida, na busca do bem comum imposto por nossa Lei Maior, se o poder Público não vier, em padrões de razoabilidade, a aproveitar da melhor forma possível todos os recursos *humanos, materiais, técnicos e financeiros* existentes e colocados a seu alcance, no exercício regular de suas competências.

Tem-se, pois, que a idéia de eficiência administrativa não deve ser apenas limitada ao razoável aproveitamento dos meios e recursos colocados à disposição dos agentes públicos. Deve ser construída também pela adequação lógica desses meios razoavelmente utilizados aos resultados efetivamente obtidos, e pela relação apropriada desses resultados com as necessidades públicas existentes.

Estará, portanto, uma Administração buscando agir de modo eficiente sempre que, exercendo as funções que lhe são próprias, vier a aproveitar da forma mais adequada o que se encontra disponível (*ação instrumental eficiente*), visando chegar ao melhor resultado possível em relação aos fins que almeja alcançar (*resultado final eficiente*).

Seguindo essa linha de orientação, temos que, como desdobramento do princípio em estudo, a Constituição procurou igualmente reforçar o sentido valorativo do princípio da economicidade, que, incorporado literalmente pelo art. 70, *caput*, da Carta Federal, nada mais traduz do que o dever de eficiência do administrado na gestão do dinheiro público.

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. Cit. p.90.

2.6 Os princípios implícitos da Administração Pública aplicáveis

O procedimento licitatório abrange não somente aos princípios expressos no art. 37 da Constituição Federal de 1988, incidentes diretamente sobre a atuação administrativa (reproduzidos na Lei de Licitações), mas também aos demais princípios implícitos ou contemplados em outros capítulos da Carta Magna com reflexos sobre a matéria.

Além dos princípios mencionados temos outros princípios não previstos expressamente na Constituição:

2.6.1 Supremacia do Interesse Público

O interesse público prevalece sobre o interesse individual respeitados as garantias constitucionais e pagas as indenizações devidas, quando for o caso. De acordo com Maria Sylvia Di Pietro, este princípio também chamado de princípio da finalidade pública, está presente tanto no momento da elaboração da lei como no momento da sua execução pelo caso concreto pela Administração Pública, sendo que inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação.

2.6.2 Presunção de Legitimidade

Este princípio enuncia a presunção da verdade, que diz respeito à certeza dos fatos; e a presunção da legalidade, pois, se a Administração Pública se submete à lei, presume-se, até que se prove em contrário, que todos os seus atos sejam verdadeiros e praticados com observância das normas legais pertinentes.

2.6.3 Princípio da Isonomia ou Igualdade

Constitui vetor fundamental a orientar toda a atividade administrativa. No que toca à licitação, assegura àqueles que apresentam identidade de condições acesso à disputa e paridade de tratamento, corporificando, assim, a razão de ser do procedimento.

Pode-se dizer que é a força motriz da licitação que impulsiona a realização dos demais princípios aplicáveis. Significa dar tratamento igual a todos os interessados no processo licitatório. É condição essencial para garantir todas as fases do certame.

2.6.4 Princípio da Motivação

O procedimento administrativo deverá ser justificado expressamente, com a indicação de seus fundamentos de fato e de direito. Como demonstra no Art. 26.

Pela motivação, o administrador público justifica sua ação administrativa, indicando os fatos (pressupostos de fato) que ensejam o ato e os preceitos jurídicos (pressupostos de direito) que autorizam sua prática. Em certos atos administrativos oriundos do poder discricionário, a justificação será dispensável, bastando apenas evidenciar a competência para o exercício da ampla defesa e do contraditório previstos no art. 5º, LV da CF de 1988. Assim, sempre que for indispensável para o exercício da ampla defesa e do contraditório, a motivação será constitucionalmente obrigatória.

Cabe notar que a motivação é elemento relevante para o controle do ato administrativo. Daí a importância da motivação das decisões relativas ao procedimento prévio de escolha do contratado nos contratos administrativos, uma vez que são submetidos ao controle dos órgãos internos e externos, a saber, do Poder Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas, a quem cabe a avaliação técnica, e do Poder Judiciário, que detém a competência para decidir definitivamente as questões relativas à matéria.

2.6.5 Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório

Princípio que obriga a Administração e o licitante a observarem as normas e condições estabelecidas no ato convocatório. Nada poderá ser criado ou feito sem que haja previsão no ato convocatório.

2.6.6 Princípio do Julgamento Objetivo

Esse princípio significa que o administrador deve observar critérios objetivos definidos no ato convocatório para o julgamento das propostas. Afasta a possibilidade de o licitante utilizar-se de fatores subjetivos ou de critérios não previstos no ato convocatório, mesmo que em benefício da própria Administração.

3. A CONTRATAÇÃO DIRETA

Não obstante a regra de licitar, a Lei das Licitações prevê hipóteses em que a Administração, desde que preenchidos alguns requisitos essenciais, possa dispensar ou até mesmo considerar inexigível a licitação. Os artigos 17, 24 e 25 estabelecem os casos em que a licitação é dispensável ou inexigível.

Fernandes (1999, p. 132) descreve que,

Em alguns casos previamente estabelecidos pelo legislador, o princípio da licitação cede espaço ao princípio da economicidade ou ao primado da segurança nacional, ou ainda para garantir o interesse público maior, concernente à necessidade de o Estado intervir na economia. Em todos os casos delineados pela Lei nº 8.666/93, em que a licitação foi dispensada ou considerada inexigível, pelo menos no plano teórico, entendeu o legislador estar em confronto o princípio jurídico da licitação e outros valores igualmente tutelados pela ordem jurídica, tendo sido aqueles subjugados por um desses.

A Contratação Direta não significa inaplicação dos princípios básicos que orientam a atuação administrativa, nem se caracteriza como uma livre atuação administrativa. O administrador está obrigado a seguir um procedimento administrativo determinado para assegurar a prevalência dos princípios fundamentais.

Com isso, autorizou-se à Administração a adotar outro procedimento, onde as formalidades são suprimidas ou substituídas por outras, surgindo a Contratação Direta.

Mas não se deve confundir contratação direta com ausência de um procedimento administrativo. Toda contratação desse tipo exige procedimento prévio com a observância de etapas e formalidades.

Assim, para que se chegue à conclusão da adoção de uma contratação direta ou não, deve haver todo um conjunto de atos iniciais, como solicitação de aquisição, previsão orçamentária, estudo da viabilidade econômica, etc., até que, após análise do caso, e tendo sempre em vista os princípios da isonomia e supremacia do interesse público, se chegue a sua adequação aos casos de dispensa ou inexigibilidade.

Nessa análise, deverá se buscar a melhor solução possível, respeitando, na medida do possível, o mais amplo acesso dos interessados à disputa pela contratação. Somente em alguns casos especiais, como a emergência em que a demora fosse fator de risco, é que se justificaria a não utilização desse procedimento.

Assim, pontifica nosso pensamento Justen Filho (1998, p. 228), ao afirmar que:

A contratação direta se submete a um procedimento administrativo, como regra. Ou seja, ausência de licitação não equivale a contratação informal, realizada com quem a Administração bem entender, sem cautelas nem documentação. Ao contrário, a contratação direta exige um procedimento prévio, em que a observância de etapas e formalidades é imprescindível. Somente em hipóteses-limite é que a Administração estaria autorizada a contratar sem o cumprimento dessas formalidades. Seriam aqueles casos de emergência tão grave que a demora, embora mínima, pusesse em risco a satisfação do interesse público.

Apesar de envolver ampla discricionariedade para a Administração, essa liberdade deve restringir-se às providências concretas a serem adotadas e não deve ser utilizada como uma “brecha” para possíveis fraudes e “favorecimentos” na contratação direta.

Alguns doutrinadores apontam, como meio para moralizar esse procedimento, a possibilidade de abrir oportunidade para todos os potenciais interessados participarem de uma seleção, mesmo que seja uma seleção mais simplificada.

A própria Lei cuidou de regular o possível abuso quanto à invocação de dispensa e inexigibilidade de licitação, ao impor uma sanção penal em seu art. 89.

Interessante destacar que o beneficiário da contratação também fica sujeito às sanções do mesmo artigo parágrafo 1º. Conforme se verifica na Lei nº 8.666/93 no:

“Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade” (BRASIL, 1993).

3.1 Características

Não pode haver sigilo na realização da seleção e contratação. E este somente poderá ser admitido quando essencial à realização do interesse público.

Será assegurado a todos os interessados condições equivalentes de participação, na medida em que suas propostas sejam compatíveis com a situação que origina a contratação direta.

Muitas vezes, esse quesito é questão de controvérsias quando se afirma que a Administração poderá, em alguns casos, escolher um determinado sujeito, sem admitir qualquer tipo de disputa entre os particulares. O que se observa é a discricionariedade da Administração em observância aos princípios jurídicos fundamentais. Deve-se proceder a melhor contratação possível, dando tratamento igualitário a todos os contratantes.

Havendo a pluralidade de particulares em condições de atender ao interesse público e existindo critérios objetivos de seleção, a Administração deverá propiciar a competição. A escolha do particular a ser contratado deverá ser a mais objetiva possível, a fim de obter o melhor resultado para a Administração.

Ao escolher um determinado sujeito e havendo exclusão de terceiros, deve-se justificar e indicar os fundamentos da decisão.

3.2 Dispensa e Inexigibilidade de licitação

Com o advento da Lei nº 8.666/93, têm-se três diferentes hipóteses de contratação direta: licitação dispensada, licitação dispensável e inexigibilidade de licitação.

Embora tratadas com nomenclaturas diferentes, alguns doutrinadores afirmam não haver distinção entre essas duas primeiras hipóteses de contratação direta. A discussão surge face o disciplinado nos art. 17, 24 e 25 da Lei nº 8.666/93.

Para alguns, no art. 17, estariam os casos onde a licitação foi dispensada pelo próprio legislador, tendo o administrador o dever de cumpri-la compulsoriamente. Já o art. 24 traz autorização de dispensa por parte do legislador, cabendo a este decidir sobre o seu emprego.

Corroborando com esse pensamento, Meirelles (1996, p. 253) diz que:

licitação dispensada é toda aquela que a própria lei declarou-a como tal (art.17, I e II), e dispensável é toda aquela que a Administração pode dispensar se assim lhe convier.

Justen Filho (1998, p. 210) opõe-se a essa idéia ao citar que 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 já que é perfeitamente possível a realização de licitação nas hipóteses do art.17 desde que o administrador repute presentes os requisitos para tanto.

A inexigibilidade está regulada no art. 25 da Lei e difere da dispensa por tratar de casos em que a disputa é inviável em razão da natureza específica do negócio, quer pelos objetivos visados pela Administração, o que torna inviável a competição entre eventuais interessados, pois não se pode pretender melhor proposta quando apenas um é proprietário do bem almejado pelo Poder Público ou reconhecidamente capaz de atender às exigências da Administração concernente à realização do objeto do contrato, isso tudo independe da vontade do legislador. A inexigibilidade deriva da natureza das coisas, enquanto a dispensa é produto da vontade legislativa.

Com isso as suas hipóteses legais são meramente exemplificativas, enquanto na dispensa são exaustivas.

Na tentativa de diferenciar dispensa e inexigibilidade, pode-se afirmar que a dispensa pressupõe uma licitação “exigível” e considera-se “inexigível” a licitação quando a disputa for inviável. Havendo viabilidade de disputa a licitação é obrigatória, excetuando-se os casos de dispensa impostos por lei.

Marçal (1998) p. 232 explica ainda “...a inexigibilidade deriva da natureza das coisas, enquanto a dispensa é produto da vontade legislativa.” A dispensa de licitação é prevista por lei, logo, a ausência de casos na previsão legislativa impede o seu reconhecimento como dispensa de licitação.

3.3 A Dispensa de licitação

Para Justen Filho (1998, p. 211),

a dispensa de licitação verifica-se em situações, em que, embora viável a competição entre particulares, a licitação afigura-se objetivamente inconveniente ao interesse público. Justifica-se pelo fato de que se parte do princípio de que a licitação produz benefícios para a Administração e esses benefícios consistem em que a Administração efetivará (em tese) contratação mais vantajosa do que realizaria se a licitação não tivesse existido. Muitas vezes, sabe-se de antemão que a relação custo benefício será desequilibrada. Os custos necessários à licitação ultrapassarão benefícios que dela poderão advir.

Nesse caso, utiliza-se muito a tese de que “tanto mais simples forem as formalidades e mais rápido for o procedimento licitatório quanto menor for o valor a ser despendido pela Administração Pública” (Ibid, p. 211).

Examinar-se-á as principais hipóteses do Art. 24 e seus incisos da Lei nº 8.666/93 que tratam especificamente dos casos de dispensa de licitação relacionados abaixo:

- Custo econômico da licitação: quando o custo da licitação for superior ao benefício dela extraível (incs. I e II).
- Custo temporal da licitação: quando a demora na realização da licitação puder acarretar a ineficácia da contratação (incs. III, IV, XII e XVIII).
- Ausência de potencialidade de benefício: quando inexistir potencialidade de benefício em decorrência da licitação (incs. IV, VII, VIII, XI, XIV, XVII e XXIII).
- Destinação da contratação: quando a contratação não for norteadada pelo critério da vantagem econômica, porque o Estado busca realizar outros fins (incs. VI, IX, X, XIII, XV, XVI, XIX, XX, XXI, XXIV, XXVI, XXVII, XXVIII, XXIX e XXX).

3.3.1 Pressupostos

Demonstração concreta e efetiva da potencialidade do dano: a urgência deve ser concreta e efetiva, indicando-se os dados que evidenciam a urgência.

Demonstração de que a contratação é via adequada e efetiva para eliminar o risco: a contratação imediata apenas será admissível se evidenciado que será instrumento adequado e eficiente para eliminar o risco. Se o risco do dano não for suprimido através da contratação, inexistente cabimento da dispensa de licitação. Não basta a existência de emergência, mas é necessário demonstrar que a contratação se afigura como instrumento efetivo de atendimento a tais carências.

3.3.2 Artigo 24 da Lei nº 8.666/93 e seus incisos

O artigo 24 da Lei nº 8.666/93, com a redação alterada pela Lei nº 8.883/94, foram estabelecidas vinte hipóteses em que é dispensável a licitação. A Lei nº 9.648/98 acrescentou mais quatro hipóteses. A Lei nº 10.973/2004 posteriormente acrescentou mais duas outras hipóteses.

No ano de 2007, por influência das leis nº 11.445 e 11.484, de modo a atender necessidades surgidas, foram incluídas mais duas hipóteses. No ano de 2008, acrescentou-se o inciso XXIX por intermédio da Lei nº 11.783. Neste ano de 2010, foi incluído o inciso XXX, através da Lei nº 12.188 de 12 de janeiro. Portanto, temos 30 (trinta) incisos que compõem o Artigo 24 da Lei de Licitações e Contratos.

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 as parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços de mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente” (BRASIL, 1993).

Neste inciso, a lei estabelece a dispensa em razão do valor reduzido do objeto a ser contratado. Nesses casos, a realização de um prévio processo licitatório pode tornar-se excessivamente oneroso para a Administração, razão pela qual se deve optar pela dispensa.

O baixo valor a ser contratado colocaria em risco o princípio da economicidade, ensejando um gasto desnecessário e superior para a Administração.

O procedimento licitatório, qualquer que seja a modalidade cabível, possui custos para sua implementação, tanto os típicos da rotina administrativa caracterizado pelos custos fixos com salários, equipamentos, energia e insumos, quanto os decorrentes da publicidade dos atos da licitação, aconselhando a Administração a contratar diretamente as obras, serviços e bens de pouco valor monetário, atendendo ao princípio da economicidade.

O inciso apresenta dois requisitos para a dispensa de licitação. O primeiro objetivo, leva em conta apenas o valor da obra ou do serviço de engenharia e o segundo, cuja regularidade é necessário contextualizar a dispensa.

“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 as parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez;” (BRASIL, 1993).

Esse inciso dispensa a licitação para serviços e para compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto para a modalidade convite.

Os dois primeiros incisos tratam dos casos de “Pequeno Valor” cuja relevância econômica não justifica gastos com uma licitação comum.

O que não se mostra compatível com os princípios da moralidade, da probidade, isonomia e da legalidade é quando se utiliza o “fracionamento de despesas nas contratações” para escapar do correto procedimento licitatório. Caso em que será analisado em capítulo específico.

Art. 24 da Lei nº 8.666/93 “Inciso III - Nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem” (BRASIL, 1993).

No caso as guerras em nosso país são raras e a que o Brasil participou não aconteceu em território nacional e graves perturbações da ordem são menos raras e, havendo, ensejam contratação de quaisquer serviços destinados a repor a ordem pública em sua normalidade como: segurança, transporte, alimentação e vigilância, de qualquer valor sem obrigatoriedade de licitação.

Conforme a Lei nº 8.666/93 no seu art. 24

“[...] IV - Nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obra e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada à prorrogação dos respectivos contratos;” (BRASIL, 1993).

Neste dispositivo, enquadram-se várias atividades desenvolvidas pelo poder público, que ocorrem em situações que demandam providências e medidas imediatas, evitando que ocorram prejuízos ou que haja comprometimento à segurança de pessoas, serviços, obras e bens públicos. A Administração deve agir imediatamente em regime de emergência impossibilitando a observância de seguir prazos legais decorrentes da realização de licitação, sob pena de omissão o que pode caracterizar até um crime.

Enquadra-se nas situações de emergência: o fornecimento de alimentação a estabelecimentos penais e hospitalares, reparo de reservatório de água, conserto de ponte e estradas danificadas pela ocorrência de temporal, aquisição de vacinas para sanar eventual epidemia.

Na visão de Tolosa Filho (2000, p.70) emergência é caracterizada como:

A emergência pode ser real, quando o evento já ocorreu e se busca o reparo para evitar prejuízos ou riscos à segurança, ou potencial, quando a ação se desenvolve para evitar o alastramento do evento impedindo esses riscos.

Entende-se por estado de calamidade pública o reconhecimento, pelo Poder Público, de situação anormal, provocada por desastres, causando sérios danos à comunidade afetada, inclusive à incolumidade ou à vida de seus integrantes.

Como exemplo de estado de calamidade pública, podemos citar: vendavais, enchentes, inundações, doenças infecto-contagiosas em largas proporções e seca prolongada.

Sem a declaração do estado de calamidade pública, não pode pretender o administrador utilizar-se do dispositivo sem a existência desse ato administrativo formal.

A contratação direta deverá objetivar apenas a eliminação do risco de prejuízo, não podendo a execução do contrato superar a cento e oitenta dias (vedada a prorrogação, porém há entendimento de que esse dimensionamento pode ser ultrapassado se for indispensável para evitar o perecimento do interesse tutelado). Esse limite foi dado à Administração para que se pudesse resolver o problema que existe temporariamente e, durante esse prazo, fosse iniciado um processo mais amplo. Isso acarretará em um fracionamento justificado, porque visa a resguardar o interesse maior da contratação imediata que evita a concretização de um dano irreparável ou de difícil reparação, porém deverá atender ao princípio da proporcionalidade.

Conforme a Lei nº 8.666/93 em seu art. 24

V - Quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantido, neste caso, todas as condições preestabelecidas (BRASIL, 1993).

O procedimento licitatório tem como objetivo a contratação do objeto para satisfazer ao melhor interesse da Administração, no entanto, no curso desse procedimento, podem surgir razões que impeçam esse aspecto. Assim é que podem surgir interessados apresentando propostas, mas de forma a não atender às exigências do edital ou do convite, quando serão inabilitados ou desclassificados, demonstrando a licitação frustrada.

Outro caso pode ocorrer quando aberto o procedimento licitatório, não venha surgir nenhum interessado em oferecer o objeto, ocasionando a licitação deserta.

Nestes casos, em razão de seu planejamento, a Administração Pública pressentir que haverá prejuízos para a atividade a ser desenvolvida com a abertura de nova licitação, quando outros prazos deverão ser observados, poderá dispensá-la.

No entanto, a escolha do fornecedor deverá recair sobre aquele que tenha condições de atender a todos os requisitos fixados no edital ou no convite, tanto nos critérios de habilitação quanto na técnica e nas condições gerais.

Sobre esse aspecto, Tolosa Filho (2000, p.73) diz:

A exigência de que as condições do edital ou do convite sejam mantidas decorre dos princípios da isonomia, da probidade administrativa e da moralidade, evitando que o instrumento convocatório insira cláusulas absurdas impedindo a participação de eventuais interessados e posteriormente sejam amainadas no procedimento de dispensa de licitação.

Conforme a Lei nº 8.666/93 em seu art. 24, inciso VI :

“– quando a União tiver de intervir no domínio econômico para regular preço ou normalizar o abastecimento” (BRASIL, 1993).

A regra geral estabelecida pelo art. 170 da CF é o da livre iniciativa, propiciando à iniciativa privada a livre concorrência, podendo, no entanto, ser quebrada para reprimir o abuso do poder econômico que vise eliminar ou afetar a livre concorrência com o objetivo de dominar o mercado ou elevar abusivamente os preços. Essa intervenção tem como objetivo regular preços ou normalizar o abastecimento.

De acordo com a Lei nº 8.666/93 em seu art. 24, inciso VII:

“VII - Quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional, ou forem incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes, casos em que, observado o parágrafo único desta Lei e , persistindo a situação, será admitida a adjudicação direta dos bens ou serviços, por valor não superior ao constante do registro de preços, ou dos serviços. (BRASIL, 1993)”

A contratação será vedada se as ofertas forem superiores aos preços de mercado ou incompatíveis com os preços fixados por órgãos oficiais, pois, embora existindo interessados, suas propostas são superiores às admissíveis.

Pode a Administração utilizar esta alternativa para a contratação direta quando forem estabelecidas as seguintes situações:

- ocorrência de licitação anterior;
- apresentação, por todos os licitantes habilitados ou convidados, de preços superiores aos praticados no mercado ou, alternativamente, todos terem ofertado preços incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes;
- solicitação, facultada à Administração, de reapresentação das propostas com preços compatíveis aos praticados no mercado;
- reapresentação das propostas com os mesmos vícios (preços abusivos);
- contratação direta por preços não superiores aos praticados no mercado ou constantes dos registros de preços ou de serviços.

Destaca-se que há a faculdade da Administração conceder aos licitantes uma nova oportunidade para formular suas propostas quando todas tiverem sido desclassificadas.

As justificativas de preços devem ser feitas documentalmente, inclusive com possibilidade de exame por parte dos interessados, juntamente com as informações pertinentes à contratação.

A situação do terceiro que se propuser a contratar com a Administração deverá ser idêntica a de um licitante, sua proposta deverá ser séria e exequível.

De acordo com a Lei nº 8.666/93 em seu art. 24, inciso VIII:

“ Para aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.” (BRASIL, 1993)

A Administração Pública, pelas mais variadas razões, inclusive por questões estratégicas, ao longo do tempo, instituiu de forma jurídica variada entidades com a incumbência de prestar serviços a órgãos e entidades do Poder Público, beneficiando-as com a dispensa de licitação.

No entanto, como as atividades dessas entidades públicas não são típicas do Estado e os seus custos quase sempre se mostram superiores aos de mercado, a iniciativa privada com maior liberdade gerencial os têm desenvolvido de forma mais eficaz e em melhores condições.

Por outro lado, existem entidades que retratam mera alternativa organizacional da Administração Pública, prestadoras de serviço público. Logo, aplica-se o dispositivo do inciso a essas entidades prestadoras de serviços públicos.

Justen Filho (1998, p. 227) critica este inciso ao dizer que:

a situação prevista no inc. VIII não pode ser qualificada como dispensa. É que a licitação apenas é obrigatória quando a contratação envolve terceiro, tal como disposto no art. 2º. Somente se pode dispensar a licitação quando for obrigatória, eis que não se verifica relação jurídica da Administração com terceiro. Portanto, e rigorosamente, o inc. VIII é inútil, eis que se atingiria o idêntico resultado pela aplicação direta do art. 2º.

Como menciona a Lei nº 8.666/93 no art. 24 “IX - Quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional” (BRASIL, 1993).

O termo “segurança nacional” reporta-se exclusivamente ao relacionamento do Estado brasileiro perante a comunidade internacional. Trata-se de situações excepcionais, que importam necessidade de sigilo. A decisão acerca da contratação direta competirá ao Presidente da República, mas os casos deverão ser disciplinados por decreto.

De acordo com a Lei nº 8.666/93 no art. 24 “X - Para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípua da Administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia.” (BRASIL, 1993).

Nesse caso, a ausência de licitação deriva da impossibilidade de o interesse público ser satisfeito através de outro imóvel, que não aquele selecionado. As características do imóvel (tais como localização, dimensão, edificação, destinação etc.) são relevantes, de modo que a Administração não tem outra escolha.

Antes de promover a contratação direta, a Administração deverá comprovar a impossibilidade de satisfação do interesse público por outra via e apurar a inexistência de outro imóvel para atendê-lo através de avaliação prévia.

A contratação dependerá de três requisitos: necessidade de imóvel para desempenho das atividades administrativas; adequação de um determinado imóvel para satisfação do interesse público específico; compatibilidade de preço (ou aluguel) com os parâmetros do mercado.

O inciso XI enfatiza:

[...] –

Na contratação de remanescente e obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço devidamente corrigido (BRASIL, 1993).

A Administração realiza a licitação para contratar uma obra, um serviço, porém, com esse ato o contrato ainda não foi firmado, restando um remanescente ainda a ser executado, cabendo-lhe escolher entre proceder a uma nova licitação para complementação do objeto ou executar o remanescente através da convocação dos licitantes na ordem de classificação original. Serão preservadas as mesmas condições do licitante que não completou o contrato, isto é preservará as condições de preço, as mesmas técnicas e qualidade. Não caberá nenhuma penalidade aos remanescentes licitantes que não aceitarem executar a complementação do objeto da licitação.

De acordo com a Lei nº 8.666/93 conforme o art. 24 “XII - Nas compras de hortifrutigranjeiros, pão e outros gêneros perecíveis, no tempo necessário para a realização dos processos licitatórios, correspondentes, realizadas diretamente com base no preço do dia” (BRASIL, 1993) .

Este inciso restringe a dispensa de licitação apenas aos casos de aquisições “eventuais”. Compras “não eventuais” de alimentos possibilitam uma programação tanto da Administração Pública como a do fornecedor. A Administração definirá, de antemão, as quantidades a serem adquiridas e as épocas em que se realizarão as compras. O fornecedor terá condições de estimar as condições do fornecimento. Logo, nada justificará a contratação direta sem licitação.

Este também se aplica àquelas situações de alimentos em que a realização de licitações prévias inviabilizaria as aquisições, por se tratar de produtos perecíveis, em que as peculiaridades do mercado envolvem aquisições sem maiores formalidades, com grande agilidade. Nessa linha, a realização de licitações seria obrigatória quando a natureza dos produtos e as peculiaridades do mercado fornecedor fossem compatíveis com a demora inerente a um procedimento formal e mais demorado.

Lei nº 8.666/93 no seu art. 24 inciso XIII.

“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”. (BRASIL, 1993)

Esse inciso oferece à Administração a possibilidade de contratar com a iniciativa privada e, mesmo no âmbito público, à instituição que se dedique à pesquisa, ao ensino e ao desenvolvimento institucional, ou seja, entidade que englobe estatutariamente atividades sócio-políticas não partidárias, para desenvolvimento de atividades de interesse público.

Ressalta-se que essa instituição deverá ser pessoa jurídica na forma civil. Por instituição nacional deverá atender-se àquela estabelecida e constituída sob a forma da legislação brasileira.

Existindo diversas instituições em situação semelhante, caberá à licitação selecionar aquela que apresente a melhor proposta – ainda que essa proposta deva ser avaliada, segundo critérios diversos do “menor preço”.

Conforme a Lei nº 8.666/93 no seu art. 24, inciso, “XIV - Para aquisição de bens ou serviços nos termos de acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional, quando as condições ofertadas forem manifestamente vantajosas para o poder público;” (Ibid).

Os tratados internacionais, uma vez ratificados pelo Congresso Nacional, incorporam-se ao direito interno, em nível hierárquico idêntico ao das leis ordinárias. Mas a existência deste dispositivo se justifica para eliminar qualquer dúvida, inclusive quanto à vigência de

regras especiais sobre contratações diretas contidas em tratados internacionais anteriores à vigência da Lei nº 8.666/93.

Poderão advir problemas quanto à compatibilidade das cláusulas do acordo internacional com os princípios constitucionais.

Quando a legislação restringe a dispensa de licitação a que a operação seja mais vantajosa para o Poder Público, está apenas reiterando o princípio fundamental das contratações realizadas pela Administração quando opera com ou sem licitação.

Art. 24, inciso “XV - Para aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada desde que compatíveis ou inerentes às finalidades do órgão ou entidade;” (BRASIL, 1993).

O patrimônio cultural brasileiro está protegido pelo art. 216, parágrafo primeiro da CF/88. Neste ponto, deverá ser justificado o interesse público na aquisição do bem.

Para Justen Filho (1998, p. 234).

A hipótese se enquadra como inexigibilidade de licitação (tal como o fazia a lei anterior). Aliás, isso está implicitamente reconhecido no próprio art.13, VII, que trata a restauração de obras de arte como serviço técnico profissional especializado (cuja contratação se submete ao disposto no art.25, II).

De acordo com a Lei nº 8.666/93 no art. 24, em seu inciso:

“XVI - Para impressão dos Diários Oficiais, de formulários padronizados de uso da Administração e de edições técnicas oficiais, bem como para a prestação de serviços de informática, a pessoa jurídica de direito público interno por órgãos ou entidades que integrem a Administração Pública, criados para esse fim específico;” (BRASIL, 1993)

Há possibilidade de dispensa de licitação para impressão de diários oficiais, de formulários padronizados de uso da Administração e de edições técnicas oficiais, bem como a contratação de serviços de informática, desde que a entidade integre a Administração Pública e tenha sido criado para esse fim específico, mediante comprovação.

“XVII - Para aquisição de componentes ou peças de origem nacional ou estrangeira, necessários à manutenção de equipamentos durante o período e garantia técnica junto

ao fornecedor original desses equipamentos, quando tal condição de exclusividade for indispensável para a vigência da garantia; "(BRASIL, 1993).

Para que a despesa se enquadre neste inciso, é necessário que tenha havido um contrato de fornecimento de equipamentos derivado de licitação, ou contratação direta. Sendo que esta deve ter sido autorizada quando for condição imposta pelo fornecedor para manter a garantia ao equipamento anteriormente fornecido. Essa exigência, obviamente, somente poderá ser respeitada quando expressamente constante da proposta originariamente formulada pelo fornecedor, por ocasião da aquisição do equipamento principal.

E essa restrição só será válida quando a utilização de peças ou componentes de outra origem produzirem desgaste ou algum tipo de prejuízo ao equipamento, sob pena de caracterizar-se como concorrência desleal.

A dispensa somente poderá ser invocada para o fornecedor original do equipamento, pois, se houver mais de um fornecedor habilitado a fornecer peças originais, haverá necessidade do procedimento licitatório.

Conforme a Lei nº 8.666/93 em seu art. 24, no seu inciso

“XVIII - Nas compras ou contratações de serviços para abastecimento de navios, embarcações, unidades aéreas ou tropas e seus meios de deslocamento, quando em estada eventual de curta duração em portos, aeroportos, ou localidade diferentes de suas sedes, por motivo de movimentação operacional ou de adestramento, quando a exigüidade dos prazos legais puder comprometer a normalidade e os propósitos das operações e desde que seu valor não exceda ao limite previsto na alínea “a” do inciso II do art. 23 desta Lei.” (BRASIL, 1993)

Segundo Justen Filho (1998, p. 236), “entende-se por operação militar àquelas que exijam o deslocamento eventual de pessoas e bens para locais diversos daqueles em que estão baseados.”

Neste contexto, haverá necessidade de promover aquisição de bens ou contratações de serviços. A demora acarretaria prejuízos irreparáveis tanto para o pessoal militar quanto para o interesse envolvido na operação.

Conforme a Lei nº 8.666/93 em seu art. 24, no seu inciso:

“XIX - Para as compras de materiais de uso pelas Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante parecer de comissão instituída por Decreto; "(BRASIL, 1993).

Será aplicado este inciso quando se verifica a necessidade de padronização e constata-se existir um único fornecedor para determinados bens e somente nos casos que essa padronização seja condição de eficiência da atuação militar.

Excluídos os materiais de uso pessoal e administrativo, cuja aquisição em regime de normalidade pode ser programada e independe de padronização, os demais, desde que com parecer favorável de comissão especialmente instituída por Decreto, poderão ter sua aquisição por dispensa, observada a melhor vantagem para a Administração.

Conforme a Lei nº 8.666/93 em seu art. 24, no seu inciso:

“XX - Na contratação de associação de portadores de Deficiência Física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;” (BRASIL, 1993) .

Os recursos públicos são aplicados de modo a produzir efeitos indiretos relevantes cujo objetivo imediato seja a satisfação de uma necessidade pública.

Cuidou-se de incentivar a atividade de certas entidades privadas, não integrantes da Administração Pública, mas cuja atuação relaciona-se com o bem comum.

Na opinião de Justen Filho (1998, p. 237), “produziu-se uma espécie de “função social do contrato administrativo”, no sentido que a contratação é instrumento de realização de outros valores sociais”.

Justifica-se esta dispensa, pela condição de que a realização do contrato dependerá da presença de requisitos de satisfação do interesse público. Em vez de recorrer a qualquer outro agente econômico (por via de licitação), o Estado contratará diretamente a associação. O contrato reger-se-á pelas regras próprias de Direito Público. Em caso de inadimplemento, aplicar-se-ão as sanções cabíveis. Não será lícito ao Estado receber prestações defeituosas ou inadequadas.

De acordo com a Lei nº 8.666/93 no seu art. 24, inciso

“XXI - Para aquisição de bens destinados exclusivamente à pesquisa científica e tecnológica, com recursos fornecidos pelo Conselho de Apoio à Pesquisa no Ensino Superiores CAPES-FINEP, CNPq, ou outras instituições oficiais de fomento à

pesquisa credenciada pelo Conselho Nacional de Pesquisa - CNPq para esse fim específico;” (BRASIL, 1993).

O dispositivo autoriza a contratação direta em virtude da “experimentabilidade” da atividade desenvolvida pela Administração Pública, mas não elimina o dever de buscar a contratação mais vantajosa. Trata-se, especificamente, de promover a ampliação do conhecimento. Estes bens servirão para testes e exames e serão “destruídos” em prol da ciência.

Nessa hipótese de compras relacionadas à pesquisa, o critério de seleção não é maior vantagem para a Administração - mas a pertinência com a atividade de pesquisa. Não é viável selecionar o bem pelo critério de “melhor qualidade”, eis que a pesquisa supõe incerteza de qualidade.

Em seu art. 24, “XXII - Na contratação de fornecimento ou suprimento de energia elétrica, com concessionário, permissionário ou autorizado, segundo as normas da legislação específica;” (BRASIL, 1993).

A Lei nº 9.427/96 instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, e diante disto deve-se ter uma perspectiva de um mercado quase privado de geração e comercialização de energia elétrica.

Incentivou-se a figura do “produtor independente” e pretende-se incentivar a competição entre agentes privados, especialmente no setor de geração de energia elétrica.

Jacoby Fernandes (1999, p. 389) diz que:

Para se enquadrar no referido inciso, a contratação deverá ter por objeto o fornecimento ou suprimento de energia elétrica; o contratado deverá ser permissionário, concessionário ou autorizatário para fornecimento ou suprimento de energia elétrica; deverão ser observadas as formalidades constantes do art. 26, caput e parágrafo único, da Lei nº 8.666/93.

Conforme a Lei de Licitações em seu art. 24, inciso,

“XXIII - Na contratação realizada por empresa pública ou sociedade de economia mista com suas subsidiárias e controladas para aquisição ou alienação de bens, prestação ou aquisição de serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;” (BRASIL, 1993).

Este dispositivo não estabelece diferenciação entre entidades econômicas e demais espécies de sociedades de economia mista e empresas públicas. Neste caso, quando a administração escolhe a própria controlada para contratar a entidade, não está recorrendo ao mercado, nem está atuando em competição com demais agentes econômicos.

As empresas públicas e as sociedades de economia mista, para desenvolvimento de suas atividades, geralmente complexas, criam subsidiárias e possuem controladas, com atividades paralelas, mas nem sempre iguais. Assim, quando da aquisição ou da alienação de bens e contratação de serviços, há conveniência que de acordo com preços de mercado, possam realizar a dispensa de licitação.

A opção governamental de adotar certa estrutura para organizar sua administração indireta não legitima a elevação de custos ou a ineficiência. Se isto ocorrer, é dever da administração promover a extinção das sociedades controladas deficitárias e, se a mesma atividade puder ser desempenhada pela iniciativa privada por custo inferior, a administração deverá adotar providências para eliminar os prejuízos constantes.

Carlos Pinto C. Motta (2002 p.226) ressalta ainda:

Efetivamente, as subsidiárias e controladas normalmente são criadas com objetivo de desenvolver atividades em cooperação com a entidade criadora, incrementando seus negócios, somando esforços com aquela na busca de realização de seus objetivos institucional e lucrativo, observamos não raro uma “constelação” de sociedade com vistas a objetivos comuns, razão pela qual a contratação direta integra quase que naturalmente a política de gestão das controladoras.⁶

Em conforme com a Lei de Licitações em seu art. 24, inciso,

“XXIV - Para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão” (BRASIL, 1993).

A atribuição da qualidade de organização social não se faz para todas as órbitas governamentais. Cada uma das pessoas federativas deverá legislar sobre o tema, estabelecendo as suas regras. A lei local pode estabelecer requisitos compatíveis com as circunstâncias próprias, mas não pode transmudar a natureza da organização social na Legislação Federal.

⁶ MOTTA, Carlos Pinto Coelho - Eficácia nas Licitações e Contratos Belo Horizonte: Del Rei 2002 pg. 226

É importante salientar que a condição jurídica de organização social é uma qualificação permitida somente as pessoas jurídicas sem fins lucrativos, tendo como função atuar em setores que a Constituição atribui aos Estados, mas faculta aos particulares desenvolver. Desta forma, embora seja sujeito privado, a organização desenvolve sua atuação em busca do interesse público.

A organização social passa a ‘gerir’, sob certo ângulo, bens públicos, servidores públicos e recursos públicos.

Em conforme com a Lei de Licitações em seu art. 24, inciso,

“XXV – Na contratação realizada por Instituição Científica e Tecnológica – ICT ou por agência de fomento para a transferência de tecnologia e para o licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida;” (BRASIL, 1993).

Com a instituição da Lei nº 10.973, de 02.12.2004, criou-se incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo dando subsídios as agências de fomento e às denominadas ICT, que dentre seus objetivos está o financiamento de ações que estimulam e promovam o desenvolvimento da ciência, tecnologia e da inovação.

Com a introdução desse dispositivo no art. 24 da Lei de Licitações, coube incentivar e facilitar as ações relativas à capacitação e incentivo à pesquisa e ao alcance da inovação e autonomia tecnológica.

Em conforme com a Lei de Licitações em seu art. 24, inciso,

“XXVI – na celebração de contrato de programa com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação.” (BRASIL, 1993).

O inciso XXVI foi introduzido na Lei 8.666/93 por influência da Lei de Consórcios-11.107/05.

Essa hipótese faz se presente, implicitamente, no artigo 24 conforme cita Carlos Pinto C. Motta (2002 p. 228).

Essa hipótese do inciso XXVI não é radicalmente nova. Há uma outra no inciso VIII do mesmo art. 24, que celebra o mesmo princípio – ou seja, o da dispensa de licitação para operações entre pessoas jurídicas de direito público interno. Aquele dispositivo

continha, entretanto, a ressalva de que o órgão ou entidade contratada haveria de ter sido criado em data anterior à contratação. Não fora tal condicionante, o atual dispositivo seria praticamente desnecessário.⁷

Os dois incisos seguintes foram introduzidos na Lei de Licitações por influência das Leis nº 11.445 e 11.484 ambas do ano de 2007 e dispõe:

“XXVII – na contratação da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública. (Redação dada pela Lei nº 11.445, de 2007).”

O inciso XXVII traduz uma recente preocupação das autoridades governamentais de amparar a classe trabalhadora dos coletores de material reciclável, ou como mais conhecidos: catadores de papel.

O coletor desses materiais não é em absoluto coletor de lixo, e a sua categoria vem-se organizando em cooperativas, que por mais de uma razão como aumento da empregabilidade, prestação de serviço de grande utilidade pública, incremento da economia e utilidade sanitária inquestionável, ganham importância crescente nos Municípios e nas comunidades.

Assim, justificada a necessidade da contratação, e observado os tramites legais da Lei 8.666, pode ser contratada diretamente uma associação civil ou uma cooperativa, cada uma das quais regularmente constituída, desde que integrada exclusivamente por pessoas que o Poder Público reconheça como catadores de material reciclável, para desenvolver esse trabalho de coleta em favor do ente público contratante.

XXVIII – para o fornecimento de bens e serviços, produzidos ou prestados no País, que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional, mediante parecer de comissão especialmente designada pela autoridade máxima do órgão. (Incluído pela Lei nº 11.484, de 2007).

Esse inciso, mais sintético que o anterior, contém, matéria de cunho mais genérico e amplo, e com isso implica maior subjetividade na aplicação que aquele.

⁷ MOTTA, Carlos Pinto Coelho - Eficácia nas Licitações e Contratos Belo Horizonte: Del Rei 2002 pg. 228

Pelo dispositivo, a União, a quem cabe a defesa nacional, pode contratar diretamente, sem licitação, tanto serviços quanto o fornecimento de bens, ambos nacionais e não estrangeiros, destinados a algum objeto concernente à defesa nacional, sempre que esse objeto envolver alta tecnologia.

Nessa hipótese, a autoridade máxima do órgão contratante deverá designar uma comissão especial que ofereça parecer sobre o atendimento cumulativo de todos aqueles requisitos. Depois de observado essas obrigações, poderá o poder público contratar a empresa ou o profissional com dispensa de licitação.

O inciso XXIX do Artigo 24 da Lei de Licitações foi incluído pela Lei nº 11.783 de 17 de setembro de 2008 e o inciso, XXX, foi incluído pela Lei nº 12.188 de 12 de janeiro de 2010 e citam que:

“XXIX – na aquisição de bens e contratação de serviços para atender aos contingentes militares das Forças Singulares brasileiras empregadas em operações de paz no exterior, necessariamente justificadas quanto ao preço e à escolha do fornecedor ou executante e ratificadas pelo Comandante da Força. (Incluído pela Lei nº 11.783, de 2008).”

“XXX - na contratação de instituição ou organização, pública ou privada, com ou sem fins lucrativos, para a prestação de serviços de assistência técnica e extensão rural no âmbito do Programa Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural na Agricultura Familiar e na Reforma Agrária, instituído por lei federal. (Incluído pela Lei nº 12.188, de 2.010).”

De acordo com a Lei nº 8.666/93 em seu art. 24, dispõe em seu parágrafo único que:

“Parágrafo único. Os percentuais referidos nos incisos I e II deste artigo, serão de 20% (vinte por cento) para compras, obras e serviços contratados por sociedades de economia mista e empresa pública, bem assim por autarquias e fundações qualificadas, na forma da lei, como agências executivas.” (BRASIL, 1993).

No parágrafo único do art. 24 (redação alterada pelo art. 17 da Lei de Consórcios, 11.107/05) os percentuais de 10% foram elevados para 20 % do teto para licitação dispensável, fixados nos incisos I e II do art. 24 da Lei 8.666/93, sempre que as obras,

serviços ou compras forem processadas por consórcios públicos, sociedade de economia mista, empresa pública, autarquia ou fundação qualificada como Agência Executiva.

As hipóteses de dispensa podem variar em função da natureza da entidade ou da atividade por ela desenvolvida.

3.4 A Inexigibilidade de licitação

O artigo 25 da Lei enaltece os casos em que o prévio certame licitatório deve ser inexigível. Ao contrário do que ocorre nas hipóteses de dispensa, em que o processo licitatório é simplesmente inconveniente para a Administração, nos casos de inexigibilidade do certame, este é inviável, ou seja, diante da inviabilidade de competição entre os licitantes, o processo licitatório não se realiza.

Uma licitação é inexigível quando lhe falta o pressuposto lógico (pluralidade de objetos e de proponentes) ou fático (existência de interessados em competir). Portanto, mesmo que se tivesse interesse em licitar, não seria possível proceder à disputa. A discricionariedade não vai residir na opção entre licitar ou não, concentrando-se na escolha do beneficiado/contratado.

Lúcia Valle Figueiredo e Sérgio Ferraz⁸ (2002 p.60) apontam as seguintes espécies de licitações inexigíveis: a) em razão do objeto, representada pela exclusividade de fornecimento e pelas singularidades objetivas; b) em razão da pessoa, consubstanciada pela notória especialização do profissional e pelas singularidades subjetivas; c) em razão de situações excepcionais.

Pode ocorrer de apresentar-se hipótese em que é inviável a competição; mas o caso descrito não se enquadra em nenhuma das situações estabelecidas nos incisos. Nessas hipóteses, o fundamento legal será o próprio *caput* do art. 25.

⁸ FIGUEIREDO, Lúcia Valle e FERRAZ, Sérgio. *Dispensa e Inexigibilidade de licitação*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2002.

3.4.1 O artigo 25 da Lei nº 8.666/93 e seus incisos

Conforme o artigo 25 da Lei de Licitações:

“Art. 25 – É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:” (BRASIL, 1993).

I – Para aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedado à preferência de marca, devendo a comprovação ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro de comércio do local em que se realizaria a licitação ou obra, ou o serviço, pelo sindicato, federação ou confederação patronal, ou ainda, pelas entidades equivalentes (Ibid).”

Nesse caso, o processo licitatório é inexigível em razão da unicidade. A situação que configura licitação inexigível, na menção do dispositivo, é a existência de produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, ou seja, que detenham todos os objetos de interesse da Administração Pública, vedada a preferência de marca. Nesse contexto enquadra-se também a contratação de bem singular, eis que, sendo único, só pode se encontrar sob as mãos de um ofertante. Hely Lopes Meirelles, citado por Maria Sylvia Zanella di Pietro, considera “vendedor ou representante comercial exclusivo, para efeito de convite, o que é único na localidade; para tomada de preços, o que é único no registro cadastral; para concorrência, o que é único no país”⁹.

“II – Para a contratação de serviços técnicos enumerados pelo art. 13 desta lei, de natureza singular, com profissionais de empresa de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;” (BRASIL, 1993).

O inciso II do art. 25 contempla a hipótese de inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos de natureza singular citado no artigo 13 da Lei nº 8.666/93, (exceto serviço de publicidade), com profissionais ou empresas de notória especialização. A doutrina é assente em afirmar que para ser singular, o serviço técnico deve estar revestido de essencialidade, ou seja, deve ser relevante e necessário para satisfazer o interesse do órgão contratante. A somar a isso, o profissional especializado deve ser de competência indiscutível, acumulando trabalhos na área em que será exigido pela Administração Pública. Como visto, a

⁹PIETRO, Maria Sylvia; RAMOS, Dora Maria de Oliveira. SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos; D’AVILA, Vera Lúcia Machado. *Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos*. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

qualificação excepcional deve estar comprovada por meio documental e assentada no processo administrativo de inexigibilidade.

Segundo Celso Bandeira de Melo (1998, p. 89):

Singulares são os serviços que se revestem de análogas características. De modo geral são singulares todas as produções intelectuais realizadas isoladas ou conjuntamente – por equipe – sempre que o trabalho a ser produzido se defina pela marca pessoal (ou coletiva) expressadas em características científicas, técnicas ou artísticas importantes para o preenchimento da necessidade administrativa a ser suprida.¹⁰

Conforme o art. 25 da Lei nº 8.666/93 em seu parágrafo primeiro, que complementa o inciso II:

§ 1º - Considera-se de notória especialização profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organizações, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permitem inferir que seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato (BRASIL, 1993).

Não basta se tratar de um serviço elencado no artigo 13 e de natureza singular para que o processo licitatório seja inexigível. É preciso, ainda, que o prestador seja notoriamente especializado.

Conforme a Lei nº 8.666/93, em seu art. 25, no seu inciso, “III – Para contratação de profissional de qualquer setor artístico diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializado ou pela opinião pública” (BRASIL, 1993).

Esses profissionais podem ser contratados diretamente ou mediante empresário exclusivo. Coloca-se a hipótese do contratado ser consagrado por crítica especializada ou opinião pública.

Concluindo, o *caput* do art. 25 foi expresso em se caracterizar como meramente exemplificativo (utilização da expressão “em especial”), por isso, sempre que, no caso

¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

concreto, for inviável a licitação por impossibilidade de competição, estar-se-á diante de uma licitação inexigível.

De acordo com a Lei de Licitações em seu art. 25, parágrafo:

§2 °- 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 prestador de serviço e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis (BRASIL, 1993).

Em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado o superfaturamento, entendido como sobre preço ou preço além do mercado, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou prestador de serviços e o agente público, entendido como o ordenador de despesa.

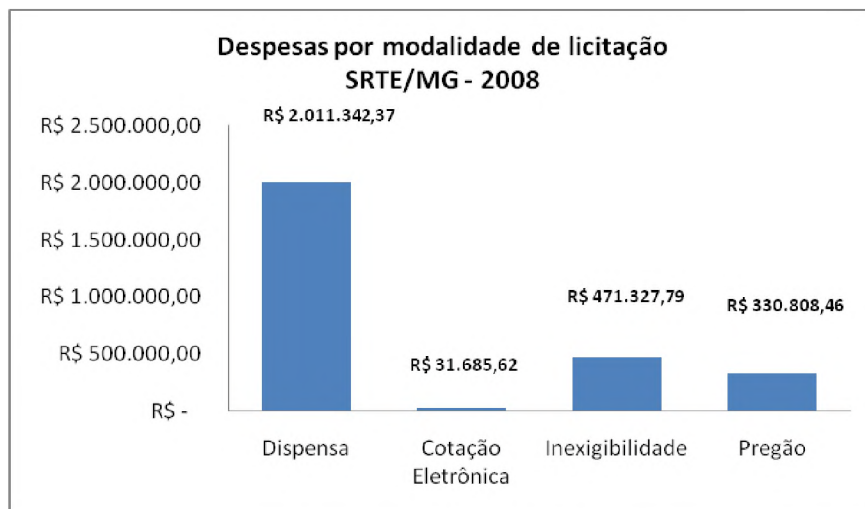
Além da responsabilidade solidária aqui mencionada, há que considerar o art. 82 da Lei 8.666/93, que trata da sujeição dos agentes às sanções da Lei e às previstas nos regulamentos próprios. O art.82 menciona, ainda, a responsabilidade civil e criminal.

“Art. 82. Os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos desta Lei ou visando a frustrar os objetivos da licitação sujeitam-se às sanções previstas nesta Lei e nos regulamentos próprios, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar. (BRASIL, 1993)”.

4. A CONTRATAÇÃO DIRETA NA SUPERINTENDÊNCIA REGIONAL DO TRABALHO E EMPREGO - SRTE/ MG.

A SRTE/MG está privilegiando a utilização da modalidade Contratação Direta nas aquisições de bens e contratação de serviços, superando as demais modalidades, como o Pregão, conforme demonstrado no Gráfico 1 . Essa tendência pela modalidade Contratação Direta reflete certa ausência de planejamento nas aquisições que poderiam ser melhor elaboradas por parte dos gestores.

Gráfico- 1



Fonte : Dados da pesquisa

Tabela 1 – Demonstrativo de Despesas por modalidade de licitação Exercício 2008

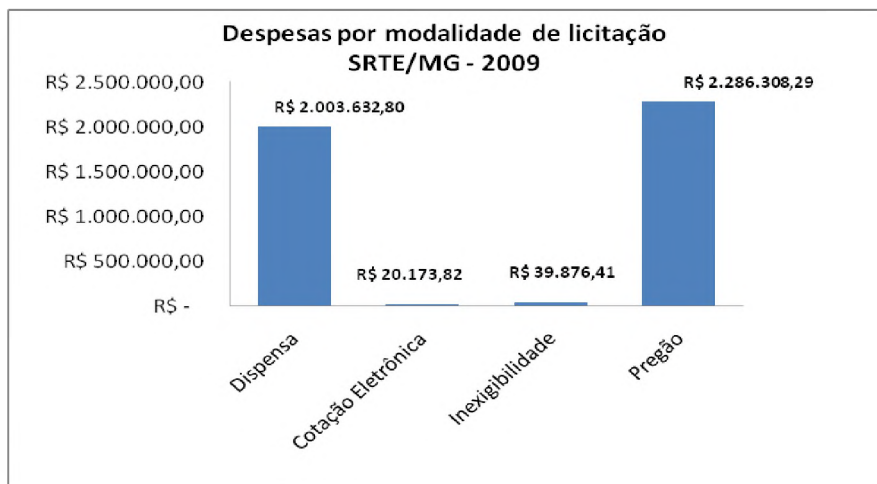
Modalidade	Valor	Percentual
Dispensa	R\$ 2.011.342,37	70,69%
Cotação Eletrônica	R\$ 31.685,62	1,11%
Inexigibilidade	R\$ 471.327,79	16,56%
Pregão	R\$ 330.808,46	11,64%
Total	R\$ 2.845.164,24	100%

Fonte: Dados da pesquisa

Realizado o levantamento das despesas por modalidade de licitação pela SRTE/MG no exercício 2008, demonstrado no Gráfico 01 e Tabela 01, verifica-se que a utilização da

Contratação Direta tem apresentado valores bem significativos para aquela unidade administrativa. A hipótese da Dispensa de licitação proporcionou gastos no valor de R\$ 2.011.342,37 (dois milhões e onze mil trezentos e quarenta e dois reais e trinta e sete centavos) em termos percentuais corresponde a 70,69%. A hipótese da Inexigibilidade proporcionou gastos no valor de R\$ 471.327,79 (quatrocentos e setenta e um mil, trezentos e vinte e sete reais e setenta e nove centavos) o que corresponde a 16,56% dos gastos no período pesquisado. Essa modalidade foi superior aos gastos verificados com o Pregão eletrônico que representou 11,64% ou seja, R\$ 330.808,46 (trezentos e trinta mil oitocentos e oito reais e quarenta e seis centavos). Justifica-se a menor utilização do pregão no período, devido a não disponibilidade orçamentária e financeira para realizar tal modalidade pela instituição. Já o Sistema de Cotação Eletrônica de Preços, representou em relação as demais modalidades gastos pouco significativos em termos de valores, cerca de R\$ 31.685,62 (trinta e um mil seiscentos e oitenta e cinco reais e sessenta e dois centavos), donde se verifica que essa modalidade poderia ser mais utilizada pelos gestores.

Gráfico- 2



Fonte : Dados da pesquisa

Tabela 2 – Demonstrativo de Despesas por modalidade de licitação Exercício 2009

Modalidade	Valor	Percentual
Dispensa	R\$ 2.003.632,80	46,06%
Cotação Eletrônica	R\$ 20.173,82	0,46%
Inexigibilidade	R\$ 39.876,41	0,92%
Pregão	R\$ 2.286.308,29	52,56%
Total	R\$ 4.349.991,32	100%

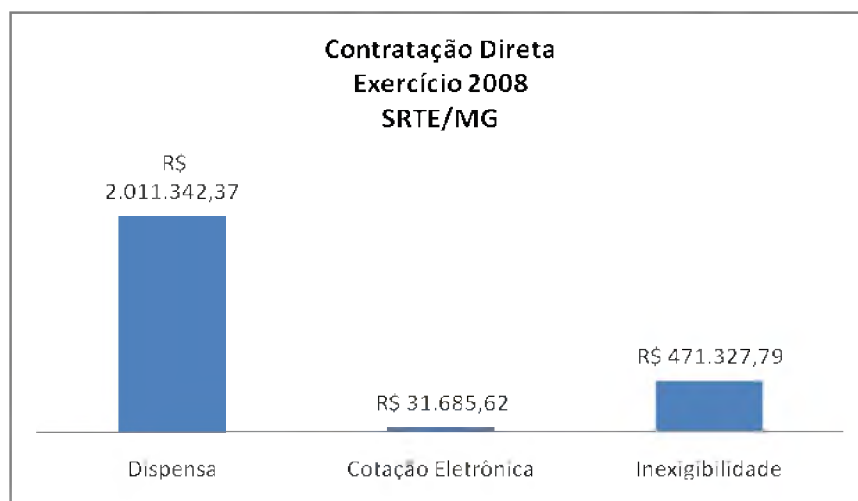
Fonte : Dados da pesquisa

Verificado as despesas por modalidade de licitação na SRTE/MG no exercício de 2009, conforme Gráfico 02 e Tabela 02, constatou-se que as aquisições através da modalidade Pregão foram superiores as demais modalidades, o que representou gastos na ordem de R\$ 2.286.308,29 (dois milhões duzentos e oitenta e seis mil trezentos e oito reais e vinte e nove centavos), em percentuais representou 52,56% . As aquisições realizadas pela unidade administrativa através da Contratação Direta representaram em percentuais o total de R\$ 47,44% no último ano.

4.1 Casos de Dispensa realizados na SRTE/MG em 2008 e 2009.

As contratações realizadas através da Dispensa de licitação, nos exercícios de 2008 e 2009, tiveram maior proporção de gastos quando comparados com as demais hipóteses sejam elas, inexigibilidade ou cotação eletrônica, conforme representado nos Gráficos 03 e 04.

Gráfico 3 – Contratação Direta no Exercício 2008



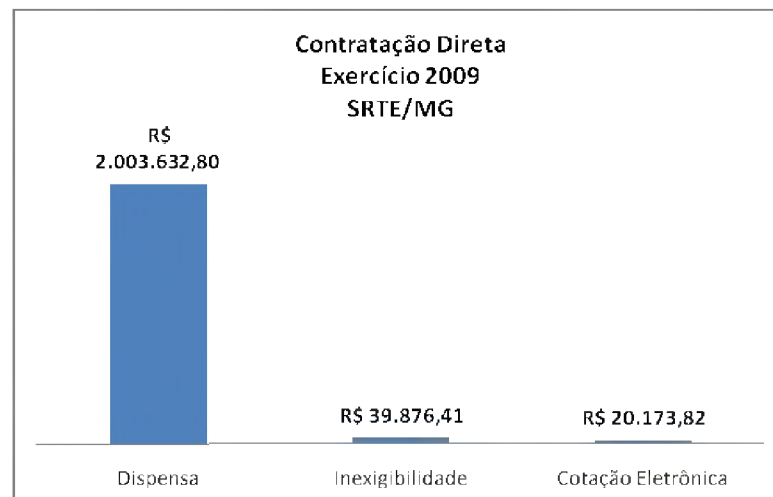
Fonte : Dados da pesquisa

A dispensa de licitação foi responsável por 80% das aquisições da SRTE/MG, em 2008, via contratação direta com gastos de R\$ 2.011.342,37 (dois milhões e onze mil trezentos e quarenta e dois reais e trinta e sete centavos).

Em 2009, esse percentual de aquisições aumentou chegando a 97,09%, o que representa R\$ 2.003.632,80 (dois milhões e três mil seiscentos e trinta e dois reais e oitenta

centavos). Como se observa do Gráfico 04 a dispensa de licitação foi responsável pela redução dos valores das demais modalidades. Esse crescimento pode ser justificado devido ao número elevado de contratos de valor até R\$ 8.000,00(oito mil reais) firmados com empresas para serviços de manutenções diversas bem como, a contratação de imóveis destinados ao funcionamento das unidades regionais, que necessitavam ser renovados.

Gráfico 4 – Contratação Direta no Exercício 2009



Fonte : Dados da pesquisa

O objetivo deste capítulo não é citar todos os casos de dispensa de licitação realizados pela instituição nos últimos dois anos, mas apenas elencar as hipóteses que tiveram maior abrangência nos referidos exercícios.

4.1.1 Contratação de obra e serviços de engenharia previstos no Art. 24, inciso I.

Há casos que a necessidade faz-se utilizar de atitudes imediatas. Aqui estão situados casos em que ocorreram problemas inesperadamente, como vazamento de rede hidráulica em banheiros, o que evidencia imediata reparação para não por em risco as atividades do serviço.

Outros casos que procederam com a contratação direta foi o alagamento das edificações em período chuvoso com o forro ameaçando desabar e revisão nas instalações elétricas, como forma de prevenir possível incêndio.

Tais casos, não permitiriam que delongasse a solução através de um demorado processo licitatório, tendo que se optar pela contratação direta dos serviços.

4.1.2 Contratação de serviços e compras de valor até 10% previstos no Art. 24, inciso II.

É evidente o número de aquisições de produtos e serviços de valor inferior a R\$ 8.000,00, o que pode ser verificado no Anexo A.

Nos exercícios de 2008 e 2009 foram contratados serviços essenciais para o funcionamento das unidades administrativas da SRTE/MG, dentre os principais podemos mencionar:

- contratação de empresa para realizar manutenção em aparelhos de ar condicionado, o que totalizou cerca de 07 (sete) processos com montante de R\$ 11.198,00 (onze mil cento e noventa e oito reais),

- contratação de empresa para realizar manutenção em central telefônica, com 06 (seis) processos totalizando R\$ 7.210,00 (sete mil duzentos e dez reais),

- manutenção em extintores de incêndio com 10 (dez) processos totalizando R\$ 3.046,00 (três mil e quarenta e seis reais),

- manutenção em veículos totalizando 12 (doze) processos de valor de R\$ 21.324,40(vinte um mil trezentos e vinte e quatro reais e quarenta centavos),

- contratação de empresa para fornecer combustível líquido parcelado para os veículos oficiais com valor até R\$ 8.000,00(oito mil reais) foram firmados 21(vinte e um) processos totalizando R\$ 126.315,42(cento e vinte e seis mil trezentos e quinze reais e quarenta e dois centavos).

Importante ressaltar, que o inciso II do art. 24 da Lei 8.666/93 permite realizar a dispensa desde que se resguarde que a aquisição do produto ou serviço não será efetivada de maneira fracionada. Caso que será abordado à posteriori.

4.1.3 Dispensa de licitação para locação de imóvel Art. 24, inciso X.

Na SRTE/MG, foram realizados vários processos de dispensa de licitação para locação do imóvel destinado ao funcionamento das Gerências Regionais e das Agências de Atendimento ao Trabalhador, cujos espaços físicos já não satisfaziam ao perfeito funcionamento, demandando novas instalações.

4.1.4 Dispensa de licitação para fornecimento de energia elétrica Art. 24, inciso XXII.

O preceito legal permite à Administração Pública ter um respaldo legal no momento de necessitar da utilização de suprimento ou fornecimento de energia elétrica, de forma direta, sem licitação, haja vista que, embora tal tipo de serviço seja, atualmente, público e privado, não se tem mais de um fornecedor numa determinada região.

O Tribunal de Contas da União, no caso específico do fornecimento de energia elétrica, vem adotando a tese da dispensa com fulcro no art. 24, XXII, conforme citação abaixo:

“[...]”

Nos processos relativos ao fornecimento de energia elétrica, abastecimento de água e serviços de correios e telégrafos, encontram-se fundamentados na situação de inexigibilidade (art. 25. Inciso II, da Lei nº 8.666/93) quando, na verdade, deveria ser no art. 24, inciso XXII, para fornecimento de energia elétrica e art. 25 caput da Lei nº 8.666/93, para os demais.

[...]”

9.1.2 na contratação dos serviços de fornecimento de energia elétrica, o fundamento para dispensa de licitação deve ser o art. 24, XXII, da Lei nº 8.666/93;¹¹ (Acórdão 1776/2004-Plenário)

¹¹ (Acórdão 1776/2004-Plenário) TCU. Licitações e contratos: orientações básicas/ Tribunal de Contas da União – 3 ed. rev. Atual. Brasília 2006 p. 238

Na SRTE/MG além do prédio sede, conta com uma rede física de 20 (vinte) gerências regionais e 46 (quarenta e seis) agências distribuídas pelo Estado, por isso o consumo de energia elétrica é bastante significativo.

4.2 Casos de Inexigibilidade realizados na SRTE/MG em 2008 e 2009.

As contratações realizadas através da hipótese da Inexigibilidade de licitação representaram gastos no percentual de 18,74%, ou seja, R\$471.327,79 (quatrocentos e setenta e um mil trezentos e vinte e sete reais e setenta e nove centavos) em 2008 e somente 1,93% R\$ 39.876,41 (trinta e nove mil oitocentos e setenta e seis reais e quarenta e um centavos) em 2009.

O elevado volume de aquisições por inexigibilidade de licitação verificado no exercício de 2008 deve-se a necessidade surgida em efetuar a renovação de 21 (vinte e um) contratos com empresas municipais responsáveis pelo fornecimento de água e tratamento de resíduos para funcionamento das unidades administrativas, cuja vigência de 60 meses encerrou-se em 2008. Neste caso foram despendidos recursos na ordem de R\$ 410.994,00 (quatrocentos e dez mil novecentos e noventa e quatro reais).

A aquisição por inexigibilidade de licitação que teve maior incidência no exercício de 2009 foi à contratação de empresas para realizarem cursos de capacitação de servidores, atendendo ao Programa Interno de Capacitação de Recursos Humanos.

Foram realizadas várias contratações diretas por inexigibilidade de licitação em 2008 e 2009, dentre as principais citamos a seguir:

4.2.1 Contratação de serviços de coleta de resíduos e fornecimento de água.

As despesas com serviços de fornecimento de água e tratamento de esgoto são amparadas no Art. 25, inciso I como forma de atender a inviabilidade de competição.

Como reforça Marçal Justen Filho (2005 p.274), a impossibilidade de competição entre possíveis fornecedores incidirá na inexigibilidade de licitação, sendo que:

Na primeira categoria encontram-se os casos de inexigibilidade de competição por ausência de pluralidade de sujeitos em condição de contratação. São as hipóteses e que é irrelevante a natureza do objeto, eis que a inviabilidade de competição não decorre diretamente disso. Não é possível a competição porque existe um único sujeito para ser contratado¹²

O Tribunal de Contas da União (TCU) mais uma vez reforça a afirmação de que deverá ser utilizada a inexigibilidade de licitação para fornecimento de água e tratamento de esgoto, conforme texto do Acórdão mencionado anteriormente:

[...]
9.1.1 – nas contratações de abastecimento de água, de correios e telégrafos e de publicação na Imprensa Nacional, o fundamento para a inexigibilidade de licitação deve ser o art. 25, caput, da Lei nº 8.666/93;

4.2.2 Contratação de serviços técnicos para capacitação de servidores

Com o objetivo de capacitar os servidores da SRTE/MG em diversas ações voltadas para o desenvolvimento profissional e pessoal, foram contratadas empresas de notória especialização de acordo com o Art. 25, inciso II combinado com o Art. 13, inciso IV, do mesmo preceito.

4.2.3 Contratação de palestrante para seminário

Com o objetivo de contratar profissional portador de notória especialização que se tornava singular, cujo respaldo legal foi o art. 25, inciso II, foi contratado palestrante para o Seminário Anual alusivo ao Dia Nacional de Combate ao Trabalho Infantil.

¹² FILHO, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos; Dialética, 8ªEd. São Paulo, 1998 p. 274.

5. O FRACIONAMENTO DE DESPESAS NA AQUISIÇÃO DE PRODUTOS E REALIZAÇÃO SISTEMÁTICA DE SERVIÇOS POR DISPENSA DE LICITAÇÃO.

O problema a ser analisado é o fracionamento de despesas quando da adoção da modalidade de licitação inferior a recomendada pela legislação para o total da realização da despesa, quando se efetuar a Contratação Direta.

Será analisado como se avalia esta questão nas contratações realizadas pela Superintendência Regional do Trabalho e Emprego de Minas Gerais. Cabe ressaltar que tais procedimentos são realizados sem verificar as normas que regulamentam a matéria, atuando de maneira incipiente, sem receber um tratamento especial pelos gestores, que vise coibir tal conduta praticada pela Unidade Administrativa.

5.1 Características

É comum o procedimento de fragmentar as despesas, no intuito de manter o valor de cada aquisição individual dentro do limite imposto pela Lei 8.666/93, para viabilizar a dispensa de licitação. Ao invés de efetuar uma compra programada de determinado material, mediante procedimento licitatório, o administrador opta por fragmentar a aquisição em pequenas compras, para que o valor individual de uma delas esteja abaixo do limite de R\$ 8.000,00, dando prioridade à dispensa de licitação.

Marçal Justen Filho (1998 p. 220) descreve:

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

Ressalta-se que não se veda a contratação isolada ou fracionada, o que se proíbe é que cada contratação seja considerada isoladamente, para fim de determinação da realização da licitação ou da modalidade cabível.

Jorge Ulisses Jacoby (1999) define o fracionamento como:

É vedada a utilização de modalidade inferior de licitação quando o somatório do valor a ser licitado caracterizar modalidade superior. Utiliza-se o convite, quando o valor determinar tomada de preços ou concorrência; ou utilizar-se de tomada de preços, quando o valor for de concorrência.

Não é possível tratar de objetos semelhantes como parcelas de uma única contratação. Ainda, quando a natureza dos objetos for a mesma, se as contratações não puderem ser realizadas conjunta e concomitante, não haverá o dever de somatório.

Não haveria necessidade de a Administração realizar uma única contratação para comprar todo o material de expediente necessário para sua utilização ao longo do exercício inteiro.

Como expressa Marçal (pg. 219) “Não vejo fundamento para, não obstante realizar cinco ou dez licitações diversas ao longo do tempo, sem a Administração compelida a escolher a modalidade a partir do valor global dos desembolsos.”¹³

A lei não proíbe que se considerem em conjunto contratações distintas, a fim de determinar o regime jurídico aplicável à sua contratação. O problema não está em se avaliar se é proibido somar todas as despesas de um exercício para escolher a modalidade de licitação em face do valor global, o que se deve determinar se tal é obrigatório.

Sempre será possível realizar concorrência em hipóteses em que é obrigatório o convite ou, mesmo, em casos de dispensa em virtude do valor irrisório da contratação. O que se afirma é que as soluções preconizadas nas interpretações ora combatidas transformam uma faculdade num dever.

Sobre a utilização da modalidade pertinente ao total, Carlos Ari Sundfel escreve:

¹³ Marçal Justen Filho, Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 7ª Ed., p. 219.

Com isso objetiva-se, sobretudo evitar que, por meio do fracionamento do objeto a ser licitado e conseqüente abertura de múltiplas licitações, acabe-se utilizando modalidade licitatória mais singela, em detrimento da competitividade, embora o porte econômico das várias parcelas exigisse se enfeixada em um único contrato, modalidade mais ampla¹⁴

A definição da modalidade de licitação cabível e da possibilidade de realizar dispensa em razão do valor é tema controverso. Vários critérios foram desenvolvidos pela doutrina especializada no assunto, no intuito de orientar a atuação administrativa: a identidade e a similaridade de objetos; a anualidade orçamentária; o elemento da despesa; a capacidade do particular que fornecerá o bem ou prestará o serviço.

Como cita a orientação jurídica da Consultoria Zênite:

A Administração deverá buscar, dentro do que for previsível, os objetos de mesma natureza ou natureza similar a serem contratados ao longo do exercício financeiro, utilizando a modalidade pertinente ao somatório dos valores estimados, quando se estiver diante de contrato com possibilidade de prorrogação (art. 57, I, II e IV, da Lei 8.666/93), deve-se considerar todo o período de possível duração do contrato. Será possível dividir as contratações em tantas parcelas quantas forem econômica e tecnicamente viáveis, desde que respeitada a modalidade correspondente ao todo, nos termos do art. 23 da Lei e parágrafos.¹⁵

Cabe insistir sobre a importância da regulamentação dos procedimentos da contratação direta. Trata-se de não inovar a disciplina legislativa, hipótese descartada. O que se pretende é buscar padrões uniformes e estáveis atinentes às hipóteses de contratação direta, indicando de antemão todas as providências cabíveis e previsíveis que seriam adotadas no âmbito da entidade. Isso permitirá a institucionalização da contratação direta, na acepção de eliminar-se o cunho de anomalia, excepcionalidade, imprevisibilidade e outras características que impossibilitem o controle da contratação administrativa. Assim se a Administração dispuser de informações e dados satisfatórios pertinentes a fornecedores, preços e objeto, a contratação direta se produzirá de modo mais eficiente, rápido e não discriminatório.

A lei proíbe a contratação direta de compra de objeto que haja sido parcelado no propósito de fracionar seu valor global e com isto evitar-se a realização do procedimento seletivo, que seria obrigatório para a contratação da integralidade.

¹⁴ Carlos Ari Sunfeld, *Licitação e contrato administrativo*, 2ª Ed., 1994, p.67.

¹⁵ Licitação – Fracionamento – Legalidade condicionada a Imprevisibilidade da Despesa. Consultoria Zênite, parecer datado de 29.09.2005, em resposta à consulta realizada pela Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão/SEPLAG/MG.

Impõe-se ao ordenador de despesas, como regra de bom governo, a estimativa e correta previsão dos valores dos objetos a serem contratados durante o exercício financeiro e a cautela em relação ao “fracionamento indevido”. Não se podem elidir as ressalvas dos incisos I e II do art. 24, que exigem do agente não se valha da idéia de fracionar a despesa, quando esta se refira a parcela de um mesmo objeto de maior vulto, ou a objetos passíveis de realização conjunta ou concomitante.

5.2 Casos aplicáveis

Constitui de certa forma, uma prática na Administração Pública a dispensa indevida e injustificada de licitação ocorrida a partir do irregular parcelamento de despesas, de modo a adequar cada contratação direta ao limite de R\$ 8.000,00.

O que se observa em várias situações é a fuga da correta modalidade licitatória, uma vez que poderia ter efetuado o convite, quando caberia a iniciativa de proceder a Tomada de Preços, contrariando o art. 23, inciso II, a e b, da Lei nº 8.666/93.

Ao se negar o fracionamento de despesas com propósito de fugir à modalidade correta de licitação ante o valor pretendido, deve-se proceder quando da compra ou da contratação de serviços de maior vulto, que indicariam modalidades como Tomada de Preços ou Concorrência e, que fracionadamente são contratados por modalidade inferior ao correto.

Como exemplo ao exposto acima, citaremos sucessivos Convites em lugar de proceder a Tomada de Preços para compra dos mesmos bens num único exercício financeiro, cerceando a competitividade que a legislação persegue para o processo licitatório.

É vedado, pois, utilizar modalidade de licitação inferior quando o somatório do valor estimado caracterizar a modalidade superior, observando com a anualidade da despesa.

Concluindo, é indevido:

- a realização de Convite, quando o valor determinar a Tomada de Preços ou Concorrência;
- a realização de Tomada de Preços, quando o valor for merecedor de utilizar a Concorrência,
ou

- dividir o total da despesa para efetuar Contratação Direta, mediante dispensa com base no art. 24, inciso I ou II da Lei 8.666/93.

5.3 Legislação aplicável Artigo 23 § 5º da Lei nº 8.666/93

A Lei nº 8.666/93, em seu artigo 23 § 5º, veda o fracionamento de despesas:

§ 5º É vedada a utilização da modalidade "convite" ou "tomada de preços", conforme o caso, para 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, sempre que o somatório de seus valores caracterizar o caso de "tomada de preços" ou "concorrência", respectivamente, nos termos deste artigo, exceto para as parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço. (Redação dada pela Lei 8.883, de 1994).

O fracionamento da despesa consiste em definir a modalidade inferior à devida ou deixar de realizar a licitação com fundamento no art. 24, I e II. Consiste em reduzir o objeto para alcançar um valor inferior e com isso, realizar várias licitações ou dispensas para o mesmo objeto.

Enquanto licitar é a regra, o fracionamento pode caracterizar crime, conforme os arts. 89 e 93 da lei 8.666/93, pois ao adotar modalidade inferior, restringe-se a competição, ou no caso da contratação direta deixar de existir.

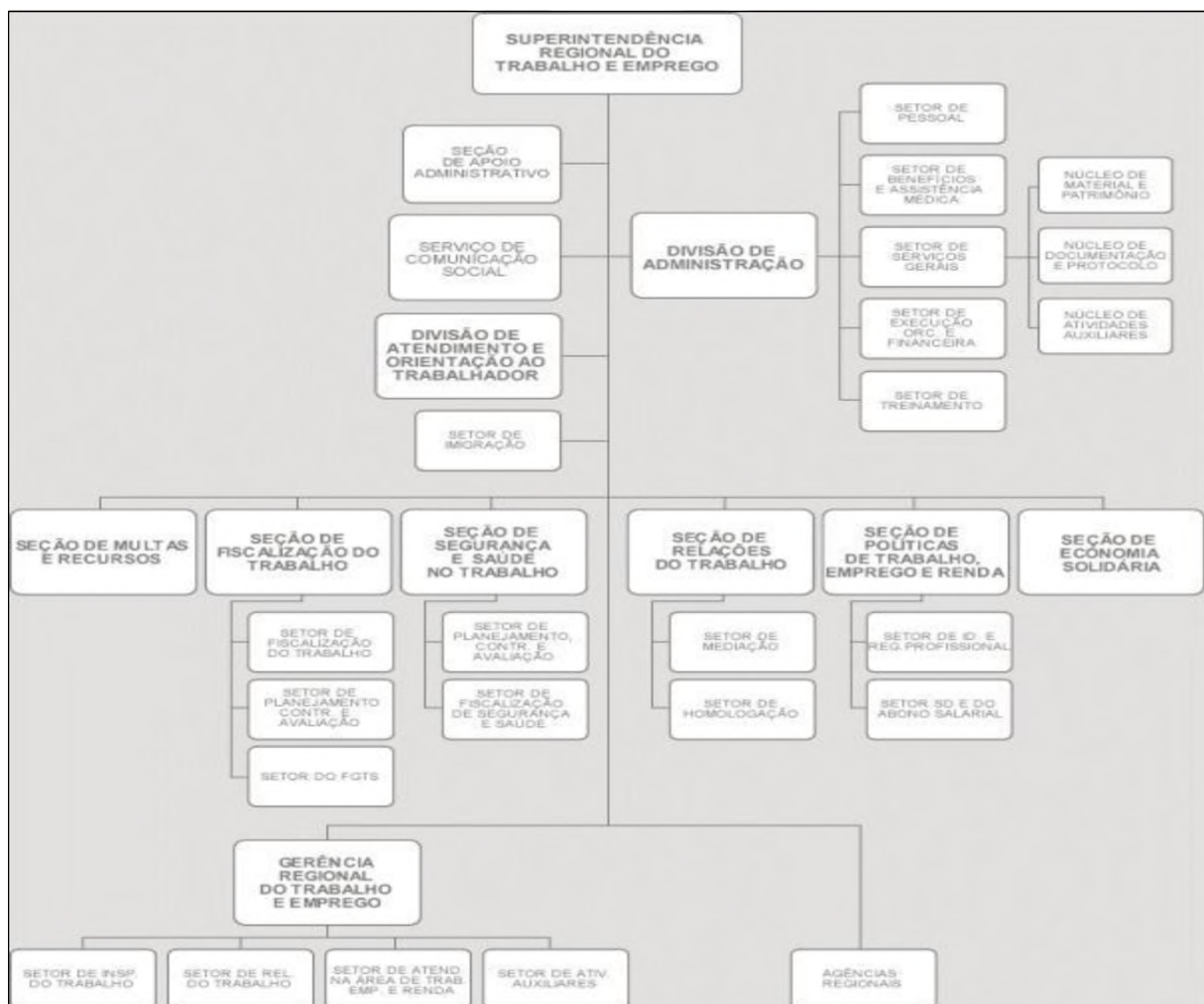
6. O FRACIONAMENTO DE DESPESAS NO ÂMBITO DA SRTE/MG

6.1 Características

A Superintendência Regional do Trabalho e Emprego em Minas Gerais, unidade do Ministério do Trabalho e Emprego, tem por objetivo promover o desenvolvimento da cidadania nas relações de trabalho, buscando a excelência na realização de suas ações, visando à justiça social. Está sob a sua responsabilidade o controle de 20 (vinte) Gerências Regionais, além de 46 (quarenta e seis) Agências de Atendimento.

A estrutura organizacional da Superintendência Regional do Trabalho e Emprego em Minas Gerais, encontra-se na figura abaixo:

Figura 1 - Organograma da Superintendência Regional do Trabalho e Emprego em MG.



Fonte: <http://www.mte.gov.br>

Para estudar os conceitos e a prática da possível incidência de casos de fracionamento de despesas em contratação por pequeno valor, de acordo com a legislação do artigo 24 inciso II, da Lei de Licitações e Contratos, propus fazer um estudo das aquisições de material e serviços realizadas pela SRTE/MG tomando por base o exercício de 2008 e 2009.

A metodologia empregada para a realização do trabalho consistiu na aplicação das técnicas de análise documental, consulta aos sistemas corporativos Sistema Integrado de Administração Financeira (SIAFI) e Comprasnet, solicitação de informações através de aplicação de questionários e realização de entrevistas junto aos gestores responsáveis pelo procedimento licitatório de compras e ordenadores de despesas.

O universo estudado abrangeu o levantamento da realidade interna da instituição, através da análise dos processos de contratação direta por dispensa em razão do valor, classificados no limite do inciso II, do Artigo 24, da Lei 8.666/93.

Foram analisados 55 (cinquenta e cinco) processos, selecionados por amostragem, que consistiu na compra e na realização de serviços pela unidade administrativa, no exercício de 2008 e 2009, conforme planilha Anexo B.

Nossos exames foram realizados consoantes normas e procedimentos de pesquisa, incluindo, conseqüentemente, provas em registros e documentos correspondentes na extensão julgada necessária, à obtenção das evidências e dos elementos de convicção sobre as ocorrências detectadas.

6.2 Levantamento da situação atual

Foi realizado o levantamento da situação interna do processo de aquisições e compras na SRTE/MG. Com isso, o pesquisador pode analisar melhor como é feita as aquisições de bens e serviços através da identificação dos setores responsáveis pelo processo de compras. Verificadas todas as etapas desse sistema, pode comparar com o que foi questionado em suas entrevistas com os gestores da unidade administrativa.

Foi constatado que cabe à Divisão de Administração da SRTE/MG, controlar os processos de aquisição de bens e de contratação de serviços necessários para o desenvolvimento das atividades da Superintendência, cabendo ao Setor de Serviços Gerais (SESG) realizar os procedimentos de aquisição de material, prestação de serviços e execução de obras tanto para a sede quanto para as unidades regionais.

Verificou-se, através da análise das planilhas do Anexo A que lista a relação de despesas por modalidade de licitação nos dois últimos exercícios, que há uma demanda muito grande de bens e serviços ao longo dos exercícios financeiros pesquisados. Muitas dessas demandas surgem sem haver um planejamento.

As contratações realizadas através das hipóteses de dispensa de licitação, principalmente elencadas no Artigo 24 inciso II da Lei de Licitações, no valor de até R\$ 8.000,00, surgem para atender a necessidade imediata tanto da sede quanto das unidades regionais.

Há uma pluralidade de contratos homogêneos e de objetos similares. De acordo com a demanda surgida, procede-se a nova formalização do procedimento sem se fazer um planejamento, conforme verificado no quadro abaixo:

Quadro 1 – Aquisição e manutenção de extintores de incêndio.

Item	Processo	Objeto	Interessado	Valor
01	47774.000165/2009-31	Contratação de empresa especializada para fornecer peças e acessórios de extintores de incêndio.	SRTE/MG	R\$ 890,50
02	47774.000128/2009-66	Contratação de empresa especializada para recarga dos extintores da sede SRTE/MG.	SRTE/MG	R\$ 235,00

03	46502.000792/2009-28	Aquisição de extintor de incêndio, capacidade 10 litros, carga água pressurizada, com suporte para piso.	SRTE/MG	R\$ 240,00
04	47774.000120/2009-66	Contratação de empresa especializada para recarga dos extintores da sede da SRTE/MG	SRTE/MG	R\$ 824,00

Fonte: SIASG/SIDEC SESG/SRTE/MG

Quadro 2 – Manutenção de aparelhos de ar condicionado.

Item	Processo	Objeto	Interessado	Valor
01	47774.000127/2009-58	Contratação de empresa p/ manutenção de ar condicionado da sede da SRTE/MG.	SRTE/MG	R\$ 1.745,00
02	47774.000133/2009-35	Manutenção em aparelhos de ar condicionado GRTE/Gov. Valadares	GRT/Governador Valadares	R\$ 720,00
03	47774.000168/2009-74	Manutenção do ar condicionado da GRTE/Gov. Valadares	GRT/Governador Valadares	R\$ 400,00
04	47774.000121/2008-19	Manutenção de 02 aparelhos de ar condicionado da sala de informática	SRTE/MG	R\$ 730,00

Fonte: SIASG/SIDEC SESG/SRTE/MG

Na atual conjuntura da Superintendência, constata-se a falta de autonomia das unidades regionais (Gerências e Agências de Atendimento) e a centralização dos recursos orçamentários em poder da sede.

As unidades regionais não têm autonomia financeira, visto que dependem da liberação de recursos orçamentários que são provenientes da Administração Central do Ministério do Trabalho em Brasília/DF. Esses recursos são repassados à Superintendência e são controlados

através do Setor de Execução Financeiro e Orçamentário (SEORF), que orienta e subsidia o envio de recursos para as unidades regionais.

Devido a essa dependência em relação ao órgão central, verifica-se que as unidades regionais ficam condicionadas ao envio de recursos pela sede, o que na maioria dos casos, compromete a eficiência das ações, visto que não chegam em tempo hábil, influenciando negativamente na execução de suas atividades. Fato verificado pela falta de infraestrutura de trabalho de algumas Agências de Atendimento pesquisadas.

Constatou-se a incidência de contratação de empresas de fornecimento de combustível, aquisição e manutenção em extintores de incêndio, instalação de divisórias e painel em vidro, que se somados a cada ocorrência, ultrapassariam o limite da modalidade permitida pela legislação.

Não há uma instrução prévia para a unidade administrativa em questão se orientar para evitar o fracionamento de despesas. O procedimento é realizado através da prática administrativa. O Núcleo de Assessoramento Jurídico da Advocacia-Geral da União orienta através de pareceres emitidos apenas para os processos quando formalizadas as contratações.

Observa-se que o fracionamento de despesas ocorre pela ausência de planejamento do quanto vai ser efetivamente gasto no exercício para a execução de obras, aquisição de bens e contratação de serviços.

Cabe ao administrador público definir as aquisições, evitando a fragmentação e a realização de várias licitações em modalidade menor do que seria realizada em uma única modalidade superior.

6.3 Sugestões

Adequar às contratações de bens e serviços de acordo com boa estimativa, elaborando um planejamento das expectativas de consumo, conforme as despesas dos últimos 12 meses.

Seguir os princípios da anualidade e economicidade nas contratações. Neste sentido são orientações do Tribunal de Contas da União:

O planejamento do exercício deve observar o princípio da anualidade do orçamento. Logo, não pode o agente público justificar o fracionamento de despesa com várias aquisições ou contratações no mesmo exercício, sob modalidade de licitação inferior àquela exigida para o total da despesa no ano, quando decorrente da falta de planejamento. (in Tribunal de Contas da União. Licitações e Contratos: orientações básicas. 3. Ed. Brasília, 2006.p.44).

Realizar estimativas de consumo e procedimento licitatório nas modalidades pertinentes: pregão, concorrência, tomada de preços, registro e convite. Efetuar entregas parceladas de acordo com as necessidades das Unidades. Desse modo, reduz a realização de várias contratações pela hipótese da dispensa ao longo do ano.

Observar quando firmar contrato com profissional ou empresa, através das hipóteses da dispensa ou da inexigibilidade de licitação, que o contratado não poderá transferir a execução do objeto para terceiros. O ordenamento jurídico impede a possibilidade da empresa ou profissional contratado de subcontratar o serviço ou a aquisição do respectivo material para outro. Neste caso, o objeto do contrato deve ser executado de forma direta pelo contratado.

Buscar a integração entre as unidades internas da Superintendência em prol de soluções e ações de melhoria das atividades de trabalho, tendo em vista o alcance de um serviço público de qualidade.

Contratar através de procedimento licitatório empresa terceirizada para realizar serviços de manutenção técnica no edifício sede da SRTE, adotando o critério de hora/trabalhada. Pretende-se, com essa medida, evitar a diversidade de processos de pequeno valor de serviços de manutenção de equipamentos.

Implantar mecanismos de controle essenciais para prevenir o fracionamento indevido e acompanhar as despesas a serem efetuadas ao longo do exercício financeiro como o formulário “Controle de Fracionamento de Despesas”, conforme Anexo D.

Adotar o Sistema de Registro de Preços nas contratações com empresas de recarga de cartuchos, extintores de incêndio e colocação de divisórias e demais aquisições que são realizadas com frequência e para aquelas de difícil definição prévia dos quantitativos.

Fazer cumprir as orientações dos órgãos de controle externo como Tribunal de Contas da União e Advocacia Geral da União quanto à instrução dos processos de contratação por dispensa ou inexigibilidade de licitação.

Utilizar o roteiro prático para contratação direta instruído pelo Tribunal de Contas da União através da Instrução Normativa TCU 03/2006.

O processo administrativo de contratação direta por dispensa de licitação, com base nos incisos III a XXIV do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993, e por inexigibilidade de licitação, ao amparo do art. 25 da mesma Lei, será instruído com os elementos previstos no art. 26 da Lei, observados os passos a seguir:

1. Solicitação do material ou serviço, com descrição clara do objeto;
2. Justificativa da necessidade do objeto;
3. Caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, se for o caso;
4. Elaboração da especificação do objeto e, nas hipóteses de aquisição de material, da quantidade a ser adquirida;
5. Elaboração de projetos básico e executivo para obras e serviços;
6. Indicação dos recursos para a cobertura da despesa;
7. Razões da escolha do executante da obra ou do prestador do serviço ou do fornecedor do bem;
8. Anexação do original das propostas;
9. Anexação do original ou cópia autenticada (ou conferida com o original) dos documentos de regularidade exigidos;
10. Declaração de exclusividade expedida pelo órgão competente, no caso de inexigibilidade;
11. Justificativa das situações de dispensa ou de inexigibilidade de licitação, com os elementos necessários à sua caracterização, conforme o caso;
12. Justificativa do preço;
13. Pareceres técnicos ou jurídicos;

14. Documento de aprovação dos projetos de pesquisa para aos quais os bens serão alocados;
15. Autorização do ordenador de despesa;
16. Comunicação à autoridade superior, no prazo de três dias, da dispensa ou da situação de inexigibilidade de licitação;
17. Ratificação e publicação da dispensa ou da inexigibilidade de licitação na imprensa oficial, no prazo de cinco dias, a contar do recebimento do processo pela autoridade superior;
18. Inclusão de quaisquer outros documentos relativos à inexigibilidade;
19. Assinatura de contrato ou documento equivalente.

O processo administrativo de dispensa de licitação em razão do valor (art.24, incisos I e II, da Lei de Licitações), após iniciado, observará os seguintes passos:

1. Solicitação do material ou serviço, com descrição clara do objeto;
2. Justificativa da necessidade do objeto;
3. Elaboração da especificação do objeto e, nas hipóteses de aquisição de material, da quantidade a ser adquirida;
4. Elaboração de projetos básico e executivo para obras e serviços, no que couber;
5. Indicação dos recursos para a cobertura da despesa;
6. Pesquisa de mercado junto a três fornecedores, sempre que possível;
7. Anexação do original das propostas;
8. Juntada do original ou cópia autenticada (ou conferida com o original) dos documentos de regularidade exigidos;
9. Justificativa do preço;
10. Elaboração de mapa comparativo de preço;
11. Solicitação de amostra do produto de menor preço, se necessário;
12. Autorização do ordenador de despesa;
13. Emissão da nota de empenho ou documento equivalente;
14. Inclusão de quaisquer outros documentos relativos à dispensa.

Intensificar os mecanismos de controle dos gastos públicos principalmente dos recursos descentralizados para as unidades administrativas. Para esse caso vale citar a consulta do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais nº 701202, Relator Cons. Wanderley Ávila:

[...] A implantação do procedimento de descentralização administrativa, orçamentária e financeira está a exigir (...) um rigoroso controle interno do fluxo de recursos e uma cuidadosa rede de comunicação entre as unidades orçamentárias e gestoras, uma vez que as dotações descentralizadas devem ser empregadas obrigatória e integralmente na execução do objeto previsto pelo programa de trabalho pertinente, respeitada fielmente a classificação funcional programática da despesa, sem discrepar do disposto no inciso VI do art. 167 da Constituição Federal. (Revista do Tribunal de Contas do Estado de MG, edição especial /ano XXVII / p.84).

7. A EFICIÊNCIA DO SISTEMA DE COTAÇÃO ELETRÔNICA DE PREÇOS NAS AQUISIÇÕES DE BENS DE PEQUENO VALOR

7.1 Histórico

O Sistema de Cotação Eletrônica foi fruto da evolução dos Sistemas Eletrônicos de Compras que foram implantados para facilitar as aquisições na Administração Pública Federal. Cabe um breve relato sobre a evolução desses sistemas para depois esclarecermos as características do Sistema de Cotação Eletrônica.

O Sistema de Administração de Serviços Gerais – SIASG foi criado em 1994 para atender as necessidades de informatizar as rotinas de serviços gerais. A Administração dotava a área de serviços gerais de uma estrutura organizacional uniforme, sob a coordenação de um órgão central responsável pela normatização e supervisão técnica. Ao mesmo tempo, introduzia a ferramenta informatizada como instrumento da modernização dessa atividade. Os esforços iniciais estiveram direcionados para a constituição do catálogo de materiais e serviços, o cadastramento unificado de fornecedores e o registro de preços de bens e serviços. Estas três prioridades deram origem aos três módulos inicialmente implantados: o Catálogo Unificado de Materiais e Serviços - Catmat/Catser, o Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF e o Sistema de Registro de Preços - SISRP.

O cadastro de fornecedores se afirmou como ferramenta de ampla utilização na administração federal. O Governo Federal se empenhou em fortalecer o SICAF e afirmar o seu papel de cadastro unificado, qualificando-o como “registro cadastral oficial do Poder Executivo Federal”, proibindo a realização de qualquer compra ou contratação junto a fornecedores não-cadastrados.

Importantes avanços se deram com a extensão da utilização do SICAF para as empresas estatais, mediante adesão. Além do seu crescimento e reconhecimento também

despertaram o interesse de Estados e Municípios na sua utilização, que se dá por meio da celebração de convênio.

O avanço na trajetória de construção do SIASG foi a sua conexão à *web*, com o lançamento do *site* Comprasnet, em meados de 1998. O *site* inicialmente serviu à divulgação de avisos e editais e de resumos dos contratos firmados pela Administração Federal.

No Brasil o Comprasnet é um marco na história das licitações do país porque desenvolve formas inovadoras de relacionamento do poder público com fornecedores e a sociedade.

Com a evolução do Comprasnet para portal de compras do Governo Federal, foi incorporado um conjunto de informações, dados estatísticos, materiais de consulta e novas ferramentas de apoio ao processo de compras com destaque para o Pregão Eletrônico e a Cotação Eletrônica de Preços. Além disso, foi promovida completa remodelação visual e introduzidas facilidades de navegação, de busca e de consulta. Nesta nova configuração, o portal está disponível desde novembro de 2001. O Comprasnet trouxe economia, eficiência, agilidade e mais transparência às contratações públicas.

Ao lado da consolidação do Sistema de Cadastramento de Fornecedores - SICAF, o SIASG como um todo também percorreu uma trajetória de reconhecimento crescente como a ferramenta básica de gestão das compras, que culminou com a sua integração ao Sistema de Administração Financeira (SIAFI). A integração resulta em que todos os processos de compra e contratação transitam obrigatoriamente pelo SIASG, o que fortalece o seu papel de controle e abre caminho para uma futura informatização e redesenho de todos os procedimentos.

O Pregão Eletrônico é a modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns, qualquer que seja o valor estimado da contratação, em que a disputa pelo fornecimento é feita por meio de propostas e lances, em sessão pública, utilizando-se dos recursos da tecnologia da informação, através da conexão pela Internet.

Essa modalidade de aquisição é fruto da evolução da Lei nº 10.520/2002 que instituiu o pregão presencial. É regulamentado pelo Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005.

As vantagens em se utilizar o pregão de forma eletrônica são: proporcionar maior transparência e agilidade nas contratações, além de oferecer maior competitividade em função do sistema operar na internet, o que reduz custos aos fornecedores e simplifica o processo licitatório.

Outro sistema de aquisição eletrônica de compras que não poderíamos deixar de mencionar é o Sistema de Registro de Preços (SRP) regulamentado pelo Decreto nº 4.342, de 23 de agosto de 2002. Esse Sistema representa o conjunto de procedimentos para registro formal de preços relativos à prestação de serviços e aquisição de bens, para contratações futuras.

O Registro de Preços serve para compras e contratações de serviços, preferencialmente quando houver necessidade de contratações freqüentes, sendo mais conveniente adquirir bens com previsão de entregas parceladas. É também utilizado quando não for possível definir o quantitativo demandado pela Administração. Outra vantagem do Sistema de Registro de Preços é evitar o fracionamento da despesa, pois a escolha da proposta mais vantajosa já foi precedida de licitação nas modalidades concorrência ou pregão, não restrita a valores limites para contratação.

7.2 O Sistema de Cotação Eletrônica de Preços

O Sistema de Cotação Eletrônica de Preços tem o escopo de difundir o procedimento inserido no contexto das aquisições e contratações através do modelo mencionado no parágrafo segundo do art. 4º do Decreto nº 5.450/2005, regulado pela Portaria nº 306/2001 do Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão – MPOG. A partir de então foi sendo utilizado pela Administração Pública em suas diversas esferas, como forma eficaz de adquirir bens através da dispensa de licitação, fundamentado no Artigo 24, inciso II da Lei 8.666/93.

Tal sistema firma-se em uma infraestrutura informatizada com os recursos da plataforma *Web* voltada à composição dos processos administrativos referentes às aquisições de bens e contratações de serviços comuns, convertendo à tradicional forma de pesquisa de mercado (cotação de preços) em uma coleta eletrônica de preços, no qual os participantes têm a possibilidade de ofertar lances sucessivos e decrescentes até o momento de seu encerramento.

Em outras palavras, trata-se de ferramenta da Administração Pública Gerencial que virtualiza os procedimentos inerentes às contratações por dispensa de licitação. O que vem desfazendo a fama da falta de agilidade, por parte da Administração Pública, nas simples contratações pelo menor preço.

No contexto das práticas tecnológicas utilizadas pelas organizações governamentais, quando comparado com o pregão eletrônico, têm-se a evidência que o sistema de cotação eletrônica difere-se não apenas devido ao valor limite das aquisições e contratações (R\$ 8.000,00), mas porque o pregão exige uma fase de apresentação de propostas antes dos lances dos fornecedores. Já a cotação eletrônica dispensa a esta primeira etapa, o que torna o processo mais rápido.

Devemos ressaltar também, a experiência bem sucedida da Administração Pública do Estado de Minas Gerais nas aquisições de bens e serviços através da utilização do Sistema de Cotação Eletrônica de Preços, Pregão Eletrônico e Sistema de Registro de Preços.

O Decreto nº 43.698/2003 instituiu o Sistema de Cotação Eletrônica de Preços no âmbito da Administração Pública Direta e Indireta do Estado de Minas Gerais. A Resolução SEPLAG nº 61, de 29 de novembro de 2005, regulamentada pela Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão, instituiu procedimentos para a realização da cotação eletrônica para

aquisição de bens e contratação de serviços de pequeno valor, por dispensa de licitação, com fundamento nos incisos I e II do artigo 24 da Lei nº 8.666/93.

A utilização do Sistema de Cotação Eletrônica de Preços (COTEP) trouxe benefícios significativos para a Administração Pública Estadual como: redução de custos operacionais, redução de preços, maior transparência e aumento da competitividade entre os fornecedores.

Ressaltamos a utilização do Pregão Eletrônico nas aquisições de materiais e contratação de serviços de uso comum na Administração Pública Estadual. Tal sistema foi instituído no Estado de Minas Gerais através da Lei nº 14.167 de 10 de janeiro de 2002 e regulamentado pelo Decreto nº 44.786 de 18 de abril de 2008.

O Pregão Eletrônico proporcionou resultados favoráveis nas aquisições pelo Estado como: reduziu tempo nas compras, aumentou a competitividade entre os fornecedores que passaram a ofertar preços menores em relação aos valores cotados no mercado, além de proporcionar maior transparência ao processo licitatório.

Aliado ao Pregão Eletrônico, outro sistema que trouxe ganhos as compras públicas realizadas pelo Estado de Minas Gerais foi o Sistema de Registro de Preços (SRP) regulamentado pelo Decreto nº 44.787 de 18 de abril de 2008. Esse sistema é um conjunto de procedimentos efetivado para o registro formal de preços objetivando cotações futuras. É adotado, preferencialmente, quando pelas características do bem ou serviço, houver necessidade de entregas frequentes, com maior celeridade.

Uma das características do SRP é a possibilidade de outros órgãos seja Estadual, Municipal ou Federal, participarem do certame aderindo a Ata de Registro de Preços, durante o período de sua vigência, processo conhecido como “carona”.

A instituição do Sistema de Registro de Preços nas aquisições efetuadas pela Administração Pública do Estado de Minas Gerais, dentre outros benefícios mencionados, permitiu ao administrador planejar melhor suas compras, reduzir os estoques e proporcionou redução do número de licitações devido à abrangência de participantes ao certame. O registro de preços independe de previsões orçamentárias imediatas, pois somente é necessário quando da efetivação do contrato.

Esses sistemas supramencionados compõem e estão disponibilizados, no recente Portal de Compras do Estado de Minas Gerais. É um sistema de plataforma *Web*, composto por módulos específicos e integrados, com objetivo de padronizar e controlar os procedimentos de contratação de bens e serviços pelo Estado.

7.3 Vantagens da Utilização do Sistema de Cotação Eletrônica de Preços

De acordo com o art. 1º do anexo I da Portaria 306/2001, como dito anteriormente, a finalidade do sistema é ampliar a competitividade e racionalizar os procedimentos relativos às compras de pequeno valor. As principais vantagens da adoção desse sistema são: a transparência na gestão dos gastos públicos, impessoalidade nas contratações, agilidade nos procedimentos, economia dos recursos públicos tendo em vista redução dos custos operacionais pela substituição da tradicional forma de cotação de preços e aumento da qualidade das contratações.

No entanto, um importante aspecto é que a cotação de preço elimina o direcionamento nas contratações e aquisições de pequeno valor, ao passo que aumenta o número de participação de fornecedores tratados com isenção de parcialidade, elementos que maximizam à capacidade de adquirir produtos a um preço mais justo.

7.4 Procedimentos para Utilização do Sistema de Cotação Eletrônica de Preços

O aspecto que deve ser destacado inicialmente nos procedimentos é que, o Órgão Promotor da Cotação, ao utilizar o sistema, deve observar às orientações referentes ao fracionamento de despesas, a saber:

I. Efetuar estimativa do consumo anual, mediante levantamento dos quantitativos adquiridos para um mesmo bem ou bens de uma mesma linha de fornecimento nos últimos doze meses;

II. Calcular o valor previsto para a quantidade encontrada no levantamento, com base em pesquisa de preço de mercado, ou com base no preço médio de compra registrado em controles existentes na Administração; e,

III. Caso o valor estimado encontrado para a estimativa anual superar o valor estabelecido para dispensa de licitação por limite de valor, a aquisição, por cotação eletrônica, somente poderá ser efetuada em caso de insuficiência de recursos para a aquisição do todo, devidamente justificado no processo.

A penalidade para o fracionamento de despesa determina que para os caso em que houver dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses prevista em lei, a pena será de detenção, de 3 a 5 anos e multa. Ademais, todos que concorrerem para a consumação da ilegalidade estão sujeitos a esta pena.

Constatada a dispensa de licitação, após levantamento de possíveis fracionamentos de despesa, o Órgão Promotor realizará sessão pública virtual, por meio do sistema eletrônico, que possibilite à comunicação entre Órgão e fornecedores pela Internet. (art. 2º, anexo I, Portaria 306/2001).

Para obter acesso às cotações eletrônicas o fornecedor deverá credenciar-se previamente junto ao sistema SIASG, indicando os municípios e formas de fornecimento que pretende atender. Ao credenciar-se o fornecedor submeter-se-á às normas do sistema e

condições de contratação estabelecidas no Pedido de Cotação Eletrônica de Preços por meio do Órgão Promotor.

No que diz respeito ao Pedido de Cotação Eletrônica, de acordo com o parágrafo único, art. 4º, anexo I, Portaria 306/2001, neste deverá constar bens pertencentes apenas a uma linha de fornecimento, ou seja, um conjunto de materiais pertencentes à mesma classe do Catálogo de Materiais do SIASG.

No decorrer da sessão os fornecedores poderão enviar proposta de preços e apresentar lances sucessivos, em valor inferior ao último registrado, durante o período indicado pelo Pedido de Cotação Eletrônica. (§1º, art. 2º, anexo I, Portaria 306/2001).

Será estabelecido prazo para que os fornecedores incluam suas propostas e apresentem seus lances no portal eletrônico. Segundo o §4º do art. 2º, anexo I, Portaria 306/2001, que instrui o modelo do portal de compras do Governo Federal - ComprasNet, esse prazo nunca poderá ser inferior a quatro horas e nunca superior a quarenta e oito horas.

No mais, são regras fixadas pela Portaria 306/2001 do MPOG para os procedimentos do Sistema de Cotação Eletrônica de Preços:

I – os Pedidos de Cotação Eletrônica serão divulgados no Portal ComprasNet e encaminhados, automaticamente (aleatório), por e-mail, para um quantitativo de fornecedores que garantam a competitividade, declararam a intenção de vender o material da linha de fornecimento pedida e que entreguem no município onde esteja localizado o Órgão Promotor da Cotação;

II – no Pedido de Cotação Eletrônica deve constar especificação do material, quantidade, unidade de fornecimento, condições de contratação, endereço, data e horário que ocorrerá a sessão virtual;

III – deve-se utilizar como referência o horário de Brasília/DF;

IV – o fornecedor só participará após entrar com senha no sistema e encaminhar proposta de preços;

V – o fornecedor deve assinar em campo próprio do sistema a inexistência de fato impeditivo para licitar, o pleno conhecimento e aceitação das regras (Portaria 306/2001);

VI – depois de divulgado o Pedido, terá início à sessão, e será aceita proposta de qualquer valor, vedada a apresentação de proposta em papel;

VII – a partir do registro da proposta os fornecedores terão conhecimento do menor lance ofertado;

VIII – só serão aceitos lances inferiores aos últimos registrados pelo sistema;

IX – durante a sessão os fornecedores serão informados em tempo real sobre o menor lance que tenha sido apresentado pelos demais participantes, ficando vedada a identificação do detentor do lance;

X – ao entrar em fechamento iminente, a sessão poderá fechar, aleatoriamente, em até 30 minutos; e,

XI – após encerramento da sessão o sistema apurará e divulgará a classificação, apresentado, no caso do Comprasnet, até o máximo de 05 propostas.

Em síntese, os procedimentos supracitados, instituídos pela Portaria 306/2001 do MPOG, são adotados como modelo para implantação de Sistema de Cotação Eletrônica de Preços pelos órgãos das demais esferas governamentais.

7.5 Condições Gerais da Contratação

Em relação às contratações provenientes do Sistema de Cotação Eletrônica de Preços, essas dispensarão à subscrição de instrumento contratual, ficando formalizadas apenas pela emissão de Nota de Empenho que será comunicada ao adjudicatário.

As obrigações recíprocas, provenientes do pacto jurídico, existentes entre Contratada e Órgão Contratante, correspondem ao estabelecido nas condições gerais da contratação e no pedido de cotação eletrônica de preços, que constará ainda, com as informações: local de entrega; prazo máximo de entrega e pagamento; condições de recebimento do objeto; sanções para o caso de inadimplemento; informações e casos omissos e, foro para dirimir possíveis litígios.

Em caso de manifestação de desistência do fornecedor, fica caracterizado o descumprimento total da obrigação assumida, consoante o estabelecido no art. 81 da Lei nº 8.666/1993, sujeitando-o às penalidades legalmente estabelecidas.

A eventual rescisão do ajuste se dará nas hipóteses previstas na Lei nº 8.666/1993, não cabendo, à Contratada, direito a qualquer indenização.

7.6 Falhas do Sistema de Cotação Eletrônica de Preços

Ao determinar que na sessão virtual só sejam aceitos lances inferiores aos últimos registrados, o inciso VIII do art. 6º Portaria 306/2001 MPOG abre caminho para possíveis manipulações de resultados por parte dos fornecedores.

O aludido dispositivo pode ensejar o seguinte artifício fraudulento: uma empresa participante da sessão virtual poderia ofertar um lance objetivando ficar em segundo lugar na classificação das propostas, enquanto que uma outra, agindo em conluio com a primeira, apresentaria lance inexequível, objetivando paralisar a fase de lances do sistema. Depois, a empresa “vencedora” alegaria, por exemplo, erro de digitação ou qualquer outra justificativa para sair do processo de cotação, sendo, então, chamada a segunda colocada da ordem de classificação.

Tal circunstância fora apreciada pela 1ª Câmara do Tribunal de Contas da União, que determinou adoção de correções para o sistema, *in verbis*:

Acórdão 1845/2006 - Primeira Câmara:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Representação acerca de possível conluio entre duas empresas da cidade de Recife/PE em processos de cotação eletrônica no Portal de Compras do Governo Federal - ComprasNet em vários estados da região nordeste.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão da 1ª Câmara, diante das razões expostas pelo Relator e com fundamento no art. 237, inciso VI, do Regimento Interno/TCU, em:

[...]

9.2. determinar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que adote providências para inserir na Portaria nº 306/2001 as seguintes normas:

9.2.1. não deverá ser admitida a proposta que apresente preços simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o Pedido de Cotação Eletrônica não tenha estabelecido limites mínimos;

9.2.2. ficará facultado à Administração, quando o convocado não assinar o termo de contrato ou não aceitar ou retirar o instrumento equivalente no prazo e condições estabelecidos, convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para fazê-lo em igual prazo e nas mesmas condições propostas pelo primeiro classificado, inclusive quanto aos preços atualizados de conformidade com o ato convocatório, ou revogar a licitação independentemente da cominação prevista no art. 81 da Lei nº 8.666/1993;

9.2.3. caberá ao fornecedor submeter-se às normas da Lei de Licitações;

9.3. determinar ao MPOG que passe a aplicar com maior rigor o disposto no item 5.3 do Anexo II da Portaria nº 306/2001, haja vista o disposto no art. 5º, incisos II e IV, c/c o art. 6º, inciso V, letra “b”, do Anexo I;

(Relator: Valmir Campelo; Sessão 04/07/2006)¹⁶

¹⁶ Acórdão nº 1845/2006 TCU-1ª Câmara do TCU. Licitações e contratos: orientações básicas/ Tribunal de Contas da União – 3 ed. rev. Atual. Brasília 2006.

Os procedimentos supracitados impulsionam para o aperfeiçoamento da eficiência do sistema, ao preencher em parte a falha criada pelo inciso VIII do art. 6º Portaria 306/2001. No entanto, também seria útil a modificação da determinação do dispositivo da Portaria, tornando-o apto a aceitar todos os lances, inferiores ou não aos últimos registrados pelo sistema.

Esta simples alteração iria auxiliar o Órgão Promotor da Cotação na tarefa de determinar quais são os lances que contemplam valores compatíveis com os preços de mercado, com conseqüente influência na ordem de classificação dos fornecedores remanescentes.

8. A UTILIZAÇÃO DO SISTEMA DE COTAÇÃO ELETRÔNICA DE PREÇOS NAS AQUISIÇÕES DE BENS PELA SRTE/MG

8.1 Considerações iniciais

O objetivo deste capítulo é verificar como são realizadas as compras de bens de valor no limite de R\$ 8.000,00 (oito mil reais) no âmbito da Superintendência Regional do Trabalho de Minas Gerais, com a utilização do Sistema de Cotação Eletrônica de Preços.

Instituído pela Portaria nº 306, de 13 de dezembro de 2001 do Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão, o sistema de cotação eletrônica passou a ser utilizado de forma ampla, nas aquisições de bens de pequeno valor após a edição do Decreto nº 5450 de 31 de maio de 2005, que recomendava a utilização em seu artigo 4º § 2º:

“Na hipótese de aquisições por dispensa de licitação, fundamentadas no inciso II do art. 24 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, as unidades gestoras integrantes do SISG deverão adotar, preferencialmente, o sistema de cotação eletrônica, conforme disposto na legislação vigente.” (BRASIL, 2005).

8.2 Constatações

Foi constatado que as aquisições procedidas pela SRTE/MG nos últimos exercícios financeiros foram despesas provenientes com: aquisições de galões de água mineral, material de consumo, material de segurança contra incêndio e combustíveis para veículos oficiais, gastos detalhados em planilhas do Anexo A.

Nas aquisições de pneus para os veículos foi constatado que a SRTE/MG não seguiu o critério de estimar o consumo para esse item, fato verificado pela realização de 03 (três) cotações para a compra do mesmo material no exercício de 2008. Evidencia-se a ocorrência de fracionamento na aquisição desse item, o que poderia ser evitado através do planejamento pela autoridade responsável na compra desse material.

Foi verificada a ocorrência de casos em que se deram o cancelamento da sessão de cotação eletrônica, pelos seguintes motivos:

I – O valor do lance ofertado pelo fornecedor participante foi bem superior ao valor de referência, como verificado em algumas aquisições para galões de água mineral;

II – Ausência de interessados em participar da cotação eletrônica, seja pela complexidade nas características do bem cotado ou pela ausência de participantes na região de entrega;

III – Falha no lançamento do valor de referência pelo agente proponente da cotação eletrônica e/ou pelo fornecedor participante com intuito de prejudicar o certame;

IV – Falha na descrição do material solicitado pelo órgão proponente da cotação.

8.3 As Vantagens do Sistema de Cotação Eletrônica de Preços na SRTE/MG

O Sistema de Cotação Eletrônica proporcionou maior eficiência nas compras realizadas pela Superintendência. Podemos comprovar através do fornecimento de combustíveis para veículos, que trouxe a oportunidade de participação de diversas empresas da região do proponente interessado e que abrangeu o leque de ofertas propiciando melhor escolha daquele fornecedor que melhor o atendessem dentro da proposta solicitada.

Com o uso do Sistema de Cotação Eletrônica pela SRTE/MG, reduziu o tempo em adquirir o material, ou seja, reduziu em média para 72 horas a entrega do bem adquirido.

Antes, demorava-se cerca de 90 dias em média para receber o material comprado do fornecedor.

A publicidade ampla e a transparência através do portal Comprasnet proporcionaram a oportunidade de participação de empresas de médio e pequeno porte, conseqüentemente desburocratizando os procedimentos e incentivando o comércio e a concorrência entre os participantes. Diante disso, verifica-se a grande vantagem da utilização do Sistema de Cotação Eletrônica pela Administração Pública na redução de custos e ao mesmo tempo obtendo um catálogo amplo na escolha do fornecedor que possa melhor atendê-lo.

O Sistema de Cotação Eletrônica é uma ferramenta importante nas contratações de bens de valores classificados no inciso II do Artigo 24, da Lei de Licitações e Contratos, mas esse sistema poderia ser melhor utilizado, pois corresponde a pouco mais de 1.% (um por cento) das aquisições realizadas pela Unidade Administrativa nos dois últimos exercícios financeiros. Tendo em vista os benefícios proporcionados como a agilidade e a racionalização de procedimentos, a Cotação Eletrônica poderia ser também regulamentada para a contratação de serviços, embora a legislação desobriga sua utilização para essa natureza de despesa.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo objetivou fazer uma análise dos gastos públicos realizados através da Contratação Direta, seja por inexigibilidade ou utilizando-se das hipóteses da dispensa de licitação, tomando como pesquisa um Órgão Público Federal.

A Lei de Licitações e Contratos traz a obrigatoriedade de realização do procedimento licitatório em regra. Em alguns casos o princípio da licitação cede espaço ao princípio da economicidade, da segurança nacional, ou ainda, para garantir o interesse público.

O pesquisador visualiza que ao mesmo tempo em que privilegia a regra em licitar, a legislação cria uma variedade de hipóteses que favorecem ao administrador não utilizar o dever licitatório.

Efetuada a análise dos casos sobre a contratação direta apresentados na Superintendência Regional do Trabalho e Emprego de Minas Gerais - SRTE/MG comparados com a realização da licitação verifica-se que há uma tendência muito acentuada pela não realização do procedimento licitatório. A utilização das hipóteses da dispensa e da inexigência de licitação estão se sobrepondo à regra de licitar, quando examinados os dados puramente estatísticos apresentados no trabalho.

De acordo com os dados da pesquisa realizada, as aquisições de bens e serviços pela SRTE/MG, por contratação direta superaram em mais de 80% a modalidade licitável pregão, que não ultrapassou a 10% das despesas no exercício de 2008. O elevado número de processos de dispensa de licitação, principalmente classificados na hipótese de valor até R\$ 8.000,00 (oito mil reais) contribuíram para que as despesas nessa modalidade atingissem o

valor de R\$ 2.514.355,78 (dois milhões quinhentos e quatorze mil trezentos e cinquenta e cinco reais e setenta e oito centavos).

Verifica-se pela análise das despesas levantadas certa ausência de planejamento, pois foram contratadas diversas empresas para realizarem serviços como: manutenção em equipamentos, com 07(sete) empresas no valor de R\$ 11.354,00(onze mil trezentos e cinquenta e quatro reais); manutenção e conservação das edificações com 10(dez) empresas no valor de R\$ 209.229,00(duzentos e nove mil e duzentos e vinte e nove reais); manutenção em veículos oficiais com 02(duas) empresas no valor de R\$ 9.551,64(nove mil quinhentos e cinquenta e um reais e sessenta e quatro centavos); prestação de serviços para readequação de layout com divisórias com 02(duas) empresas no valor de R\$ 3.638,80(três mil seiscentos e trinta e oito reais e oitenta centavos), em um curto período no mesmo exercício de 2008.

Os resultados da pesquisa demonstram a expansão da utilização da modalidade pregão no exercício de 2009, correspondendo com mais de 52,00% das despesas. Já as aquisições realizadas através da contratação direta corresponderam a 47,46%.

Um aspecto relevante observado é que muitos objetos de despesas contratados no exercício de 2009, através da utilização da hipótese da dispensa sejam bens ou serviços, são semelhantes ao exercício anterior, ou seja, as necessidades demandadas transferem de um ano para o outro. Como exemplo: a contratação de empresas para manutenção em aparelhos de ar condicionado, manutenção em painel eletrônico e readequação de divisórias. Esse evento também é observado na aquisição de produtos.

Essa tendência acentuada pela contratação direta ao longo dos anos no âmbito da SRTE/MG abre um caminho alternativo e arriscado de se proceder às aquisições de bens e serviços sem estabelecer critérios, dando ênfase ao procedimento do fracionamento, conforme verificado no Anexo B, em que foram levantados 55 (cinquenta e cinco) processos que somados chegariam ao valor de R\$ 129.910,97(cento e vinte e nove mil novecentos e dez reais e noventa e sete centavos).

Diante do resultado da análise desses processos no período apurado, constatou-se que há indícios da ocorrência da prática de se fracionar a despesa para evitar a licitação nas aquisições realizadas por algumas unidades regionais da SRTE/MG. Já na unidade central, há

ocorrência de tal prática em algumas aquisições de materiais e realização de serviços verificados, como: aquisição de cartuchos para impressoras, aquisição de extintores, confecção de folders, serviços de manutenção em equipamentos, manutenção em veículos oficiais, aquisição de passagens aéreas, readequação de divisórias, dentre outros casos listados no Anexo B.

Acredita-se que os indícios de fracionamento de despesas estejam ocorrendo no âmbito da Superintendência Regional do Trabalho e Emprego - SRTE/MG, não por algo intencional, mas por desconhecimento das normas que regulamentam a questão por parte daqueles servidores responsáveis pelos procedimentos de compras. Diante disso, é necessário a conscientização e o esclarecimento amplo para que não haja mais falhas e que se coíba tal prática do fracionamento indevido.

A Lei 8.666/93 determina o limite de aquisição da contratação direta, porém, impõe um sistema de freios que proíbe a prática do fracionamento de despesas por todos os seus ângulos, nele incorrendo aquele que gasta, durante o exercício, se por material ou serviço, extrapolando o limite de contratação direta ou, se por modalidade de licitação, desviando a adoção da modalidade apropriada à hipótese.

Para coibir essa prática do fracionamento é essencial ao administrador estabelecer um levantamento básico dos seus gastos e utilizar-se de mecanismos de controle, como o formulário proposto pelo signatário desta monografia, associado ao planejamento efetivo do quanto vai ser gasto ao longo do exercício financeiro, conforme sugerido pelo ordenador de despesas na entrevista realizada.

Vale ressaltar a atuação orientadora e fiscalizadora dos órgãos de controle externo como o Tribunal de Contas da União e a Advocacia Geral da União quanto à instrução dos processos de contratação, seja por dispensa ou inexigibilidade de licitação, com o propósito de coibir práticas ilegais.

Cabe expandir o uso dos sistemas eletrônicos de compras citados neste trabalho, seja por cotação eletrônica, pregão ou registro de preços, como forma de proporcionar maior transparência e celeridade nas aquisições efetuadas pela Administração Pública.

Por fim, cabe a todos nós, como sociedade e administrados, exercer uma fiscalização habitual, capaz de proporcionar alterações no quadro da gestão do dinheiro público, de forma a impulsionar os administradores a utilizarem a licitação da forma contida na legislação, qual seja, como regra.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Geisa. **Licitações e contratos públicos**: teoria e prática. Fortaleza: Tipoprogresso, 1998.

BOTTINO, Marco Túlio; RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Manual prático das licitações**. São Paulo: Saraiva, 1988.

BRASIL. Constituição 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. **Câmara Federal, Legislações** Disponível em: < [HTTP://www.camara.gov.br/Internet/Infdoc/conteudo/colecoes/Legislacao/Legimp_K.6.pdf](http://www.camara.gov.br/Internet/Infdoc/conteudo/colecoes/Legislacao/Legimp_K.6.pdf) Acesso em 24/03/2010.

_____. **Lei nº 8.666** de 4 de março de 1993. Dispõe sobre licitações e contratos na administração pública. Brasília, DF: D.O.U. 12 abr. 1993.

_____. Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão. **Portaria 306**, de 13 de dezembro de 2001. Disponível em: < [HTTP://www.comprasnet.gov.br/legislacao/portarias/p306_01.htm](http://www.comprasnet.gov.br/legislacao/portarias/p306_01.htm) Acesso em 27/11/2009.

_____. Ministério do Trabalho e Emprego. **Portal do Trabalho e Emprego**, Disponível em: < [HTTP://www.mte.gov.br](http://www.mte.gov.br). Acesso em 10/03/2010.

CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. 1. ed. brasileira, t. II/684. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

CARDOZO, José Eduardo Martins. **Princípios Constitucionais da Administração Pública (de acordo com a Emenda Constitucional n.º 19/98)**. IN MORAES, Alexandre. Os 10 anos da Constituição Federal. São Paulo: Atlas, 1999.

CRETELLA, José Júnior. **Das licitações públicas**. 16. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

ESCOBAR, J. C. Mariense Escobar. **Licitação - teoria e prática**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

FERNANDES, José Ulisses Jacoby Fernandes. **Contratação direta sem licitação**. 4. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

_____. **Vade Mécum de Licitações e Contratos** 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

FIGUEIREDO, Lucia Valle; FERRAZ, Sérgio. **Dispensa de licitação**. [S.l.]: Revista dos Tribunais, 2002.

GASPARINI, Diógenes. **Crimes na Licitação**. 2. ed. atual. São Paulo. Editora NDJ. 2001.

HAURIOU. **Précis de droit administratif**. 11. ed. Paris: Recueil Sirey, 1926.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 5. ed. São Paulo: Dialética, 1998.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MINAS GERAIS, **Portal de Compras do Estado de Minas Gerais** Disponível em: <
[HTTP:// www.compras.mg.gov.br/](http://www.compras.mg.gov.br/) Acesso em 22/04/2010.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações & contratos**. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. **Temas polêmicos sobre licitações e contratos**. 4. ed. rev. amp. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

_____. RAMOS, Dora Maria de Oliveira. SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos; D'AVILA, Vera Lúcia Machado. **Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos**. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

SISTEMA DE ADMINISTRAÇÃO DE SERVIÇOS GERAIS, **Siasg** Disponível em:<
[HTTP:// www.comprasnet.gov.br/ seguro/indexgov.asp/siasg.htm](http://www.comprasnet.gov.br/seguro/indexgov.asp/siasg.htm) Acesso em 03/03/2010.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e contrato administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, [199-?].

TOLOSA FILHO, Benedicto de. **Contratando sem licitação: comentários teóricos e práticos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Licitações e contratos: orientações básicas/ Tribunal de Contas da União – 3 ed. rev. Atual. Brasília 2006.**

TRIBUNAL DE CONTAS DE MINAS GERAIS. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. edição especial – ano XXVII. Belo Horizonte Ano I, n.1 (1993-).

ANEXOS