

## CONTRATAÇÃO SEM LICITAÇÃO: ONDE ESTÁ A ILEGALIDADE?

*Por: Paulo Sérgio de Monteiro Reis*

*O autor é advogado e engenheiro civil, com mais de 47 anos de experiência em atuação na administração pública, onde exerceu cargos como Diretor-Geral, Presidente de Comissão de Licitação, Pregoeiro e Assessor Especial da Presidência de Tribunal de Justiça, entre outros, além de Professor de Universidade Federal.*

Corriqueiramente, nos deparamos com notícias críticas a administradores públicos, em função de processos de contratação por eles autorizados ou realizados sob suas chancelas. Muitas e muitas vezes, essas críticas têm como fundamento contratações realizadas sem o processo licitatório correspondente, dando a entender à sociedade que essas contratações são sempre ilegais e representam um desvio de conduta, a ser devidamente apurado e punido. É uma visão caolha de quem ou desconhece a legislação que rege as contratações públicas em nosso país, ou está agindo de má-fé, tentando iludir a coletividade, manipulando-a para posicionar-se contra o administrador que autorizou a contratação. Nos dois casos, uma visão absolutamente incompatível com a neutralidade que deveria reger o papel importantíssimo de informar à sociedade sobre os fatos que lhe interessam, pois envolvem a utilização de recursos públicos.

Como regra, a contratação sem licitação nada possui de ilegal. É um procedimento absolutamente legal, previsto no ordenamento jurídico brasileiro, ainda que como exceção a uma regra geral, que, sendo praticado pela administração pública, traz em si a presunção de veracidade. Assim, a ilegalidade, quando existir, deve ser provada antes de se ir a público fazer uma denúncia que tanto prejudica a administração e o administrador quando não comprovada e cujo reparo se faz, quase sempre, em um canto de página, de forma bem escondida, quando isso é feito.

Contratar sem licitação é ato que goza de previsão constitucional. E, dessa forma, não possui, em princípio, a mácula da ilegalidade. Afinal, estamos (ou não?) em um estado de direito, no qual a Constituição Federal é o ponto culminante do ordenamento jurídico? A CF vigente, no art. 37, inc. XXI, trata exatamente da regra geral das contratações realizadas pela administração pública. Assim dispõe o texto constitucional, *verbis*:

Art. 37. (...)

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.

Muito embora estabeleça claramente a regra da contratação através de licitação, o texto constitucional excepciona essa regra, nas hipóteses expressamente especificadas na legislação ordinária. Trata-se, assim, de regra não absoluta. E as exceções estão, no que nos interessa, identificadas especialmente nos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. O primeiro, trata das hipóteses de licitação dispensável; o segundo, da licitação inexigível.

Dessa forma, fica claro, desde já, que a contratação por licitação dispensável ou por licitação inexigível é um processo absolutamente legal, previsto no ordenamento jurídico, que não traz em si qualquer mancha. Se esta houver, é porque nele foi colocada, como pode ser colocada em processos em que a licitação seja realizada. Aliás é oportuno lembrar que todos os processos relacionados na conhecida Operação Lava-Jato são oriundos de licitações, na sua essência, portanto, legais, porém maculados por irregularidades de vários tipos, que, aí sim, os conduziram à ilegalidade. Não é, desse modo, a forma da contratação que gera a ilegalidade: são os procedimentos adotados que o fazem.

A Lei de Licitações traz, no art. 24, diversas hipóteses de licitação dispensável. É variada a motivação. A licitação pode ser dispensável em razão do valor envolvido na contratação, em razão da pessoa que está contratando, em razão da pessoa que está sendo contratada, em razão de características específicas do objeto ou da finalidade da contratação etc. Por sua vez, o art. 25 trata da hipótese de inexigibilidade de licitação, perfeitamente prevista em seu *caput* e exemplificada em três incisos.

Pergunta-se: o que levou o legislador a considerar a licitação dispensável ou inexigível, conforme o caso? Foi mera liberalidade, foi uma decisão que objetiva simplesmente colaborar com a administração, dispensando-a do procedimento licitatório em algumas situações, ou foi uma decisão baseada no interesse público, especialmente o primário? Afinal, poderia o nosso ordenamento jurídico ter dito, apenas, que a licitação seria exigível em TODOS os casos. Seria, isso, possível? Haveria como viabilizar tal disposição?

Quando a Lei torna a licitação dispensável em determinadas situações, está colocando em mãos do administrador público um poder de escolha entre dois caminhos possíveis: licitar ou não. Mas, seria essa uma escolha absolutamente discricionária ou estaria ela vinculada a uma série de análises e considerações que devam ser obrigatoriamente desenvolvidas? Não existe na administração pública a discricionariedade absoluta. Em nenhuma hipótese o administrador poderá decidir apoiado unicamente em sua vontade pessoal. Há, sempre, uma série de condicionantes que o obrigam a decidir baseado em princípios e regras que conduzem a um caminho único: o do atendimento ao interesse público.

Sim, licitação dispensável significa a possibilidade de escolha. Nas situações elencadas no art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993, que hoje totalizam 34 hipóteses, a administração pública pode realizar a licitação ou não. Mas, essa escolha está estritamente vinculada a uma prévia análise para definição de qual a opção que melhor atende o interesse público. Se a conclusão for pela realização do certame licitatório, que isso seja feito, pois só assim o interesse público estará adequadamente

atendido. Mas, se a conclusão for no sentido inverso, a licitação não deve ser realizada sob nenhuma hipótese, pois significaria abandonar o interesse público, que é indisponível e que, portanto, não pode ser simplesmente deixado de lado.

Se fizermos a análise adequada, levando em consideração todos os fatores envolvidos, em muitas situações, na maioria até, diria, chegaremos à conclusão que nas hipóteses previstos no art. 24, licitar não é o melhor caminho para o perfeito atendimento ao interesse público. Isso significa, simplesmente, que o administrador público, nesses casos, se vê OBRIGADO a não realizar a licitação, pois, se o fizer, estará sujeito a contestações várias. Mas, ao mesmo tempo, esse administrador sabe que, em não licitando e contratando por licitação dispensável, igualmente estará sujeito a contestações das mais variadas espécies, sendo acusado de crimes que, na realidade, não cometeu.

Vejamos a situação dos incisos I e II do art. 24, que estabelecem a dispensabilidade de licitação quando os valores envolvidos na contratação estão adstritos aos limites ali estabelecidos (R\$ 15.000,00 para obras e serviços de engenharia e R\$ 8.000,00 para outros serviços e compras).<sup>1</sup> Imaginemos que a administração precisa realizar a aquisição de um bem cujo valor de mercado é de R\$ 5.000,00. Sabem os leitores quanto custa realizar um procedimento licitatório na administração pública brasileira? Conforme a publicação COMPRAS PÚBLICAS – ESTUDOS, CONCEITOS E INFOGRÁFICOS, do Instituto Negócios Públicos, obra da qual tivemos a honra de participar, o custo de um certame licitatório era de R\$ 14.351,50, em março de 2015. Analisemos, então, a melhor forma de atendimento ao interesse público:

1ª hipótese: realiza-se a licitação, com um custo da ordem de R\$ 15.000,00, ao qual deve ser acrescido o tempo necessário para realização do procedimento, obtendo-se, ao final, a proposta mais vantajosa para aquisição do objeto. Quem sabe, a administração poderia obter um desconto de 10% em relação à mediana dos preços praticados no mercado, conseguindo realizar a aquisição pelo valor de R\$ 4.500,00;

2ª hipótese: realiza-se um procedimento de licitação dispensável, nos termos do art. 24, inc. II, da Lei. Imaginemos que a administração não consiga qualquer desconto em relação ao preço de mercado, ficando a aquisição, dessa forma, no valor de R\$ 5.000,00. A esse valor deve ser acrescido o custo do procedimento de dispensa de licitação e o tempo para realização desse procedimento, consideravelmente inferiores, é óbvio, aos respectivos custos considerados na primeira hipótese.

Pergunta-se: qual das duas hipóteses levou ao melhor atendimento do interesse público. Evidentemente, ainda que se conclua que a aquisição, por si só, realizada por licitação alcance um valor mais baixo (no exemplo acima, R\$ 4.500,00 contra R\$ 5.000,00), o custo total do procedimento de dispensa, no entanto, compensa, com enorme vantagem, essa diferença. O valor total despendido pela administração será MUITO menor na dispensa do que na licitação, além do lapso

---

<sup>1</sup> Não pretendemos neste artigo analisar a questão do fracionamento da despesa, por não ter influência no estudo que está sendo feito. Mas, vale lembrar que os limites em questão são anuais.

temporal necessário para conclusão do processo e efetivação da compra, consideravelmente inferior.

Fica evidente, dessa forma, que, em situações da espécie, a aquisição sem licitação é muito mais vantajosa para o atendimento ao interesse público do que a mesma aquisição mediante uma licitação. Será que a sociedade, tantas e tantas vezes mal informada, entenderá isso adequadamente? Ou o gestor será criticado por ter cometido o “crime” de contratar sem licitação?

Outro exemplo: imaginemos que, em imóvel do patrimônio da administração, que por ela está sendo utilizado em suas atividades, ocorra um problema estrutural. Um dos pilares do prédio entra em regime de ruptura, ameaçando a estabilidade de toda a estrutura. O que fazer em uma situação como essa? Seria conveniente para atender o interesse público que a administração iniciasse as providências para realização de uma licitação, com todo o seu custo e com todo o tempo necessário para realizá-la? Não estaria, nessa hipótese, sendo colocado em risco o patrimônio público, além das prováveis consequências de um desabamento? É assim que se atende o interesse público? Ou, seria mais adequado realizar uma imediata contratação sem licitação, enquadrando a situação nas disposições do inciso IV do art. 24, da Lei de Licitações? Sim, é evidente que estaríamos diante de uma situação emergencial, a qual demanda uma providência imediata, não podendo estar dependente dos prazos necessários para realização de um processo licitatório.

Completamente diferente é a situação da assim denominada “emergência fabricada”, que é aquela decorrente de desídia administrativa (a administração sabe que o fato vai ocorrer, não toma nenhuma providência e, a quando da ocorrência, enquadra como emergência). Nesta, como já bem disse o TCU, a contratação deve ser feita sem licitação, considerando que o interesse público, como já lembrado acima, é indisponível. Mas, deve ser imediatamente seguida de apuração da responsabilidade pela desídia registrada. Aqui, sim, temos um comportamento inadequado. Mas, se apurada a responsabilidade e punidos os responsáveis, o processo ficará sem qualquer mancha, pois o interesse público exige a contratação direta das obras que objetivem resguardar a segurança do patrimônio.

Enfim, em todas as hipóteses relacionadas no art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993, é possível contratar sem licitação, sem que isso importe em qualquer ilegalidade ou irregularidade. Ao revés, será a solução adequada e compatível com o interesse da coletividade, não podendo o gestor público que tomou a providência ser execrado; ao contrário, deve ser aplaudido por ter agido com absoluta correção, sem reparos.

E a inexigibilidade de licitação? Aqui, a situação é ainda mais evidente. Diz a Lei que a licitação é inexigível quando houver inviabilidade de competição. Licitação é sinônimo de competição. Sem competição, não temos efetivamente uma licitação. Lembremo-nos que o art. 3º da Lei nº 8.666/1993 dispõe que a licitação destina-se a selecionar a proposta mais vantajosa para a administração. O legislador deixou aí implícita a necessidade da competição: só existirá uma proposta que possa ser selecionada como a MAIS VANTAJOSA se existirem outras que, através de um processo objetivo de comparação, devam ser consideradas como MENOS VANTAJOSAS. Se o

processo conta com uma única oferta, não existe a seleção da proposta mais vantajosa; existe a seleção da ÚNICA proposta, que deve, é óbvio, necessariamente atender o interesse da administração pública.

Ora, a Lei dispõe sobre a inexigibilidade de licitação como consequência da inviabilidade de competição. Ou seja, não há como estabelecer uma competição, não há como estabelecer critérios objetivos para comparação das propostas. Então, é fácil concluir que a inexigibilidade de licitação deve ser entendida como IMPOSSIBILIDADE de licitar. Como criticar o gestor público por ter contratado fundamentado em inexigibilidade se ele, efetivamente, não tinha outro caminho?

Dizem alguns que determinadas contratações por inexigibilidade seriam ilegais, na medida em que não se enquadrariam nas hipóteses previstas nos 3 incisos do art. 25. Não podemos esquecer que a regra a ser cumprida consta do *caput* do artigo: é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição. Os incisos trazem, apenas, exemplos de situações em que a competição não é viável. Exemplos, repetimos. Não exaurem as hipóteses. Repetimos: o fundamento principal está na cabeça do artigo.

O Supremo Tribunal Federal já possui farta jurisprudência a respeito do assunto. Como vemos, por exemplo, no julgamento do Recurso Especial nº 1.192.233 – RS, de Relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho:

4. É impossível aferir, mediante processo licitatório, o trabalho intelectual do Advogado, pois trata-se de prestação de serviços de natureza personalíssima e singular, mostrando-se patente a inviabilidade de competição.
5. A singularidade dos serviços prestados pelo Advogado consiste em seus conhecimentos individuais, estando ligada à sua capacitação profissional, sendo, dessa forma, inviável escolher o melhor profissional, para prestar serviço de natureza intelectual, por meio de licitação, pois tal mensuração não se funda em critérios objetivos (como o menor preço).
6. Diante da natureza intelectual e singular dos serviços de assessoria jurídica, fincados, principalmente, na relação de confiança, é lícito ao administrador, desde que movido pelo interesse público, utilizar da discricionariedade, que lhe foi conferida pela lei, para a escolha do melhor profissional.

Esse é apenas um exemplo. A fundamentação da contratação será o *caput* do artigo, pois a Lei não traz expressamente essa contratação como um dos exemplos elencados nos incisos.

Caminhou bem o STF. Efetivamente, é impossível aferir, mediante uma licitação, o trabalho intelectual de um profissional do ramo, pois o serviço a ser prestado tem caráter personalíssimo e singular. Não há como, objetivamente, comparar as propostas de dois profissionais. E, se não há como comparar as propostas, não há como realizar uma licitação. Onde estaria o erro do administrador público que assim agisse? Não estará!

Por certo, deve haver a devida cautela nessas contratações, pois se trata de exceção à regra constitucional da licitação. As condições estabelecidas no art. 26, par. único, devem ser devidamente observadas, especialmente no tocante à razão da escolha do fornecedor ou executante e da justificativa do preço. Se assim for, o

processo está isento de vícios. Mas, será que, diante da instigação da mídia, assim entenderá a sociedade?

É chegada a hora de desmistificar a contratação sem licitação. Como regra, ela é absolutamente legal e o gestor da administração que assim agiu não deve ser condenado previamente. É necessário que se demonstre, quando for o caso, concretamente, a existência de vícios de legalidade no processo, para que se condene o responsável. E, em havendo vícios de legalidade, o responsável deve ser condenado tanto nos processos de contratação direta, quanto nos processos onde uma realização foi realizada (ou simulada). O erro não estará na contratação em si; o erro estará na conduta inidônea adotada, deixando de lado o fundamental e inarredável princípio constitucional da moralidade.

Talvez isso seja difícil no momento que atravessamos. A sociedade está sendo bombardeada, quase que diariamente, com notícias sobre comprovados desvios de conduta em contratações da administração pública. Mas, não devemos generalizar. Aqueles que se desviaram devem ser devidamente apenados (e, ao que parece, finalmente estão sendo no Brasil). Mas, aqueles que contrataram sem licitação e o fizeram com a estrita observância das disposições legais, não podem ser massacrados por manifestações muitas vezes irresponsáveis ou até de má-fé. Não esqueçamos nunca o caso da Escola Base!