

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

**A PROBLEMÁTICA DA APLICABILIDADE DA LEI GERAL DE LICITAÇÕES E
OS OBSTÁCULOS ENFRENTADOS PELO ADMINISTRADOR PÚBLICO**

ISABELLE CAIXTO DE ALMEIDA FARIA

Rio de Janeiro
2018/ 1º SEMESTRE

ISABELLE CAIXTO DE ALMEIDA FARIA

**PROBLEMÁTICA DA APLICABILIDADE DA LEI GERAL DE LICITAÇÕES E OS
OBSTÁCULOS ENFRENTADOS PELO ADMINISTRADOR PÚBLICO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção de grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Dra. Carina de Castro Quirino.**

Rio de Janeiro
2018/ 1º SEMESTRE

ISABELLE CAIXTO DE ALMEIDA FARIA

**PROBLEMÁTICA DA APLICABILIDADE DA LEI GERAL DE LICITAÇÕES E OS
OBSTÁCULOS ENFRENTADOS PELO ADMINISTRADOR PÚBLICO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção de grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Dra. Carina de Castro Quirino.**

Data da Aprovação: __/__/__

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2018/ 1º SEMESTRE

AGRADECIMENTO

Agradeço primeiramente a Nossa Sra. Aparecida que intercedeu por mim em todos os momentos desde a minha aprovação no vestibular até hoje. Agradeço também aos meus amigos e familiares que durante a minha caminhada sempre estiveram ao meu lado. Por fim, faço um agradecimento especial a minha mãe Angela e ao meu irmão João que me apoiando diariamente me fizeram acreditar na minha capacidade e desenvolveram o melhor de mim. Sem eles, eu nada seria.

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso tem por objetivo discorrer, com base na Lei Geral de Licitações, bem como em dispositivos legais correlatos e ainda na doutrina e na jurisprudência pertinentes à temática, um dos assuntos mais abordados na atualidade, o processo licitatório e as problemáticas que a ele permeiam. Inicialmente, para conhecer a estrutura jurídica do referido processo que busca a seleção da proposta mais vantajosa fez-se necessário uma breve abordagem conceitual, seguindo com apresentação dos importantes princípios legais e constitucionais, bem como suas especificidades. Estes, distribuídos na Magna Carta, na Lei federal em comento e em diversos outros dispositivos, ganham papel protagonista quando analisados conjuntamente ao processo licitatório e aos obstáculos enfrentados pelo Administrador Público que, responsável por interpretar, adequar e aplicar a legislação em comento, deve definir os critérios elucidativos a partir desses fundamentos. Além dos princípios, debater as modalidades de licitação, suas características e procedimentos também se tornou essencial para compreensão da temática. Incluiu-se ainda, a obrigatoriedade constitucional de licitar e as hipóteses legais que permitem a contratação direta pela Administração Pública, via dispensa ou inexigibilidade de licitação e a crescente utilização dessas modalidades. Por fim, analisou-se os obstáculos enfrentados pelos Administradores Públicos e operadores do direito em geral que estão intimamente ligados ao processo licitatório, apontando ainda possíveis remédios para auxiliar a melhor aplicabilidade e compreensão do procedimento.

Palavras-chave: Licitação; princípios licitatórios; contratação direta; dispensa e inexigibilidade de licitação; Administrador Público

ABSTRACT

Based on the general Law on Bidding as well as on the related legal provisions and the doctrine and jurisprudence relevant to the topic, the presente final study aimsto discuss one of today's most discussed subjects: the bidding process and its problematic issues that take place. Firstly, in order to understand the legal structure of the mentioned process that seeks to select the highest bid, it is necessary to begin with a brief conceptual approach followed by a presentation of the important legal and constitutional principles as well as its particularities. These principles are presented in the Magna Carta, in the Federal law in question and various other provisions, and become a leading role when they are analyzed jointly to the bidding process and the challenges faced by the Public Administrator who is responsible for interpreting, adapting and applying the legislation in question and should define the criteria from these fundamentals. Besides the principles, discussing the types of bid proceedings has also become essential in order to understand the topic. Here is also included the constitutional obligation to bid and the legal hypotheses which allow the direct hiring by the Public Administration via waiver or unenforceability of bidding and the increasing use of these types. Finally, the challenges faced by the Public Administrators and legal operators in general who are closely related to the bidding process were analyzed, indicating possible remedies to help the best enforceability and understanding of the procedure.

Keywords Bidding; bidding principles; direct hiring; waiver and unenforceability of bidding; Public Administrator

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. CONCEITO DE LICITAÇÃO.....	12
2.1 Princípios da Licitação	16
2.2 Modalidades de Licitação	22
3. OBRIGATORIEDADE CONSTITUCIONAL DE LICITAR	29
3.1 Problemática Inerente As Modalidades do Processo Licitatório.....	32
3.2 Exceção a Obrigatoriedade de Licitar	37
3.2.1 Contratação Direta – Inexigibilidade.....	39
3.2.2 Contratação Direta – Licitação Dispensada.....	41
3.2.3 Contratação Direta - Licitação Dispensável	43
3.3 Licitação Como Regra ou Exceção	48
4. OBSTÁCULOS ENFRENTADOS PELO ADMINISTRADOR PUBLICO	52
4.1 Consequências Atuais.....	57
5. POSSÍVEIS REMÉDIOS	61
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	64
7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	66

1. INTRODUÇÃO

Determinado pelo artigo 37, XXI a Constituição da República Federativa do Brasil, e regulamentado pela Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, o processo de licitação pública pode ser considerado como um dos temas mais abordados na atualidade. Isso decorre, não somente, devido ao presente cenário político brasileiro, como também ao recente Projeto de Lei (PL 6814/2017) que visa instituir novas normas para licitações e contratos da Administração Pública, revogando, para tanto, a Lei vigente, entre outros importantes dispositivos.

Inicialmente, torna-se necessário salientar que licitação deve ser compreendida como uma espécie de processo administrativo vinculado por meio do qual a Administração Pública, ao verificar a necessidade de contratar obras e serviços ou então realizar compras e alienações, deve-se pautar para estabelecer qualquer tipo de relação contratual. Em outras palavras, é o principal procedimento destinado a selecionar o particular que ofereça a proposta que mais atende ao interesse da coletividade respeitando assim o princípio da supremacia, da indisponibilidade do interesse público, dentre outros que serão em seguida abordados.

Nesse sentido, o procedimento licitatório, percebido como regra, será deslindado ao longo do presente trabalho monográfico para maior compreensão de sua inerente problemática no que tange a aplicabilidade, os obstáculos enfrentados pelo Administrador Público, bem como compreensão de seus princípios e modalidades, como por exemplo a concorrência, a tomada de preços, o convite, o concurso, o leilão e o pregão, que por vezes são desrespeitados e ignorados vislumbrando alcançar, entre outros objetivos, a maior celeridade.

A percepção e clareza do processo licitatório em sua essência, torna-se fundamental para o entendimento da metodologia abordada, visto que o excesso de formalismo e

burocracia recorrentes nos procedimentos estabelecido pela atual Lei Geral de Licitações e Contratos acaba por resultar uma demora excessiva para a realização de qualquer processo. Desse modo, a própria legislação constitucional, e posteriormente a Lei Geral de Licitações traz em seu bojo uma importante exceção, trata-se das hipóteses de contratações diretas realizadas por meio de dispensa ou inexigibilidade de licitação.

Esta temática motiva especial atenção tendo em vista que, conforme estudo bibliográfico, a legislação brasileira, não obstante a real dificuldade enfrentada pelo Administrador Público quanto ao correto enquadramento das hipóteses legais de dispensa, bem como as justificativas e formalizações necessárias ao procedimento de contratação direta, a legislação brasileira apresenta, historicamente, tendência a ampliar o número de hipóteses de dispensa e inexigibilidade e conseqüentemente enquadrar ainda mais, nas feridas hipóteses, as contratações que, via de regra, seriam realizadas por meio do processo licitatório comum

De sorte, torna-se necessário destacar a inclusão de regras penais em meio a uma legislação de caráter administrativo. Considerando a desenfreada curva de interesse pelo processo licitatório e suas peculiaridades, a Lei nº 8.666/1993 previu cerca de dez tipos penais visando coibir condutas danosas à Administração Pública, bem como resguardar o processo licitatório e seus princípios constitucionais de legalidade, isonomia, moralidade, legitimidade, entre outros, o que acaba tornando o crescente número de casos de superfaturamento, improbidades administrativas, fraudes e desvios de recursos públicos ocorridos nos procedimentos licitatórios ainda mais alarmante.

Nesse sentido, torna-se necessário ressaltar o protagonismo exercido pela Administração Pública e seus operadores do direito, os Agentes Públicos. Indiscutível é o entendimento do papel de uma administração que, entre outros, tem sua função constituída pelo dever de gestão do patrimônio alheio, entretanto no que concerne a Administração Pública a gestão aqui está relacionada aos próprios interesses da coletividade, ou seja, a gerência sobre o interesse público, que claramente é indisponível. Desse modo a atividade de gestão não deve apresentar-se de forma totalmente discricionária, pelo contrário, a

discricionariedade está vinculada à obrigação do conhecimento prévio dos limites e panorama dos quais esses interesses sociais estão inclusos.

Dito isto, salienta-se que o poder de gestão do interesse público, no que tange a temática abordada, concedido à Administração Pública para a prática de atos administrativos, com liberdade de escolha, quanto a sua conveniência, oportunidade e conteúdo, tem sido mais um dos fatores determinantes para a vulnerabilidade dos processos licitatórios. Posto que práticas que frustram a licitude da licitação, ou a dispensam indevidamente, tornaram-se cada vez mais comuns causando enormes prejuízos ao erário.

O entendimento comum salienta que a conduta do Administrador Público não pode estar eivada pela desonestidade, má-fé ou ausência de lisura, devendo ser pautadas em atos de probidade administrativa, ou seja condutas corretas e honestas. Somado a esta questão, evidencia-se ainda o papel do Agente Público que mesmo probo encontra diversas dificuldades na compreensão dos dispositivos determinados pela Lei nº 8.666/1993 enredando ainda mais a sua correta interpretação e aplicabilidade quando frente a determinados casos concretos.

Desse modo, o processo licitatório pode ser compreendido como uma espécie de medidor da Administração, visto que, se corretamente realizado e, sobretudo, ocorrendo a devida concorrência com respeito a todos os princípios inerentes, a licitação apresenta-se como um instrumento limitador da discricionariedade administrativa. Além disso, trata-se de uma manifestação fática do emprego regular do dinheiro público, contribuindo para a concretização de postulados básicos da Administração. Entretanto, como será deslindado, não é este o presente cenário brasileiro, pelo contrário, o incorreto emprego do dinheiro público somado a escândalos de superfaturamento e improbidade administrativa escancaram o gigantesco déficit vivenciado pelo país.

A sensação comum é de que o processo licitatório está sendo utilizado para atender ou outras finalidades além das que lhe são de fato imputáveis, o que acaba ocorrendo seja

pela sua legislação, por vezes excessivamente formal, truncada, de difícil compreensão, minuciosos detalhes e inúmeras exceções, seja pelos diversos casos de certames viciados e recentemente vinculados por todo o país ou até mesmo pelas condutas equivocadas do Administrador Público que permanecem se multiplicando.

A atual conjuntura nacional nos força refletir o real papel do Direito, em especial da norma debatida, que, a princípio, deveria se portar como um limite às condutas deploráveis e criminosas como a superfaturamento e improbidade administrativa, mas que hoje se porta como uma espécie de ferramenta para tais comportamentos. Políticos, Administradores Públicos, órgão de controle administrativo e determinadas empresas com grande poderio econômico, utilizam de uma elasticidade demasiada da legislação, bem como da ausência de esclarecimento semântico e unanimidade doutrinária de determinados conceitos para criar uma aparência de legalidade nas contratações arraigadas de interesses ilícitos e obscuros.

A Lei nº 8.666 /1993 trouxe uma série de inovação, dentre elas, algumas que geraram grandes dificuldades quanto a sua aplicabilidade para a Administração Pública e setores que atuam nas áreas de licitações e contratos. De modo consequente, essas inovações geraram negativas implicações sociais e econômicas das quais a Lei e seus organismos de controle não conseguiram evitar. Recentes escândalos de corrupção, superfaturamento e improbidade administrativa reascenderam o debate político e social acerca da Lei em comento e suas possibilidades de alteração.

Indubitável que a questão apresenta extrema relevância não só para a Administração Pública e seus operadores do direito, como também para toda sociedade que direta ou indiretamente é afetado tanto pela correta, quanto pela incorreta aplicabilidade do processo licitatório. Desse modo, a temática que vêm despertando atenção de juristas, doutrinadores e operadores do direito em todo o país, será minuciosamente abordada desde seu conceito basilar, princípios, modalidades, exceções e, em especial, os obstáculos enfrentados pelo Administrador público ao se deparar com todas as problemáticas que envolvem o processo licitatório, sua interpretação e aplicabilidade.

2. CONCEITO DE LICITAÇÃO

Palavra oriunda do latim “licitatio”, que significa oferta de lances num leilão ou hasta pública, licitação comporta várias acepções que, em sua maioria estão relacionados a ideia de “oferecer”, “arrematar”, “fazer preço sobre a coisa”, “disputar” ou “concorrer”. Considerando o contexto da legislação brasileira, a expressão consagrou-se por meio do Código de Contabilidade Pública (Decreto-Lei nº 4.536 de 1922), entretanto o que prevaleceu até o ano de 1967 foi o uso da expressão “concorrência pública” que para José Cretella Jr significava o procedimento adotado pela Administração “para selecionar, entre várias propostas apresentadas por particulares que pretendam oferecer serviços ou bens ao Estado, a que mais atende ao interesse da coletividade”.¹

A primeira legislação a tratar isoladamente da temática licitações e contratos da Administração foi o Decreto-Lei nº 2.300 de 21 de novembro de 1986 que em seu artigo 3º, acompanhando a ideia de “concorrência pública” de José Cretella Jr., determinou que a licitação destinar-se-ia a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, sendo esta processada e julga em estrita conformidade com os princípios básicos da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.

Hodiernamente, a terminologia mais consagrada, licitação, passou a significar todas as modalidades de procedimentos concorrenciais existentes, ou seja, trata-se de um gênero amplo para caracterizar uma espécie de processo administrativo que visa eleger o copartícipe que preconize contratar nas melhores condições para a Administração. Em outras palavras, diferentemente do que ocorre na relação de contratação entre dois particulares, a Administração Pública não deve, ressalvado os casos especificados na legislação, estabelecer livremente um vínculo contratual, mas sim adotar um procedimento formal de seleção regulamentado pelo direito público, hoje denominado de Processo de Licitação.

¹ CARETELLA JR., José. Administração indireta brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p 413.

O mesmo entendimento é compartilhado por Celso Bandeira Mello ao explicar que “ao contrário dos particulares, que dispõem de ampla liberdade quando pretendem adquirir, alienar, locar bens, contratar a execução de obras ou serviços, o Poder Público, para fazê-lo, necessita adotar um procedimento preliminar rigorosamente determinado e preestabelecido na conformidade da lei”². Deste modo, o processo de licitação pública deve ser compreendido como o meio pelo qual o Poder Público, ao verificar a necessidade de contratar obras e serviços ou então realizar comprar e alienações, deve-se pautar para estabelecer qualquer tipo de relação contratual.

Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles define a licitação como o procedimento administrativo “mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse”³ e Diógenes Gasparini como o procedimento “através do qual a pessoa a isso juridicamente obrigada seleciona, em razão de critérios objetivos previamente estabelecidos, de interessados que tenham atendido à sua convocação, a proposta mais vantajosa para o contrato ou ato de seu interesse”⁴.

A valer, o processo licitatório, buscando proporcionar a Administração Pública a viabilidade da contratação mais proficiente, bem como assegurar, em regra, que todos os Administrados tenham a oportunidade de realizarem negócio com a Administração, instaura uma espécie de competição entre ofertantes. Destarte, há elaboração de um certame no qual abrem disputa entre os proponentes que desejam travar determinadas relações de conteúdo patrimonial com a Administração, na qual esta possui o ensejo e o dever de escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas.

A licitação é tratada por alguns doutrinadores como uma espécie de processo administrativo e por outros como um procedimento administrativo, entretanto o Professor

² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de Direito Administrativo. 25 ed. rev. Atual. Malheiros Editores: São Paulo, 2008.

³ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 28. Ed. atual. Malheiros: São Paulo, 2003.

⁴ GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 527.

Santos Moreira esclareceu que o processo deveria ser compreendido como o conjunto de atos ordenados para o registro de feitos administrativos em obediência à legislação própria, já o procedimento seria o modo de realização do processo, ou seja, o rito específico.⁵

Dessa forma, a licitação, no ordenamento brasileiro, que é marcada por um conjunto de sucessivos atos vinculados e fases específicas envolvendo tanto a Administração quanto os coparticipes, deve ser compreendida com um procedimento que objetiva a seleção da proposta mais vantajosa ao interesse público. Esse procedimento forma o processo caracterizado pelo somatório dos atos que, subdivididos em fase interna e fase externa da licitação, visam propiciar igual oportunidade a todos os interessados na concorrência e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos. A decisão final do procedimento licitatório aponta o futuro contratado da Administração Pública.

Nesse sentido, todos os atos desenvolvidos ao longo do procedimento precisam necessariamente estarem comprometidos com a moral e a efetividade, e a busca pelo interesse público. Essa recomendação deve alcançar todo operador do direito, Administração Pública ou seus organismos de controle que se utilizam do dinheiro público para realizar compras, obras ou serviços, formalizar concessões, permissão, locação ou qualquer outro tipo de contrato, sendo todos estes precedidos do instrumento da licitação.

Esse instrumento, que via de regra é obrigatório, deve ser utilizado pelo Poder Público para coligir, analisar e avaliar comparativamente as propostas apresentadas no certame, com o objetivo de aquilatar e escolher pela oferta mais favorável, visto que, além de se tratar da utilização do erário, o objeto contratado que fora licitado é, naturalmente, destinado à sociedade, nesse sentido afirmou o Ministro Edson Vidigal, no curso da Ação Penal 15:

“O dinheiro público resultante da contribuição sofrida dos cidadãos, mediante tributos que lhes são impostos, não pode ser gasto fora dos parâmetros do bem comum [...] Uma pessoa investida da autoridade do poder público tem que estar sempre muito atenta para que, nem à sua sombra nem

⁵ SILVA, Santos Moreira. Processo administrativo e inquérito administrativo. Belo Horizonte, Mimeo, 1992, p 11.

ao seu derredor, prosperem ações que possam comprometer a moral imprescindível do exercício da autoridade”⁶

Isto é, a busca pelo ensejo da sociedade, ou seja, a vontade geral, é o que resulta no respeito ao interesse público e a aplicação e uma legislação justa, moral e eficaz. Nesse sentido, a obrigatoriedade da realização de processo licitatório para a aquisição de bens e para a execução de serviços e de obras por parte da Administração Pública, tem como fundamento a ideia de cumprimento do princípio da supremacia do interesse público, onde, apenas por meio da realização prévia deste procedimento é que se poderá garantir uma melhor contratação, utilizando-se de critérios para a eleição de uma proposta mais vantajosa.

Assim, as decisões tomadas pelo Administrador no decorrer de todos os sucessivos atos vinculados e mais especificamente nas duas fases interna e externa do processo licitatório, tornam-se protagonistas na busca pela correta aplicabilidade da legislação. A inclusão, exclusão ou escolha de determinadas empresas no decorrer da competição deve, sempre, estar pautadas em exigências, critérios financeiros e técnicos, justificados sob o viés do interesse público não permitindo assim que a conveniência e o interesse de particulares se sobressaltem resultando na utilização de incorretos critérios arbitrários de julgamento das propostas.

Auxiliando-se com a leitura da legislação, torna-se simples compreender a existências de seis modalidades de licitação. Cada uma responsável por determinar o procedimento que regerá o processo licitatório. São elas: a concorrência, a tomada de preços, o convite, o concurso, o leilão e o pregão, este último mais recente, introduzido como sexta modalidade pela Lei nº 10.520 de 17 de julho de 2002.

Elencadas no artigo 22 do debatido dispositivo as referidas modalidades, posteriormente especificadas, são espécies do gênero licitação que devem observância aos

⁶ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Ação Penal nº 15. Rel., Min. Bueno de Souza, Corte Especial, julgado em 11/10/90 RDA 181/2 P. 123.

princípios licitatórios, quais sejam: o princípio da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e da observância ao princípio constitucional da isonomia. O conhecimento das referidas modalidades, bem como dos mencionados princípios torna-se basilar pra compreensão da problemática aqui debatida no que tange a aplicabilidade do procedimento licitatório, bem como os obstáculos enfrentados pelo Administrador Público e suas consequências.

2.1 Princípios da Licitação

Em face do anteriormente exposto, a licitação então pode ser compreendida como um complexo procedimento administrativo formal, composto por fases que devem ser rigorosamente observadas, e utilizado para realização de obras, serviços, compras, alienações e locações que, sobretudo, tem a obrigação de respeitar os termos impostos pela Lei federal nº 8.666/1993. Seu objetivo, na realidade, é a escolha da proposta mais vantajosa, que atenda ao interesse público, sendo esta eleita por critérios previamente previstos em instrumento convocatório.

Esse procedimento específico, regulamentado pelo referido dispositivo federal, está alicerçado em importantes princípios constitucionais que devem necessariamente nortear todo o conjunto de atos praticados no decorrer do processo licitatório. Esses princípios, alguns previstos expressamente na Constituição e outros na lei, são responsáveis por definir e comedir tanto os critérios interpretativos quanto a discricionariedade do Administrador Público, bem como conferem a importante e perigosa possibilidade de supressão de lacunas e omissões normativas.

Nesse sentido, incontestável é a absoluta relevância dos princípios jurídicos aplicados do processo licitatório, visto que tratam-se de mandamentos elementares para o funcionamento de um complexo sistema, alcançando ainda diferentes normas a fim de auxilia-las na melhor compreensão. Desse mesmo modo, o doutrinador Diógenes Gasparini valorou a importância dos princípios a partir da sua possível transgressão:

“[...]violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio ofende não a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”⁷

Considerando a temática licitação, observa-se a existência de um importante encadeamento de princípios jurídicos que fundamentam os procedimentos licitatórios. Inicialmente, destacam-se os princípios constitucionais, delineados no artigo 37 da Magna Carta, que buscou nortear a Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, visto que, conforme o dispositivo, preconizou o dever de obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Ocorre que, além dos princípios constitucionais, o procedimento licitatório está alicerçado em princípios específicos previstos expressamente no artigo 3º da Lei Geral de Licitações, quais sejam: os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, além da observância ao princípio constitucional da isonomia. Nesse sentido, as contratações realizadas pelo poder público devem sempre ser alicerçadas pelo conjunto dos referidos princípios legais e constitucionais e norteadas pela supremacia e indisponibilidade do interesse público, visto que são esses os pilares fundamentais para a realização do processo licitatório.

Desse modo, os princípios basilares expressos ou não, bem como os correlatos a matéria em questão, não podem em qualquer hipótese, serem olvidados, visto que apresentam-se de suma importância para a percepção da problemática que permeia o presente trabalho monográfico, em especial, no que concerne a aplicabilidade, interpretação e funcionalidade do referido procedimento, bem como os obstáculos enfrentados pelo

⁷ GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 7

Administrador Público e suas consequências. Visto que, tanto as lacunas apresentadas em lei, quanto à adequação interpretativa aos casos concretos, ambas devem, necessariamente serem atendidas com base nos princípios que norteiam a licitação.

Nesse sentido, torna-se importante iniciar o conhecimento acerca dos princípios, ainda que amparrado, pelo princípio legalidade, tendo em vista tratar-se do princípio norteador de todos os atos praticados pela Administração Pública. Assim, qualquer ato administrativo só será legítimo e produzirá efeitos jurídicos se seguir fielmente todas as determinações contidas na lei, o que significa dizer que o Administrador Público somente pode agir e realizar aquilo que a lei previamente determina ou autoriza.

Desse modo, considerando que a licitação é um procedimento vinculado, o princípio da legalidade ganha suma relevância, pois o disposto no regulamento, necessariamente, enleia a vontade do Agente Público responsável pelo procedimento licitatório. Tal obrigatoriedade atinge a todos os operadores do direito que, no exercício de suas funções, não podem desvincular-se das balizas impostas pelas normas que incidam sobre o certame, processo licitatório, bem como todo sistema normativo.

Já o princípio da impessoalidade busca evitar qualquer concessão de privilégio, estabelecendo como dever do Administrador o de conferir o mesmo tratamento a todos os interessados que se encontrem em situação jurídica semelhante, inspirando assim todas as orientações que possibilitem condições para a realização de uma justa competição entre os coparticipes. Por essa razão, e em busca desse objetivo, Administração Pública deve cautelosamente agir sem qualquer subjetivismo no julgamento das propostas apresentadas no certame, tratando a todas sem distinções, discriminações, preferências ou privilégios e sempre em busca da satisfação do interesse da coletividade.

Em continuidade, ressalta-se ainda o princípio da moralidade que, sem dúvida, constitui uma das preocupações mais inerentes da sociedade brasileira. Sendo assim, o conceito de moralidade é comumente caracterizado como o princípio segundo o qual tantos

os Agentes Públicos, como os licitantes coparticipes devem pautar suas atuações nos padrões jurídicos de lealdade, boa-fé, ética, bons costumes e, conseqüentemente, dentro da moral administrativa.

Já o princípio da probidade administrativa, diferente da moralidade, está mais relacionado especificamente ao papel do Agente Público, devendo esta ser compreendida como espécie da qual aquela é gênero, conforme ensina o professor Marcelo Figueiredo ao afirmar que “a probidade, no contexto constitucional, é forma qualificada da moralidade administrativa”⁸, ou seja, a impropriedade administrativa deve ser compreendida como uma forma de imoralidade mais danosa, intencional e responsabilizada conforme previstos nos dispositivos da Lei nº 8.429/1992 (Lei da Improbidade Administrativa). Essa temática ganha especial atenção no capítulo relacionado às conseqüências da problemática da aplicabilidade da Lei Geral de Licitações.

Semelhante ao princípio da impessoalidade, o princípio da igualdade, que por conceito seria o princípio originário e a impessoalidade decorrente, está expressamente previsto no artigo 5º, caput, da Constituição Federal e visa, em suma, a livre concorrência entre licitantes em condições, vedando, para tanto cláusulas discriminatórias ou julgamentos iníquos com exigências falaciosas para o serviço público que objetivam apenas a proteção e eleição de certos candidatos. Nesse mesmo sentido educou Carvalho Filho ao afirmar que “igualdade na licitação significa que todos os interessados em contratar com a Administração devem competir em igualdade de condições, sem que a nenhum se ofereça vantagem não extensiva a outro”.⁹

Inserido em diversos artigos da Lei em comento (artigos 21, I; 43, § 1º; 61, parágrafo único; 109, § 1º; entre outros), o princípio da publicidade, preconiza a visibilidade dos atos administrativos, obrigando a publicação de todos os atos oficiais, uma vez que, além de proporcionar o conhecimento de todos os interessados, visa possibilitar o pleno controle social. Nesse sentido, tendo em vista os termos da Lei de Licitações, qualquer cidadão é

⁸ FIGUEIREDO, Marcelo. O controle da moralidade na Constituição. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 51

⁹ CARVALHO, José Santos. Manual de Direito Administrativo. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. FILHO, 2013, p. 244

parte legítima para impugnar edital de licitação e para tal ato a publicidade e o amplo acesso aos autos do procedimento licitatório é imprescindível.

A propósito do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, torna-se necessário destacar que, que estabelecidas as regras do certame licitatório, estas se tornam inalteráveis durante todo o procedimento, sendo vedado ao Administrador Público descumprir as normas e condições do edital, ao qual aquele determinado processo licitatório está vinculado. Além da Administração, os concorrentes também encontram-se atrelados ao edital, conforme preconiza Hely Lopes Meirelles: “O edital é a lei interna da licitação, e como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes quanto a Administração que o expediu. É impositivo para ambas as partes e para todos os interessados na licitação.”¹⁰

Ao lado dos princípios acima indicados, caminham outros espalhados na própria Carta Magna, como aqueles previstos no artigo 5º, caput e incisos, com destaque para o princípio da isonomia, que é um dos, se não o mais, prestigiado pela sociedade. A isonomia trás em seu alicerce a ideia de justiça essencial ao determinar que o tratamento isonômico nada mais é do que priorizar a igualdade entre os iguais, e a desigualdade entre os desiguais na exata medida de suas desigualdades. Desse modo, o Administrador Público no decorrer do procedimento licitatório deve se atentar à concessão de tratamento igualitário, isonômico e justo a todos os possíveis interessados no certame, observando, entretanto, as diferenciações e distinções naturalmente existentes entre coparticipes.

Nesse sentido, se a licitação objetiva selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, de maneira a assegurar oportunidade igual a todos os interessados, é indubitável que o princípio da isonomia, por sua supremacia constitucional, não poderia deixar de ser aplicado. A busca aqui é pela concessão de tratamento uniforme para situações uniformes, onde, frustrada a isonomia entre os concorrentes, resta frustrado o próprio procedimento de licitação, devendo-se por fim atentar-se para não desequiparar coparticipes que não se encontram em situações desiguais.

¹⁰MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e contrato administrativo. 11 ed. Malheiros: 1997, p. 31

Por esta razão, não existe qualquer modalidade de licitação imune à incidência do princípio da isonomia, nem mesmo as hipóteses de dispensa ou inexigibilidade do procedimento, não admitindo que possíveis candidatos sejam beneficiados de forma propositada, arbitrária, infundada e intencional. Desse modo preconiza Marçal Justen Filho ao afirmar que “todos os particulares deverão ser considerados em plano de igualdade. Ao escolher um sujeito específico e com ele (a Administração Pública) contratar, a decisão administrativa deverá ser razoável e fundar-se em critérios compatíveis com a isonomia”¹¹

Outro princípio não inserido no artigo 3º da Lei nº 8.666/1993, porém que se apresenta e suma importância para o entendimento da problemática desenvolvida no presente trabalho é o princípio também constitucional da eficiência que, contido no art. 37, caput, da Magna Carta preconiza a otimização da ação estatal, ou seja, todos os serviços públicos, atos, processos e procedimentos administrativos, que devem ser, na medida do possível, eficientes, de boa qualidade, econômicos e céleres. A busca aqui é pela excelência no resultado

Por último destaca-se um importante princípio considerado como protagonista no que tange aos obstáculos enfrentados tanto pela Administração Pública, quanto pelos licitantes durante o procedimento licitatório chamado de princípio do formalismo. Previsto no art. 4º, parágrafo único, da Lei de Licitações, para maioria dos doutrinadores, decorre do princípio da legalidade e determina que a Administração, ao realizar licitação, deve obedecer a todas as exigências da lei e do instrumento convocatório do certame. Ocorre, porém, que esse formalismo não pode ser exagerado a ponto de dificultar ainda mais a realização dos processos licitatórios, violando então o interesse público que, por sua vez, deve nortear todos os certames de licitação.

Considerando os princípios acima descritos, torna-se necessário salientar que, conforme será deslinda do posteriormente, entre as inúmeras problemáticas relacionadas a

¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 10 ed. São Paulo: Dialética, 2004 p. 231

aplicabilidade da legislação federal em debate, a principal delas advém da aplicação e interpretação equivocada, ou até mesmo distorcida da Lei, por parte dos Agentes Públicos, das comissões de licitações e dos operadores do direito em geral. Ocorre que, dentre outras funções, os princípios possuem o papel essencial no tocante a interpretação normativa, e por essa razão devem servir de parâmetro para todos aqueles envolvidos com o procedimento licitatório visto que seus esquecimentos geram consequências catastróficas que serão abordadas na sequência.

2.2 Modalidades de Licitação

Vistos os princípios licitatórios acima elencados torna-se compreensível a sua incontestável relevância para o processo de licitação, tendo em visto que, além do papel fundamental no funcionamento de um complexo sistema de normas, auxiliam na supressão das lacunas apresentadas pela lei, bem como na adequação interpretativa de cada caso concreto. Desse modo, conscientes da pertinência temática dos princípios para entender a problemática relacionada a aplicabilidade e interpretação do dispositivo federal em debate, torna-se essencial compreender as distintas formalidades elencadas pelo legislador a fim de adequar cada procedimento licitatório à importância e à natureza do seu objeto e objetivo.

Diante disto, o legislador criou então modalidades de licitação, que abordam as formas de realização do procedimento licitatório visando ajustar cada tipo de contrato administrativo às peculiaridades existentes. O objetivo é diferenciar os procedimentos de acordo com a conveniência de cada espécie, visto que licitação nada mais é do que um gênero que possui suas modalidades como espécies.

Nesse sentido, salienta-se então a vedação estabelecida pelo § 8º do artigo 22 da Lei 8.666/1993 a qual impede que o Administrador Público crie, componha ou realize misturas de modalidades quando da realização de determinado procedimento licitatório. Além do Administrador Público, estão vedados também os Municípios, Estados ou Distrito de combinar ou criar modalidades de licitação sob pena de contrariedade ao inciso XXVII do artigo. 22 da

Magna Carta. Desse modo, a única forma que restou para criação de novas espécies licitatórias, alteração ou extinção das pré-existentes é a realizada por Lei Federal

Ante o exposto, com a simples leitura da Lei em comento torna-se descomplicada a compreensão da existência de seis modalidades de licitação, cada uma responsável por determinar os procedimentos e formalidades que regerão o processo licitatório. O conhecimento das modalidades apresenta-se como essencial para a compreensão dos obstáculos enfrentados tanto pelos licitantes quanto pelo Agente Público no que tange o formalismo inerente a aplicabilidade da legislação. Posto isto, as modalidades são: a concorrência, a tomada de preços, o convite, o concurso, o leilão e o pregão, este último mais recente, introduzido como sexta modalidade pela Lei nº 10.520 de 17 de julho de 2002.

Iniciando a breve análise acerca das modalidades em comento, salienta-se de pronto a concorrência que, vislumbrada como padrão por alguns doutrinadores, é a modalidade mais apropriada para valores de grande vulto, bem como contratos mais complexos e importantes, de acordo com a avaliação do legislador. Qualquer interessado, desde que habilitado na fase inicial, poderia participar dessa espécie de procedimento licitatório, sendo esta utilizada para contratos de obras e serviços de engenharia, compras e alienações de bens imóveis e nos demais tipos de contratos cujos valores ultrapassem o teto estabelecido pela alínea “c” dos incisos I e II do artigo 23 da Lei nº 8.666/1993¹².

Ocorre que, conforme se depreende do dispositivo federal, seu procedimento além de formal e prolongado, é repleto de inúmeras exceções. Como exemplo, salienta-se as exceções quanto aos prazos estabelecidos entre a publicação do edital e a abertura dos envelopes dos

¹² Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação: I - para obras e serviços de engenharia: a) convite - até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais); b) tomada de preços - até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais); c) concorrência: acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais); II - para compras e serviços não referidos no inciso anterior a) convite - até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) b) tomada de preços - até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais) c) concorrência - acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).

licitantes podendo ser de 45 ou 30 dias, ou ainda, para as licitações cujos valores envolvidos são efetivamente elevados, que excedem em 100 vezes o valor fixado na alínea “c” do inciso I do artigo 23, faz-se necessário que, com antecedência mínima de 15 dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e com divulgação mínima de 10 dias, se realize audiência pública, dando a oportunidade para esclarecimentos de dúvidas e oferecimento de sugestões. Inúmeros prazos que acabam prolongando ainda mais o procedimento licitatório.

Modalidade menos complexa que a concorrência, a tomada de preço é outra importante espécie que, mais restritiva, abarca somente os interessados que estejam devidamente cadastrados, atendendo todas as condições do edital até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas. A princípio esse cadastramento prévio economizaria o tempo despendido para a longa fase de habilitação dos interessados no certame.

Ocorre que, essa possibilidade de participação de concorrentes não cadastrados que apresentem os documentos exigidos em um curto prazo três dias antes da data do recebimento das propostas, obriga a Administração Pública a analisar todos os documentos nas vésperas do certame, o que acaba, por fim, estendendo o tempo do processo e assemelhando-se em muito ao procedimento da concorrência.

Além disso, é comum que a Administração Pública exija, nos editais das tomadas de preços, outros documentos além dos apresentados no cadastramento, o que prolonga ainda mais essa espécie de procedimento e acaba forçando a existência de uma fase de habilitação ainda que mascarada. No mais, destaca-se ainda, que esta modalidade é utilizada para as obras, serviços de engenharia e demais contratos cujo os valores não excedam o limite estabelecido pela alínea “b” dos incisos I e II do artigo 23 da Lei Federal em comento.

Outra importante e polêmica modalidade de licitação é a chamada modalidade convite, que com o trâmite menos complexo, é utilizada em licitações cujo os valores são reduzidos, não excedendo o limite estabelecido também pelo artigo 23 da Lei Federal, pela alínea “a” dos incisos I e II e envolvendo licitações para obras, serviços de engenharia e demais contratos. Seu

diferenciado procedimento é caracterizado pela expedição de cartas-convite à, no mínimo, três possíveis interessados do ramo pertinente ao objeto licitado, devendo este documento ser fixado ao quadro de avisos do órgão público que está promovendo aquele processo de licitação. Essa suposta publicidade deve ocorrer no prazo mínimo de cinco dias antes do recebimento das propostas e tem como objetivo estender, aos demais cadastrados do ramo, a possibilidade de manifestar interesse no referido procedimento.

Ocorre que esse procedimento se apresenta de forma bastante problemática, valendo registrar, inicialmente, que a não obrigatoriedade da Administração em publicar o instrumento convocatório, e apenas expô-lo no quadro de avisos em um curto espaço de tempo (cinco dias), fere, logicamente, o objetivo do princípio da publicidade, visto que, os concorrentes interessados em participar do referido procedimento só poderão fazê-lo se comparecerem diariamente à sede dos órgãos licitantes, a fim de acompanhar possíveis publicações nos quadros de avisos, o que é logicamente improvável.

Além disso, considerando que a modalidade em comento é caracterizada pelo envio de uma carta-convite a três pretendidos interessados, torna-se perceptível a exclusão intencional de tantos outros concorrentes que por não estarem em voga no cenário econômico acabam não tendo, sequer, condições razoáveis de participar do referido processo de licitação. Este cenário atinge diretamente o princípio da isonomia e seus preceitos, ainda que exista a possibilidade de manifestar interesse nesse tipo de licitação, o acompanhamento diário nos quadros de aviso é ilógico e improvável, o que distancia certos competidores do procedimento.

Diante do exposto, torna-se indubitável que a modalidade convite facilita, em seu procedimento, comportamentos ilegais e imorais no que tange a negociação e escolha dos coparticipes. A falta de publicidade e isonomia possibilitam a discricionariedade excessiva do Administrador Público, bem como selecionar especificamente o concorrente vencedor.

Além da modalidade convite, torna-se necessário destacar ainda outras três espécies de licitação que apresentam-se de suma importância para a compreensão da difícil e complexa

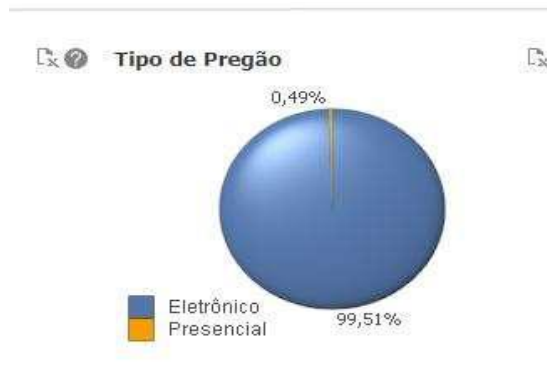
aplicabilidade do procedimento licitatório quando posto em prática. Desse modo, ainda que não tenha tanta relevância para temática abordada no presente trabalho monográfico, destaca-se então a modalidade concurso, utilizada para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial.

Em continuidade, salienta-se então as modalidades leilão e pregão, sendo a primeira utilizada, conforme artigo 22, §5º da lei federal em comento, para venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis previstos no artigo 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação.

E a segunda, introduzida como sexta modalidade pela Lei nº 10.520 de 17 de julho de 2002, é caracterizada como uma modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns, devendo ser compreendido como o conceito de bens e serviços comuns aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado, conforme determinado pelo parágrafo único do artigo 1º da referida lei que institui a presente modalidade.

Nesse sentido, destaca-se a possibilidade de realização do pregão de forma presencial ou eletrônica, devendo esta segunda apresentar-se de modo preferencial, visto tratar-se de forma mais vantajosa, já que possibilita o maior número e coparticipes nesse tipo de processo licitatório, além de lógico, auxiliar na redução de gastos pela Administração Pública. Para pronta referência, conforme dados fornecidos pelo site < <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/>>, apresenta-se, abaixo, gráfico¹³ que confirma a efetiva escolha preferencial, nos últimos cinco anos, período compreendido entre 2013 e 2018, do pregão eletrônico (99,51%) em detrimento do presencial (0,49%):

¹³ Gráfico Tipo de Pregão disponível em < <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/>>. Acesso em 24 de maio de 2018



Esse cenário ocorre não somente quando comparado a modalidade pregão presencial, como também se analisarmos as modalidades definidas pela Lei nº 8.666/1993, utilizadas para a realização das compras governamentais, observaremos uma preferência pela espécie pregão em detrimento das demais, conforme será verificado nos gráficos que serão retratados no presente trabalho monográfico.

De todo modo, essa predileção ocorre devido a sua maior celeridade e transparência no seu procedimento que possui prazos encurtados, como por exemplo, entre a publicação do edital e a apresentação dos envelopes devem decorrer apenas oito dias, inversão de fases procedimentais, como o fato de iniciar-se com o julgamento das propostas, para só depois se analisar os documentos de habilitação, e apenas a do melhor classificado, e a apresentação de recursos e impugnações que ocorrem somente ao final do procedimento.

Todas as referidas vantagens fizeram do pregão eletrônico a modalidade predileta da Administração Pública, bem como dos coparticipes. Entretanto, cabe registrar duas grandes problemáticas relacionadas a tal espécie, onde a primeira refere-se a expressão “bens e serviços comuns”, adotada pela legislação, que apresenta-se com larga fluidez semântica, cujo conceito de algo comum é extremamente indeterminado na medida em que sua interpretação pode variar de acordo com a subjetividade do interlocutor.

Além disso, a segunda problemática relacionada à modalidade refere-se a sua aplicabilidade para obras e serviços de engenharia que de antemão não seria permitido

conforme depreende-se da legislação, ocorre que a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, ainda não unânime na sua aplicabilidade, vem modificando esse entendimento, a exemplo disso, observa-se a Súmula nº 257/2010, cujo teor é: “O uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei nº 10.520/2002”¹⁴.

Diante do exposto, após análise das seis referidas modalidades, indubitável é a percepção de um sistema tendencioso ao excesso de normatização, que acaba por dificultar o conhecimento e cumprimento dos dispositivos legais. Diferentes procedimentos são necessários para melhor adequação ao processo licitatório ao caso concreto que se remodela a cada instante, ocorre que, formalidades demasiadas, procedimentos prolongados, longas fases de habilitação e o cristalino descumprimento de importantes princípios legais e constitucionais, dificultam a correta aplicabilidade da Lei 8.666/1993 e facilitam a proliferação de comportamentos ilegais e imorais no que tange todo o procedimento licitatório e suas importantes fases.

¹⁴ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Súmula nº 257. O uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei nº 10.520/2002. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/626-gestao-planejamento-e-pesquisa/controle-interno/sumulas/18323-sumula-257-tcu>>. Acessado em 7 de junho de 2018.

3. OBRIGATORIEDADE CONSTITUCIONAL DE LICITAR

Consoante ao já definido anteriormente, como regra, licitação trata-se de um preceito constitucional básico, de cumprimento obrigatório que, salvo as exceções legais, deve ser realizado pela Administração de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Em outras palavras, de acordo com o determinado pelo art. 37, XXI da Constituição Federal¹⁵, as contratações efetivadas pela Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, devem ser precedidas de procedimento licitatório, salvo as exceções.

Presume-se assim, que a simples da licitação é capaz de assegurar a todos os concorrentes igualdade de condições, respeitando então os princípios da isonomia, impessoalidade e os demais princípios legais e constitucionais já debatidos no presente trabalho monográfico, objetivando ainda, atingir o interesse público já que pressupõem-se que o procedimento licitatório garantirá a escolha dos contratos de obras, serviços, compras e alienações mais vantajosos.

Em vista disso, a Administração Pública deve, sempre que possível, estabelecer suas relações contratuais mediante processo de licitação. Nesse ínterim, João Carlos Mariense Escobar¹⁶ apresenta um posicionamento ainda mais enfático no sentido de que, para o doutrinador, ainda que não houvesse texto legal determinando a contratação mediante processo de licitação pública, a Administração continuaria obrigada a licitar, apenas e tão somente como consequência do princípio constitucional da isonomia.

¹⁵ Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações

¹⁶ ESCOBAR, João Carlos Mariense. Licitação: Teoria e prática. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 24

Nesse sentido, indiscutível é a restrita arbitrariedade que a Administração Pública possui para escolher aquele particular que irá lhe fornecer um bem, prestar um serviço ou executar uma obra de engenharia. Desse modo, ao contrário do que ocorre na relação de contratação entre dois particulares, a Administração Pública não deve, ressalvado os casos especificados na legislação, estabelecer livremente um vínculo contratual. Além disso, seu objetivo será sempre a busca pela proposta mais vantajosa, apresentando-se de forma diferente ao que acontece nas contratações envolvendo apenas a iniciativa privada, conforme esclarece Diógenes Gasparini ao afirmar que:

“A procura da melhor proposta para certo negócio é procedimento utilizado por todas as pessoas. Essa busca é, para umas, facultativa, e, para outras, obrigatória. Para as pessoas particulares é facultativa. Para, por exemplo, as públicas (União, Estado-Membro, Distrito Federal, Município, autarquia) e governamentais (empresa pública, sociedade de economia mista, fundação), é, quase sempre, obrigatória, já que essas entidades algumas vezes estão dispensadas de licitar e em outras tantas a licitação é para elas inexigível ou mesmo vedada”¹⁷

De todo modo, seja por consequência dos princípios abordados ou pela incansável busca da proposta mais vantajosa, o que depreende-se é que mencionado texto normativo magno insculpiu como regra geral o dever de licitar como condição da possibilidade de contratação de obras, serviços, compras e alienações. Portanto, foi a própria constituição que determinou a obrigatoriedade da Administração Pública, no atendimento de suas e das necessidades da coletividade, a realizar processo de licitação, ressalvados os casos previstos em lei, assegurando igualdade de condições a todos os concorrentes e respeitando todos os princípios inerentes a tal procedimento. Nesse sentido saliente Marçal Justen Filho:

“A Constituição acolheu a presunção (absoluta) de que prévia licitação produz a melhor contratação – entendida como aquela que assegura a maior vantagem possível à Administração Pública, com observância do princípio da isonomia. Mas a própria Constituição se encarregou de limitar tal presunção absoluta, facultando contratação direta nos casos previstos em lei.”¹⁸

¹⁷ GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.p. 526.

¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 10ª ed. São Paulo: Dialética, 2004. p. 229

O que ocorre é que a Administração Pública não tem sobre os bens, objetos de licitação, qualquer disponibilidade que lhes confira o direito de tratar desigualmente àqueles cujos interesses representa. Dessa forma, o processo licitatório apresenta-se como a regra que garante a preservação do interesse público, visando, primordialmente, à escolha da proposta mais vantajosa para a coletividade. Entretanto, para importantes doutrinadores como Jessé Torres esse conceito de licitação vai além, devendo ser compreendido até mesmo como uma espécie da política pública:

“A norma constitucional que estabelece o dever de licitar traduz política pública na medida em que pressupõe ser a competição seletiva isonômica aquela que habilita a Administração Pública, consultado o mercado, à identificação da proposta mais favorável à prestação de serviços, à execução de obras, à compra ou à alienação de bens. A competição reduz o risco de formação de cartéis e superiormente atende aos princípios nomeados na cabeça do art. 37 da CR/88”¹⁹

Nesse sentido, nenhum órgão ou entidade da Administração Pública está livre do cumprimento do dispositivo constitucional, visto que o texto da Magna Carta é claro ao determinar que a Administração direta e a indireta possuem o dever de licitar, incluindo as empresas estatais e suas subsidiárias, que estão compreendidas nesta última categoria.

De todo modo ainda que não houvesse previsão literal do dever de licitar na Constituição, outros comandos constitucionais, bem como a própria ideia de respeito a interesse público, trazem consigo a implícita exigência de que as contratações da Administração precisam ser feitas por processos competitivos, com igualdade de oportunidade a todos os interessados buscando sempre refletir a aplicação dos princípios da moralidade, isonomia, publicidade, competitividade entre outros.

Diante do exposto, não restam dúvidas da presunção adotada pela Constituição Federal de que a prévia licitação resulta na contratação mais vantajosa e que por essa razão, deve ser

¹⁹ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 31.

perseguida por toda Administração Pública. Ocorre que, ainda consoante o texto constitucional, estabeleceram-se algumas exceções que, especificadas na legislação, permitiram então, a possibilidade da realização da contratação direta. Ou seja, para além das diversas modalidades existentes na Lei de Licitações e em legislação correlata, permitiu-se, o próprio texto constitucional, hipóteses que desobrigam a licitação. Estas hipóteses, uma das protagonistas das problemáticas aqui abordadas, serão deslindadas em seguida.

3.1 Problemática Inerente As Modalidades do Processo Licitatório

Diante das seis modalidades de licitação anteriormente abordadas, quais sejam a concorrência, a tomada de preços, o convite, o concurso, o leilão e o pregão, bem como a obrigatoriedade constitucional de realizar o processo licitatório, seja por consequência dos princípios legais e constitucionais ou mesmo pela persecução da proposta mais vantajosa, torna-se imprescindível enfrentarmos a primeira grande problemática no que tange a aplicabilidade do procedimento licitatório.

Já inicialmente exposta no capítulo denominado “MODALIDADES DE LICITAÇÃO”, a problemática aqui abordada, está relacionada aos diferentes procedimentos e suas excessivas formalidades e conseqüente burocracia que regem as modalidades e o processo licitatório como um todo. Formalidades demasiadas, procedimentos prolongados e custoso, longas fases de habilitação e análise documental, bem como o evidente descumprimento de importantes princípios legais e constitucionais são difíceis marcas que permeiam as referidas espécies e auxiliam na multiplicação de comportamentos ilegais e imorais tanto por parte do Administrador Público quanto por parte do Administrado.

Em vista disso, salienta-se então, que além dos princípios constitucionais e legais analisados anteriormente, a Lei 8.666/1993 traz em seu bojo alguns princípios que devem ser observados com cautela, em especial o princípio do formalismo. Estabelecido pelo artigo 4º da Lei em comento, o processo licitatório deve ser regido por um procedimento formal já que está vinculado às diretrizes legais que o regem, em todos os seus atos e fases, bem como ao regulamento do edital, da carta-convite, ou de qualquer outro certame elaborado que busca a

realização de um procedimento licitatório²⁰. Em outras palavras, todos quantos participem de licitação têm o direito à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido na referida Lei Federal, devendo este ser caracterizado como ato administrativo formal.

De sorte, não é raro doutrinadores e operadores do direito relacionarem o princípio do formalismo como consequência ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Este último, já abordado no capítulo denominado “PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO”, caracteriza o edital, a carta-convite, ou qualquer outro instrumento convocatório como lei interna ao processo licitatório, sendo esta impositiva e vinculante tanto para Administração quanto para os coparticipes relacionados ao procedimento. Este entendimento é reforçado pelo artigo 41 da mesma lei federal ao dispor acerca da impossibilidade de a Administração descumprir as normas e condições estabelecida pelo edital.

Diante disso, não são raros os casos em que, por um julgamento objetivo, com apego literal ao texto da lei ou do ato convocatório, perseguindo os princípios do formalismo e da completa vinculação ao instrumento convocatório que se excluem licitantes ou se descartam propostas que, potencialmente, representariam o melhor contrato para a Administração Pública tendo em vista a busca pelo interesse coletivo.

Ocorre que, diferentemente do que depreende-se a leitura da Lei fria, o formalismo, ainda que respeitado, não deveria, jamais se sobrepor aos objetivos originalmente buscados pelo procedimento licitatório. Isto é, o ensejo pela a maior competitividade ou concorrência entre os interessados, bem como a finalidade de propiciar à Administração Pública a escolha da melhor e mais vantajosa das propostas, no universo do maior número possível de ofertantes, não podem, em qualquer hipótese, serem depreciados em prol de um formalismo exacerbado e sem sentido.

²⁰ Art 4º - Lei 8.666/1993 - Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos. Parágrafo único. O procedimento licitatório previsto nesta lei caracteriza ato administrativo formal, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração Pública

Neste contexto, indubitável é a necessidade de analisar as propostas apresentadas com objetividade e ponderação nas decisões Administrativas, buscando sempre a avaliação mais adequada quanto à conformidade das propostas e o cumprimento das exigências essenciais do instrumento convocatório, desprezando, entretanto os excessos inerentes, não devendo confundir a formalidade necessária para atribuir segurança ao procedimento licitatório com o formalismo exacerbado que se prende a rigorismos desnecessários e acaba, por fim, colidindo com o objetivo central da norma federal e deteriorando ainda mais a busca pela ampla e justa competição, bem como os inúmeros princípios como o da razoabilidade, da proporcionalidade, da competitividade, da economicidade e principalmente do ensejo pelo interesse público. Nesse sentido, se posicionou o Tribunal de Contas da União no acórdão 357/2015-Plenário:

“No curso de procedimentos licitatórios, a Administração Pública deve pautar-se pelo princípio do formalismo moderado, que prescreve a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, promovendo, assim, a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo, respeitadas, ainda, as praxes essenciais à proteção das prerrogativas dos administrados.”²¹

Verifica-se então a ideia de um formalismo moderado, que respeita o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, bem como as disposições acerca da impossibilidade de a Administração descumprir as normas e condições do edital, conforme determinado pelo artigo 41. A solução encontrada por meio da interpretação do caso concreto é um formalismo que dispensa o rigor exagerado, bem como requisitos e documentos desnecessários e inúteis a qualificação de coparticipes interessados no certame. Consoante a isto se posicionaram Carlos Ari Sundfeld e Benedicto Pereira Porto ao afirmar que:

“O formalismo, é bem verdade, faz parte da licitação, e nela tem seu papel. Mas nem por isso a licitação pode ser transformada em uma cerimônia, na qual o que importa são as fórmulas sagradas, e não a substância da coisa. [...] não se pode imaginar a licitação como um conjunto de formalidades desvinculadas de seus fins. A licitação não é um jogo, em que se pode naturalmente ganhar ou perder em virtude de milimétrico desvio em relação ao alvo- risco que constitui a própria essência, e graça, dos esportes”²²

²¹ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão 357/2015. Representação com medida cautelar. Processo nº 032.668/2014-7. Plenário. Relator: ministro Bruno Dantas.

²² SUNDFELD, Carlos Ari; PORTO NETO, Benedicto Pereira. *Licitação para concessão do serviço móvel celular*. Zênite. ILC nº 49 - março/98. p. 204

Ainda que constatado o entendimento do Tribunal de Contas da União, e este acompanhado por diversos doutrinadores, recorrentes são os casos em que a comissão de licitação, o pregoeiro ou o Agente Público competente, em vista da aplicação dos princípios do formalismo, do julgamento objetivo, da vinculação ao instrumento convocatório, o entendimento apenas literal dos textos normativos e editais, acabam por excluir licitantes inabilitando-os ou desclassificando suas propostas, pelo simples fato de verificarem pequenas falhas ou a desatenção à forma exigida em relação aos documentos e informações apresentados no certame.

Nesse sentido, multiplicam-se tanto nas esferas administrativas, quanto nas judiciais, inúmeros processos e recursos questionando condutas desproporcionais e por vezes ilegais, que restavam por inabilitar injustamente certos coparticipes. Assim, a falta de unanimidade na aplicação do referido entendimento é evidente. Decisões recentes como as proferidas no Agravo de Instrumento nº 0002561-09.2017.4.02.0000²³, Apelação Cível/Reexame Necessário nº 0143474-69.2014.4.02.5101²⁴ e Agravo nº 0018564-40.2011.80.8.0035²⁵ continuam se proliferando, objetivando concertar atos equivocados e esclarecer as orientações do legislador no que toca o formalismo moderado e o necessário ensejo pela efetivação do interesse público.

²³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo de Instrumento Mandado de Segurança nº 0002561-09.2017.4.02.0000. Agravante: CENTRAIS ELÉTRICAS BRASILEIRAS S/A. Agravado: LAQUIX COMÉRCIO E SERVIÇOS EIRELI. EMENTA: “[...]Saliente-se, entretanto, que a observância do procedimento licitatório, não justifica a adoção de formalismos exagerados ou desnecessários. Dessa forma, as exigências constantes do edital de licitação devem ser relevantes, de forma a garantir o cumprimento fiel do contrato a ser firmado.”

²⁴ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL (2ª Região). Apelação Cível/Reexame Necessário nº 0143474-69.2014.4.02.5101. Apelante: FURNAS - CENTRAIS ELÉTRICAS S/A E OUTRO. Apelado: CAPUANO FRETAMENTO E TURISMO LTDA EPP. EMENTA: “In casu, a impetrante restou inabilitada sob o argumento que a documentação apresentada não teria atendido às seguintes exigências do Edital do Pregão Eletrônico, promovido por FURNAS sob o número PE.CSCM.A. 00025.2014, fls. 88/144: a) a Carta de Apresentação de Proposta não estaria com firma reconhecida em cartório; b) a declaração relativa ao cumprimento do art. 7º, inciso XXXIII, da CF/88 não estaria com firma reconhecida em cartório; c) a Proposta Comercial não estava com índices quantitativos.[...] No que tange à Declaração relativa ao cumprimento do disposto no art. 7º da Constituição Federal, conforme cláusula 3.4 da seção III, do edital de fls. 88/144, não há necessidade de sua autenticação, tendo em vista a possibilidade de conferência imediata das assinaturas”

²⁵ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESPÍRITO SANTO. (4º Câmara Cível). Agravo 0018564-40.2011.80.8.0035. Relator Jorge Henrique Valle dos Santos. Julgamento 07 de outubro de 2013. EMENTA: “No caso concreto, tem-se que a empresa impetrante levou consigo os documentos originais para habilitação, somente não procedeu a autenticação dos mesmos, portanto, bastaria que o pregoeiro diligenciasse corretamente para averiguar acerca da autenticidade ou não dos mesmos, ao invés de ater-se ao formalismo exagerado e desclassificar a empresa impetrante por não cumpriram o item do edital que determinava a autenticação dos aludidos documentos”

A utilização de certos termos na fase de habilitação, a falta de documentos autenticados ou com firma reconhecida em cartório, e ainda, a falha na elaboração de certos indícios quantitativo são apenas exemplos da atual aplicação exacerbada do princípio do formalismo. Diante disto, as consequências se apresentam demasiadamente prejudiciais visto não ser, no mínimo, razoável a desclassificação da proposta mais vantajosa para a Administração Pública na hipótese de meros equívocos, devendo ser desconsiderado o excesso de formalismo que venha a prejudicar o interesse público.

Indubitável é o dever de seguir um processo formal definido em Lei para dar aplicabilidade ao procedimento licitatório, todavia o objetivo nevrálgico da contratação mais vantajosa e que atenda o interesse da coletividade não deve ser depreciado em prol de formalidades ilógicas.

Entretanto, ocorre que, de um lado da moeda observa-se uma legislação com três artigos diferentes que apresentam explicitamente a necessidade de aplicação de certos formalismos, artigos, 3º, 4º e 41 da Lei 8.666/1993. Já no outro lado da mesma moeda, doutrinadores, e tribunais de controle clamam pela necessidade de moderar o formalismo e aplica-lo somente quando essencial. Entre esses dois lados, a figura do Administrador Público, que, por vezes despreparado, tem o dever adequar a aplicabilidade de cada princípio aos casos concertos que enfrenta.

Nesse sentido, seja por uma espécie de conservadorismos, segurança, ou o simples desejo de beneficiar algum concorrente, torna-se frequente a rasa interpretação e conseqüente utilização da legislação fria, bem como a exclusão de coparticipes do certame pelo simples fato de verificarem pequenas falhas ou desatenção à forma exigida.

Diante deste cenário, o procedimento licitatório e suas modalidades quando submersos pelo formalismo excessivo acaba por ser caracterizar extremamente burocrático, tendo em vista o extremo rigor, as complexas normas, a demora excessiva na realização de processos e os

engessados procedimentos aplicados pelo Agente Público. Ocorre que, a burocratização do processo licitatório além de prolonga-lo ainda mais, acaba por torna-lo mais custoso, afastando inúmeros licitantes e dificultando, claro, a obtenção da proposta mais vantajosa

Perante o exposto, o encadeamento do formalismo exacerbado, seguido da extrema burocracia, rigor e procedimentos engessados, resultam em um maior tempo despendido na realização de um processo licitatório, e quanto maior esse tempo, maior a demora no recebimento, pela Administração Pública e pela sociedade, dos bens, serviços ou obras licitadas, se distanciando ainda mais do objetivo preconizado pelo processo licitatório.

Nesse sentido, sucede-se que, quanto mais recorrente o referido cenário se apresenta, maior é a busca por formas de contratação que não se utilizem, necessariamente, das seis modalidades abordadas, evitando assim, enfrentar suas especificidades, exceções e formalismos, já que atualmente, não apresentam qualquer vantagem, nem para o concorrente, nem para Administração. Essas exceções ao dever de licitar, e às modalidades que já foram deslindadas serão profundamente bordadas em seguida.

3.2 Exceção a Obrigatoriedade de Licitar

Indubitável é o forte movimento de legalização do processo licitatório desenvolvido durante anos. A uniformização das regras de licitação tinha como objetivo criar um só parâmetro para todo o Estado, ainda que este se apresentasse excessivamente formal, rígido e burocrático. Respalhada pela presunção constitucional de que a prévia licitação resulta na contratação mais vantajosa, a busca pela padronização das normas licitatórias acabaria, teoricamente, restringindo a discricionariedade do Administrador Público. O que na prática, conforme abordado, não é dessa forma que acontece.

Em que pese o fato da realização de procedimento licitatório ser compreendido como regra geral nos negócios jurídicos realizados pela Administração, seja pelo dever constitucional de licitar, seja pela aplicação inerente dos princípios e valores legais, o mesmo artigo 37 da

Magna Carta, já abordado no capítulo denominado “OBRIGATORIEDADE CONSTITUCIONAL DE LICITAR”, inicia sua redação afirmando a possibilidade de afastamentos do processo licitatório ao utilizar a expressão “ressalvados os casos especificados na legislação”

Sucedese que, o próprio texto constitucional estabeleceu possíveis limitações que deveriam ser especificadas na legislação pertinente, mas que permitiram então, a possibilidade da realização da contratação direta, ou seja, a escolha da melhor proposta aconteceria livremente, sem a necessidade de seguir qualquer uma das seis modalidades de licitação e seus prolongados procedimentos.

Em outras palavras, a expressão inicial do artigo 37, XXI, permitiu que, configuradas certas hipóteses de afastamento do dever de licitação, o Administrador estria autorizado a realizar a contratação direta, isto é, sem o prévio procedimento licitatório. Essas hipóteses, detalhadas na Lei 8.666/1993, ocorrem quando o processo de licitação se torna impossível e inviável de se praticar ou quando este, caso realizado, acabaria por frustrar o princípio basilar do procedimento licitatório que é a busca pela satisfação do interesse público.

As exceções a contratação mediante processo licitatório se apresentam como um procedimento alternativo para o melhor atendimento do interesse coletivo, ocorre que, todas as hipóteses açambarcadas pelas exceções devem estar em conformidade com o determinado na regulamentação específica. Destarte estabelece Jessé Torres Pereira Junior²⁶ que, conforme determinado pela Lei nº 8.666/1993, existem situações em que “a Administração recebe da lei o comando para a contratação direta (hipóteses do art. 17, I e II); há outras em que a Administração recebe da lei autorização para deixar de licitar, se assim entender conveniente ao interesse do serviço (art. 24)”, e ainda existem as hipóteses “em que a Administração defronta-se com inviabilidade fática para licitar, anuindo a lei em que é inexigível fazê-lo (art. 25)”.

²⁶ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Comentários à lei de licitações e contratações da Administração Pública. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 166

Nesse sentido, ressalta-se que a contratação direta, a princípio, fora estabelecida de forma excepcional (excepcionalidade esta que será debatida posteriormente) para viabilizar a contratação de determinado serviço, bem ou obra, cuja a instauração de processo licitatório não se apresentaria como o melhor meio da Administração escolher a proposta mais vantajosa. De sorte, para gerar efetividade, o Agente Público deveria, teoricamente, reconhecer a inviabilidade ou impossibilidade de competição, além de demonstrar a razão da escolha específica de determinado particular para firmar o acordo. Cabe registrar que o princípio da obrigatoriedade de licitação, cede espaço para outros princípios legais e constitucionais, visando atender o interesse público.

Percebida por alguns doutrinadores como a sétima modalidade de licitação, a contratação direta pode ser subdividida em três modalidades: contratação direta por inexigibilidade, por licitação dispensada e por licitação dispensável. Entender as referidas submodalidades, torna-se essencial para compreensão da problemática protagonista do presente trabalho monográfico no que tange a aplicabilidade da Lei de Licitações, bem como os obstáculos enfrentados pelo Administrador Público para a correta interpretação e adequação dos dispositivos legais aos casos concretos. Em especial, salienta-se a contratação direta por licitação dispensável, que, repleta de detalhes, esteve no epicentro de recentes escândalos envolvendo condutas ilegais de grandes empresas nacionais e agentes públicos.

3.2.1 Contratação Direta – Inexigibilidade

Estabelecida pelo artigo 25²⁷ da Lei 8.666/1993, esta submodalidade é caracterizada pela inviabilidade ou impossibilidade de competição, ou seja, o procedimento licitatório será

²⁷ Art. 25 É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes; II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação; III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

inexigível quando, por quaisquer motivos, fáticos ou jurídicos, possa caracterizar-se a inviabilidade na elaboração de um certame. Nesse sentido, a Lei Federal em comento incluiu três incisos contendo um rol exemplificativo das hipóteses em que se verifica a inexigibilidade de realização do procedimento licitatório.

O primeiro inciso faz referência a aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por um único produtor. Este inciso está amplamente relacionado com o direito de propriedade intelectual estabelecido na Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996 que regula direitos e obrigações relativos à matéria. Já o segundo inciso determina que a licitação será inexigível para a contratação de certos tipos de serviços técnicos enumerados pela lei, atentando-se para a notória especialização da empresa ou profissional envolvido. E por último o terceiro inciso trata da contratação de profissional de qualquer setor artístico

De sorte, salienta-se que o legislador, optou por elencar, de forma exemplificativa, as três principais conjecturas para permitir que o Administrador Público, ao analisar o caso concreto, e se assim entender, reconheça a impossibilidade de realização do certame. Desse modo, torna-se possível deduzir que os incisos do referido artigo tratam-se de um o rol exemplificativo tendo em vista a expressão “em especial” utilizada no final do *caput*. Corroborando com o entendimento, posicionou-se o Tribunal de Contas do Estado do Paraná ao afirmar que “Os casos de inexigibilidade de licitação não se exaurem nas disposições legais, as quais consignam, apenas exemplificativamente, algumas situações”.²⁸

Nesse sentido, torna-se necessário destacar que a inviabilidade de competição mencionada no artigo 25 pode ser estabelecida de duas formas diferentes, sendo a primeira relacionada à ausência de pluralidade de concorrentes em condições reais de firmar uma contratação com a Administração Pública, isto é, inexigibilidade advinda do sujeito. E a segunda forma está relacionada às peculiaridades e características inerentes à atividade a ser

²⁸ PARANÁ. Tribunal de Contas do Estado. Processo nº 4707-02.00/93-5. Disponível em: <www.tce.pr.gov.br>. Acesso em 8 de junho de 2018

desenvolvida, objeto do procedimento licitatório, ou seja, inexigibilidade advinda do objeto. Nesse sentido preconiza Marçal Justen Filho:

“As causas de inviabilidade de competição podem ser agrupadas em dois grandes grupos, tenho por critério sua natureza. Há uma primeira espécie que envolve a inviabilidade de competição derivada de circunstâncias atinentes ao sujeito a ser contratado. A segunda espécie abrange os casos de inviabilidade de competição relacionada com a natureza do objeto a ser contratado.”²⁹

Diante do exposto, importante é evidenciar a problemática semântica relacionada a esta submodalidade de contratação direta, visto a utilização do termo subjetivo “notória especialização”, ainda que minuciado no §1º do mesmo artigo, por si só já é propenso a ambiguidade, tanto que inúmeros estudiosos e intérpretes tem-se aplicado a revelar suas facetas³⁰. Nesse sentido, inexigibilidades de licitação justificadas no inciso II, sobretudo no termo “notória especialização”, ainda enfrentam importantes impasses durante o procedimento.

Além disso, destaca-se também o embaraço ocasionado por vários casos elencados no rol do artigo 24, referente ao processo de licitação dispensável, que apresentam inviabilidade de competição, mas não foram reconhecidos pelo legislador como hipótese de inexigibilidade. Essa e outras temáticas serão deslindadas em seguida, para uma melhor compreensão.

3.2.2 Contratação Direta – Licitação Dispensada

Estabelecida pelo artigo 17 da Lei 8.666/1993 esta submodalidade refere-se às hipóteses de alienação dos bens móveis e imóveis da Administração Pública que estão subordinados à existência de interesse público. De pronto, ressalta aos olhos a expressão “alienação de bens públicos”, visto que, em regra, são inalienáveis porquanto afetados pelo seu uso. Entretanto a Lei Federal em comento, esclarecendo melhor as condições, previu diferentes formas de lidar

²⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 8. ed., Dialética, 2001 p. 277

³⁰ MOTTA, Carlos pinto Coelho. Eficiência nas licitações e contratos, 9. ed. Brasília: Del Rey, 1994. p248

com a alienação no que tange a de bens imóveis (objeto do inciso I do referido artigo) ou a de bens móveis (objeto do inciso II do referido artigo).

Nesse sentido, acerca do conceito Gasparini afirma que trata-se de hipótese de exceção na qual a “Administração Pública está excluída da obrigação de licitar por força legal. Assim, a licitação dispensada é a ocorrência na realidade da hipótese legal em que a Administração está liberada de licitar por expressa determinação dessa lei”.³¹

Diante disto, no que concerne a problemática central abordada no presente trabalho monográfico, torna-se necessário destacar a ideia inicial de que licitação dispensada seria caracterizada pela total ausência de discricionariedade do Administrador Público, visto que, a princípio, o legislador já teria preponderado que realizar a licitação não seria o procedimento adequado nos casos determinados pelo artigo.

Ocorre que este posicionamento não possui unanimidade doutrinária, porquanto operadores do direito asseveram que sempre que a competição for possível se deve proceder à licitação, não existindo qualquer ponderação imutável. Por essa razão, indubitável é que o impasse doutrinário e a abertura semântica da Lei refletem diretamente na aplicabilidade, interpretação e correta adequação das hipóteses previstas no artigo em comento pelo Administrador Público.

De sorte, cabe registrar, ainda que o artigo 17 da referida Lei Federal apresente rol, a princípio, taxativo, afastando, para alguns doutrinadores completamente, as hipóteses de procedimento licitatório, os demais requisitos inerentes a escolha do destinatário do bem devem, necessariamente, serem respeitados. Portanto, ainda necessita-se de motivação prévia para venda do bem, essa baseada no interesse público, avaliação prévia e, no caso de imóveis, autorização legislativa, o que torna seu procedimento mais formal, prolongado.

³¹ GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.p.506

3.2.3 Contratação Direta - Licitação Dispensável

A submodalidade protagonista do presente trabalho monográfico, fora estabelecida pelo artigo 24 da Lei 8.666/1993 e é caracterizada pela inconveniência à satisfação do interesse público, isto é, tratam-se de hipóteses em que, existindo motivação, prevista legalmente, que recomende ou reconheça a desnecessidade da competição, fica facultada à Administração realizar a dispensa do processo licitatório, se assim lhe convier. Nesse sentido, a contratação direta torna-se possível tendo em vista o resguardo ao interesse público que seria diretamente afetado em determinados casos concretos, desse modo assevera Joel de Menezes Niebuhr:

“Percebe-se que só é pertinente aludir à dispensa de algo que poderia ser realizado. Só se dispensa aquilo de que se dispõe, não o que está fora do alcance. Assim sendo, dispensa de licitação pública ocorre só quando seria possível a competição, porém, se dessa maneira se procedesse, impedir-se-ia à satisfação do interesse público. A dispensa de licitação pública pressupõe invariavelmente a possibilidade de realizá-la, mesmo que isso impusesse sacrifício ao interesse público. Ela é, em última análise, o mecanismo de que se vale o legislador para salvaguardar o interesse público, sopesando os valores que o circundam, evitando que a realização de licitação pública erga barreiras à plena consecução dele.”³²

De sorte, nos casos determinados pelo legislador, será discricionária a decisão de fazer ou não a licitação, devendo-se utilizar como parâmetro a equação custo-benefício, onde a licitação tendo um custo superior aos benefícios dela decorrentes poderá ser dispensada.

Essas hipóteses estão elencadas, de forma taxativa, nos trinta e cinco incisos contidos no artigo em comento que, exaustivamente, oferece relativa margem ao Agente Público, interprete inerente, não admitindo, na teoria, qualquer possibilidade ampliação. Desse modo, para que a contratação direta seja realizada sob a justificativa a licitação dispensada a Administração Pública deverá identificar se o caso concreto em questão encontra-se em alguns dos incisos do

³² NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. São Paulo: Dialética, 2003

artigo 24 da referida Lei Federal, se negativo, não poderá dispensar. Registra-se aqui a advertência trazida pela Professor Adilson Abreu Dallari:

“Sendo a licitação sempre exigível, como regra geral, e considerando o princípio constitucional da legalidade, entendemos que a dispensa não pode ser feita por mero e puro ato administrativo, exigindo sempre a existência e a menção de determinado e específico dispositivo legal como seu fundamento de realidade”³³

Nesse sentido, compreendido que a contratação direta embasada na dispensa de licitação deve, necessariamente ser justificada conforme legislação, preenchendo todos os seus requisitos, torna-se simples o entendimento de um rol taxativo estabelecido. Ou seja, o legislador determinou que ao Administrador Público não está permitido exercer qualquer engenhosidade na aplicabilidade das hipóteses previstas em lei, que tratam-se então de *numerus clausus*, isto é, somente as hipóteses expressamente indicadas pelo Legislador comportam dispensa de licitação. Dessa maneira corroborou Jessé Torres:

“As hipóteses de dispensabilidade do art. 24 constituem rol taxativo, isto é, a Administração somente poderá dispensar-se de realizar a competição se ocorrer uma das situações previstas na lei federal. Lei estadual, municipal ou distrital, bem assim regulamento interno de entidade vinculada, não poderá criar hipótese de dispensabilidade”³⁴

Destarte, considerando que o referido rol taxativo encontra-se nos trinta e cinco incisos constantes no artigo 24 da Lei Federal em comento, torna-se necessário abordar as hipóteses de contratação direta por licitação dispensável mais corriqueiras e suas principais características, atentando-se ao que toca a problemática abordada no presente trabalho monográfico, em especial, os obstáculos enfrentados pelo Administrador Público na correta interpretação e aplicabilidade da legislação. Para a pronta referência, torna-se relevante a análise do quadro abaixo que refere-se ao processo e valor de compra das dispensas de licitação por inciso do ano de 2011:

³³ DALLARI, Adilson Abreu. Aspectos jurídicos da licitação. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 61

³⁴ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública. 6. Ed. rev., atual. E ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 259

Inciso de Dispositivo legal	Processos de Compra	Valor de Compra
<i>Caput</i>	17	413.046,10
INCISO I	1.900	17.384.916,05
INCISO II	170.602	418.919.251,03
INCISO III	126	322.668,08
INCISO IV	2.830	789.834.381,68
INCISO V	578	39.604.423,58
INCISO VI	18	6.720.090,79
INCISO VII	129	2.977.054,33
INCISO VIII	878	394.309.169,61
INCISO IX	6	13.476.385,21
INCISO X	934	334.118.291,11
INCISO XI	199	246.184.199,01
INCISO XII	86	14.558.385,21
INCISO XIII	1.494	2.191.508.987,58
INCISO XIV	11	43.207,90
INCISO XV	15	1.139.685,00
INCISO XVI	199	1.793.487.845,78
INCISO XVII	640	3.264.992,07
INCISO XVIII	13	3.767.232,50
INCISO XIX	3	2.380.680,00
INCISO XX	11	11.426.350,34
INCISO XXI	3.690	174.651.074,74
INCISO XXII	1.322	522.039.607,66
INCISO XXIII	54	10.290.002,05
INCISO XXIV	62	34.233.874,22
INCISO XXV	6	365.014.259,00
INCISO XXVI	10	1.728.711,56
INCISO XXVII	11	38.117,09
INCISO XXVIII	149	37.091.393,22
INCISO XXIX	1	870.000,00
INCISO XXX	151	195.512.867,55
INCISO XXXI	6	17.395.699,34
Total	186.301	7.646.697.849,80

Nesse sentido, observa-se que o quadro acima fora apresentado por Jacoby Fernandes em sua obra, *Contratação Direta Sem Licitação*³⁵, e que por meio deste, torna-se perceptível que as hipóteses de contratação direta por dispensa de licitação são mais comuns quando relacionadas aos incisos I, II, IV e XXI, do artigo 24 da referida em comento, quais sejam relacionados à obras e serviços de engenharia de pequeno valor; serviços e compras de pequeno valor;

³⁵ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Contratação direta sem licitação* 10. ed., p.153

emergência ou casos de calamidade pública; aquisição de bens para pesquisas científicas e tecnológica.

No que pese o quadro acima referir-se a quantidade de processos de compra, bem como seus valores, referentes a 2011 (ainda que apresentando em uma recente obra do referido doutrinador, qual seja a décima edição, e ano de 2016), torna-se plenamente possível observar a discrepância da ocorrência de algumas hipóteses em relação a outras. Por essa razão, ainda que recentes alterações legislativas tenham inserido mais quatro incisos no debatido rol taxativo, para melhor abordar a temática do presente trabalho monográfico é preciso se atentar somente às hipóteses mais recorrentes, quais sejam as dispensas em razão do valor e em razão de situações de emergência ou calamidade pública.

Desse modo, determinado pelos incisos I e II do artigo em comento, destaca-se, inicialmente, as dispensas em razão do valor, isto é, tratam-se de hipóteses em que o legislador considerou não ser justificável a abertura da licitação em vista do custo para abertura e concretização do procedimento licitatório, para contratações de pequena monta.

Diante disso, é permitida a contratação direta quando o valor do objeto for inferior a 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso I do artigo 23 da mesma lei, ou seja 10% de R\$150.000,00, para obras e serviços de engenharia e inferior a 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do mesmo artigo 23, ou seja, 10% de R\$80.000,00, para outros serviços e compras.

De sorte, além de atentar-se para os limites determinados e categoricamente restritos das referidas hipóteses, salienta-se a extrema cautela devida pelo Administrador Público no que tange ao risco de fracionamento de despesas. Isto é, não é possibilitado nem ao Agente, nem ao coparticipe fracionar despesas quando estas se refiram a parcelas de um mesmo objeto de valor superior aos indicados pelos incisos, desse modo se posiciona Jorge Ulisses Jacoby ao afirmar que “veda a lei que, nenhuma obra ou serviço, a Administração proceda ao parcelamento e

utilize-se do dispositivo para realizar cada uma das parcelas sem licitação. Típico caso de parcelamento para ludibriar a legislação e o princípio da licitação.”³⁶

Em continuidade, ressalta-se então o inciso IV do mesmo artigo que faz referência às hipóteses em que as licitações são dispensadas em razão de emergência ou calamidade pública. Em outras palavras, isso significa dizer que em situações anormais caracterizadas pela emergência no atendimento a eventualidades relacionadas bens essenciais, pode o Administrador Público dispensa a licitação e realizar a contratação direta.

Atenta-se entretanto, que a correta aplicabilidade desse inciso depende de uma sucessão de acontecimentos, quais sejam: (i) ocorrência de situação de emergência ou calamidade pública; (ii) necessidade de urgência no atendimento da situação; (iii) existência de risco a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares; (iv) limitação da contratação emergencial à parcela necessária ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa.

Nesse sentido, cabe observar que além do conteúdo altamente casuístico encampado pelo inciso em comento, o conceito de “emergência”, ponto nevrálgico para a sua correta interpretação e aplicação, trata-se de um conceito jurídico extremamente indeterminado, de modo que a discricionariedade do Administrador torna-se primordial na determinação, diante dos casos concretos analisados, do que deve ser considerado emergência ou não. Desse modo, conforme nos ensina Niebuhr, o Administrador somente deve optar pela dispensa de licitação se o interesse público estiver sujeito, de forma concreta, a risco de sacrifício ou gravame de monta.³⁷ Essa abertura semântica dificulta, e muito, a análise realizada pelo Agente Público, que, a todo momento possui a responsabilidade de sopesar situações incomuns.

Além disso, cabe registrar a impossibilidade de se justificar emergência tendo em vista a falta de prevenção da autoridade competente, ou seja, o inadequado planejamento das ações

³⁶ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Contratação direta sem licitação. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum,, p.295-296

³⁷ NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação pública e contrato administrativo. Curitiba: Zênite, 2008. p. 65

devida pelos órgãos responsáveis não admite a posterior solicitação de contratação direta sob argumentação de situação emergencial. Entretanto, no que pese se tratar de posicionamento unânime, tanto da doutrina quanto dos Tribunais de controle, o que ocorre, na prática, são inúmeras situações de emergência decorrentes da inércia proposital visando beneficiar determinados indivíduos.

De todo modo, as situações emergências devem ser compreendidas restritamente, sendo caracterizadas por hipóteses de inerente ameaça ao interesse da coletividade onde a única solução seria a contratação direta. Entretanto, diante da clara abertura semântica no que tange aos conceitos relativos à essa hipótese de dispensa, bem como os reais obstáculos enfrentados para a sua correta interpretação e aplicação, alerta Jessé Torres Pereira Júnior "os abusos na dispensa de licitação por suposta emergência multiplicam-se, sendo possível afirmar que o volume das aquisições sem licitação suplanta o daquele decorrente da competição pública, graças, em parte, à aplicação descriteriosa do permissivo da emergência"³⁸.

Indubitável é a complexidade e morosidade dos procedimentos licitatórios estabelecido pelas diferentes modalidades já abordadas, visto isso, torna-se hodierno que tanto o Administrador Público quanto os interessados no certame busquem formas de se distanciar da licitação, ainda que para tal, seja necessário alargar determinados conceitos ou desrespeitar os requisitos inerentes à contratação direta. Ocorre que, muitas vezes, o processo licitatório é dispensado de forma indevida ou aparece eivado de uma série de irregularidades, em face de condutas fraudulentas. Essa e outras consequências serão deslindadas, ainda no presente trabalho, oportunamente.

3.3 Licitação Como Regra ou Exceção

Consoante aos princípios, valores e conceitos inerentes ao processo licitatório, já debatidos anteriormente, bem como o modo que este procedimento está sendo empregado, torna-se evidente um encadeamento de circunstâncias que distanciam cada vez mais a

³⁸ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 265

Administração Pública e seus Administrados da obrigatoriedade Constitucional de licitar. Isto ocorre, entre outras conjunturas, devido ao formalismo exacerbado, seguido da extrema burocracia e rigor dos procedimentos engessados, somado às injustas, e por vezes ilegais, inabilitações ou desclassificações de propostas, que geram inúmeros recursos tanto administrativos quanto judiciais, resultando em maiores despesas e prolongando ainda mais o processo licitatório.

Ocorre que, diante deste cenário, comum é a busca por diferentes formas de contratação que não se utilizem, necessariamente, das seis modalidades padrão (concorrência, a tomada de preços, o convite, o concurso, o leilão e o pregão), evitando, ao máximo, enfrentar suas especificidades, bem como todas as circunstâncias elencadas acima. Somado a isso, conforme mencionado por Carlos Pinto Coelho Motta³⁹, ao lembrar o Professor Fernando Andrade de Oliveira, a nossa legislação apresenta clara tendência a ampliar o número de exceções à obrigatoriedade constitucional de licitar, ou seja, o rol de hipóteses legais de contratação direta, seja por dispensa ou inexigibilidade é cada vez maior, conforme quadro:

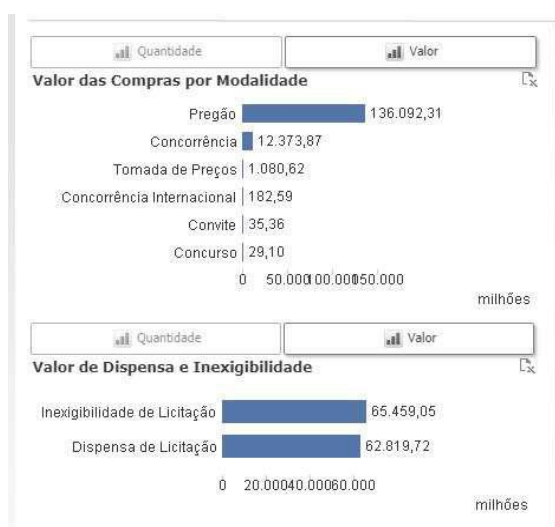
Texto Legal	Dispositivo	Número de Hipóteses
Código de Contabilidade - 1992	Art. 246	4 - Dispensa
Decreto lei 200/67	Art. 126	9 – Dispensa
Decreto 73.140/73	Art. 8º	8 – Dispensa
Decreto 2.3000/86	Art. 22	11 – Dispensa
	Art. 23	4 – Inexigibilidade
Redação original Lei 8666/93	Art. 24	24 – Dispensa
	Art. 25	3 - Inexigibilidade

Isto posto, indubitável é a apreensão causada ao observarmos o crescente número de hipóteses legais de dispensa ou inexigibilidade demonstrado pelo quadro de evolução legislativa. Em vista disso, tornar-se evidente que o preceito da obrigatoriedade constitucional de contratação mediante a processo licitatório divide espaço com o que ainda é compreendido e nomeado pela maioria dos doutrinadores como exceção, mas se melhor observado, os mais

³⁹ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Eficiência nas licitações e contratos, 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.p. 221

de trinta e cinco incisos atualmente presentes na Lei das Licitações, acabam por distanciar a classificação das hipóteses de contratação direta como hipóteses incomuns.

Consoante aos dados apresentados pelo professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes⁴⁰, após um ano completo da entrada em vigor da Lei Federal em comento, a inexigibilidade e a dispensa de licitação teriam atingido o percentual de 42,7% do demonstrativo das despesas. Já em 2016, segundo o jornal *Metrópole*, após apuração dos dados do Portal de Compras do Governo Federal, os contratos com empresas escolhidas sem concorrência alcançaram 60,7% do demonstrativo⁴¹. Nesse sentido, inequívoco é que a obrigatoriedade constitucional de licitar continua cedendo cada vez mais espaço para contratação direta, conforme observa-se no quadro abaixo, disponibilizado pelo mesmo Portal de Compras, acerca das compras realizadas pela Administração Pública no período entre 2013 e 2018⁴²:



Dados

Modalidade de Compras	Quantidade de Compras
	637.598
Tomada de Preços	3.038
Concorrência	2.750
Convite	694
Concorrência Internacional	155
Pregão	126.629
Dispensa de Licitação	404.635
Inexigibilidade de Licitação	99.600
Concurso	97

Isto posto, salienta-se que conforme análise dos quadros acima, o primeiro referente aos valores envolvidos nas compras e serviços e o segundo referente à quantidade, salienta-se que

⁴⁰ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficiência nas licitações e contratos*, 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.p. 212

⁴¹ RODRIGUES, Larissa. *Exceção virou regra: governo federal faz 53% das compras sem licitação*. Disponível em: <<https://www.metropoles.com/brasil/excecao-virou-regra-governo-federal-faz-53-das-compras-sem-licitacao>>. Acesso em 20 de junho de 2018

⁴² Disponível em <<https://www.comprasgovernamentais.gov.br/>>. Acesso em 24 de maio de 2018

nos últimos cinco anos, no que pese o somatório de valores das compras referente à contratação direta se assemelharem ao total referente à modalidade pregão, quando analisada a quantidade, a contratação direta se apresenta quase cinco vezes maior.

Diante disso, analisando os aspectos anteriormente abordados, cabe observar ainda que a busca pela melhor oferta do certame é acompanhada por uma série de gastos que muitas vezes não justificam o procedimento, se analisados pelo aspecto puramente econômico. Sendo assim, o alto custo inerente ao processo licitatório, tanto para Administração quanto para os coparticipes da concorrência, é, por vezes, capaz de afastar o interesse no certame por ambos os lados, distanciando ainda mais a licitação da regra geral, faltando bem pouco, conforme observado no quadro acima, para se tornar uma completa exceção.

Desse modo, cautelosa deve ser a utilização dessas exceções para evitar ao máximo a proliferação de preferências imotivadas, o que acaba, conseqüentemente, beneficiando terceiros de forma injusta e ilegal. Atentando-se, no entanto, que assim como a Magna Carta determinou a realização do processo licitatório, ela também possibilitou o instituto da contratação direta, e por isso não deve um ser compreendido como consequência da transparência Administrativa, e o outro, transformado em ato obscuro e incorreto. Ambos, com seus requisitos e princípios são parte do instituto responsável por perseguir a satisfação do interesse público e por isso, devem ser respeitados e aplicados conforme o caso concreto enfrentado pelo Agente Público.

De fato, frequente é a utilização da contratação direta como forma de suprir as deficiências da organização na gestão interna e de eventual modalidade de licitação, além disso, a ausência de discussões sobre as inúmeras hipóteses de contratação direta, ou melhor, a ausência de unanimidade nas referidas discussões, somada a abertura semântica, elasticidade conceitual, falta de sistematização e clara confusão na aplicabilidade das referidas hipóteses, criam grandes obstáculos para o Administrador, no que toca a correta interpretação e adequação nos casos concreto, além de instituir uma séria de deformações dificultando ainda mais a compreensão do instituto. Esses referidos obstáculos já brevemente abordados ao longo do presente trabalho, ganham especial atenção no capítulo que segue.

4. OBSTÁCULOS ENFRENTADOS PELO ADMINISTRADOR PÚBLICO

Haja vista toda análise abordada durante o presente trabalho monográfico acerca dos conceitos inerentes ao processo licitatório, bem como os princípios legais e constitucionais, as modalidades e suas exceções e ainda, as especificidades procedimentais, observa-se que, por vezes, foram deslindadas questões de âmbito organizacional e os obstáculos oriundos desse sistema. Entretanto, torna-se importante aludir outro grande protagonista da temática em voga, que aparentemente trata-se apenas de inconveniências decorrentes estritamente do cumprimento da Legislação Federal em comento, porém, se melhor analisado, a problemática principal agora deslindada encontra-se no gerenciamento ineficaz do processo licitatório.

Segundo Carlos Pinto Coelho Motta, o gerenciamento ineficaz, mazela comum na Administração Pública em geral, deve ser entendido como a incapacidade de compreensão da ordenação legal em sua operacionalização. Isto é, gerenciamento ineficaz pode relacionar-se às “deficiências técnicas e instrumentais, pessoal inadequado, inexperiência, estruturas organizacionais pesadas e limitativa, estrutura de autoridade mal definida, atribuições e tarefas mal delineadas – enfim, uma serie de causas organizacionais que envolvem a má leitura administrativa”⁴³.

À vista disso, o gerenciamento ineficaz do processo licitatório pode ser compreendido, por vezes, como resultado das deficiências inerentes à própria Lei 8.666/1993, conforme debatido nos capítulos anteriores, no entanto, soma-se a isso, recorrentes conjunturas relacionadas às concessões indevidas, perda de propostas mais vantajosas, modalidades selecionadas incorretamente, princípios ignorados e atrasos procedimentais, fruto de ações e omissões, intencionais ou não, do Administrador Público.

Inicialmente, cabe registrar que o Agente Público em referência é toda pessoa física que presta serviço ao Estado ou às pessoas jurídicas da administração indireta. No que concerne o processo licitatório, esse Agente é responsável por conduzir todo o procedimento isentando-se

⁴³ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Eficiência nas licitações e contratos, 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p.12

integralmente de qualquer participação e/ou envolvimento com os concorrentes, a fim de evitar predileções e benefícios imorais e ilegais. Desse modo, possui a primordial tarefa de interpretação, adequação e aplicação das diretrizes inerentes ao referido procedimento.

Nesse sentido, tendo em vista o gerenciamento ineficaz do processo licitatório, deve-se atentar que as circunstâncias utilizadas como argumento para justificar as referidas ações ou omissão cometidas pelo Administrador perpassam desde a falta de capacitação dos partícipes do certame, incluindo aqui o próprio Agente, até a deficiente estruturação dos entes públicos responsáveis por selecionar os concorrentes, seus projetos, bem como monitorar e fiscalizar os valores repassados pela Administração.

Ademais, a estes obstáculos, acrescenta-se a complexidade dos procedimentos licitatórios e o prologado tempo que demandam, somando-se ainda, a abertura semântica de diversos conceitos, o que possibilitou aos Agentes Públicos que alargassem cada vez mais os termos utilizados pelo legislador, abandonando procedimentos pré-determinados bem como seus requisitos legais. Acerca desse contexto, assevera Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

“A descrença na eficácia do instituto da licitação, a falta de treinamento dos recursos humanos envolvidos nas Comissões de Licitação e a impunidade frequente para os que violam as prescrições sobre o tema foram fatores que contribuíram para a formação, em determinados setores, dessa visão distorcida.”⁴⁴

Nesse sentido, tendo em mente todos os conceitos e valores abordados no presente trabalho, torna-se descomplicado a compreensão dos obstáculos enfrentados pelo Administrador Público quando estes analisados sob dois prismas distintos. Ambos os prismas são inerentes ao formal procedimento licitatório e suas exceções, entretanto o primeiro, diz respeito à aplicação das regras características desse procedimento, já o segundo prisma diz respeito à interpretação que por vezes deve ser realizada para alcançar a correta percepção dos institutos pertinentes.

⁴⁴ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Contratação direta sem licitação. 10. ed. Belo Horizonte: Fórum, 20016. p.152

Em outras palavras, assim como o Administrador, ao se deparar com determinados obstáculos, comete condutas falhas e incompatíveis com o cumprimento das diretrizes preconizadas pela Lei Geral de Licitações em razão de exigências, excessos de ritos e prazos, considerados, de um certo ângulo, conflitante com a racionalidade funcional, não menos falhas e incompatíveis são as condutas advindas da aplicação e interpretação equivocadas, ou até mesmo distorcidas, por parte dos Agentes Públicos, de comissões de licitações e de operadores do Direito em geral.

Dessa forma, o primeiro obstáculo encontra-se no rigor inerente ao procedimento licitatório e suas modalidades, por vezes caracterizado como consequência dos princípios legais, como julgamento objetivo e vinculação ao instrumento convocatório, este, não pode ser aplicado pelo Agente Público sem nenhum tipo de critério. Ainda que perceptível em alguns artigos do dispositivo legal em questão, torna-se necessário um balanceamento para que licitantes interessados no certame não sejam prejudicados pela excessiva rigidez depreendida em razão das inúmeras especificidades e exigências do procedimento.

Nesse sentido, torna-se necessário que o Administrador analise cada hipótese concreta e, caso perceba sua incidência, afaste o excesso de controle, formalismos e tramites meramente burocráticos que nada estão relacionados ao propósito desenvolvido pelo instituto da licitação. Entretanto, ainda que existam muitas críticas válidas aos moldes em que se configurou a Lei Geral de Licitações, não pode se imputada a ela toda irregularidade concernente aos equívocos, e danos causados no que tange à aplicabilidade do processo licitatório,

Dessa forma, a maneira como os dispositivos da Lei 8.666/1993 têm sido interpretados e aplicados pelo Administrador Público, apresenta-se como o segundo importante obstáculo a ser abordado. Nesse sentido, a prevalência de conceitos indeterminados e inadequada utilização de técnicas legislativas são, sem dúvida empecilhos que dificultam a interpretação e a correta aplicação dos dispositivos por parte do Agente. A confirmação da referida indeterminação de diversos conceitos, como urgência, emergência, calamidade pública, bem comum, etc. e

dificuldade de interpretação pode ser constatada pelos inúmeros entendimentos e orientações divulgados pelos Tribunais de Contas dos Estados e União.

Nesse sentido, as inúmeras condutas equivocadas que resultam em diferentes consequências, desde a inabilitação injusta de um concorrente até sua resolução em processos administrativos e judiciais, têm diferentes origens. Contudo, cabe registrar que as maiores questões, no que toca os obstáculos enfrentados pelo Administrador, decorrem da análise inicial para avaliar se a contratação realizada no caso concreto deverá se suceder de forma direta ou por meio de procedimento licitatório.

Diante disso, destaca-se então o último relevante obstáculo enfrentado pelo Administrador Público, também já abordado durante o presente trabalho, qual seja o momento da aplicabilidade da discricionariedade administrativa. Isto é, ainda que minuciosa e extensa a Lei Geral de Licitações, é impossível que esta regule todas as hipóteses concretas de contratação, desse modo, o Agente deve analisar o caso em conjunto com os dispositivos referentes e eleger, entre várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público. Nesse sentido, se posiciona Hely Lopes Meirelles⁴⁵:

“A discricionariedade da administração encontra fundamento e justificativa na complexidade e variedade dos problemas que o Poder Público tem que solucionar a cada passo e para os quais a lei, por mais casuística que fosse, não poderia prever todas as soluções, ou, pelo menos, a mais vantajosa para cada caso ocorrente.”

Se de um lado o Administrador deve-se atentar às formas procedimentais inerentes ao processo licitatório, que buscou positivar minuciosamente as inúmeras hipóteses de contratação, de outro espera-se que este exerça uma ponderada discricionariedade no que toca a análise para indicar se a contratação no caso concreto deverá ser realizada com ou sem licitação. Assim árduo e necessário é o controle para nivelar até que ponto a discricionariedade está sendo exercida com objetivo de superar a complexidade organizacional da Administração

⁴⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 28. ed. atual. Malheiros: São Paulo, 2003. p. 166

e seus procedimentos para melhor atingir o interesse público, ou exercida com outras finalidades imorais e ilegais.

Como e quando será realizado cada espécie de contratação estabelecida pela Lei Geral de Licitações é a grande problemática inerente ao cotidiano da Administração Pública. Princípios, valores e formas procedimentais necessitam de uma profunda interpretação do Agente para promover efetividade na sua aplicação. Ocorre que, essa interpretação, oriunda da discricionariedade do Administrador caminha em uma tênue linha que ora tende par necessidade, ora para ilegalidade, a depender das intenções da comissão de licitação, do pregoeiro ou o Agente responsável pelo procedimento

Nesse sentido, o Lei em comento, deve ser posta em prática e operacionalizada com competência e controle dos órgãos responsáveis, visto que a simples alteração legislativa não vai eliminar comportamentos indesejáveis replicados tanto pelo Administrador Público quanto pelos interessados no certame.

Não se pode olvidar que condutas equivocadas dos Administradores tem, por vezes, origem nos obstáculos enfrentados por estes, seja pelo apego à legalidade e formalismos estreito na aplicação da norma, seja pela incorreta interpretação dos conceitos, princípios e valores inerentes ao procedimento. Entretanto, deve-se atentar também as condutas propositalmente equivocadas, onde as finalidades de determinados institutos, como o da discricionariedade, são desvirtuadas para que interessados na contratação com a Administração sejam beneficiados de forma arbitrária, infundada e intencional.

Escândalos de superfaturamento e improbidade administrativa, tornaram-se recorrentes nos veículos midiáticos do País, desse modo, analisar as consequências das incorretas condutas, tanto do Administrador Público quanto do Administrado, é essencial para a melhor compreensão da problemática abordada no presente trabalho.

4.1 Consequências Atuais

Indubitável é que a Lei Geral de Licitações por meio de suas modalidades de contratação, seja por processo licitatório ou pela contratação direta, buscou demarcar o principal procedimento indicado a selecionar o particular que ofereça a proposta mais vantajosa, ou seja aquela que melhor atende ao interesse público. Ocorre que, somado aos obstáculos abordados no item anterior, tornaram-se cada vez mais comuns procedimentos viciados, com redações capciosas, exigências descabidas e vedações ilegítimas. Nesse sentido, considerando toda a problemática envolvendo a aplicabilidade da Lei em comento, bem como todas as dificuldades enfrentadas pelos operadores do Direito, é de extrema importância analisar as repercussões e implicações deste distorcido cenário.

Nessa perspectiva, a vulnerabilidade das licitações e contratações públicas nunca esteve tão evidente. Axiomático afirmar que a maneira pela qual a licitação é conduzida no Brasil sempre foi extremamente criticada, no entanto, grandes operações policiais envolvendo importantes empresas públicas e privadas escancararam para sociedade os inúmeros casos de superfaturamento improbidade administrativa o que auxiliou reascender os debates que permeiam a presente pauta.

Diante disso, considerando que o processo licitatório vislumbra a melhor contratação, conceituar superfaturamento ganha suma importância, tendo em vista tratar-se de aumento no valor dos bens e serviços, objetos da licitação, com o ensejo de gerar lucro adicional à empresa vencedora do certame, ou mesmo aquela contratada diretamente, em troca de benefícios escusos para o Agente. Em outras palavras, trata-se do aumento injusto de preço do valor do bem ou serviço quando a contratação se dá com a Administração Pública. No mesmo sentido assevera a doutrina de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes⁴⁶:

“Tecnicamente a parcela excedente ao preço justo ou de mercado caracteriza-se como prejuízo. Quando a Administração Pública contrata com preços superfaturados, há o desembolso de despesa em valor excedente, sem

⁴⁶ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Contratação direta sem licitação. 10. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 375

contraprestação, parcela essa que deve ser considerada como prejuízo, como o é qualquer despesa sem amparo legal processada pela Administração. Se é dever indeclinável contratar a preços de mercado, qualquer despesa efetivada além desse limite deve ser reembolsada ao Erário pelo agente responsável direto pela sua efetivação.”

Desse modo, tendo em vista o disposto na Instrução Normativa SAA/CGAIN nº 002/97, de 02.10.2007, a qual estabelece que qualquer preço superior a 5% ao do referencial representaria superfaturamento, destacam-se então as diversas justificativas e motivações para ocorrência do referido ilegal e imoral instituto, que vão desde a ausência de uma ampla e prévia pesquisa de preços dos objetos e serviços que serão contratados até o grande grau de discricionariedade atribuído ao Administrador público e aplicado equivocadamente.

Em especial, acerca do elevado grau de discricionariedade do Administrador Público, obstáculo já abordado anteriormente, salienta-se que, ainda que se faça extremamente necessária, tendo em vista as problemáticas inerentes aos formais procedimentos licitatório, a discricionariedade quando elevada, somada a falta de orientação e controle da Administração pode propiciar práticas de direcionamento da licitação e conseqüente superfaturamento, em especial no que toca as contratações diretas que por serem submetidas a processos menos rigorosos encontram com facilidade diferentes formas de desvio de finalidades.

Nesse sentido, conforme abordado por Angélica Moreira Dresch da Silveira, em seu artigo acerca da função consultiva da Advocacia Geral da União, esclarece que os preços superfaturados, somados à qualidade insuficiente dos materiais aplicados e desequilíbrios contratuais resultam em prejuízos milionários aos cofres públicos:

“Recentemente foi divulgado³⁷ por um estudo do Serviço de Perícias de Engenharia Legal da Polícia Federal, vinculado ao Instituto Nacional de Criminalística (INC), que inspeciona obras públicas sob suspeita, que, entre os anos de 2000 a 2008, foram desperdiçados cerca de R\$15,58 bilhões em

obras (obras analisadas: edificações 33% e estradas 16%) contratadas com recursos da União.”⁴⁷

Nesse íterim, corroborando com a contemporaneidade da temática abordada, registra-se matéria veiculada pelo site do Jornal O Globo⁴⁸, ressaltado que “a Petrobrás usa a inexigibilidade ou dispensa de licitação para fechar um volume expressivo de contratos.” Um levantamento da Transparência Brasil nos contratos da estatal apenas entre 2009 e 2014 teria mostrado que empresas e consórcios citados na Lava-Jato lucraram R\$ 3,6 bilhões em acordos sem concorrência. Cenário que deve ser refletido acerca das possibilidades de superfaturamento em contratações diretas

De sorte, cabe destacar que o superfaturamento, ainda que extremamente importante, apresenta-se apenas como uma das diversas consequências das problemáticas analisadas ao longo do presente trabalho monográfico, no que tange a aplicabilidade da Lei Geral de Licitações, bem como dos obstáculos enfrentados pelo Administrador Público.

Sucedese então, que o encadeamento de atos equivocados, desde a má interpretação e aplicação dos princípios legais e constitucionais, perpassando pelos inúmeros conceitos indeterminados, e condutas equivocadas referentes às escolhas de modalidades e propostas, resultam, como consequências fatais cenários de superfaturamento, prejuízos aos cofres públicos e improbidades administrativas.

A respeito de improbidade administrativa, tema extremamente extenso, destaca-se inicialmente, que, conforme expresso no artigo 10, inciso VIII da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), frustrar a licitude do processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente constituem atos de improbidade administrativa, que causam prejuízos ao erário.

⁴⁷ SILVEIRA, Angélica Moreira Dresch da. A função consultiva da Advocacia-Geral da União na prevenção da corrupção nas licitações e contratações públicas. Debates em Direito Público, Brasília, ano 7, n. 7, p. 59-90, out. 2008.

⁴⁸ Matéria veiculada em 09/02/2015 pelo jornal O GLOBO online. Endereço eletrônico: <<https://oglobo.globo.com/brasil/outros-dois-tipos-de-contrato-permitem-fraudes-na-petrobras-15281925#ixzz4vSetcLGz>> Acesso em 8 de agosto de 2017

Isto é, as licitações e contratações públicas devem ser pautadas em atos de probos, de boa fé e honestidade.

Ocorre que, tendo em vista a problemática e os obstáculos analisados, determinadas condutas do Administrador, intimamente ligado com o desenvolvimento do procedimento licitatório, tendem a afastar da ideia de probidade, tendo em vista, seja por falta de orientação, abertura semântica de inúmeros conceitos ou a proposital conduta improba, a aplicação equivocada das modalidades, dispensas indevidas, desclassificação de candidatos por interesses alheios ao objetivo licitatório, e ainda a contratação com preços superfaturados, tudo isso resultam em atos de improbidade administrativa, isto é, consequência inerente ao cenário de vulnerabilidade da licitação construído.

Como última consequência a ser abordada, salienta-se por fim os tipos legais que constituem os crimes dispostos nos artigos 89 a 99 da Lei nº 8.666/1993. Desse modo, as condutas ímprobas e ilegais, cometidas tanto pelo Administrador quanto pelo Administrado são plenamente puníveis, podendo estas condutas serem enquadradas ainda nas punições previstas na Lei 8.429/92.

De toda sorte, além de atacar o vício detectado no processo de licitação é importante que se responsabilize aquele indivíduo que deu causa ao mesmo, visto que se faz extremamente necessária a modificação do comportamento das pessoas envolvidas nesses procedimentos de contratação, quais sejam Administradores e coparticipes. Evidentemente, que a principal consequência de toda a problemática relacionada a aplicabilidade da Lei em comento e os obstáculos enfrentados pelos Administradores é o prejuízo que o interesse público acaba sendo obrigado a suportar quando propostas mais vantajosas são perdidas, serviços e obras superfaturados são cobrados, bem como o emprego do dinheiro público é realizado incorreta e ilegalmente.

5. POSSÍVEIS REMÉDIOS

Incontroverso é o protagonismo exercido pela Administração Pública e seus operadores do direito, os Agentes Públicos, que, entre outras funções é constituído pelo dever de gestão do patrimônio alheio, em especial, no que toca a presente temática, a gestão sobre o indisponível interesse da coletividade. Entretanto, de analisar e avaliar comparativamente as propostas apresentadas no certame, com o objetivo de aquilatar e escolher pela proposta mais vantajosa, não é uma simples incumbência. Além disso, conforme abordado ao longo do presente trabalho, inúmeras problemáticas e obstáculos permeiam essa função e objetivo do Administrador o que dificulta a aplicabilidade e adequação interpretativa, conforme cada caso específico, de todas as diretrizes necessárias e inerentes ao procedimento de licitação.

Nesse sentido, torna-se de extrema relevância a compreensão de possíveis remédios práticos que possa auxiliar na solução das problemáticas abordadas, bem como minimizar os obstáculos enfrentado pelo Administrador. Dessa forma, o primeiro possível remédio está relacionado ao uniforme despreparo que muitos Administradores Públicos estão sujeito, isto é, o treinamento e uniformização dos operadores de direito, para melhor compreensão de conceitos, princípios, valores e suas corretas aplicabilidades. Tendo em vista que os coparticipes necessitam da previsibilidade do comportamento do Administrador, não devendo mais se replicarem decisões contraditórias. Acerca dessa temática afirmou Rita Tourino que:

“Steven L. Schooner, em palestra proferida no IV Fórum Global de Combate à Corrupção, afirmou que são características essenciais às pessoas envolvidas no processo licitatório a educação, a experiência e a independência. [...]. O referido professor trouxe, ainda, o exemplo prático da China, que após a implementação da Lei de Licitações em 1988, passou a treinar 10.000 (dez mil) pessoas por ano especialmente para atuar em processos licitatórios”⁴⁹

⁴⁹ TOURINHO, Rita. Dispensa, inexigibilidade e contratação irregular em face da Lei de Improbidade Administrativa. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 5, n. 50, fev. 2006. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=33947>>. Acesso em: 14 jun. 2018

Dessa forma, além do preparo, treinamento e orientação do Administrador, para sanar as dificuldades no que toca a interpretação legislativa, tornam-se essenciais alterações de certos procedimentos das modalidades instituídas pela Lei 8.666/1993. Visando reunir o maior número de concorrentes no certame e como consequência a escolha da proposta mais vantajosa os procedimentos necessitam se tornar mais ágeis, mais informatizados, menos custosos e burocráticos. Dado que comprova que esse tipo de alteração deve ser pretendida é o referente à implementação da modalidade Pregão Eletrônico, que fora responsável por um enorme crescimento de processos licitatório, conforme registro, conforme analisado por Jorge Ulisses Jacoby:

“Pela primeira vez, desde 1993, no ano de 2006 o volume aplicado com licitação foi substancialmente superior ao das contratações diretas. A modalidade pregão, que tomava apenas parcela das outras modalidades, passou a ser vista e utilizada pelo gestor público como opção a algumas dispensas.”⁵⁰

Ainda acerca dos possíveis remédios, cabe salientar duas alterações práticas que estão rondando o ordenamento jurídico, em especial a Lei 8666/1993. Primeiramente, destaca-se recente Projeto de Lei nº 6814/2017, de autoria do Senado Federal, mais especificamente da Comissão Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos, que atualmente encontra-se aguardando criação de comissão temporária, que pretende revogar o atual dispositivo e apresentar importantes alteração no que concerne a modernização e desburocratização dos processos licitatórios, e a busca pela otimização e maior eficiência das compras públicas.

Entretanto, conforme salientado pelo Advogado Murilo Jacoby Fernandes, a nova Lei se comporta como um remédio, mas precisa avançar ainda mais no que se refere à inserção de mecanismos que garantam o direito à adequada qualificação do gestor que atua nas comissões de licitação:

“Ao contrário do que se pensa, a maioria das falhas dos gestores decorrem da falta de conhecimento das normas, e não dá má-fé. Vamos acompanhar de perto o trabalho dos deputados e auxiliar no que for possível

⁵⁰ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Contratação direta sem licitação. 10. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016 p.147

para criarmos uma lei eficaz, moderna, segura, que atenda à sociedade e traga desenvolvimento para o Brasil”⁵¹

Por último, destaca-se ainda, a Rede Nacional de Compras Públicas, que, conforme matéria veiculada no jornal O Globo do dia 24 de junho de 2019, fora criada pelo Ministério do Planejamento, com objetivo de reunir em uma mesma plataforma informações do Governo Federal, Estados e Municípios no que toca a aquisição de produtos. A referida rede nacional, buscando prevenir fraudes nas compras públicas, contará com um sistema informatizado de compartilhamento de preços o qual todos os Administradores de constas públicas terão acesso, permitindo a conferência de uma média de preço real, antes de efetivar uma contratação.

Esses, entre outros remédios, se apresentam como formas de possíveis soluções das problemáticas relacionadas a aplicabilidade da Lei Geral de Licitações e, em especial, os obstáculos enfrentados pelo Administradores no que toca os procedimentos licitatórios e prejuízos que o interesse público é obrigado a suportar quando, por condutas equivocadas, propostas mais vantajosas são perdidas, serviços e obras são superfaturados, bem como o incorreto emprego do dinheiro público é realizado.

⁵¹ Disponível em <<https://jacobyfernandes.jusbrasil.com.br/noticias/555255195/comissao-da-nova-lei-de-licitacoes-apresenta-hoje-o-plano-de-trabalho>> Acesso em 07 e junho de 2018

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, considerando o estabelecido pela Magna Carta, incontroversa é a presunção de que o melhor contrato será aquele precedido de um processo licitatório, o ocorre que, considerando a mencionada regra e suas seis modalidades de licitação debatias que, por vezes, se apresentam de modo extremamente burocrático, dispendioso e formal, a própria legislação traz em seu bojo uma exceção, trata-se da possibilidade da contratação direta para o momento em que o processo de licitação pública formal se torne impossível e inviável de se praticar ou ainda quando este, caso realizado, acabaria por frustrar a satisfação do interesse público.

Ocorre que, conforme oportunamente explanado, não restam dúvidas acerca obstáculos enfrentados pelo Administrador Público quanto ao correto enquadramento das modalidades de licitação e suas exceções, bem como as justificativas e formalizações necessárias ao procedimento de contratação. Seja pela falta de esclarecimento semântico de determinados conceitos, pelos procedimentos engessados, pela discordância doutrinária, ou ainda, pelas condutas equivocadas do Administrador Público, as contratações com fundamento em dispensa e inexigibilidade de licitação tem se tornado cada vez mais frequentes, tornando-se evidente um encadeamento de circunstancias que distanciam cada vez mais a Administração Pública e seus Administrados da obrigatoriedade Constitucional de licitar

Indubitável é o entendimento de que todas as atividades administrativas relacionadas aos três poderes, Judiciário, Legislativo e Executivo, têm, entre outras obrigações, o dever de executar Leis, o que resulta, conseqüentemente, na clara necessidade de dinamização dos processos de interpretação legislativa. Ocorre que, no que tange a temática dos contratos e licitações essa dinamização que deveria ser embasada, principalmente, pelas Cortes de Contas, tem encontrado dificuldades para estabelecer um processo sistematizado que facilite a compreensão dos dispositivos e conceitos legais para sua melhor aplicabilidade.

Diante deste cenário, não causa espanto a constante veiculação midiática de grandes operações policiais envolvendo importantes empresas públicas e privadas que costumeiramente estabeleciam relações contratuais com a Administração. Ocorrências envolvendo empresas de grande poderio econômico em escândalos de superfaturamento, corrupção e casos de improbidade administrativa reascenderam o importantíssimo debate acerca de como as relações contratuais entre o Administrador e o Administrado devem ser estabelecidas e as problemáticas e obstáculos que nelas permeiam.

O processo licitatório, do modo que é desenvolvido atualmente, padece diariamente com a descrença social. Evidente que a Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993 fracassou no que tange a sua aplicabilidade fundamentada nos importantes princípios constitucionais, e principalmente no controle das condutas danosas que atingem diretamente a Administração Pública e indiretamente a sociedade como um todo. Do mesmo modo fracassaram os múltiplos sistemas de controle interno e externo da Administração, que diante das dificuldades apresentadas não foram capazes de intervir mais enfaticamente na relação Administrador e Administrado auxiliando os mesmos e conseqüentemente evitando os inúmeros escândalos e prejuízos decorrentes.

Mas nem tudo está perdido. De fato, as soluções ainda se apresentam um tanto quanto distantes da realidade brasileira, mas elas existem. Quando a problemática relacionada às especificações e procedimentos de cada modalidade, trata-se de suma relevância atentarmos para informatização e maior publicidade dos certames. Conforme esclarecido no capítulo anterior, quando abordamos acerca do pregão eletrônico, modalidades informatizadas geram mais transparência, celeridade e conseqüentemente menos custos, questões importantíssimas que acabaram por distanciar o interesse tanto da Administração quanto dos bons concorrentes.

Além disso, no que toca a problemática envolvendo os obstáculos enfrentados pelo Administrador Público, orientações uniformizadas e amplamente divulgadas, somada a jurisprudência concreta e principalmente treinamento e desenvolvimento do Agente tornam-se possíveis caminhos para melhor aplicabilidade da Lei de Licitações e Contratos.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO Marcelo; PAULO Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 25. ed. São Paulo: Forense, 2017.

FERNANDES Adriana, RIBEIRO Luci. Governo cria rede nacional de compras públicas. *O Estado de S. Paulo*, 24 de julho de 2018. Economia p. B7

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo*. 2. ed. rev. e atual. Saraiva: São Paulo, 2005

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. rev. e atual. Malheiros Editores: São Paulo, 2008.

CARETELLA JR., José. *Administração indireta brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

CARVALHO FILHO, José Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

DALLARI. Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. São Paulo: Saraiva, 1997.

ESCOBAR, João Carlos Mariense. *Licitação: Teoria e prática*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle da moralidade na Constituição*. São Paulo: Malheiros, 1999.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Contratação direta sem licitação*. 10. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

_____. 08. ed. São Paulo: Dialética, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 11 ed. Malheiros: 1997

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 28. ed. atual. Malheiros: São Paulo, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense 2014

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

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. São Paulo: Dialética, 2003.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. Curitiba: Zênite, 2008

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Forense, 2017.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. *Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SILVA, Santos Moreira. *Processo administrativo e inquérito administrativo*. Belo Horizonte: Mimeo, 1992.

SILVEIRA, Angélica Moreira Dresch da. *A função consultiva da Advocacia-Geral da União na prevenção da corrupção nas licitações e contratações públicas*. Debates em Direito Público, Brasília, ano 7, n. 7, p. 59-90, out. 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari; PORTO NETO, Benedicto Pereira. *Licitação para concessão do serviço móvel celular*. Zênite. ILC nº 49 - março/98.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Ação Penal nº 15. Rel., Min. Bueno de Souza, Corte Especial, julgado em 11/10/90 RDA 181/2 P. 123.

TOURINHO, Rita. *Dispensa, inexigibilidade e contratação irregular em face da Lei de Improbidade Administrativa*. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 5, n. 50, fev. 2006.