

OS PARADIGMAS DA CONTRATAÇÃO DIRETA E DA AUSÊNCIA DE COBERTURA CONTRATUAL NO ÂMBITO DO SETOR PÚBLICO: UMA VISÃO DOUTRINÁRIA, JURISPRUDENCIAL E COTIDIANA

Indio Artiaga do Brasil Rabelo
Auditor de Controle Externo do TCDF

Este trabalho tem o fito de elucidar a contratação direta da Administração Pública, prevista na Lei nº 8.666/1993 e, de outro lado, visa explorar um tema recorrente, a prestação de serviços e fornecimento de bens sem cobertura contratual à luz da doutrina, da jurisprudência dos Tribunais de Contas e de exemplos do cotidiano da gestão pública.

1. INTRODUÇÃO

A presente peça técnica intenta estudar as exceções à Lei Nacional de Licitações – LNL quanto à obrigatoriedade de licitação prévia à feitura de contratos administrativos, bem como a distorção referente à prestação de serviços e ao fornecimento de bens sem previsão contratual.

Ao adentrar o mérito da questão proposta, faz-se necessário explorar previamente a definição de licitação e de contrato administrativo.

Vejamos a definição de licitação segundo o mestre Hely Lopes Meireles:

Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. *Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os*

interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos.

De outro lado, vejamos a definição de contrato administrativo segundo Celso Bandeira de Mello:

Contrato administrativo é um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado.

Não obstante elencar a licitação como procedimento obrigatório ao firmamento de contrato administrativo, o legislador cuidou para não engessar o processo de modo a prejudicar o interesse público, vez que é possível a necessidade do objeto contratual ser tão premente que impossibilite a realização tempestiva de licitação prévia, elencando situações em que é possível efetuar a contratação direta, por meio de dispensa ou inexigibilidade.

Com efeito, disponibilizaram-se ao gestor público ferramentas bastantes para promover a contratação de prestação de serviços e fornecimento de bens dentro dos ditames legais.

Entretanto, por vezes, servindo a interesses escusos que não intentam promover o interesse público, o gestor público empenha-se em burlar as disposições legais visando lograr proveito próprio ou de outrem, e impondo pesados prejuízos aos cofres públicos mediante sua postura inercial frente à prestação de serviços e ao fornecimento de bens sem cobertura contratual, a qual é injustificável.

2. DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

Preliminarmente, antes de adentrar no assunto principal deste artigo, faz-se necessário tecer breves comentários acerca das definições, requisitos e implicações básicas atinentes a contratos administrativos.

2.1 Breves conceitos acerca do contrato administrativo

Primeiramente, esclarece-se que o contrato administrativo é sempre consensual, visto que concretiza um acordo de vontades. Além disso, em regra, é, oneroso, formal¹, comutativo (pois estabelece direitos e obrigações tanto para o contratante quanto para o contratado) e *intuitu personae* (celebrado em função de características pessoais e relevantes do contratado).

Conforme definido na introdução deste artigo, contratos administrativos são ajustes firmados pela Administração. Entretanto, contratos administrativos são espécie do gênero *contratos da Administração*², termo empregado para designar todo e qualquer contrato celebrado pela Administração³.

Ocorre que os contratos administrativos são celebrados sob as chamadas *cláusulas exorbitantes*, as quais constituem prerrogativas contratuais oriundas dos princípios de supremacia do poder público conjuntamente com o de indisponibilidade do interesse público.

¹ A Administração reconhece apenas contratos administrativos formais, isto é, reduzidos a termo, com exceção do disposto no parágrafo único do art. 60 da Lei de Licitações. Do fato de ser formal, pressupõe-se ser também público, vez que a Administração não reconhece os chamados contratos de gaveta.

² A doutrina não é consensual nesse ponto. Alguns doutrinadores colocam os contratos da Administração, tão somente, como espécie de ajuste em que a Administração firma, em posição de horizontalidade (igualdade), direitos e obrigações com terceiros. Tal ajuste é regido predominantemente pelo Direito Privado.

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 240.

Tais prerrogativas asseguram uma relação vertical da Administração com o contratado, isto é, condicionam a execução do contrato ao que for adequado, necessário e razoável para a concretização do interesse público⁴.

Nessa esteira, tem-se que as cláusulas exorbitantes prescindem de previsão contratual, haja vista sua previsão legal.

2.2 Fiscalização da execução do contrato

Por força do disposto no art. 67 da Lei de Licitações⁵, a Administração designa representante específico, o fiscal do contrato, a fim de acompanhar a execução do objeto contratado, bem como proceder ao seu recebimento quando de sua conclusão.

O *caput* do supracitado artigo conferiu à Administração o poder-dever de acompanhar E fiscalizar a execução do contrato. A primeira conduta denota a obrigatoriedade de o representante designado presenciar o cumprimento do cronograma estabelecido previamente ao início da execução, de modo a observar o andamento dos trabalhos. A segunda conduta remete a obrigatoriedade de o representante propor medidas bastantes para adequar, se necessário, os trabalhos em andamento ao objetivo, informando os superiores sobre eventuais infrações cometidas pelo contratado, de modo que os gestores avaliem a possibilidade de aplicação de penalidades (as quais envolvem, inclusive, a rescisão contratual).

⁴ As cláusulas exorbitantes encontram-se inculpidas no art. 58 da Lei de Licitações.

⁵ Art.67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

§ 1º O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

§ 2º As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes.

Destarte, ressalta-se a grande importância que o legislador atribuiu à tarefa de fiscalização contratual, pois se tomou o cuidado de prever a designação de um fiscal específico para cada contrato. Mas, permitiu a contratação de terceiros com vistas a auxiliá-lo.

Com efeito, o fiscal é responsável não apenas pelo bom andamento da execução do contrato, bem como por atestar a liquidação da despesa a fim de que a Administração honre com sua obrigação de efetuar o pagamento devido ao contratado.

3. DA LICITAÇÃO

A licitação está profundamente ligada ao princípio da supremacia do poder público, vez que intenta selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração a fim de estabelecer uma relação contratual com um terceiro.

A seguir faz-se um breve apanhado da história da licitação, seu conceito, princípios correlatos e atuais procedimentos vigentes.

3.1 História da licitação

A ideia de licitação no Brasil surgiu quando da edição do Decreto n 2.926, de 14.05.1862, o qual regulamentava as arrematações dos serviços a cargo do então Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas.

Mais recentemente, o Decreto-Lei nº 200, de 25.02.1967 foi o responsável pela evolução do procedimento licitatório de modo a conferir maior eficiência às licitações.

Atualmente, a lei que rege o arcabouço jurídico da contratação pelo Poder Público é a Lei nº 8.666 de 21.0.1993, a qual, não obstante ter o escopo de lei que dispõe sobre normas gerais de licitação, dispôs minuciosamente acerca da problemática da licitação, seja elencando procedimentos licitatórios e as diversas modalidades e tipos de licitação, seja tipificando as condutas que violam os princípios do processo licitatório.

3.2 Breves conceitos acerca do procedimento licitatório

Baseando-se na definição de licitação exposta na introdução deste trabalho, fez-se necessário a definição de procedimentos que regrassem a seleção da proposta mais vantajosa pela administração.

Nessa esteira, a LNL e normas correlatas⁶ fixam as modalidades de licitação, concorrência, tomada de preços, convite, concurso, leilão, pregão e consulta, as quais constituem formas de seleção pautadas nas características do objeto que se deseja contratar, seja considerando o escopo do objeto (obra, serviço, bem, obra de arte) ou o valor deste.

De outro lado, a Lei nº 8.666/1993 também fixa a base dos critérios de escolha, os chamados tipos de licitação, menor preço, técnica e preço, melhor técnica, e maior lance ou oferta.

A lei também elenca duas fases principais: a habilitação dos licitantes e a abertura das propostas. A primeira constitui-se de uma mera verificação dos documentos elencados pela própria LNL que tornam o licitante apto a participar da licitação, bem como de contratar com a Administração, no caso de sua proposta ser a vencedora. A segunda trata-se de uma comparação, baseada nos critérios preestabelecidos no ato convocatório, de modo a identificar qual a proposta é a mais vantajosa dentre as apresentadas pelos licitantes.

Inúmeras outras minúcias são estabelecidas pela legislação de licitações. Entretanto, por não compor o escopo deste trabalho, deixamo-las em segundo plano.

3.3 Princípios

Por tratar-se de matéria atinente ao Direito Administrativo, a ideia da licitação evoca o uso dos princípios presentes no arcabouço jurídico desse ramo do Direito Público.

Com efeito, tem-se que a licitação nada mais é do que uma implicação do princípio da indisponibilidade do interesse público, vez

⁶ Lei nº 10.520/2002, Lei n 12.232/2010 e Decreto n 3.555/2000.

que frente à necessidade de se contratar bens e serviços a Administração deve agir com vistas a selecionar alguma proposta que atenda e que seja a mais vantajosa, haja vista que de outra forma o interesse público restaria afastado por se estar escolhendo algo que não teria o melhor custo de oportunidade.

Noutro diapasão, outros princípios administrativos norteiam o tema licitação pública. Exporemos alguns dos mais importantes:

- I. Princípio da isonomia: segundo o Tribunal de Contas da União – TCU, este princípio traz a ideia de tratar igualmente todos os interessados. Isso é claro ao analisarmos que ao dispor previamente sobre o objeto que se pretende contratar, a Administração age de modo a prover os licitantes de iguais chances de vencer a licitação. Mais, ao se usar de critérios objetivos (como será tratado no próximo item), a Administração está vinculada a adjudicar o objeto contratual àquele licitante que demonstrar ter a melhor proposta, independente de preferências subjetivas que a Administração possa demonstrar, o que, mais uma vez, evidencia a isonomia imbuída no processo licitatório;
- II. Princípio do julgamento objetivo: juntamente com o anterior, este princípio compõe o cerne do processo licitatório. A Administração deve dispor previamente à apresentação das propostas sobre os critérios que serão utilizados para julgá-las. Tais critérios devem constar do ato convocatório da licitação. Destarte afasta-se a possibilidade de a Administração escolher usando-se de algum critério subjetivo ou oculto.
- III. Princípio da legalidade: insculpido em todos os processos da Administração. Nesse caso, tem por base atuar sempre nos ditames legais correlatos, como a Lei nº 8.666/1993, Lei nº 10.520/2002, Decreto nº 3.555/2000, etc.

- IV. Princípio da vinculação ao instrumento convocatório: impede a Administração e os licitantes de inovar no âmbito dos critérios aplicáveis, do objeto licitado, e demais aspectos do procedimento licitatório em questão. Segundo o TCU, esse princípio garante que nada seja feito ou criado sem que haja previsão no ato convocatório.
- V. Princípio da publicidade: prevê que todos os atos atinentes ao procedimento licitatório devem ser publicados⁷.

4. DA CONTRATAÇÃO DIRETA

Desde já, enfatiza-se o caráter obrigatório da licitação prévia à contratação. Entretanto, quando presentes determinadas hipóteses, essa obrigatoriedade resta elidida.

4.1 Dispensa

No caso da dispensa, faculta-se à Administração licitar ou não. As hipóteses de dispensa de licitação inserem-se no Art. 24, incisos I a XXVIII da Lei de Licitações.

Segundo Marçal Justen Filho, algumas das hipóteses de dispensa de licitação decorrem do eminente desequilíbrio da relação custo/benefício, como excerto a seguir:

A Lei prevê diversas hipóteses, as quais foram ampliadas e alteradas através da Lei nº. 8.883. Essas hipóteses podem ser sistematizadas segundo o ângulo da manifestação de desequilíbrio na relação custo/benefício, do seguinte modo:

- custo econômico da licitação: quando o custo econômico da licitação for superior ao benefício dela extraível da licitação (incs. I e II);

- custo temporal da licitação: quando a demora na realização da licitação puder acarretar a ineficácia da contratação (incs. III, IV, XII e XVIII);

⁷ Exceto as propostas, antes de sua abertura.

- ausência de potencialidade de benefício: quando inexistir potencialidade de benefício em decorrência da licitação (incs. V, VII, VIII, XI, XIV e XVII);
- destinação da contratação: quando a contratação não for norteada pelo critério de vantajosidade econômica, porque o Estado busca realizar outros fins (incs. VI, IX, X, XIII, XV, XVI, XIX e XX).

Obviamente, mesmo no caso de dispensa de licitação o interesse público não é afastado. Pelo contrário, é justamente por conta dele que a Administração Pública elencou hipóteses em que os burocráticos procedimentos licitatórios são postos de lado de modo a não ocasionar eventual interrupção de serviços ou o fornecimento de bens.

Entretanto, dado o grande número de hipóteses em que se pode alegar a dispensa de licitação e, principalmente, a subjetividade de algumas delas (mormente o inciso IV do art. 24 da Lei de Licitações, que trata da contratação emergencial, o qual será melhor explorado no item seguinte), aliadas com a grande discricionariedade do gestor público, tem-se uma série de irregularidades que acometem a gestão da coisa pública por conta de dispensas indevidas de licitação, podendo incorrer em lesão aos cofres públicos.

4.2 Contratação emergencial

Primeiramente, transcrevemos na íntegra o texto do art. 24, inciso IV, da LNL:

Art. 24. É dispensável a licitação:

[...]

IV – nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180

(cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

Nota-se que os referidos casos de emergência ou de calamidade pública, os quais podem ensejar prejuízo, são por demais genéricos. Com efeito, frequentemente há casos assim originários da própria desídia do gestor público, o qual não antevê de forma eficaz o término do contrato administrativo, permanecendo inerte até o acometimento de um prazo exíguo para a conclusão do procedimento licitatório.

Em que pese a já mencionada subjetividade na definição das situações em que cabe a contratação emergencial, o TCU firmou entendimento, em vasta jurisprudência, acerca de critérios mais objetivos que permitem a dispensa de licitação segundo o art., 24, inciso IV, da lei nº 8.666/1993. Senão vejamos:

Decisão nº 347/1994 – Plenário

[...] responder ao ilustre Consultante (Ministro de Estado dos Transportes), quanto à caracterização dos casos de emergência ou de calamidade pública, em tese: a) que, além da adoção das formalidades previstas no art. 26 e seu parágrafo único da Lei nº 8.666/93, são pressupostos da aplicação do caso de dispensa preconizado no art. 24, inciso IV, da mesma Lei: a.1) que a situação adversa, dada como de emergência ou de calamidade pública, não se tenha originado, total ou parcialmente, da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos disponíveis, ou seja, que ela não possa, em alguma medida, ser atribuída à culpa ou dolo do agente público que tinha o dever de agir para prevenir a ocorrência de tal situação; a.2) que exista urgência concreta e efetiva do atendimento a situação decorrente do estado emergencial ou calamitoso, visando afastar risco de danos a bens ou à saúde ou à vida de pessoas; a.3) que o risco, além de concreto e efetivamente provável, se mostre iminente e especialmente gravoso; a.4) que a imediata efetivação, por meio de contratação com terceiro, de determinadas obras, serviços ou compras, segundo as especificações e quantitativos tecnicamen-

te apurados, seja o meio adequado, efetivo e eficiente de afastar o risco iminente detectado;

Acórdão nº 2293/2005 – Plenário

A dispensa de licitação baseada em emergência só é admitida se o gestor demonstrar que o fato não poderia ter sido previsto e que a falta de adoção de medidas urgentes poderia ocasionar maiores danos à Administração Pública. Se a situação fática exigir a dispensa, mesmo considerando a falta de planejamento, não pode o gestor deixar de adotá-la, pois se assim proceder responderá não apenas pela falta de planejamento, mas também pelos possíveis danos que sua inércia possa causar.

Acórdão nº 667/2005 – Plenário

[...]

9.4. autorizar, em caráter excepcional e com fundamento no interesse público, a SPOA/MDIC (Subsecretaria de Planejamento, Orçamento e Administração do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior) a realizar a contratação emergencial da prestação de serviços de informática no âmbito do Ministério em vista da expiração do Contrato 43/2004, devendo ser observados os seguintes preceitos nessa nova contratação:

9.4.1. somente poderão ser contratados os serviços imprescindíveis à execução das atividades essenciais ao funcionamento do Ministério, devendo a contratação emergencial subdividir-se nas mesmas modalidades de serviço que serão objeto da licitação para a contratação definitiva;

9.4.2. a imprescindibilidade dos serviços e a essencialidade das atividades devem estar expressamente demonstradas e justificadas no respectivo processo;

9.4.3. a contratação somente poderá vigorar pelo tempo necessário para se concluir as novas licitações dos serviços de informática a serem promovidas em substituição à Concorrência 01/2005, não podendo ultrapassar o prazo previsto no art. 24, inciso IV, da Lei

8.666/93;

9.4.4. à medida em que forem firmados os novos contratos, deverá ser encerrada a respectiva prestação de serviços exercida no âmbito do contrato emergencial;

9.4.5. deverão ser observadas as disposições relativas às contratações emergenciais, em especial aquelas contidas no art. 26 da Lei 8.666/93 (...);

Ocorre que contratos firmados sob a égide do supracitado inciso têm o condão de terem seus preços majorados por conta da própria emergência em que se dá a contratação, a qual, por vezes, impede a escolha da proposta mais vantajosa.

4.3 Inexigibilidade

Da leitura do art. 25 da Lei de Licitações depreende-se que a licitação é inexigível quando for impossível promover a competição, o que inviabiliza o próprio objetivo de licitar. Senão vejamos:

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;

I – 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.

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

O mestre Marçal Justen pontua o assunto destacando que:

A inviabilidade de competição não é um conceito simples, que corresponde a uma ideia única. Trata-se de um gênero, comportando diferentes modalidades. Mais precisamente, a inviabilidade de competição é uma consequência, que pode ser produzida por diferentes causas, as quais consistem nas diversas hipóteses de ausência de pressupostos necessários à licitação.

Com efeito, conforme se aduz da leitura dos incisos do art. 25 da Lei nº 8.666/1993, não é óbvio definir em quais hipóteses a licitação mostra-se inexigível, vez que: 1) no terceiro inciso, é necessário que o artista seja “consagrado pela mídia especializada ou pela opinião pública”, o que nem sempre é evidente; 2) no segundo inciso, em que pese o rol do art. 13 da Lei de Licitações que elenca serviços técnicos profissionais especializados, nem sempre é simples definir quais são exercidos com notória especialização; 3) no primeiro inciso, há a vedação expressa no sentido de evitar preferência por marca com intuito de não realizar o certame licitatório, todavia a preferência por marca é admitida sob algumas hipóteses, conforme expõe José dos Santos Carvalho Filho:

- 1) continuidade da utilização de marca já adotada no órgão;
- 2) para a utilização de nova marca mais conveniente; e
- 3) para o fim de padronização de marca no serviço público, todas evidentemente justificadas pela necessidade da Administração.

Nessa esteira, cabe a transcrição de alguns julgados do TCU:

Acórdão 735/2005 Plenário

Demonstre, motivadamente, que a indicação de marca na especificação de produtos de informática é a escolha, em termos técnicos e econômicos, mais vantajosa para a administração.

Acórdão 2844/2003 Primeira Câmara

Evite a indicação de marcas de produtos para configuração do objeto, quando da realização de seus certames licitatórios para a aquisição de bens de informática, a não ser quando legalmente possível e estritamente necessária para atendimento das exigên-

cias de uniformização e padronização, sempre mediante justificativa prévia, em processo administrativo regular, no qual ficam comprovados os mencionados requisitos.

Acórdão 1437/2011 Primeira Câmara

A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos com pessoas físicas ou jurídicas de notória especialização somente é cabível quando se tratar de serviço de natureza singular, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação, nos termos do art. 25, inciso II, da Lei nº 8.666/93.

Por fim, vale ressaltar que o rol inserto no artigo 25 da Lei de Licitações é meramente exemplificativo. Isso possibilita que alguns casos, apesar de não se encaixarem em nenhum dos seus três incisos, tenham fulcro no próprio *caput* do artigo que prevê a inexigibilidade quando não for viável estabelecer a competição. Alguns exemplos são destacados a seguir pelo professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

[...]

aquisição de vale-transporte para servidores públicos, posto que há legislação concedendo o benefício; cursos de treinamento/aperfeiçoamento, considerando serem eventos realizados em datas pré-determinadas, o que inviabiliza a competição; atividades em regime de monopólio, como correios; entre outros. (Jorge Ulisses Fernandes, 1995, p.283)

Entretanto, entende-se que tal flexibilização não seja salutar, haja vista que pode ocasionar situações que, na modesta opinião deste autor, são no mínimo descabidas⁸, como demonstra excerto abaixo, retirado do Diário Oficial do Distrito Federal, edição nº 185, de 22/09/2011:

⁸ O descabimento jaz no fato de que um serviço cuja finalidade é questionável, a saber, divulgar a marca do Governo do DF, escusou-se de ser ao menos comparado com outros da mesma espécie em sede de licitação, o que facilita danos ao Erário Distrital.

EXTRATO DO CONTRATO Nº 8/2011, NOS TERMOS DO PADRÃO Nº 6/2002

Processo nº 415.000.089/2011. Partes: DF/SEPI X Federação de Balonismo do Distrito Federal. – OBJETO: Apoio ao Evento “I Campeonato Nacional de Balonismo da Independência”. – Valor: O valor total do contrato é de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), sendo empenhado o valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais). – Dotação orçamentária: programa de trabalho: 04.131.1300.9068-9642. Fonte de recursos: 100. Código U.O.: 50101. Natureza da despesa: 335039. Nota de empenho nº 2011NE-00091-SEPI, emitida em 06/09/2011, sob o evento nº 400091, na modalidade Ordinária. – Fundamento legal: Parecer CP/SEPI-10-2011 de fls. 118 a 124 e da Nota Técnica nº 031/2011-SEPI/AJL de fls. 126 a 135, baseado no art. 25, c/c o art. 26 e com as demais disposições da Lei nº 8.666, de 21.06.93. Vigência: o presente contrato terá vigência de 01 (um) mês a contar de 06/09/2011. – Data de assinatura: 06/09/2011. – Signatários: Pelo DISTRITO FEDERAL: Abimael Nunes de Carvalho, na qualidade de Secretário de Estado de Publicidade Institucional do DF. – Pela CONTRATADA: Eduardo de Melo, na qualidade de Presidente da Federação de Balonismo do DF.

RATIFICAÇÃO INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

A Secretaria de Estado de Publicidade Institucional do Distrito Federal I, para apoio ao evento da Federação de Balonismo do Distrito Federal, I Campeonato de Balonismo da Independência – 2011, pelo valor global de R\$ 500.000,00, torna público que o Secretário de Estado de Publicidade Institucional do Distrito Federal, ratificou o ato de inexigibilidade de licitação em 06/09/2011, *com base no caput do artigo 25 da Lei 8666/93*. Parecer – 010/2011. Abimael Nunes de Carvalho Secretário de Estado de Publicidade Institucional. (grifo nosso)

5. DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO E FORNECIMENTO DE BENS SEM COBERTURA CONTRATUAL

Não obstante as diversas regras relativas à licitação e contratação mencionadas neste trabalho, ainda é frequente na Administração Pública a prestação de serviços e o fornecimento de bens sem que haja cobertura contratual.

5.1 Operação Caixa de Pandora

Talvez o caso mais emblemático dessa problemática seja a Operação Caixa de Pandora, deflagrada pela Polícia Federal em 27 de novembro de 2009 no Distrito Federal.

No bojo da referida operação averiguou-se que havia um esquema baseado em locação de equipamentos de informática e prestação de serviços de manutenção sem que houvesse lastro contratual para tanto.

Isso se deu com a justificativa de que, findo os contratos emergenciais estabelecidos com a Companhia de Planejamento do Distrito Federal – CODEPLAN anteriormente (a qual teve suas atribuições alteradas via decreto pelo então Governador José Roberto Arruda sob a alegação de enxugamento da máquina pública do DF), caso não se fizesse dessa forma, o GDF arcaria com um prejuízo imensurável, por conta da interrupção de todos os serviços de informática.

Destarte, utilizou-se do mecanismo do *reconhecimento de dívida*, após a feitura de atestes posteriores à disponibilização de equipamentos e à prestação dos serviços, os quais não possuíam balizamento contratual para sua execução, para tornar *legal* a despesa executada, consoante transcrição de trecho do Inquérito nº 650-DF⁹:

Inquérito nº 650-DF

[...]

O reconhecimento de dívida passou a ter um papel singular no interesse desta quadrilha, com controle direto por seu líder, o Governador Arruda, conforme foi explicitado em um novo Decreto, absolutamente estranho às práticas lícitas da administração, que torna regular e corriqueiro o que deveria ser incomum e raro.

Note-se que licitações continuaram a ser feitas e fraudadas, em situações em que não havia possibilidade de dispensa ou de inexigibilidade, mas o reconhecimento de dívida assumiu con-

⁹ De autoria do Procurador-Geral da República

siderável proporção como nova forma de admissão e pagamento por serviços de empresas privadas no setor de informática.

O reconhecimento de dívida é um ato administrativo absolutamente excepcional no âmbito da Administração Pública. A empresa prestou serviços ao GDF, sem contrato e sem qualquer outro instrumento jurídico que ampare ou autorize a prestação do serviço pela empresa privada. Não participou de licitação destes serviços, nem foi a vencedora de certame de natureza licitatória. O GDF admitiu seus serviços e emitiu comprovante de que foram executados. A empresa, então, fica esperando o reconhecimento da dívida pelo administrador público para que possa exigir-lhe o pagamento.

Não há prévia definição do valor dos serviços, ou da quantidade necessária, ou da qualidade que será exigida. O reconhecimento de dívida é uma situação de fato marcadamente à margem da lei, na qual a empresa, sem qualquer base legal, simplesmente presta o serviço e fica a pretender o pagamento. A ilicitude da situação é flagrante¹⁰.

Este método de contratação eliminou a concorrência, o que por um lado favoreceu os empresários interessados em participar do esquema. Ensejou cobrança de propinas mais elevadas do que as praticadas em casos de contratos celebrados com ou sem fraude à licitação, porque a incerteza do pagamento fica a depender da discricionariedade de quem irá reconhecer ou não a dívida e autorizar o seu pagamento.

O grave é que no GDF esta situação ilegal (prestação de serviço sem base contratual ou legal e posterior reconhecimento de dívida) tornou-se uma forma ordinária de relacionamento com empresas privadas, no âmbito do esquema criminoso operado pela quadrilha que está sendo denunciada. Tornou-se, sobretudo, o ato administrativo esperado que ensejou a solicitação, oferta e pagamento de propina.

¹⁰ Durval Barbosa, operador do esquema, assim definiu o instituto (fls. Vol. 1-2, fl. 20): “QUE esse reconhecimento de dívida é uma forma de *legalizar* o ilegal, ou seja, o Governador não autoriza a contratação emergencial, nem autoriza a realização de licitação. Diante disso as empresas prestam serviços sem cobertura contratual durante muito tempo e vão adquirindo créditos junto ao GDF.

Assim, sem mais necessidade, em regra, de fraudar uma licitação ou um procedimento administrativo¹¹ para conquistar a posição de prestador de serviço ao GDF, o que veio a ser feito em casos que buscavam o reconhecimento de situações de dispensa ou inexigibilidade, a quadrilha engendrou um largo campo de atuação para escolher as empresas e empresários que receberiam recursos do GDF¹² e dos quais solicitaria propina, garantindo a posição de poder exigir o pagamento de propina em troca do reconhecimento da dívida e de seu pagamento.

Ocorre que a falta de cobertura contratual prejudica o próprio acompanhamento do serviço ou da disponibilização do bem (caso haja interesse em fazê-lo), vez que os requisitos mínimos não restam elencados formalmente.

Mais, a ausência de contrato compromete inclusive a designação do fiscal do contrato (assunto do item 2.2 deste artigo).

No caso da Caixa de Pandora, os fiscais de contrato foram designados extemporaneamente e *ad hoc*. No entanto, fiscalizações nesses moldes tendem a se dar através de mera indução e culminar nos chamados *atestes frios*¹³.

Esta figura é de difícil identificação e contenção tempestiva por parte dos órgãos de controle, haja vista que uma vez atestado, ainda que de forma temerosa, o processo segue para a liquidação e paga-

¹¹ A fraude a licitação desperta mais atenção dos órgãos controladores (Ministério Público e Tribunal de Contas) e dos órgãos de investigação (polícia civil e federal) por ser frequente e antiga forma de ilícito. Situações de dispensa ou inexigibilidade devem ser fundamentadas no bojo de um procedimento administrativo formal.

¹² Em que pese utilizarem bastante o instrumento do reconhecimento de dívida, os membros da quadrilha recebiam propina de empresários para viabilizar a existência de relacionamento comercial com o GDF, o que também poderia ser alcançado via contratações típicas (licitação, dispensa ou inexigibilidade). Em outras palavras, apesar de sua relevância no esquema, o reconhecimento de dívida não era o único formato empregado.

¹³ Ateste de algo que não se comprovou realmente.

mento em sede de reconhecimento de dívida (não levantando maiores suspeitas, a priori). Destarte, apenas posteriormente é possível detectar a falta de critério para a feitura dos atestes, o que implica tentativas morosas de recompor o erário (o que não se mostra eficiente, comparativamente com o montante desviado).

6. CONCLUSÃO

Conclui-se que, em que pese a morosidade inserta do processo licitatório, a licitação é a forma mais segura de se proceder à escolha mais vantajosa para a Administração Pública, exceto quando do surgimento de excepcionalidades que restam por afastar a sua viabilidade e fazem o gestor lançar mão da contratação direta, seja por dispensa, seja por inexigibilidade.

Todavia, há que se ressaltar o caráter de exceção da contratação direta, e não de regra, e que carece de profundas justificativas de modo a enquadrar a situação na égide dos arts. 24 e 25 da Lei de Licitações.

Noutro diapasão, da prestação de serviços e do fornecimento de bens sem cobertura contratual vem que tal prática é envolta em ilegalidades, totalmente inescusável e acaba por possibilitar o desencadeamento de irregularidades outras atinentes à liquidação (extemporânea) e ao pagamento (por meio do reconhecimento de dívida).

A partir da exposição dos temas propostos neste trabalho, espera-se inspirar outras pesquisas em meandros ainda não explorados, informar gestores públicos dos perigos contidos nas práticas evidenciadas no corpo deste artigo e elucidar para população as minúcias da matéria com vistas a despertar um controle societal lúcido e eficaz.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993 – Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Licitações e Contratos: orientações básicas**. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Obras e Patrimônio da União, 2006.

_____. **Obras públicas: recomendações básicas para contratação e fiscalização de obras públicas**. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Obras e Patrimônio da União, 2002.

_____. Portal de pesquisa textual [Decisões e Acórdãos doTCU]. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 15 fev. 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DIJONILSON, Paulo Amaral. **Dispensa e inexigibilidade de licitação e a moralidade administrativa**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3604/dispensa-e-inexigibilidade-de-licitacao-e-a-moralidade-administrativa/2>>. Acesso em 10 fev. 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2001.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Renato Geraldo. A inexigibilidade de licitação na visão do TCU. **Revista Zênite de Licitações e contratos – ILC**, 2011. Disponível em: <http://www.zenite.com.br/blog/Doutrina_1_Dr.Renato_ilc209.pdf>. Acesso em 12 fev. 2013.