

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

DIOLENO ZELLA ZIELINSKI

LICITAÇÃO, DISPENSA E INEXIGIBILIDADE:
Da evolução legislativa às contratações diretas no âmbito das IFES

MONOGRAFIA DE GRADUAÇÃO

CURITIBA
2010

DIOLENO ZELLA ZIELINSKI

LICITAÇÃO, DISPENSA E INEXIGIBILIDADE:
Da evolução legislativa às contratações diretas no âmbito das IFES

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, no Curso de Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho

CURITIBA
2010

TERMO DE APROVAÇÃO

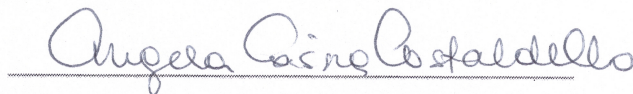
DIOLENO ZELLA ZIELINSKI

Licitação, Dispensa e Inexigibilidade: Da evolução legislativa às contratações diretas no âmbito das IFES

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



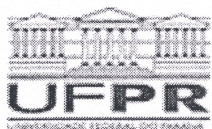
ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO
Orientador



ÂNGELA CÁSSIA COSTALDELLO
Primeiro Membro



ADRIANA RICARDO SCHIER
Segundo Membro



Ministério da Educação e do Desporto
Universidade Federal do Paraná
FACULDADE DE DIREITO

Ata da reunião da Comissão Julgadora da
Monografia (Trabalho Final de Curso) do
Acadêmico(a) **DIOLENO ZELLA**
ZIELINSKI

Aos nove dias do mês de novembro do ano de 2010, às 11:00 horas, nas dependências do Setor de Ciências Jurídicas, reuniu-se a Comissão Julgadora da Monografia apresentada pelo(a) Acadêmico(a) DIOLENO ZELLA ZIELINSKI, sobre o tema, "Licitação, Dispensa e Inexigibilidade: Da evolução legislativa às contratações diretas no âmbito das IFES". A Comissão constituída pelos Senhores Professores, ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO, (Orientador), ÂNGELA CÁSSIA COSTALDELLO e ADRIANA RICARDO SCHIER, atribuiu as seguintes notas respectivamente: 10,0 , 10,0 e 10,0; perfazendo a média igual a 10,0.

Obs.:

Curitiba - PR, 09 de novembro de 2010.

ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO

ÂNGELA CÁSSIA COSTALDELLO

ADRIANA RICARDO SCHIER

Aos meus pais, Irineu e Trifânia, e aos meus irmãos, Dyogo e Douglas, pelo apoio incondicional e irrestrito em todos os momentos de minha vida.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, força suprema e fonte de sabedoria; aos meus pais, Irineu e Trifânia, pela dádiva da vida; aos meus irmãos, Dyogo e Douglas, em especial, àquele por me mostrar o fascínio do mundo jurídico; aos colegas da Auditoria Interna da Universidade Federal do Paraná pela confiança e palavras de apoio; aos Mestres e profissionais do direito pelo conhecimento proporcionado - e aqui exalto a honrosa orientação do Professor Doutor Romeu Felipe Bacellar Filho; aos queridos amigos acadêmicos que tornaram esses cinco anos mais prazerosos; enfim, agradeço a todos que de algum modo contribuíram para a efetivação deste trabalho.

“A justiça sustenta, numa das mãos, a balança que pesa o direito e, na outra, a espada de que se serve para o defender. A espada sem a balança é a força brutal; a balança sem a espada é a impotência do direito”

Rudolf Von Ihering

RESUMO

ZIELINSKI, Dioleno Z. Licitação, Dispensa e Inexigibilidade: Da evolução legislativa às contratações diretas no âmbito das IFES. 2010. 76 fls. Monografia de Graduação. Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2010.

O presente estudo inclina-se para reflexões no campo das contratações promovidas pela Administração Pública, a par do instituto de licitações e contratos administrativos, restringindo-se o exame, todavia, à atuação da Administração Pública indireta, em especial, das Instituições Federais de Ensino Superior - IFES, sejam elas autarquias ou fundações públicas. Será, portanto, ventilada a análise acerca da obrigatoriedade da licitação, verticalizando-se o tema de modo a compreender as exceções ao dever de licitar. Nesse sentido, discutir-se-á sobre as contratações diretas, dispensa e inexigibilidade, no âmbito das Instituições Federais de Ensino Superior. Para tanto, serão ponderados os princípios informativos da Administração Pública, bem como aqueles que regem o procedimento licitatório. Ainda, a matéria trará à baila o enfoque pertinente à Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993) e suas alterações. Serão resgatadas as inúmeras modificações desse diploma legislativo, temperando-se a discussão com os pressupostos do Projeto de Lei nº. 7.709/2007, de iniciativa do Executivo federal, projeto esse que fora convertido no Projeto de Lei da Câmara nº. 32/2007, bem como da recém editada Medida Provisória nº. 495, de 19 de julho de 2010. Essa perspectiva de evolução legislativa denota a dinâmica e a efervescência do estudo ora proposto.

Palavras-chave: IFES. Licitação. Contratação direta. Dispensa. Inexigibilidade.

RIASSUNTO

ZIELINSKI, Dioleno Z. Licitação, Dispensa e Inexigibilidade: Da evolução legislativa às contratações diretas no âmbito das IFES. 2010. 76 fls. Monografia de Graduação. Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2010.

Questo studio offre riflessioni sul settore dei contratti stipulati dalla Amministrazione Pubblica, secondo l'istituto di offerte e contratti amministrativi, ristretto per l'esame, tuttavia, le prestazioni delle indiretti della Amministrazione Pubblica, in particolare, delle Istituzioni Federali di Istruzione Superiore – IFIS, autarchie o fondazioni pubbliche. Pertanto, si analizzerà l'licitazioni obbligatoria, tracciando una linea verticale il tema al fine di comprendere le eccezioni all'obbligo di licitazione. Di conseguenza, si discuterà sulle aggiudicatrice diretta, licitazioni dispensabile e inapplicabile, sotto le Istituzioni Federali di Istruzione Superiore. Per questo, saranno considerati i principi che guidano la Amministrazione Pubblica, anche quelle che disciplinano la procedura di licitazione. Ancora, la Legge di Offerte e Contratti Amministrativi (Legge nr. 8.666 del 21 giugno 1993) e le sue modifiche saranno affrontati. Sarà portato in luce i cambiamenti nella legislazione, tempestarono la discussione con i presupposti del progetto di legge nr. 7.709/2007, un'iniziativa della Direzione federale, un progetto che è stato convertito in progetto di legge nr. 32/2007, così come la misura provvisoria di recente pubblicazione, nr. 495 del 19 luglio 2010. Questa prospettiva mostra la dinamica degli sviluppi legislativi e l'effervescenza dello studio proposto.

Parole chiave: IFIS. Licitazione. Aggiudicatrice diretta. Dispensabile. Inapplicabile.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	10
2.1 ADMINISTRAÇÃO DIRETA	14
2.2 ADMINISTRAÇÃO INDIRETA	15
2.2.1 Autarquias e Fundações Públicas vinculadas ao MEC	15
2.2.2 Controle das Instituições Federais de Ensino Superior	23
2.2.2.1 <i>Controle interno</i>	25
2.2.2.2 <i>Controle externo</i>	26
3 LICITAÇÕES	30
3.1 EVOLUÇÃO DO ESTATUTO DE LICITAÇÕES	33
3.2 PRINCÍPIOS INFORMATIVOS	37
3.3 MODALIDADES LICITATÓRIAS	39
3.3.1 Concorrência	41
3.3.2 Tomada de preços	42
3.3.3 Convite	42
3.3.4 Concurso	43
3.3.5 Leilão	43
3.3.6 Pregão	44
3.3.6.1 <i>Sistema de Registro de Preços</i>	46
4 CONTRATAÇÃO DIRETA	47
4.1 LICITAÇÃO DISPENSADA	47
4.2 LICITAÇÃO DISPENSÁVEL	48
4.2.1 Pequeno valor	49
4.2.1.1 <i>Suprimento de fundos</i>	52
4.2.1.2 <i>Projeto de Lei da Câmara nº. 32/2007</i>	54
4.2.2 Situações excepcionais	57
4.2.3 Natureza do objeto	59
4.2.4 Natureza do sujeito	60
4.3 LICITAÇÃO INEXIGÍVEL	61
4.4 MEDIDA PROVISÓRIA Nº. 495/2010	64
5 CONCLUSÃO	69
REFERÊNCIAS	72

1 INTRODUÇÃO

Ante a efervescência do tema, tem-se que o estudo em questão inclina-se para reflexões no campo das contratações promovidas pela Administração Pública, a par do instituto de licitações e contratos administrativos, restringindo-se o exame, todavia, à atuação da Administração Pública indireta, em especial, das Instituições Federais de Ensino Superior - IFES, sejam elas autarquias ou fundações públicas.

Será, portanto, ventilada a análise acerca da obrigatoriedade da licitação, verticalizando-se o tema de modo a compreender as exceções ao dever de licitar. Nesse sentido, discutir-se-á sobre as contratações diretas, dispensa e inexigibilidade, no âmbito das Instituições Federais de Ensino Superior.

Para tanto, serão ponderados os princípios informativos da Administração Pública, bem como aqueles que regem o procedimento licitatório. Ainda, a matéria trará à baila o enfoque pertinente à Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993) e suas alterações. Serão resgatadas as inúmeras modificações desse diploma legislativo, temperando-se a discussão com os pressupostos do Projeto de Lei nº. 7.709/2007, de iniciativa do Executivo federal, projeto esse que fora convertido no Projeto de Lei da Câmara nº. 32/2007, bem como da recém editada Medida Provisória nº. 495, de 19 de julho de 2010. Essa perspectiva de evolução legislativa denota a dinâmica e a agitação do estudo em apreço, estudo esse que não se trata de um mero compêndio, mas configura-se como um importante instrumento de reflexão acerca das contratações públicas.

Em sede de razões de justificativa, apesar de incontáveis as monografias sobre o assunto e a despeito da vasta jurisprudência existente, o tema das licitações, como bem observado na obra de Adilson Abreu Dallari, *Aspectos Jurídicos da Licitação*, “continua apresentando enormes dificuldades, tanto para os estudiosos da matéria quanto, principalmente, para aqueles que devem realizar licitações e decidir questões práticas e objetivas que normalmente surgem no cotidiano da atividade pública”.

Metodologicamente, acredita-se que a lógica sequencial atribuída aos tópicos deste trabalho permitirá que o leitor extraia um estudo proveitoso com relação aos conceitos, idéias e reflexões apresentadas.

2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Administração Pública pode ser entendida, em sentido amplo, como o conjunto de entidades e de órgãos investidos com a capacidade de realizar a atividade administrativa, no intuito de satisfazer as necessidades da sociedade, não sobrestando os fins intentados pelo Estado¹. Já restritivamente, a Administração Pública pode assumir contornos objetivos e/ou subjetivos, conformando-se quer com a função administrativa, quer com o trato daquelas pessoas, físicas ou jurídicas, encarregadas de exercer tal função².

Incursos no tema, os manuais de Direito Administrativo diferenciam *Administração* (Estado)³ e *administração* (exercício da atividade administrativa), grafados, respectivamente, em maiúscula e minúscula. A *Administração*, tida como Estado, aloja os conceitos de *Governo* e de *Administração Pública - stricto sensu*. Esta assinala o exercício da atividade administrativa (viés objetivo), bem como o complexo de pessoas, físicas ou jurídicas, incumbidas da função administrativa (viés subjetivo), referindo-se, portanto, ao conceito de *administração*⁴ supra. Assim sendo, verifica-se uma relação gênero-espécie entre *Administração* e *administração*.

Nessa acepção, doutrina Romeu Felipe Bacellar Filho que *Governo* e *Administração Pública (administração)* pertencem ao gênero Poder Público (*Estado* ou *Administração*), sendo espécies distintas entre si⁵. Contudo, quais seriam as

¹ Segundo Edimur Ferreira de Faria, a Administração Pública compreende, em visão macro, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, preponderando, entretanto, aquele, cuja função precípua é “exercer a administração pública” (FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo**. 6.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.41). A *contrario sensu*, CAVALCANTI, Themístocles Brandão *apud* MUKAI, Toshio. **Direito administrativo sistematizado**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p.19.

² A atividade administrativa é desempenhada por *entidades, órgãos e agentes* que compõem a Administração Pública (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.60). As entidades são detentoras de personalidade jurídica, ao passo que os órgãos são entes despersonalizados que integram a estrutura de uma dada entidade.

³ O Estado brasileiro é politicamente organizado de tal maneira que sua forma de governo é a republicana, sendo sistema de governo o presidencialismo. No que se refere à forma de Estado, evidencia-se o federalismo, cujas características são, dentre outras, a descentralização política e a soberania estatal.

⁴ Na concepção de Domingos Poubel de Castro, caberia, também, a distinção entre as expressões *Administração Pública* (maiúscula) e *administração pública* (minúscula); aquela pertinente ao sentido organizacional, ou seja, equivalente a idéia objetiva de *administração*, enquanto que a última residiria no viés funcional ou subjetivo de *administração* (CASTRO, Domingos Poubel de. **Auditoria e controle interno na administração pública: evolução do controle interno no Brasil: do Código de Contabilidade de 1922 até a criação da CGU em 2003: guia para atuação das auditorias e organização dos controles internos nos estados, municípios e ONGS**. São Paulo: Atlas, 2008, p.18).

⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. In: BONFIM, Edilson Mougenot (Coord.). Coleção curso e concurso. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.16.

diferenças sobressalentes entre *Governo* e, em seu sentido mais estrito, *Administração Pública*?

Relacionados à idéia de *Governo* estão os atos governamentais que, diferentemente dos atos administrativos, estabelecem diretrizes políticas a serem seguidas pela *administração*, com fulcro na soberania (União) e autonomia (Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios) dos entes ou pessoas políticas. Esses atos de governo cingem-se somente aos preceitos constitucionais, resguardado o interesse público⁶, em aproximação à idéia de bem-comum⁷.

Noutro vértice, a *Administração Pública* subordina-se aos princípios de direito administrativo, não se limitando, entretanto, àqueles consagrados no texto constitucional (art. 37, *caput*), quais sejam o de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência⁸. Destarte, os princípios decorrentes do sistema constitucional, dentre eles a proporcionalidade, razoabilidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, motivação e supremacia do interesse público também devem balizar a *Administração Pública*⁹.

Diante do exposto, e considerada a autonomia didática dos ramos do direito, pode-se inferir que *Governo* e *Administração Pública* são objetos de estudo, preponderante e respectivamente, do Direito Constitucional e do Direito Administrativo.

Tendo em conta que a proposta consignada neste instrumento circunscreve-se ao campo do Direito Administrativo, segue-se a abordagem sobre a *Administração Pública*, particularmente quanto à *Administração Pública* federal.

No que se refere à estrutura administrativa da *Administração* federal, regulada pelo Decreto-Lei nº. 200, de 25 de fevereiro de 1967, sustentáculo da Reforma Administrativa Federal, a *Administração Pública* pode ser entendida como *Administração* direta ou indireta (art. 4º, I e II). A primeira, em sentido amplo, não

⁶ Trata-se de *conceito jurídico indeterminado*, pontuado doutrinariamente por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte: Fórum. ano 11, n.56, p.35-54, jul/ago. 2009).

⁷ O princípio da supremacia ou preponderância do interesse público consiste “no direcionamento da atividade e dos serviços públicos à efetividade do bem comum” (CAPITULA, Sueli Solange *apud* MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional administrativo**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.100).

⁸ O princípio de eficiência foi incorporado à redação do art. 37, *caput*, da CF/1988 por força da Emenda Constitucional nº. 19, de 04 de junho de 1998.

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.88.

adstrita à esfera federal, corresponde àquela atuação direta do Estado, por meio de suas entidades: União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios. Por seu turno, a Administração indireta encerra as pessoas jurídicas de direito público ou privado, que receberam a outorga de serviços do Poder Público, resultando numa autêntica descentralização administrativa¹⁰.

No âmbito federal, integram a Administração indireta as autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas¹¹, nos termos do art. 4º, II, alíneas 'a' a 'd', do Decreto-Lei nº. 200/1967.

Ao se tratar da Administração indireta, imperiosa se faz a abordagem acerca da *descentralização* da atividade administrativa. Todavia, importante destacar que a noção encapada pela *descentralização administrativa* não se confunde com aquela relativa à *descentralização política*, característica do federalismo estatal. A *descentralização política* importa na repartição de competência entre os entes federativos, definida constitucionalmente¹². De outra banda, na *descentralização administrativa*, “tem-se a divisão de competência entre entes com personalidade jurídica autônoma dentro do mesmo nível federativo”¹³, ou seja, a *descentralização* nesse caso refere-se à atividade administrativa concedida por entidade estatal, por meio de outorga ou delegação, a outras entidades dotadas de personalidade jurídica. Por óbvio, a atividade *centralizada* é aquela exercida diretamente pela entidade estatal.

Da noção de atividade extrai-se o conceito de serviço público¹⁴, cuja incumbência de prestá-lo, direta ou indiretamente, compete ao Poder Público. No contexto da descentralização e, por conseguinte, da prestação indireta do serviço

¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.152-153.

¹¹ A Lei nº. 7.596, de 10 de abril de 1987 incluiu as fundações públicas no rol de entidades pertencentes à Administração indireta (art. 4º, II, alínea 'd', do Decreto-Lei nº. 200/1967).

¹² SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Administração pública: apontamentos sobre os modelos de gestão e tendências atuais. *In*: HARGER, Marcelo (Coord.). **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.35.

¹³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. *In*: BONFIM, Edilson Mougnot (Coord.). Coleção curso e concurso. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.18.

¹⁴ Como bem exprime Diogenes Gasparini, “não é fácil oferecer a noção de serviço público” (GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.293). Contudo, segundo José Cretella Júnior, serviço público “é toda atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para a satisfação do interesse público, mediante procedimento de direito público” (CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. 16.ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999, p.409). Noutras palavras, serviço público “significa a prestação de utilidades pelo aparelhamento estatal ou por particulares, mediante um regime jurídico de Direito Público, para satisfazer necessidades da coletividade” (BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. **Manual de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p.49).

público, torna-se imprescindível verticalizar o tema a ponto de perquirir as características da outorga e da delegação, sem se descuidar do trato relativo à titularidade.

A titularidade dos serviços públicos pertence ao Poder Público, sendo este representado por suas entidades, ou seja, pelas entidades dotadas de personalidade jurídica de direito público interno, a saber: União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios que exercem, em grande medida, os serviços diretamente, de forma centralizada. No entanto, tais entidades também detêm a capacidade de repartir essa competência entre os órgãos, entes despersonalizados, que integram a sua estrutura, caracterizando, assim, a *desconcentração* das atividades estatais. Para além da desconcentração, o Poder Público pode, ainda, transferir a titularidade e/ou a mera capacidade de exercício desses serviços a outras pessoas jurídicas, públicas ou privadas, criadas ou não por lei, configurando a já mencionada *descentralização administrativa*¹⁵, operacionalizada ora pela *outorga*, ora pela *delegação* das atividades.

A outorga submete-se a processo legislativo. Evidencia-se a descentralização por outorga quando da criação de entidades pertencentes à Administração indireta¹⁶. Em alusão às Instituições Federais de Ensino Superior, destacam-se as autarquias e fundações públicas vinculadas ao Ministério da Educação, sendo tais entidades criadas ou autorizadas por lei, recebendo a outorga da União para prestar os serviços relativos a ensino, pesquisa e extensão.

Já a delegação se sujeita, em regra, a procedimento licitatório. Consiste na descentralização, viabilizada por instrumento contratual ou ato administrativo unilateral, em que o Poder Público transfere a execução dos serviços públicos a particulares, pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, alheias à Administração Pública. A figura contratual envolve as concessões e permissões¹⁷,

¹⁵ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.82. GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.313.

¹⁶ A lei pode criar, de imediato, entidades que integrarão a Administração indireta ou, ainda, autorizar o Poder Executivo a instituí-las (art. 37, XIX, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº. 19/1998).

¹⁷ Alerta Romeu Felipe Bacellar Filho que “a permissão era comumente caracterizada pela doutrina como ato administrativo unilateral, discricionário e precário, pelo qual a Administração Pública transfere a particular a execução de serviços públicos ou o uso especial de bens públicos, para que os exerça em seu próprio nome, por sua conta e risco, a título gratuito ou mediante remuneração pelo usuário. Enquanto ato, não necessitava de prévia licitação. Entretanto, o art. 175 da Constituição Federal de 1988, similarizando o instituto com a concessão, determinou a necessidade de licitação, além de que o parágrafo único do aludido mandamento atribuiu à permissão natureza contratual. Esta

ao passo que o ato administrativo unilateral, em geral discricionário e precário, é vislumbrado em autorizações¹⁸.

2.1 ADMINISTRAÇÃO DIRETA

A Administração direta é representada pela atuação direta do Estado, por meio das pessoas políticas que integram a Federação (União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios), no que tange ao exercício de suas funções administrativas.

Como visto outrora, tais entidades possuem a capacidade de repartir essa competência, desconcentrando suas atividades para setores periféricos, isto é, para os órgãos, entes despersonalizados, que integram a sua estrutura. Essa desconcentração administrativa, ao contrário da descentralização, tem por característica fundamental o vínculo de subordinação hierárquica existente entre os órgãos da Administração direta¹⁹.

Realçando a noção de Administração direta, leciona Celso Ribeiro Bastos:

A Administração direta é aquela que integra os próprios Poderes que compõem as pessoas jurídicas de direito público com capacidade política. São órgãos, pois, que integram as pessoas jurídicas a que pertencem, uma vez que tais Poderes não são dotados de personalidade. Vamos, pois, encontrar órgãos da Administração tanto no Poder Legislativo, no Judiciário, quanto no Executivo, embora eles estejam, de forma esmagadoramente predominante, neste último²⁰.

Na esfera do Poder Executivo federal, a Administração direta, representada pela União, constitui-se dos serviços integrados na estrutura

posição constitucional trouxe uma significativa inovação em relação às características da permissão” (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. In: BONFIM, Edilson Mougén (Coord.). Coleção curso e concurso. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.145).

¹⁸ A literalidade do texto constitucional, em seu art. 175, induz cogitar a existência de somente duas formas de prestação indireta de serviços públicos: concessões e permissões, razão pela qual a doutrina não é uníssona quanto à aplicabilidade da *autorização* aos serviços públicos. Normalmente a delegação por autorização se dá por meio de ato administrativo unilateral, em regra discricionário e precário, que não se sujeita a certame licitatório (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.430).

¹⁹ SILVA, Rogério Marques da. Administração pública direta e indireta. In: HARGER, Marcelo (Coord.). **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.57.

²⁰ BASTOS, Celso Ribeiro *apud* MUKAI, Toshio. **Direito administrativo sistematizado**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p.23.

administrativa da Presidência da República e dos Ministérios²¹, contemplando, portanto, a Chefia do Poder Executivo, na pessoa do Presidente da República, bem como seus órgãos auxiliares, de assessoramento e de consulta.

2.2 ADMINISTRAÇÃO INDIRETA

O Direito Administrativo brasileiro conduz o estudo acerca da estrutura e organização da Administração federal, seja ela direta ou indireta. O Decreto-Lei nº. 200/1967, particularmente seu art. 4º, inciso II, com alínea 'd' incluída pela Lei nº. 7.596/1987 traz a lume considerações sobre a Administração indireta. Autarquias, empresa públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas representam as categorias de entidades dotadas de personalidade jurídica própria que integram a Administração indireta. Produtos da descentralização administrativa, essas entidades são informadas pelo *princípio da especialidade*²².

Por ora não se tem a pretensão de analisar exaustivamente as entidades que compõem a Administração indireta. Visa-se tão somente, e já em tempo, focar as Instituições Federais de Ensino Superior - autarquias e fundações públicas vinculadas ao Ministério da Educação²³, para que se possa, então, adentrar aos aspectos licitatórios que orientam essa porção da Administração Pública.

2.2.1 Autarquias e Fundações Públicas vinculadas ao MEC

Em atenção à ordem social, a educação encontra guarida no art. 205 e seguintes do texto constitucional, sendo ela um direito de todos e dever do Estado e da família, cujo incentivo requer colaboração da sociedade, com vistas ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Por isso, as instituições de ensino, públicas ou privadas, desempenham relevante papel no alcance dos fins buscados pelo Estado.

²¹ MUKAI, Toshio. **Direito administrativo sistematizado**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p.24.

²² Explica Alexandre de Moraes que, no caso das autarquias e, por analogia, das fundações de direito público, “a incidência do princípio da especialidade impedirá o afastamento, no exercício de suas atividades, das finalidades e dos objetivos determinados na lei de sua criação” (MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional administrativo**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.101).

²³ BRASIL. Secretaria de Orçamento Federal. **Portal SOF**, Brasília, 2010. Disponível em: <https://www.portalsof.planejamento.gov.br/sof/2010/VOL_V.pdf>.

O art. 209 da Constituição Federal dispõe que o ensino é livre à iniciativa privada, desde que as instituições privadas cumpram as normas gerais de educação nacional, bem como que sejam autorizadas e avaliadas qualitativamente pelo Poder Público.

Quanto às instituições de ensino superior públicas, foi por meio da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional de 1961, Lei nº. 4.024, de 20 de dezembro de 1961, que primeiramente falou-se da natureza autárquica e fundacional das entidades educacionais. Atualmente vige a Lei nº. 9.394, de 20 de dezembro de 1996 que, apesar de não mais mencionar “a forma de que se revestem as instituições de ensino superior públicas” (no âmbito da União, Instituições Federais de Ensino Superior), traz em seu bojo preceitos anteriormente afirmados sobre autonomia universitária²⁴.

Consigne-se que as Instituições Federais de Ensino Superior são entidades vinculadas ao Ministério da Educação (parágrafo único, art. 4º, II, do Decreto-Lei nº. 200/1967), tendo em vista que suas atividades precípuas repousam na seara educacional. Contudo, o vínculo ao referido Ministério não configura relação de subordinação hierárquica, vez que a própria Lei Maior dispõe sobre a autonomia universitária²⁵. Deveras, o art. 207 da Constituição Federal assenta sobre a autonomia das universidades, enfatizando que essas entidades “gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial”²⁶.

As universidades públicas não esgotam os exemplos de Instituições Federais de Ensino Superior - vide Institutos Federais de Educação, Ciência e Tecnologia.

É no cenário das políticas públicas promovidas pelo Governo Federal que ecoou o projeto de expansão da Rede Federal de Educação Profissional e Tecnológica, rede essa instituída pela Lei nº. 11.892, de 29 de dezembro de 2008. Produto desse empreendimento, diversos centros federais de educação tecnológica, unidades descentralizadas de ensino, escolas técnicas e escolas técnicas

²⁴ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 13.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.76.

²⁵ Corolário da autonomia universitária, o Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que “reitor de universidade não é livremente demissível pelo Presidente da República durante o prazo de sua investidura”, nos termos da Súmula nº. 47.

²⁶ Reafirmando essa assertiva, releva-se a edição do Decreto nº. 7.233, de 19 de julho de 2010 que dispõe sobre procedimentos orçamentários e financeiros relacionados à autonomia universitária.

vinculadas às universidades federais foram transformadas em Institutos Federais de Educação, Ciência e Tecnologia²⁷.

A Lei nº. 11.892/2008, em seu art. 1º, parágrafo único, dita que as instituições integrantes da Rede Federal de Educação Profissional, Científica e Tecnológica, com exceção das Escolas Técnicas vinculadas às Universidades Federais, possuem natureza jurídica de autarquia, detentoras de autonomia administrativa, patrimonial, financeira, didático-pedagógica e disciplinar.

Para além das entidades acima mencionadas, tem-se que, em geral, as Instituições Federais de Ensino Superior são identificadas pela lei específica que as criou ou autorizou²⁸, podendo assumir a natureza jurídica de autarquia ou de fundação pública²⁹ - categorias de entidades que integram a Administração indireta. Autarquias e fundações públicas são entes administrativos, dotados de personalidade jurídica de direito público ou de privado³⁰, sem fins lucrativos, criados ou autorizados por legislação específica (art. 37, XIX, da CF/1988), em atenção ao fim pretendido pelo Estado.

Especificamente no concernente às autarquias, são elas pessoas jurídicas de direito público, criadas por lei específica, com organização estabelecida em regulamento ou estatuto referendado por decreto³¹. Possuem patrimônio próprio constituído a partir da transferência de bens móveis e imóveis, oriundos de entidades estatais que integram a Administração direta. Dito de outra maneira,

²⁷ Art. 1º Fica instituída, no âmbito do sistema federal de ensino, a Rede Federal de Educação Profissional, Científica e Tecnológica, vinculada ao Ministério da Educação e constituída pelas seguintes instituições:

I - Institutos Federais de Educação, Ciência e Tecnologia - Institutos Federais;

II - Universidade Tecnológica Federal do Paraná - UTFPR;

III - Centros Federais de Educação Tecnológica Celso Suckow da Fonseca - CEFET-RJ e de Minas Gerais - CEFET-MG;

IV - Escolas Técnicas Vinculadas às Universidades Federais.

²⁸ A criação de entidades da Administração indireta é efetivada por meio de lei específica ou mediante ato do Poder Executivo autorizado por lei (ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo**. 4.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p.20).

²⁹ Conforme Sérgio Andréa Ferreira, fundações integrantes do Sistema de Ensino Universitário Federal, instituídas pelo Poder Público, "com a finalidade de prestar serviços de interesse social, na área educacional" (FERREIRA, Sérgio Andréa *apud* FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo**. 6.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.88).

³⁰ A doutrina não é uníssona quanto à identificação da personalidade jurídica das fundações públicas; se de direito público ou de direito privado. Essa discussão será resgatada em momento oportuno.

³¹ BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. **Manual de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p.56.

autarquia é “forma de descentralização administrativa, através da personificação de um *serviço* retirado da Administração centralizada”³².

Doutrinariamente, existem várias classificações que identificam as autarquias. De fato, há instituições públicas de ensino superior cuja natureza autárquica lhes confere a qualidade de *federais*, *educacionais* ou, ainda, *especiais*. O sentido encontrado na expressão ‘autarquias especiais’ diz respeito ao regime³³ atribuído àquelas entidades que detêm maior autonomia administrativa em relação às demais entidades autárquicas³⁴. Em momento anterior já se foi falado sobre a autonomia universitária, a ponto de ter havido menção, em nota de rodapé, ao recente Decreto nº. 7.233, de 19 de julho de 2010 que conferiu às universidades maior autonomia em aspectos orçamentários e financeiros. Preleciona Marcus Vinicius Corrêa Bittencourt que diversas universidades federais foram criadas sob a forma de autarquias em regime especial³⁵.

É cediço que as autarquias têm natureza jurídica de direito público³⁶, não havendo maiores elocuções doutrinárias acerca dessa característica. Por outro lado, não há concórdia com relação à natureza jurídica das fundações públicas³⁷.

Da leitura do art. 5º, IV, do Decreto-Lei nº. 200/1967³⁸, inciso incluído pela Lei nº. 7.596/1987, não restaria dúvida quanto à natureza jurídica das fundações públicas, visto que o dispositivo assevera que são elas entidades dotadas de *personalidade jurídica de direito privado*, sem fins lucrativos, criadas em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa,

³² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.367.

³³ O termo *autarquia de regime especial* fora fixado, originariamente, pela Lei nº. 5.540, de 28 de novembro de 1968, lei essa que viria a ser revogada por aquela de nº. 9.394/1996 (Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional) (MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 13.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.76).

³⁴ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo**. 4.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p.28.

³⁵ BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. **Manual de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p.58.

³⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. 16.ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999, p.44.

³⁷ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 13.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.82.

³⁸ O Decreto-Lei nº. 200/1967, em sua redação original, equiparava as fundações instituídas em virtude de lei federal às empresas públicas (§2º, art. 4º). Contudo, esse dispositivo foi revogado pelo Decreto-Lei nº. 900, de 29 de setembro de 1969. Posteriormente, o Decreto-Lei nº. 2.299, de 21 de novembro de 1986 trouxe nova redação ao §2º, do art. 4º, do Decreto-Lei nº. 200/1967. Essa redação viria a ser suprimida com o advento da Lei nº. 7.596, de 10 de abril de 1987 que consignou as fundações públicas como entidades pertencentes à Administração indireta.

patrimônio gerido pelos respectivos órgãos de direção e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes. Contudo, esse entendimento é posto em xeque pela doutrina, que se espraiou segundo, basicamente, três correntes.

Existem doutrinadores³⁹ que sustentam que as fundações instituídas pelo Poder Público seriam dotadas, necessariamente, de personalidade jurídica de direito público; outros⁴⁰, entretanto, revelam que a personalidade dessas entidades poderia ou ser de direito público ou de direito privado – entendimento que prevalece na doutrina; por fim, há aqueles que afirmam a personalidade jurídica de direito privado⁴¹, tal como expresso no art. 5º, IV, do Decreto-Lei nº. 200/1967.

Adotando-se o entendimento da corrente majoritária, cabe aqui um parêntese para distinguir as fundações públicas dotadas de personalidade jurídica de direito privado e as fundações privadas, em essência.

Não se pode olvidar que a fundação é figura embrionária do direito privado⁴², vez que já encontrava expressão no revogado Código Civil de 1916, Lei nº. 3.071, de 01 de janeiro de 1916.

O Código Civil brasileiro, Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, estabelece que as pessoas jurídicas possam ser de direito público, interno ou externo, ou de direito privado (art. 40). Dispõe, ainda, que as autarquias, inclusive as associações públicas, são pessoas jurídicas de direito público interno (art. 41, IV, com redação dada pela Lei nº. 11.107, de 06 de abril de 2005). Noutra parte, o art. 44, III, do referido diploma legal dita que as fundações são pessoas jurídicas de direito privado. Com a devida vênia, não há como aproximar as fundações típicas do direito privado⁴³, instituídas por particulares, daquelas fundações instituídas pelo

³⁹ Dentre eles, Celso Antônio Bandeira de Mello (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.184-186).

⁴⁰ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo**. 4.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p.30. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo e o novo código civil**. Belo horizonte: Fórum, 2007, p.126. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.433. GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.328-329. FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo**. 6.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.92.

⁴¹ Nessa linha, acentua-se a doutrina de Hely Lopes Meirelles, em que pese constar da atualização de suas obras atenção à prática diversa (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.379-380). Ainda, FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira *apud* GASPARINI, Diogenes, op. cit., p.328.

⁴² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo e o novo código civil**. Belo horizonte: Fórum, 2007, p.125.

⁴³ Inclusive as fundações “instituídas por professores das universidades federais, para atividades de pesquisa e para prestar apoio à escola ou à universidade a que pertencem seus criadores” (FERREIRA, Sérgio Andréa *apud* FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo**. 6.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.88).

Poder Público, sejam as últimas providas ou não de personalidade jurídica de direito privado.

Nesse sentido, e retomando-se o embate de outrora, predomina o entendimento doutrinário⁴⁴ de que o ente público que institui a fundação pode lhe atribuir personalidade de direito público ou de direito privado.

Fundações públicas, fundações governamentais ou fundações estatais⁴⁵ são expressões sinônimas que designam às fundações instituídas pelo Poder Público, isto é, criadas em virtude de lei, integrantes da Administração indireta. A lei pode criar entidades (autarquias) que integrarão a Administração indireta ou, ainda, autorizar (empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações⁴⁶) o Poder Executivo a instituí-las, que o fará por meio de decreto (art. 37, XIX, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº. 19/1998).

Jurisprudencialmente, a Suprema Corte - Supremo Tribunal Federal - manifestou o entendimento de que a finalidade, a origem dos recursos e o regime administrativo de tutela absoluta a que, por lei, estão sujeitas, fazem das fundações públicas espécies do gênero autarquia, justificando a expressão 'autarquias fundacionais'⁴⁷. Por conseguinte, enquanto espécies de autarquia, as fundações públicas consistiriam, portanto, em autênticas pessoas jurídicas de direito público, razão pela qual seria legítima a asserção 'fundações de direito público'⁴⁸.

Fato é que as Instituições Federais de Ensino Superior, por serem instituídas e mantidas pelo Poder Público⁴⁹, adstritas ao regime jurídico-

⁴⁴ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo**. 4.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p.30. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo e o novo código civil**. Belo horizonte: Fórum, 2007, p.126. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.433. GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.328-329. FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo**. 6.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.92.

⁴⁵ FARIA, Edimur Ferreira de, op. cit., p.86.

⁴⁶ Note-se que a Emenda Constitucional nº. 19, de 04 de junho de 1998 suprimiu a qualificadora 'pública' que havia sido consagrada pelo constituinte para fundações instituídas pelo Poder Público.

⁴⁷ "A distinção entre fundações públicas e privadas decorre da forma como foram criadas, da opção legal pelo regime jurídico a que se submetem, da titularidade de poderes e também da natureza dos serviços por elas prestados" (ADI nº. 191/RS, Plenário, rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 29.11.2007, DJ de 07.03.2008).

⁴⁸ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de *apud* FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.135. GASPARINI, Diogenes, op. cit., p.314-316.

⁴⁹ Os recursos financeiros das Instituições Federais de Ensino Superior são provenientes, fundamentalmente, de dotação consignada no orçamento da União.

administrativo⁵⁰, supostamente seriam dotadas de personalidade jurídica de direito público. Entretanto, na prática, a confusão se avulta, ganhando proporções que causam estranheza, o que reforça a polêmica instaurada acerca da natureza jurídica das fundações públicas.

Cite-se, por exemplo, o caso da Universidade Federal do Amapá (UNIFAP), fundação pública, isto é, instituída pelo Poder Público, autorizada pela Lei nº. 7.530, de 29 de agosto de 1986 e criada pelo Decreto nº. 98.997, de 02 de março de 1990. O art. 1º de seu estatuto prescreve ser ela, em que pese dotação orçamentária assentada pela União, “Universidade Pública de direito privado, nos termos da Lei nº. 7.596, de 10 de abril de 1987, vinculada ao Ministério da Educação”, cuja personalidade jurídica de direito privado decorre da inscrição de seu ato constitutivo no Registro Civil de Pessoas Jurídicas. De igual modo se deu a criação da Universidade Federal de Roraima (UFRR): fundação pública, dotada de personalidade jurídica de direito privado, autorizada pela Lei nº. 7.364, de 12 de setembro de 1985 e criada pelo Decreto nº. 98.127, de 08 de setembro de 1989.

De outra banda, novamente a título exemplificativo, expõe-se a situação da Universidade Federal de Pelotas (UFPel), criada pelo Decreto-Lei nº. 750, de 08 de agosto de 1969 sob a forma de fundação de direito público. Ou, ainda, a condição das universidades federais de Rondônia (UNIR), do Vale do São Francisco (UNIVASF) e do Pampa (UNIPAMPA), fundações públicas que foram instituídas, e não meramente autorizadas, respectivamente, pelas leis federais nº. 7.011, de 08 de julho de 1982, nº. 10.473, de 27 de junho de 2002 e nº. 11.640, de 11 de janeiro de 2008, sendo elas verdadeiras *autarquias fundacionais* ou *fundações autárquicas*, dotadas de personalidade jurídica de direito público.

Por fim, há de se ter em conta aquelas situações extravagantes, embaraçosas, senão veja:

⁵⁰ A expressão *regime jurídico-administrativo* aponta para o conjunto harmônico de normas de direito público, particularmente, de direito administrativo, aplicáveis à Administração Pública, representado pelo binômio *prerrogativas/sujeições* ou, conforme Marcus Vinicius Corrêa Bittencourt, *prerrogativas/restrições*, sendo um “sistema especial que coloca a Administração Pública numa posição de supremacia perante os administrados para satisfazer as necessidades coletivas, mas, por outro lado, estabelece uma série de restrições ao modo de agir do Poder Público”. Nessa esteira, para além dos princípios consagrados no texto constitucional (art. 37, *caput*), Celso Antônio Bandeira de Mello associa o regime aos princípios jurídicos da *supremacia do interesse público sobre o privado* e da *indisponibilidade dos interesses públicos* (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.69-87). Igualmente, assevera Toshio Mukai (MUKAI, Toshio. **Direito administrativo sistematizado**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p.12-13).

O estatuto da Universidade Federal do Tocantins (UFT) reza ser ela entidade fundacional com personalidade jurídica de direito público, instituída pela Lei nº. 10.032, de 23 de outubro de 2000. Curioso é o fato de a ementa dessa lei apresentar enunciado em que se “autoriza o Poder Executivo a instituir a Fundação Universidade Federal do Tocantins”. Porém, já ao início do comando legal afirma-se categoricamente que “fica instituída a Fundação Universidade Federal do Tocantins, vinculada ao Ministério da Educação”, restando ao Executivo expedir Decreto com vistas à mera organização administrativa da entidade (Decreto nº. 4.279, de 21 de junho de 2002). Contrariando a lógica de que a personalidade jurídica de direito público de uma dada entidade decorreria única e exclusivamente da lei que a instituiu⁵¹, nota-se no caso em tela que a própria lei que cria, condiciona a existência jurídica: “a Fundação Universidade Federal do Tocantins adquirirá personalidade jurídica a partir da inscrição de seu ato constitutivo no registro civil das pessoas jurídicas” (art. 2º, da Lei nº. 10.032/2000).

Interessante também é a situação controvertida das universidades federais de Mato Grosso do Sul (UFMS) e de São João Del Rei (UFSJ)⁵², cujos estatutos consignam a personalidade jurídica de direito público, a *contrario sensu* do que ditam as leis que as ‘instituíram’⁵³, Lei nº. 6.674, de 05 de julho de 1979 e Lei nº. 7.555, de 18 de dezembro de 1986, respectivamente.

Síntese do dilema acerca da natureza jurídica das fundações públicas se exprime no estatuto da Fundação Universidade Federal de São Carlos:

Art. 1º A Universidade Federal de São Carlos, com foro e sede na cidade de São Carlos, Estado de São Paulo, criada pela Lei nº. 3.835, de 13 de dezembro de 1960 (art.11), e instituída sob a forma de Fundação, nos mesmos termos do Decreto nº. 62.758, de 22 de maio de 1968, alterado pelo Decreto nº. 99.740, de 28 de novembro de 1990, devidamente registrada sob nº. de ordem 247-128, no Livro A-1 do Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas de São Carlos, é pessoa jurídica de direito público, regendo-se por este Estatuto, pelo Regimento Geral e pela Legislação de ensino vigente. (grifado)

⁵¹ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo**. 4.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p.23.

⁵² A federalização da Fundação Universidade São João Del Rei tem origem na Lei nº. 10.425, de 19 de abril de 2002.

⁵³ Em ambos os diplomas legislativos há expressão da figura autorizativa: “É o Poder Executivo autorizado a instituir a Fundação (...)”. Entretanto, para as entidades em apreço, não sobreveio decreto que viesse legitimar esse posicionamento, razão pela qual essas instituições de ensino confortam sua origem na legislação federal.

Nesse estudo não se pode descurar e incorrer em anacronismo, vez que a natureza jurídica atribuída a dadas fundações integrantes do Sistema de Ensino Universitário Federal⁵⁴ decorre, em grande medida, do período no qual foram criadas⁵⁵. Na seara educacional, as fundações públicas denotam o instrumento de atuação estatal que compreende a prestação de serviços públicos de feição não econômica.

Independentemente de vestes de direito público ou de direito privado, as autarquias e as fundações públicas educacionais, por terem, fundamentalmente, recursos financeiros advindos de dotação consignada no orçamento da União, sujeitam-se a controle, não se resumindo àquela supervisão ou tutela exercida pelo Ministério da Educação (controle finalístico ou supervisão ministerial)⁵⁶.

2.2.2 Controle das Instituições Federais de Ensino Superior

O exame acerca do controle das Instituições Federais de Ensino Superior conforma-se com a idéia de controle da Administração Pública⁵⁷, tendo em vista que essas autarquias e fundações públicas vinculadas ao Ministério da Educação estão compreendidas no conceito de Administração indireta, em verdade uma extensão do Poder Público (*longa manus*).

Etimologicamente, o vocábulo ‘controle’ remonta o latim *contra rotulum*, que caracterizava o rol de contribuintes relativo às operações de cobrança de impostos⁵⁸. Noutra parte, assevera Domingos Poubel de Castro:

⁵⁴ BRASIL. Secretaria de Orçamento Federal. **Portal SOF**, Brasília, 2010. Disponível em: <https://www.portalsof.planejamento.gov.br/sof/2010/VOL_V.pdf>.

⁵⁵ Ressalte-se que, em sua redação original, a Constituição Federal de 1988 exigia lei específica para criação de toda e qualquer entidade da Administração indireta. Contudo, a Emenda Constitucional nº. 19, de 04 de junho de 1998 trouxe nova redação ao dispositivo do art.37, XIX, da CF: “somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação”.

⁵⁶ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo**. 4.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p.23. MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 13.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.71. SPITZCOVSKY, Celso. **Direito administrativo**. 11.ed. São Paulo: Método, 2009, p.185. JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14.ed. São Paulo: Dialética, 2010, p.22.

⁵⁷ Ao tratar do controle da Administração Pública, José dos Santos Carvalho Filho distancia os conceitos de controle político e controle administrativo; aquele estudado basicamente no Direito Constitucional, e este matéria de Direito Administrativo (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 13.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.729).

⁵⁸ “(...) entre os ingleses, controle traduz a noção de domínio, autoridade, poder e direção”, complementa Maria Amélia Holanda Cavalcante (CAVALCANTE, Maria Amélia Holanda. O controle

Historicamente, a palavra *controle* sempre esteve ligada às finanças. Em francês *controler* significa registrar, inspecionar, examinar. A palavra é originária de *contre-rolé*, registro efetuado em confronto com o documento original, com a finalidade da verificação da fidedignidade dos dados. No italiano, *controllo* é o mesmo que registro ou exame. Consagrou-se o vocábulo, na técnica comercial, para indicar inspeção ou exame que se processa nos papéis ou nas operações registradas nos estabelecimentos comerciais⁵⁹.

Atualmente, não há como afastar a importância dos mecanismos de controle dos atos provindos do Poder Público. Em que pese a atenção doutrinária ao tema, não há consenso acerca de suas classificações, razão pela qual se julgou relevante a adoção da “sistemática que divide o controle em interno e externo”⁶⁰. Trata-se de tipologia em que o controle decorre de órgão integrante ou não da própria estrutura na qual o órgão controlado está inserido⁶¹.

Valendo-se, novamente, das lições de Domingos Poubel de Castro, para fins didáticos, controles internos e externos correspondem, respectivamente, aos chamados controles verticais e horizontais⁶².

Está explícito em sede constitucional (art. 70, *caput*) que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e de entidades da Administração direta e indireta será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. Todavia, foi por meio da Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar nº. 101, de 04 de maio de 2000, que o controle se solidificou como princípio.

da administração pública. **Revista Controle**, Fortaleza: v.6, n.1, p.63-68, dez. 2006. Disponível em: <http://www.ipc.tce.ce.gov.br/ipc/arq/Revista_Controlo_2006_1.pdf>).

⁵⁹ CASTRO, Domingos Poubel de. **Auditoria e controle interno na administração pública: evolução do controle interno no Brasil: do Código de Contabilidade de 1922 até a criação da CGU em 2003: guia para atuação das auditorias e organização dos controles internos nos estados, municípios e ONGS**. São Paulo: Atlas, 2008, p.27.

⁶⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. In: BONFIM, Edilson Mougnot (Coord.). Coleção curso e concurso. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.224.

⁶¹ CAVALCANTE, Maria Amélia Holanda. O controle da administração pública. **Revista Controle**, Fortaleza: v.6, n.1, p.63-68, dez. 2006. Disponível em: <http://www.ipc.tce.ce.gov.br/ipc/arq/Revista_Controlo_2006_1.pdf>.

⁶² CASTRO, Domingos Poubel de, op. cit., p.37.

2.2.2.1 Controle interno

O controle interno ou autocontrole reside na fiscalização exercida pelos próprios órgãos da Administração Pública. A Constituição Federal, em seu art. 74, *caput*, estabelece que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com finalidade fiscalizatória. Na esteira do sistema de controle interno, fala-se em controle interno administrativo, cuja disciplina é encontrada no Decreto-Lei nº. 200/1967. Trata-se do controle exercido, em nível operacional, pelas unidades gestoras dos órgãos ou entidades que integram a Administração Pública direta ou indireta.

As Instituições Federais de Ensino Superior são entidades vinculadas⁶³ ao Ministério da Educação e, conseqüentemente, estão adstritas ao sistema de controle interno do Executivo federal.

Oportuno salientar que o Decreto nº. 3.591, de 06 de setembro de 2000, dispõe sobre o Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal, sendo que tal decreto revogou aquele de nº. 93.874, de 23 de dezembro de 1986.

Os fins do Sistema de Controle Interno estão consagrados nos incisos do art. 74, da Constituição Federal, quais sejam: *avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União; comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; exercer controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União; e apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.*

Destaca-se como Órgão Central do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal a Controladoria-Geral da União (CGU), sendo ela órgão da Presidência da República. A origem desse órgão de controle, inicialmente denominado Corregedoria-Geral da União, conforma-se com a Medida Provisória nº.

⁶³ É equivocada a aproximação entre *vinculação* e *subordinação*, não sendo possível afirmar que a relação entre Instituições Federais de Ensino Superior (IFES) e Ministério da Educação (MEC) configure algum tipo de subordinação ou hierarquia, tendo em vista a autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial daquelas instituições cujo serviço público educacional lhes foi outorgado. Transcrevendo os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles, “há mera vinculação à entidade-matriz, que, por isso, passa a exercer um controle legal, expresso no poder de correção finalística do serviço autárquico” (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.368).

2.143-31, de 02 de abril de 2001. Foi por meio do Decreto nº. 4.177, de 28 de março de 2008 que a Secretaria Federal de Controle Interno (SFC) e a Comissão de Coordenação de Controle Interno (CCCI) foram incorporadas à estrutura da Corregedoria-Geral da União, recebendo, ainda, competências de ouvidoria-geral, até então jungidas ao Ministério da Justiça⁶⁴.

Com a edição da Medida Provisória nº. 103, de 01 de janeiro de 2003, convertida em lei (Lei nº. 10.683, de 28 de maio de 2003), alterou-se a nomenclatura do órgão, passando então a ser identificado por Controladoria-Geral da União. Nesse momento, atribuiu-se ao titular do órgão o título de Ministro de Estado do Controle e da Transparência.

Decorrente do Decreto nº. 5.683, a Controladoria-Geral da União consolidou sua estrutura em de 24 de janeiro de 2006, congregando funções administrativas de controle, correição, prevenção e ouvidoria.

2.2.2.2 *Controle externo*

A par da sistemática que divide o controle da Administração Pública em interno e externo, aquele relativo ao autocontrole, e este caracterizado pelo controle exercido por órgãos alheios à Administração, o item em questão visa tão somente versar sobre os aspectos do controle efetuado pelo Congresso Nacional, controle legislativo, olvidando-se da abordagem relativa aos controles jurisdicional e social.

Nos termos do art. 44 da CF/1988, o Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, composto por duas Casas Legislativas - Câmara dos Deputados e Senado Federal, sendo de competência exclusiva do Parlamento a atribuição de “fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta” (art. 49, X, da CF/1988).

Entretanto, o preceito supra não esgota as atribuições do Congresso Nacional. José Afonso da Silva, em seu *Curso de Direito Constitucional Positivo*, classifica as atribuições pertinentes ao Parlamento - órgão legislativo da União, dividindo-as em cinco grupos: *atribuições legislativas, atribuições meramente*

⁶⁴ BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Histórico**, Brasília, 2006. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/CGU/Historico/index.asp>>.

*deliberativas, atribuições de fiscalização e controle, atribuições de julgamento de crimes de responsabilidade e atribuições constituintes*⁶⁵.

De fato, as atribuições de fiscalização e controle não se resumem ao dispositivo do art. 49, X, da CF/1988, vez que alcançam, também, os pedidos de informação, a comissão parlamentar de inquérito, o controle externo e a tomada de contas⁶⁶.

Ao conceber que a Administração indireta coaduna com os mecanismos de controle dos atos emanados pelos entes públicos, vislumbra-se que as Instituições Federais de Ensino Superior - autarquias ou fundações públicas, estão subordinadas ao controle exercido pelo Poder Legislativo, particularmente no que tange ao controle externo dos recursos públicos, controle esse que se manifesta na atuação do Tribunal de Contas da União (art. 71, da CF/1988).

Assim, o Congresso Nacional, com auxílio do Tribunal de Contas da União, exerce controle externo sobre as Instituições Federais de Ensino Superior, por meio da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, visto que compete àquela Corte de Contas o controle financeiro da União e entidades da Administração direta e indireta, bem como de qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiro, bens e valores públicos, nos termos do art. 70, *caput* e parágrafo único, da Carta Magna.

Logo, é o Tribunal de Contas da União órgão independente e auxiliar do Poder Legislativo, com jurisdição administrativa. Justamente por isso, levanta-se a dúvida se as decisões proferidas pelo Tribunal de Contas da União residiriam em autêntica *jurisprudência*, isto é, fonte de direito apta à produção de normas jurídicas.

⁶⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.518-519.

⁶⁶ “*atribuições de fiscalização e controle*, que exerce por vários procedimentos, tais como: (a) *pedidos de informação*, por escrito, encaminhados pelas Mesas aos Ministros ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República (art. 50, §2º, redação da ECR-4/94), importando em crime de responsabilidade a recusa, ou o não-atendimento no prazo de trinta dias, bem como a prestação de informações falsas; (b) *comissão parlamentar de inquérito*, nos termos do art. 58, §3º, como vimos; (c) *controle externo* com auxílio do Tribunal de Contas e da Comissão mista a que se refere o art. 166, §1º, que compreenderá toda a gama de medidas constantes dos arts. 71 e 72, culminando com o julgamento das contas que anualmente o Presidente da República há de prestar (art. 49, IX); (d) *fiscalização e controle dos atos do Poder Executivo*, incluídos os atos da administração indireta (art. 49, X); (e) *tomada de contas* pela Câmara dos Deputados, quando o Presidente não as prestar no prazo que a Constituição assinala, ou seja, dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, então até 15 de abril (arts. 51, II, e 84, XXIV)” (SILVA, José Afonso da, op. cit., p.518).

Ora, Miguel Reale já ensinava, em suas *Lições Preliminares de Direito*, que por *fonte de direito* entende-se o “processo ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória, isto é, com vigência e eficácia no contexto de uma *estrutura normativa*”⁶⁷. Anota, ainda, que o termo *jurisprudência*⁶⁸ (*stricto sensu*) designa a forma de revelação do direito, processada no seio jurisdicional, decorrente de uma “sucessão harmônica de decisões dos tribunais”⁶⁹, indicando, assim, os precedentes judiciais que revelam o sentido e o alcance das leis. Note-se que a jurisprudência não se consolida *prima facie* com o mero julgado do tribunal. A *contrario sensu*, deve existir uma coletânea de decisões que guardem, entre si, estrita correspondência lógica para que se invoque a acepção hodierna de *jurisprudência*.

Paulo Nader confronta os sentidos em que se emprega a expressão *jurisprudência*, quais sejam *lato sensu* e *stricto sensu*. Em sentido amplo, a jurisprudência se consolida com a coletânea de decisões proferidas pelos juízes e tribunais sobre uma determinada matéria jurídica, alcançando tanto decisões convergentes (*jurisprudência uniforme*), quanto divergentes (*jurisprudência contraditória*). Por outro lado, o sentido estrito de jurisprudência, posto em crítica pelo autor, cingir-se-ia ao conjunto de decisões uniformes, evidenciando a *auctoritas rerum similiter judicatorum* (autoridade dos casos julgados semelhantemente)⁷⁰.

Diante do exposto, não parece razoável atribuir às decisões prolatadas pelo Tribunal de Contas da União a natureza jurisprudencial em seu sentido mais restrito⁷¹. Assim, a jurisprudência, que, em sentido mui amplo, associa-se às decisões administrativas daquela Egrégia Corte de Contas, decorre do próprio caráter soberano desses julgados, em atenção à específica competência constitucional imputada ao órgão (art. 71, da CF/1988).

Aliás, a competência e a jurisdição do Tribunal de Contas da União são, por vezes, objeto de súmulas da jurisprudência predominante desta Corte de

⁶⁷ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.140.

⁶⁸ Paulo Nader alerta que o vocábulo sofreu, no curso da história, alteração semântica. “De origem latina, formado por *juris* e *prudencia*, o vocábulo foi empregado em Roma para designar a Ciência do Direito ou teoria da ordem jurídica e definido como *Divinarum atque humanarum rerum notitia, justis atque injustis scientia* (conhecimento das coisas divinas e humanas, ciência do justo e do injusto)” (NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 22.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.165).

⁶⁹ REALE, Miguel, op. cit., p.167.

⁷⁰ NADER, Paulo, op. cit., p.166.

⁷¹ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. 16.ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999, p.126.

Contas. Quanto ao escopo desta monografia, ganha importância a Súmula nº. 222 que trata do alcance de Decisões relativas à aplicação de normas gerais de licitação, transcrita *ipsis litteris*:

As Decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. (grifado)

Sublinhe-se, no entanto, que os atos do Tribunal de Contas da União pressupõem atos administrativos vinculados, passíveis de apreciação/revisão pelo Poder Judiciário⁷², nos termos do princípio da *inafastabilidade do controle jurisdicional*, ou da *ubiquidade da justiça* (art. 5º, XXXV, da CF/1988).

Desvanecendo o enfoque sobre controle externo e, em boa hora, introduzindo o capítulo das licitações, tem-se que o disposto no art. 113⁷³, da Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993 realça as competências do Tribunal de Contas da União em matéria de licitações e contratos administrativos.

⁷² Conforme Marcus Vinicius Corrêa Bittencourt, “quando se prevê que o Tribunal de Contas da União ‘julga’ as contas dos administradores e de todos aqueles responsáveis por valores públicos, não se está falando de atividade jurisdicional. As decisões tomadas por esse órgão técnico têm natureza administrativa e, desta forma, podem passar pelo crivo do Poder Judiciário” (BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. **Manual de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p.186).

⁷³ Art. 113 O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.

§1º Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo.

§2º Os Tribunais de Contas e os órgãos integrantes do sistema de controle interno poderão solicitar para exame, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, cópia de edital de licitação já publicado, obrigando-se os órgãos ou entidades da Administração interessada à adoção de medidas corretivas pertinentes que, em função desse exame, lhes forem determinadas. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994) (grifado)

3 LICITAÇÕES

Para que agora fosse possível adentrar ao estudo das licitações, bem como das contratações diretas, fez-se necessária a oferta do aporte teórico consignado nos capítulos anteriores, com trato da Administração Pública, em especial, das Instituições Federais de Ensino Superior, mote deste trabalho, não se olvidando da estrutura de controle espraiada às contratações públicas.

A Administração Pública, seja ela direta ou indireta, carece da contratação de terceiros para suprir as suas necessidades, não sobrestando a submissão aos princípios de Direito Administrativo consagrados no *caput* do art. 37, da Constituição Federal, quais sejam a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e, incluído pela Emenda Constitucional nº. 19, de 04 de junho de 1998⁷⁴, a eficiência⁷⁵. Entretanto, esse não é um rol taxativo (*numerus clausus*) de princípios que devem nortear a Administração. Aliás, é no art. 37, particularmente, em seu inciso XXI, que há menção ao princípio constitucional da licitação⁷⁶.

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 (...). (grifado)

O comando constitucional mencionado anteriormente, a despeito de aparentar norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata, trata-se, em verdade,

⁷⁴ A Emenda Constitucional nº. 19/1998 modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências.

⁷⁵ Sobre a eficiência nas contratações públicas veja SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Licitações e controle de eficiência: repensando o princípio do procedimento formal à luz do “placar eletrônico”*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

⁷⁶ Segundo Adilson Abreu Dallari, “o princípio da licitação impõe à Administração a necessidade de recorrer a procedimentos técnico-jurídicos que assegurem ao mesmo tempo contratações vantajosas para o Poder Público e igualdade de condições para todos os possíveis contratantes, independentemente de quaisquer normas positivas” (DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p.33).

de norma de eficácia contida⁷⁷, regulamentada pela Lei federal nº. 8.666, de 21 de junho de 1993, senão veja as disposições gerais deste Estatuto:

Art.2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas em lei. (grifado)

Como bem salienta Fernando José Gonçalves Acunha, a afirmação de um princípio constitucional de licitação pelo constituinte de 1988, cuja pretensão foi “limitar, tanto quanto possível, o âmbito de aplicação da discricionariedade administrativa”, é reflexo do regime que o antecede⁷⁸.

Assim, a Administração Pública, para contratar com terceiros, necessita, em regra, adotar o devido procedimento licitatório⁷⁹, ressalvados os casos em que se justifique a contratação direta por dispensa ou inexigibilidade, situações excepcionais que afastam a licitação. Aduz Marçal Justen Filho que a noção de Administração Pública encapada na Lei nº. 8.666/1993 (art. 6º, XI) “não deve ser identificada com ‘Poder Executivo’. Indica as pessoas de direito público que participam de uma contratação, ainda quando essa contratação se efetive através de órgãos do Poder Judiciário ou do Poder Legislativo”⁸⁰.

⁷⁷ Atribui-se a José Afonso da Silva a classificação das normas constitucionais vistas pelo aspecto de sua eficácia e aplicabilidade. As *normas constitucionais de eficácia contida* denotam a aplicabilidade direta, imediata, mas, ao contrário das *normas constitucionais de eficácia plena*, podem ter efeitos limitados por legislação infraconstitucional (BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.243-244). De fato, o inciso XXVII, do art. 22, da Constituição Federal dispõe sobre a competência legislativa privativa da União em matéria de licitações e contratos, *in verbis*:

“normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III”.

⁷⁸ ACUNHA, Fernando José Gonçalves. O papel do intérprete nas hipóteses de contratação direta sem licitação da Lei nº. 8.666/1993. **Revista do TCU**, Brasília: ano 41, n.114, p.63-76, jan/abr. 2009, p.63.

⁷⁹ Processo e procedimento não se confundem. Muito embora a Constituição Federal faça referência a *processo* de licitação pública (art. 37, XXI), doutrinariamente prevalece o entendimento de que a licitação refletiria verdadeiro *procedimento* administrativo, dividido, didaticamente, em fase interna e fase externa de licitação. SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e contrato administrativo**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p.15. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 446. MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.163.

⁸⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14.ed. São Paulo: Dialética, 2010, p.135. Esse entendimento já foi cravado ao início da monografia, nas considerações de Edimur Ferreira de Faria (FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo**. 6.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.41).

Com efeito, a licitação (do latim, *licitatione*)⁸¹ visa à seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, possibilitando que qualquer interessado possa, validamente, participar do certame⁸². Não havia dúvida quanto à dupla finalidade da licitação⁸³. No entanto, com a edição da Medida Provisória nº. 495, de 19 de julho de 2010, a promoção do desenvolvimento nacional passou a balizar, expressamente, as licitações, para além da observância do princípio constitucional da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa para a *administração*.

Reforce-se que, da leitura do texto constitucional, as contratações públicas repousam no dever de licitar, ou seja, a licitação, em regra, antecede a contratação pública. Contudo, apesar da exigência constitucional do certame prévio, a *administração* tem se valido constantemente de contratações diretas - dispensa e inexigibilidade - para a consecução de seus fins, o que denota a suposta divergência entre a lei e os fatos, afirmada por Marçal Justen Filho⁸⁴.

Na mesma linha, Domingos Poubel de Castro assegura que “com o passar do tempo, foram aparecendo peculiaridades que forçaram a ampliação da figura da dispensa de licitação, além, naturalmente, da pressão natural dos gestores para fugir do processo licitatório alegando ineficiência na gestão. Fato é que várias situações de dispensa foram acrescentadas em leis posteriores, tendo em vista as peculiaridades dos processos de aquisição nas áreas de ciência e tecnologia, em contexto de calamidade pública ou acordos internacionais”⁸⁵.

⁸¹ A terminologia consagra o “ato ou efeito de licitar”, assim como a “oferta de lanços num leilão ou hasta pública” (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Aurélio século XXI, o dicionário da língua portuguesa**. 3.ed. Curitiba: Positivo, 2004).

⁸² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.350.

⁸³ GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.477.

⁸⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11.ed. São Paulo: Dialética, 2005, p.232. Do mesmo modo, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes apresenta em sua obra, *Contratação direta sem licitação*, comparativo entre valores licitados e aqueles despendidos em contratações diretas (FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem licitação**. 6.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p.205).

⁸⁵ CASTRO, Domingos Poubel de. **Auditoria e controle interno na administração pública: evolução do controle interno no Brasil: do Código de Contabilidade de 1922 até a criação da CGU em 2003: guia para atuação das auditorias e organização dos controles internos nos estados, municípios e ONGS**. São Paulo: Atlas, 2008, p.123-124.

3.1 EVOLUÇÃO DO ESTATUTO⁸⁶ DE LICITAÇÕES

A dinâmica e a efervescência do tema em apreço por si só revelam que o exame da evolução legislativa das licitações mostra-se imprescindível à compreensão desse instituto. Segue-se, portanto, nessa abordagem.

O Decreto nº. 4.536, de 28 de janeiro de 1922 organizou o Código de Contabilidade da União que, ao dispor em capítulo próprio sobre a despesa pública, configurou-se num marco legislativo das licitações⁸⁷. Posteriormente, o Decreto-Lei nº. 200, de 25 de fevereiro de 1967⁸⁸ trouxe nova roupagem ao instituto de licitações, até então denominado *concorrência pública*⁸⁹ (*Título XII – Das normas relativas a licitações para compras, obras, serviços e alienações*), estabelecendo diretrizes para a Reforma Administrativa propugnada à época. Os preceitos contidos no Decreto-Lei nº. 200/1967 foram, ainda, alterados pela Lei nº. 6.946, de 17 de setembro de 1981⁹⁰, antes do advento do Decreto-Lei nº. 2.300, de 21 de novembro de 1986⁹¹ que instituiu o primeiro compilado de regras e princípios de licitação. O Decreto-Lei nº. 2.300/1986 viria a ser revogado pela Lei nº. 8.666, atual Estatuto Jurídico de Licitações e Contratos Administrativos.

A Lei nº. 8.666, Lei de Licitações e Contratos Administrativos, expressão da competência legislativa privativa da União (art. 22, XXVII, da

⁸⁶ Terminologia utilizada por diversos doutrinadores, dentre eles Diogenes Gasparini (GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.479) e José dos Santos Carvalho Filho (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 13.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.204).

⁸⁷ Jessé Torres Pereira Júnior sustenta que a licitação ‘vive’ no direito público brasileiro desde que “introduzida no positivismo normativo da Administração central pelo Decreto nº. 2.926, de 14.05.1862” (PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública**. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2002, p.1).

⁸⁸ Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências.

⁸⁹ Em verdade, enquanto gênero, o termo *concorrência pública* foi introduzido em 1965, por conta da Emenda nº. 15 à Constituição Federal de 1946. “Antes, o procedimento de compras públicas era denominado *concorrência*. Com a Lei nº. 4.401, de 10.9.64, o procedimento passou a denominar-se *licitação*” (FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo**. 6.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.304). Diogenes Gasparini salienta que “ao tempo em que vigia o Código de Contabilidade Pública existiam, como gênero, a *concorrência*, e como espécies, a *concorrência pública*, a *concorrência administrativa* e a *coleta de preços*” (GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.557).

⁹⁰ Atualiza os limites de valor aplicáveis às diferentes modalidades de licitações, simplifica a organização de cadastros de licitantes e dá outras providências.

⁹¹ Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências. O Decreto-Lei nº. 2.300/86 foi alterado pelos Decretos-Lei nº. 2.348, de 24 de julho de 1987, e nº. 2.360, de 16 de setembro de 1987.

CF/1988)⁹², foi sancionada pelo Presidente da República, a época Itamar Franco, em 21 de junho de 1993. Trata-se de lei federal⁹³ que estabelece *normas gerais*⁹⁴ sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, senão veja o art. 1º do diploma:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. (grifado)

Ainda que a Lei nº. 8.666/1993 estabeleça normas gerais sobre licitações e contratos administrativos, não há como olvidar a narrativa minuciosa e detalhista dada ao conteúdo temático. Ora, como lei federal que é, a Administração federal está obrigada a observá-la na integralidade, diferentemente de Estados e Municípios que se cingem às normas gerais nela contidas⁹⁵.

Como visto, as regras de licitações contidas na legislação atual decorrem da evolução legislativa, sensível às transformações políticas, econômicas e sociais, a par dos princípios consagrados em sede constitucional. Ela regulamenta

⁹² XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998).

⁹³ Para Carlos Pinto Coelho Motta, a Lei nº. 8.666/1993 seria, ainda, uma “lei nacional transitiva” (MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos**: estrutura da contratação, concessões e permissões, responsabilidade fiscal, pregão - parcerias público-privadas. 10.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.68).

⁹⁴ Sobre o assunto, válidas as considerações de Adilson Abreu Dallari:

“É muito difícil dizer o que é norma geral. Vários autores tentaram fazê-lo, mas é realmente muito difícil conceituá-la; é mais fácil chegar à norma geral pelo caminho inverso, dizendo o que não é norma geral. Não é norma geral aquela que corresponde a uma especificação, a um detalhamento. Portanto, norma geral é aquela que cuida de determinada matéria de maneira ampla. Norma geral é aquela que comporta uma aplicação uniforme pela União, Estado e Município; norma geral é aquela que não é completa em si mesma, mas exige uma complementação” (DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p.20-21).

⁹⁵ DALLARI, Adilson Abreu, op. cit., p.23. JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14.ed. São Paulo: Dialética, 2010, p.14.

o art. 37, XXI, da Constituição Federal de 1988 instituindo normas para licitações e contratos da Administração Pública.

Desde a edição original do texto da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, inúmeros são os dispositivos que foram alterados com vistas à adequação do diploma à realidade político-econômico-social. As legislações supervenientes não se limitaram a alterar as disposições postas, mas consagraram vetos e inclusão de novos dispositivos. Para além da atividade legiferante ínsita ao Legislativo, vislumbra-se a atuação do Poder Executivo ao expedir *regulamentos* acerca das licitações e contratos administrativos, afora sua função atípica legislativa relativa à capacidade de editar medidas provisórias.

São legislações que corroboraram para a atual configuração da Lei nº. 8.666/1993, seja alterando a redação, seja incluindo dispositivos ao texto original: Lei nº. 8.883, de 1994; Lei nº. 9.032, de 1995; Lei nº. 9.648, de 1998; Lei nº. 9.854, de 1999; Lei nº. 10.973, de 2004; Lei nº. 11.107, de 2005; Lei nº. 11.196, de 2005; Lei nº. 11.445, de 2007; Lei nº. 11.481, de 2007; Lei nº. 11.484, de 2007; Lei nº. 11.763, de 2008; Lei nº. 11.783, de 2008; Lei nº. 11.952, de 2009; e, recentemente, Lei nº. 12.188 e Medida Provisória nº. 495, ambas de 2010.

De modo sucinto, evidentes são as alterações no cenário das licitações, sendo que, por exemplo, pouco menos de um ano após a edição da Lei nº. 8.666, o Presidente da República viria a sancionar a Lei nº. 8.883, de 08 de junho de 1994, alterando consideravelmente os dispositivos inicialmente consagrados na redação da Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

A Lei nº. 9.648, de 27 de maio de 1998 comporta outra alteração significativa, vez que contempla a modificação do texto originário dos incisos I e II, do art. 24, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, incisos relativos à dispensa de licitação em razão do valor⁹⁶.

No âmbito federal, quanto aos *regulamentos*, avultam-se os Decretos nº. 3.931, de 19 de setembro de 2001 e nº. 3.722, de 09 de janeiro de 2001 que regulamentam, respectivamente, o art. 15 (Sistema de Registro de Preços – SRP) e o art. 34 (Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF) da Lei nº. 8.666/1993.

⁹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.367.

Oportuno salientar que as microempresas e pequenas empresas foram privilegiadas pelas disposições contidas na Lei Complementar nº. 123, de 14 de dezembro de 2006 (Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte). O tratamento favorecido decorre da própria previsão constitucional constante do art. 170, IX. Consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples e o empresário, desde que a receita bruta auferida, no ano-calendário, seja igual ou inferior a R\$240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais); ou superior a R\$240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) e igual ou inferior a R\$2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais), respectivamente (art. 3º, da Lei Complementar nº. 123/2006). Expoente da doutrina de licitações públicas, Marçal Justen Filho empreende estudo acurado sobre a matéria⁹⁷.

Bastante considerável, ainda, é o surgimento do *pregão* como nova modalidade licitatória, para além daquelas previstas no art. 22, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos. A Lei nº. 10.520, de 17 de julho de 2002 instituiu, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, modalidade de licitação denominada *pregão*, para aquisição de bens e serviços comuns. O *pregão* é regulamentado pelos Decretos nº. 3.555, de 2000 e nº. 5.450, de 2005, sendo que o último trata do *pregão* em sua forma eletrônica⁹⁸.

Logo, em 2002 fora criada a modalidade de licitação denominada *pregão*, complementando (mas não integrando), assim, o rol previsto no art. 22, da Lei nº. 8.666/1993, que já contemplava as modalidades *concorrência*, *tomada de preços*, *convite*, *concurso* e *leilão*. Em linhas gerais, a adoção de *concorrência*, *tomada de preços* ou *convite* depende do valor pretendido da contratação, diferentemente do *pregão*, cujo critério de assunção reside na natureza, e não no valor, do bem ou serviço aspirado pela Administração.

⁹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **O estatuto da microempresa e as licitações públicas**. 2.ed. São Paulo: Dialética, 2007.

⁹⁸ Note-se que o decreto que regulamenta o *pregão*, Decreto nº. 3.555, de 08 de agosto de 2000 é anterior à própria Lei do *Pregão*, Lei nº. 10.520, de 17 de julho de 2002. Essa suposta incompatibilidade lógica poderia suscitar diversos questionamentos. Contudo, sem maiores problemas, supera-se o embaraço com a explicação de que a Lei do *Pregão* é resultante da Medida Provisória nº. 2.026, de 04 de maio de 2000. Assim, não obstante a conversão da medida provisória em lei, o decreto continuou vigendo por coadunar com a nova lei. Mesmo antes do advento da Lei do *Pregão*, o Decreto nº. 3.555/2000 já havia sido alterado pelos Decretos nº. 3.693, de 20 de dezembro de 2000 e nº. 3.784, de 06 de maio de 2001. Ademais, observa-se que a iniciativa do Executivo Federal (edição da Medida Provisória nº. 2.026/2000) decorre de experiência exitosa vivenciada pela Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL.

Do exposto, pode-se inferir que a legislação correlata à matéria de licitações e contratos administrativos evidencia-se como instrumento de controle da Administração Pública no tocante às contratações com terceiros.

3.2 PRINCÍPIOS INFORMATIVOS

Além dos princípios que orientam a Administração Pública (art. 37, *caput*, da Constituição Federal), a Lei nº. 8.666/1993 enumera os princípios que devem revestir todo e qualquer certame licitatório: *legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo*.

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (grifado)

Maria Sylvia Zanella Di Pietro considera também a adjudicação compulsória e a ampla defesa como princípios informativos da licitação⁹⁹. No mesmo sentido, Diogenes Gasparini assinala os princípios correlatos da competitividade e da padronização¹⁰⁰. Ao seu modo, Marçal Justen Filho destaca os seguintes princípios: isonomia, vinculação ao instrumento convocatório, legalidade e competência vinculada, proporcionalidade ou razoabilidade, impessoalidade, objetividade do julgamento, moralidade, probidade e economicidade¹⁰¹.

O princípio da *legalidade* indica que o procedimento licitatório deve estar estritamente vinculado à lei. Fala-se, portanto, em atividade vinculada em que a autoridade administrativa se sujeita à supressão de liberdades empreendida pela legislação pátria¹⁰². José dos Santos Carvalho Filho aduz que, no campo das licitações, o princípio da legalidade reside na aplicação do devido processo legal, “segundo o qual se exige que a Administração escolha a modalidade certa; que seja

⁹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.360-361.

¹⁰⁰ GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.479.

¹⁰¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11.ed. São Paulo: Dialética, 2005, p.41-57.

¹⁰² *ibidem*, p.48.

bem clara quanto aos critérios seletivos; que só deixe de realizar a licitação nos casos permitidos na lei; que verifique, com cuidado, os requisitos de habilitação dos candidatos, e, enfim, que se disponha a alcançar os objetivos colimados”¹⁰³.

A *impessoalidade*, tida como princípio informativo da licitação, mantém íntima relação com os princípios da *isonomia* e do *juízo objetivo* (ou objetividade do julgamento, segundo Marçal Justen Filho). Assim, a *impessoalidade* pode ser verificada tanto na perspectiva da Administração Pública, quanto dos licitantes. A isonomia orienta que as condições pessoais dos licitantes e as vantagens por eles devem ser desconsideradas (perspectiva dos licitantes), salvo expressão em lei ou instrumento convocatório¹⁰⁴. Na perspectiva da Administração Pública, a impessoalidade reside na atuação do agente administrativo que deve se pautar pelo julgamento objetivo, declinando de seus interesses subjetivos.

Moralidade e *probidade*, por se aproximarem em conteúdo¹⁰⁵, são tratadas como sendo integrantes do princípio uno *da Moralidade e da Probidade*¹⁰⁶. A moralidade exige da Administração comportamento consoante com a moral e os bons costumes, reclamando-se do administrador a atuação segundo critérios éticos. Representa, portanto, um conceito amplo, diferente da probidade que designa a honestidade no modo de proceder, cujo não atendimento resulta em ato de improbidade administrativa, passível da aplicabilidade de sanções cominadas em lei.

O princípio da *igualdade*, ou isonomia¹⁰⁷, reside no contraponto à *vantajosidade* intentada pela Administração Pública na escolha da melhor proposta. Contrapõe-se na medida em que deve ser assegurada aos potenciais contratantes a igualdade de direitos em relação ao certame licitatório¹⁰⁸, não se tolerando qualquer espécie de favorecimento¹⁰⁹.

Já o princípio da *publicidade* pressupõe a ampla divulgação dos atos que sustentam o certame licitatório. A amplitude da publicidade varia em função da modalidade licitatória. Quanto maior a competição decorrente da modalidade de

¹⁰³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 13.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.191.

¹⁰⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.358.

¹⁰⁵ GOMES, Rogério Zuel; GELBCKE, Séfora Cristina Schubert. Licitações. *In*: HARGER, Marcelo (Coord.). **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.196-197.

¹⁰⁶ José dos Santos Carvalho Filho aproxima os princípios da moralidade e da impessoalidade (CARVALHO FILHO, José dos Santos, op. cit., loc. cit.).

¹⁰⁷ *ibidem*, p.192.

¹⁰⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, op. cit., p.355.

¹⁰⁹ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública**. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2002, p.55.

licitação, maior a publicidade que deverá ser atribuída ao certame, isso porque “quanto maior for a quantidade de pessoas que tiverem conhecimento da licitação, mais eficiente poderá ser a forma de seleção, e, por conseguinte, mais vantajosa poderá ser a proposta vencedora”¹¹⁰.

Quanto à *vinculação ao instrumento convocatório*, nota-se que o princípio reforça os pressupostos de legalidade e de impessoalidade, afastando a discricionariedade da Administração. Por instrumento convocatório se entende o edital ou a carta-convite, sendo instrumentos previamente definidos que contemplam regras disciplinares do procedimento licitatório.

Por fim, mas não esgotando os princípios informativos da licitação, tem-se o princípio do *juízo objetivo*. O juízo objetivo encontra aporte no princípio da legalidade. Celso Antônio Bandeira de Mello explica que o princípio da objetividade do juízo almeja “impedir que a licitação seja decidida sob o influxo do subjetivismo, de sentimentos, impressões ou propósitos pessoais dos membros da comissão julgadora”¹¹¹.

3.3 MODALIDADES LICITATÓRIAS

A redação do art. 22, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, ostenta as modalidades de licitação previstas pelo legislador ordinário: *concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão*¹¹². Doutrinariamente, as três primeiras categorias podem ser consideradas comuns entre si, vez que apresentam requisitos procedimentais semelhantes, diferenciando-se somente em razão do valor da contratação¹¹³. Logo, em geral, o critério que distingue as modalidades reside no

¹¹⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 13.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.192.

¹¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.536.

¹¹² Determina o §8º, do art. 22, da Lei nº. 8.666/1993 que “é vedada a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação das referidas neste artigo”. Por óbvio, este dispositivo não afasta a competência privativa da União legislar sobre normas gerais de licitação (art. 22, XXVII, da CF/1988), senão veja a criação da figura do *pregão*, tida como nova modalidade licitatória (Lei nº. 10.520/2002).

¹¹³ Justamente por isso, doutrina e jurisprudência têm cuidado do assunto relativo ao parcelamento indevido da licitação, com expressão no §5º, do art. 23, da Lei nº. 8.666/1993:

“É vedada a utilização da modalidade *convite* ou *tomada de preços*, conforme o caso, para parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente, sempre que o somatório de seus valores caracterizar o caso de *tomada de preços* ou *concorrência*, respectivamente, nos termos deste artigo, exceto para as parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço”.

valor da obra, do serviço ou do bem adquirido, nos termos do art. 23, da Lei nº. 8.666/1993, importando à Administração a escolha do tipo de licitação pertinente. Frise-se que modalidades licitatórias não se confundem com tipos ou critérios de licitação.

O tipo de licitação está atrelado ao princípio do julgamento objetivo das propostas, encontrando aporte no §1º, do art. 45, da Lei nº. 8.666/1993. A lei, em sua redação original, enumerava três tipos básicos de licitação: *menor preço*, *melhor técnica e técnica e preço*. Incluído pela Lei nº. 8.883/1994, fala-se, ainda, em tipo de *maior lance ou oferta*, que se aplica aos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso.

Art. 45 O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação, exceto na modalidade concurso:

I - a de menor preço - quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço;

II - a de melhor técnica;

III - a de técnica e preço.

IV - a de maior lance ou oferta - nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso. (grifado)

Esses critérios norteiam a Administração Pública na busca da contratação pública mais vantajosa. Por imposição legal (art. 40, VII, da Lei 8.666/1993), deve o edital estabelecer, com disposições claras e parâmetros objetivos, o tipo de licitação, isto é, o critério de julgamento consignado para o certame em questão. Ainda, é o valor estimado e a natureza do objeto que definem a escolha da modalidade de licitação adequada.

Cotejadas as distinções entre modalidades e tipos de licitação, passa-se ao exame das modalidades em espécie: concorrência, tomada de preços, convite, concurso, leilão e pregão.

3.3.1 Concorrência

A concorrência é definida pelo §1º, do art. 22, da Lei nº. 8.666/1993, correspondendo à modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para a execução de seu objeto. Reclama-se a ampla divulgação do certame, vez que equivale à modalidade prévia às contratações de grande vulto. Entretanto, a *ampla divulgação*, ou *publicidade*, representa apenas uma das características ou requisitos da *concorrência*. A *universalidade*, a *habilitação preliminar*, os *prazos para apresentação das propostas* e o *juízo por comissão* também são referenciados pela doutrina como características básicas ou requisitos da concorrência¹¹⁴. A *ampla publicidade* e a *universalidade* são corolários, em grande medida, dos princípios afirmados no *caput* do art. 37, da Constituição Federal.

Em tempo, tem-se que a modalidade concorrência¹¹⁵ não favorece somente a aquisição de bens e serviços, mas alcança, por seu turno, as alienações de bens públicos inservíveis à Administração¹¹⁶. A harmonia do art. 17, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos dita que a alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, dependerá, dentre outros requisitos, de avaliação prévia e de licitação¹¹⁷. Especialmente, no tocante à alienação de bens imóveis, vislumbra-se que a modalidade adequada é a concorrência (art. 17, I, da Lei nº. 8.666/1993), ressalvadas as hipóteses de licitação dispensada.

¹¹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.327-330.

¹¹⁵ De acordo com a Lei nº. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, a concessão de serviços públicos deve ser precedida de licitação na modalidade concorrência.

¹¹⁶ Em regra, os bens públicos são *inalienáveis*. O Código Civil, Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 dispõe em seu art. 100 que “os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar”. Ou seja, a inalienabilidade é regra, comportando, entretanto, exceções previstas em lei. A alienação de bens públicos enquanto exceção depende de prévia avaliação e de licitação (*concorrência* ou *leilão*), bem como de autorização legislativa quando se tratar de bens imóveis. Além disso, existiriam situações excepcioníssimas em que a licitação seria dispensada (art. 17, da Lei nº. 8.666/1993).

¹¹⁷ Celso Spitzcovsky ressalta a necessidade de *desafetação* ou *desconsagração* dos bens de uso comum ou de uso especial (SPITZCOVSKY, Celso. **Direito administrativo**. 11.ed. São Paulo: Método, 2009, p.548).

O art. 19 da referida carta legislativa informa que “os bens imóveis da Administração Pública, cuja aquisição haja derivado de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento, poderão ser alienados por ato da autoridade competente”, reivindicando-se, para tanto, a avaliação dos bens alienáveis, a comprovação da necessidade ou utilidade da alienação, bem como “a adoção do procedimento licitatório, sob a modalidade de concorrência ou leilão”.

Ainda, extrai-se do §6, do art. 17 a inteligibilidade de que seria pertinente a assunção da concorrência em alienações de bens móveis cujo valor de avaliação seja superior ao limite que identifica a modalidade tomada de preços, ou seja, R\$650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).

3.3.2 Tomada de preços

Se a concorrência é procedimento licitatório que antecede às contratações vultosas, tem-se que a tomada de preços pressupõe contratações cujo valor considera-se intermediário em relação à concorrência e ao convite. A participação no certame licitatório requer que os interessados estejam previamente cadastrados ou que se cadastrem até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas (art. 22, §2º).

A *universalidade* vislumbrada na concorrência é aqui em parte suprimida, vez que para a tomada de preços exige-se habilitação prévia dos licitantes por meio de registros cadastrais. No âmbito da Administração Pública federal, verifica-se a existência do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF. O Decreto nº. 3.722, de 09 de janeiro de 2001 regulamenta o art. 34, da Lei nº. 8.666/1993, no tocante aos registros cadastrais.

3.3.3 Convite

Licitação destinada às aquisições de valores menores, se comparados à concorrência e à tomada de preços, e que não justifiquem dispensar a licitação em razão do pequeno vulto. E, por se tratar de licitação com menor potencial contratual, não se exige publicação do ‘edital’, no caso, da carta-convite.

O convite deve ser direcionado a, no mínimo, três (03) interessados, já cadastrados ou não, sendo possível também a participação daqueles que

manifestarem interesse em até vinte e quatro horas antes do recebimento das propostas (art. 22, §3º). Ressalvadas as hipóteses previstas no §7º, do art. 22, da Lei nº. 8.666/1993, não se obtendo o número legal mínimo de interessados, a Administração deverá repetir o ato, com a convocação de outros possíveis interessados¹¹⁸.

3.3.4 Concurso

O concurso, nos termos do §4º, do art. 22, da Lei nº. 8.666/1993 reside na modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios previamente estabelecidos em edital.

Os serviços técnicos profissionais especializados constantes do art. 13, da Lei nº. 8.666/1993 devem ser operacionalizados, preferencialmente, por meio do concurso (§1º, do art. 13), ressalvadas as hipóteses de inexigibilidade de licitação (art. 25, II combinado com o art. 13, da Lei nº. 8.666/1993).

Essa modalidade intitulada concurso, que visa à escolha de trabalhos intelectuais, não se aproxima daquela encontrada nos processos de seleção de pessoal da Administração Pública, qual seja, concurso de ingresso de provas ou de provas e títulos (art. 37, II, da CF/1988).

3.3.5 Leilão

O leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis da Administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis, prevista no art. 19, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos¹¹⁹, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação (art. 22, §5º, da Lei nº. 8.666/1993).

¹¹⁸ Esse entendimento é reiterado pela Súmula nº. 248 do Tribunal de Contas da União: “Não se obtendo o número legal mínimo de três propostas aptas à seleção, na licitação sob a modalidade Convite, impõe-se a repetição do ato, com a convocação de outros possíveis interessados, ressalvadas as hipóteses previstas no parágrafo 7º, do art. 22, da Lei nº. 8.666/1993”.

¹¹⁹ Art. 19 Os bens imóveis da Administração Pública, cuja aquisição haja derivado de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento, poderão ser alienados por ato da autoridade competente, observadas as seguintes regras:

I - avaliação dos bens alienáveis;

II - comprovação da necessidade ou utilidade da alienação;

Em se tratando de alienação de bens móveis cujo valor de avaliação não seja superior ao limite que identifica a modalidade tomada de preços, ou seja, R\$650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais), faculta-se à Administração se valer do leilão em detrimento da concorrência.

Todavia, como será visto posteriormente (capítulo denominado *contratação direta*), existem casos em que o certame licitatório, leilão ou concorrência, para alienação de bens da Administração é suprimido em razão de comando legal (art. 17, da Lei nº. 8.666/1993).

Cumprir destacar que a realização do leilão pressupõe a existência da figura do leiloeiro. Este pode ser leiloeiro de profissão (leiloeiro oficial, cuja disciplina encontra-se latente nos Decretos nº. 21.981, de 19 de outubro de 1932 e nº. 22.427, de 01 de fevereiro de 1933)¹²⁰ ou servidor público nomeado para exercer tais atribuições, nos termos do art. 53, *caput*, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

3.3.6 Pregão

Inicialmente, compete esclarecer que a modalidade de licitação pregão não consta do rol consignado no art. 22, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, mesmo porque o pregão é fruto de legislação posterior àquele diploma. Porém, há intenção legislativa de incluí-lo naquele rol, nos termos do Projeto de Lei da Câmara nº. 32/2007.

A Lei nº. 10.520, de 17 de julho de 2002, proveniente da Medida Provisória nº. 2.026, de 04 de maio de 2000, instituiu, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a modalidade pregão para aquisição de bens e serviços comuns, assim compreendidos aqueles “cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado”.

A regulamentação do pregão ‘sobrevieio’ com os Decretos nº. 3.555, de 2000 e nº. 5.450, de 2005, sendo que o último trata do pregão em sua forma

III - adoção do procedimento licitatório, sob a modalidade de concorrência ou leilão. (grifado)

¹²⁰ Na obra de Diogenes Gasparini (GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.574), há menção ao Decreto-Lei nº. 37, de 18 de novembro de 1966, contudo, todas as disposições contidas no capítulo relativo aos leilões foram revogadas com o advento da Medida Provisória nº. 497, de 27 de julho de 2010.

eletrônica. Dessa forma, na esfera federal, a aquisição de bens e serviços comuns, por parte da Administração Pública direta e indireta, requer de modo obrigatório a adoção do pregão¹²¹, preferencialmente na forma eletrônica (art. 4º, *caput*, do Decreto nº. 5.450, de 31 de maio de 2005)¹²². O Decreto nº. 5.450/2005, que revogou o Decreto nº. 3.697, de 21 de dezembro de 2000, rende-se aos avanços da tecnologia e das comunicações pela Internet, sorvendo o pregão de tecnologia da informação. Fala-se, portanto, em duas espécies de pregão: o comum ou presencial e o eletrônico.

Diferentemente da concorrência, da tomada de preços e do convite, em que o valor determina a adoção desta ou daquela modalidade licitatória, no pregão, a condição de aplicabilidade decorre da natureza da contratação. Isso porque o pregão é conveniente para a aquisição de bens e serviços comuns. A definição de bens e serviços comuns é reafirmada pelo Decreto nº. 7.174, de 12 de maio de 2010, em que pese ter ele revogado o Anexo II ao Decreto nº. 3.555/2000 que classificava, exemplificativamente, os bens e serviços comuns.

Ainda em comparação às modalidades comuns de licitação (concorrência, tomada de preços e convite), o pregão se sobressai ao apresentar uma inversão da ordem tradicional das fases previstas na Lei nº. 8.666/1993, ou seja, a fase de habilitação dos interessados é colocada em momento posterior à competição¹²³.

Não obstante o advento do pregão, a Lei nº. 10.520/2002 não pormenorizou seu emprego, razão pela qual a Lei nº. 8.666/1993 possui aplicabilidade subsidiária (art. 9º, da Lei nº. 10.520/2002).

¹²¹ O decreto vem reforçar o entendimento doutrinário de que o termo 'poderá', empregado no art. 1º, da Lei nº. 10.520, de 17 de julho de 2002 consiste, em verdade, num autêntico poder-dever: "Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei" (grifado).

¹²² Na esteira do Decreto nº. 5.450, de 31 de maio de 2005, o Decreto nº. 5.504, de 05 de agosto de 2005, estabelece a exigência de utilização do pregão, preferencialmente na forma eletrônica, para entes públicos ou privados, nas contratações de bens e serviços comuns, realizadas em decorrência de transferências voluntárias de recursos públicos da União, decorrentes de convênios ou instrumentos congêneres, ou consórcios públicos.

¹²³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão**: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 5.ed. São Paulo: Dialética, 2009, p.11.

3.3.6.1 Sistema de Registro de Preços

Apesar de o *Sistema de Registro de Preços* não se limitar ao pregão, vez que alcança a modalidade concorrência (art. 15, §3º, I, da Lei nº. 8.666/1993), a ‘hierarquização’ ora proposta tem fins didáticos, dada a pretensão ampliativa do emprego daquela modalidade licitatória. Ressalte-se que o *Sistema de Registro de Preços* (SRP) e o pregão possuem conceitos distintos. Este, seja eletrônico ou presencial, funda-se numa modalidade de licitação, tal como aquelas expressas no art. 22, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Por seu turno, registro de preços refere-se a um sistema de contratações¹²⁴ ou, dito de outra forma, trata-se de um conjunto de procedimentos para registro formal de preços relativos à prestação de serviços e aquisição de bens para aquisições futuras, não vinculando, entretanto, a Administração Pública.

O Decreto federal nº. 3.931, de 19 de setembro de 2001 regulamenta o *Sistema de Registro de Preços*, sistema esse que encontra guarida no art. 15, inciso II, §§3º a 6º, da Lei nº. 8.666/1993, bem como no art. 11, da Lei nº. 10.520/2002.

É precisamente sobre o art. 8º do referido regulamento que doutrina e jurisprudência têm se debruçado para tratar da figura do *carona*. Questiona-se sobre a legitimidade do carona, visto não existir previsão legal para tanto, mas tão somente regulamentar. Em linhas gerais, o carona representa a adesão a registros de preços realizados por outros órgãos ou entidades. Isso quer dizer que pode o órgão ou entidade da Administração, na vigência da ata de registro de preços, valer-se dela, “mediante prévia concordância do órgão gerenciador e do vencedor para com este contratar, comprovada sua vantajosidade e observado o máximo de 100% dos quantitativos registrados”¹²⁵.

¹²⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14.ed. São Paulo: Dialética, 2010, p.214.

¹²⁵ GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.503.

4 CONTRATAÇÃO DIRETA

Fora visto que licitação é regra para a Administração Pública. No entanto, são ressalvadas algumas situações em que seria possível afastar a adoção do certame licitatório, falando-se, conseqüentemente, em contratações diretas, representadas pelas hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação. Afiguram-se como situações excepcionais, previstas nos artigos 24 e 25, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, em que se permite a celebração de contratos administrativos sem a prévia adoção da licitação.

O entendimento da doutrina majoritária¹²⁶ conforta as exceções trazidas nos artigos 17, 24 e 25, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, categorizando-as, particularmente, em situações de licitação dispensada, dispensável e inexigível. Marçal Justem Filho não diferencia os dois primeiros institutos, versando sobre dispensa de licitação e licitação dispensada segundo o mesmo equivalente lógico¹²⁷. Diferentemente, Romeu Felipe Bacellar Filho, ao aventar sobre dispensa compulsória e dispensa facultativa, conduz à interpretação de que licitação dispensada e licitação dispensável têm fundamentos distintos¹²⁸.

4.1 LICITAÇÃO DISPENSADA

Com exceção daqueles doutrinadores que não fazem distinção entre licitação dispensada e licitação dispensável¹²⁹, vislumbra-se que os casos de licitação dispensada estão apostos no art. 17, da Lei nº. 8.666/1993. Essas hipóteses ensejam a percepção de que a Administração não está obrigada a

¹²⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. In: BONFIM, Edilson Mougnot (Coord.). Coleção curso e concurso. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.122-124. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.165. GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.510.

¹²⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11.ed. São Paulo: Dialética, 2005, p.233.

¹²⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Reflexões sobre direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p.206-209.

¹²⁹ “Não parece de maior utilidade a distinção entre licitação *dispensada* e *dispensável*. A diferença foi afirmada a propósito das hipóteses dos arts. 17 e 24, respectivamente. Segundo alguns, o art. 17 conteria situações em que a licitação foi dispensada pelo próprio legislador. Já o art. 24 traria autorização para dispensa de licitação por parte do administrador. Com todo respeito, não se afigura procedente a distinção, a nosso ver. Em ambos os casos, o legislador *autoriza* contratação direta. Ou seja, cabe ao administrador escolher entre realizar ou não a licitação” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14.ed. São Paulo: Dialética, 2010, p.300).

proceder à licitação, sendo contratações cujo objeto consiste, em regra, na alienação de bens públicos, móveis ou imóveis, resguardado o interesse público e a necessidade de avaliação prévia. Representam hipóteses exaustivamente arroladas pelo legislador ordinário (*numerus clausus*). Ou seja, as situações que caracterizam a licitação dispensada foram, em tese, esgotadas pelo legislador, não podendo a administração ampliar a aplicabilidade do rol explicitado no art.17.

Há quem sustente que a licitação dispensada impõe-se como autêntica vedação à realização do certame licitatório - vide ensinamentos de Romeu Felipe Bacellar Filho, ao referenciar a dispensa compulsória: “há um terceiro caso de não realização de licitação que se denomina licitação *dispensada*. Nesta, a própria Lei, em seu art. 17, determina, independentemente de juízo de valor, compulsoriamente, a dispensa de licitação”¹³⁰.

4.2 LICITAÇÃO DISPENSÁVEL

A dispensa de licitação, ou licitação dispensável, encontra amparo no art. 24 da Lei nº. 8.666/1993. As mais recentes alterações legislativas correlatas ao tema são aquelas trazidas pela Lei nº. 12.188, de 11 de janeiro de 2010 e pela Medida Provisória nº. 495, de 19 de julho de 2010, que acrescentaram, respectivamente, os incisos XXX e XXXI às hipóteses de dispensa de licitação.

Assim, o art. 24 comporta trinta e um incisos que configuram todas as situações possíveis de dispensa de licitação. Trata-se, portanto, de um rol taxativo, definido aprioristicamente pelo legislador, não estando a Administração habilitada a ampliar as hipóteses consagradas no texto legislativo. Contudo, a dispensa de licitação, ao contrário da licitação dispensada e, como será visto, da inexigibilidade, comporta juízo de valor, retratando um ato discricionário¹³¹ da Administração

¹³⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. In: BONFIM, Edilson Mougnot (Coord.). Coleção curso e concurso. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.122.

¹³¹ Reiterando os conceitos de outrora, os atos administrativos podem ser classificados em *discricionários* ou *vinculados*, conforme haja na legislação previsão ou não de margem de liberdade para o administrador. Odete Medauar disserta sobre a *discricionariedade*:

“No entrecruzar-se da atividade da Administração e do interesse público que ela deve realizar, surge a figura da discricionariedade. Tradicionalmente vem conceituada como a faculdade conferida à autoridade administrativa de se orientar livremente quanto à oportunidade e conveniência de seus atos; ou a de escolher uma solução entre muitas. Sobressai a idéia de escolha livre, de espaço livre, de identificação do interesse público e seleção de meios para efetivá-lo” (MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.194). Marcus Vinicius Corrêa Bittencourt, entretanto, faz a ressalva que discricionariedade se distancia de

Pública, em que a esta é facultada, em face do caso concreto, a pertinência de realizar ou não a licitação, mediante ponderação dos critérios de oportunidade e conveniência. É nesse momento que emerge o papel do administrador, intérprete por excelência da lei nas hipóteses de dispensa de licitação, visto ser ele responsável pelas contratações públicas¹³².

Marçal Justen Filho classifica, sistematicamente, as dispensas elencadas no art. 24, da Lei nº. 8.666/1993 segundo o “ângulo de manifestação de desequilíbrio na relação custo/benefício”: *custo econômico da licitação; custo temporal da licitação; ausência de potencialidade de benefício e; destinação da contratação*¹³³. Outra possibilidade de categorizar as hipóteses enunciadas nos incisos do art. 24, da Lei nº. 8.666/1993 é aquela trazida por Lúcia Valle Figueiredo, reafirmada por Maria Sylvania Zanella Di Pietro¹³⁴, consubstanciando-se nos casos de dispensa em razão *do pequeno valor, de situações excepcionais, do objeto a ser contratado e das pessoas a serem contratadas*¹³⁵.

Por questões didáticas, segue-se com a classificação empreendida pela supra referida doutrinadora, todavia, sem a intenção de esgotar os inúmeros incisos do art. 24, que denotam situações em que a licitação é dispensável.

4.2.1 Pequeno valor

O presente item se presta ao exame da faculdade atribuída à Administração Pública atinente às dispensas de licitação em razão do valor, considerado o custo econômico da licitação, pois a administração pode evidenciar situações em que o custo operacional envolvido numa dada licitação seja superior

arbitrariedade. Aquela diz respeito à atuação conforme a margem de liberdade conferida pela lei, enquanto a última corresponde ao exercício que extrapola os limites legais (BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. **Manual de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p.121).

¹³² ACUNHA, Fernando José Gonçalves. O papel do intérprete nas hipóteses de contratação direta sem licitação da Lei nº. 8.666/1993. **Revista do TCU**, Brasília: ano 41, n.114, p.63-76, jan/abr. 2009, p.64-64. Todavia, “não é permitido qualquer exercício de criatividade ao administrador, encontrando-se as hipóteses de licitação dispensável previstas expressamente na lei, *numerus clausus*, no jargão jurídico, querendo significar que são apenas aquelas hipóteses que o legislador expressamente indicou que comportam dispensa de licitação (FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem licitação**. 6.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p.335).

¹³³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11.ed. São Paulo: Dialética, 2005, p.234.

¹³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.367.

¹³⁵ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.462.

ao valor da contratação pretendida, razão pela qual se justificaria a contratação direta e a consequente dispensa do certame licitatório.

A licitação dispensada, ou melhor, dispensável em razão do valor é vislumbrada nos incisos I e II, do art. 24, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos. A redação original desses dispositivos foi alterada pela Lei nº. 9.648, de 27 de maio de 1998, restando aumentado o limite inicialmente previsto de 5% para 10%, no que tange às dispensas em razão do pequeno valor da contratação.

Art. 24. É dispensável a licitação:

I - para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso I do artigo anterior, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente;

II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez;

O limite, em percentual, da dispensa tem por referência a modalidade de licitação convite. As alíneas 'a', dos incisos I e II, do art. 23, da Lei nº. 8.666/1993 fazem alusão aos valores-limite de R\$150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) e R\$80.000,00 (oitenta mil reais), em se tratando de obras e serviços de engenharia e compras e outros serviços, respectivamente.

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);

II - para compras e serviços não referidos no inciso anterior:

a) convite - até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

Da compreensão dos dispositivos em análise, verifica-se que as dispensas previstas nos incisos I e II, do art. 24 estão limitadas aos valores de R\$15.000,00 (quinze mil reais) e R\$8.000,00 (oito mil reais), para obras e serviços de engenharia e para outros serviços e compras, respectivamente, vedado o *fracionamento de despesas*.

O fracionamento de despesas associa-se ao parcelamento indevido da licitação (§5, do art. 23, da Lei nº. 8.666/1993), e como tal deve ser evitado pela Administração. Nesse sentido, válidas são as anotações trazidas por Jessé Torres Pereira Júnior:

'Fracionamento' retrata conduta irregular da Administração, que, ao invés de licitar, pela modalidade adequada, em função do valor estimado, a integralidade do objeto a ser comprado, de modo a atender às necessidades de todo o exercício, fraciona essa integralidade e compra cada lote daí resultante mediante licitação de menor angulação de competitividade (v.g., vários convites, em substituição a uma tomada de preços), ou contrata diretamente cada lote por dispensa de licitação (art.24, I ou II), no evidente propósito de ladear o dever de licitar¹³⁶.
(grifado)

Dessa forma, o administrador público não pode ao seu talante valer-se da dispensa em razão do valor, fracionando despesas de mesma natureza, no intuito de afastar o certame licitatório. Aliás, nos termos do art. 89, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, assenta-se como crime “dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade”, visto que são deveres do administrador público os de *agir*, de *eficiência*, de *probidade* e de *prestar contas*¹³⁷.

Voltando os olhos para as universidades públicas federais, e tendo em conta a aplicabilidade dos decretos federais a essas entidades, por ora se destaca o Decreto nº. 5.450/2005 – regulamenta o pregão, em sua forma eletrônica – ao dispor em seu art.4º, §2º que “na hipótese de aquisições por dispensa de licitação, fundamentadas no inciso II do art. 24 da Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993, as unidades gestoras integrantes do SISG deverão adotar, preferencialmente, o sistema de cotação eletrônica, conforme disposto na legislação vigente”. O sistema de cotação eletrônica de preços, aplicativo disponibilizado no Portal de Compras do

¹³⁶ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública**. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2002, p.256. Sobre esse assunto o Tribunal de Contas da União já se pronunciou inúmeras vezes – vide, por exemplo, o **Acórdão nº. 3.146/2004**, Primeira Câmara. Relator: Ministro Guilherme Palmeira. Processo TC nº. 009.989/2003-1, que julgou as contas da Universidade Federal da Paraíba (exercício financeiro de 2002).

¹³⁷ MEIRELLES, Hely Lopes *apud* GASPARIANI, Diogenes. **Direito administrativo**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.150.

Governo Federal – www.comprasnet.gov.br, visa agilizar as compras de pequeno valor realizadas pela Administração federal¹³⁸.

O parágrafo único do art. 24 ressalva que os percentuais indicados nos incisos I e II do *caput* deste artigo serão de 20% (vinte por cento) para compras, obras e serviços contratados por consórcios públicos, sociedades de economia mista, empresas pública, assim como por autarquias ou fundações qualificadas, na forma da lei, como Agências Executivas¹³⁹.

Apesar de a Lei nº. 9.648/1998 ter produzido significativa alteração nos percentuais que definem o conceito de pequeno valor para contratações diretas, atualmente os administradores/gestores públicos têm clamado por nova majoração desses limites, tendo em conta a divergência entre a lei e os fatos¹⁴⁰. Contudo, não se pode olvidar o anseio daqueles que visam burlar a licitação, tornando regra a adoção de contratações diretas (dispensa e inexigibilidade) em detrimento da realização do devido procedimento licitatório.

4.2.1.1 *Suprimento de fundos*

Mesmo que não haja correspondência direta entre as dispensas consignadas nos incisos I e II, do art. 24, da Lei nº. 8.666/1993 e o suprimento de fundos, por questões metodológicas foram esses expedientes aproximados, mormente, para subsidiar a abordagem relativa ao fracionamento de despesas. Ademais, o Tribunal de Contas da União, em sede de determinações à Universidade Federal do Paraná, manifestou o seguinte entendimento:

¹³⁸ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos:** estrutura da contratação, concessões e permissões, responsabilidade fiscal, pregão - parcerias público-privadas. 10.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.213.

¹³⁹ A qualidade de Agência Executiva atribuída, transitoriamente, a algumas autarquias e fundações decorre da celebração de Contratos de Gestão, sendo esta *conditio sine qua non* para configuração do atributo. O art. 37, §8º, da Constituição Federal dispõe sobre esse instrumento contratual, *in verbis*:

“A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade (...).”

Além disso, destacam-se os Decretos federais nº. 2.487 e nº. 2.488, de 02 de fevereiro de 1998, bem como a Lei nº. 9.649, de 27 de maio de 1998, que ao dispor sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, estabelece, em seus arts. 51 e 52, acerca da capacidade do Poder Executivo atribuir *status* de Agência Executiva a determinadas entidades, definindo critérios e procedimentos relativos à celebração de Contratos de Gestão.

¹⁴⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** 11.ed. São Paulo: Dialética, 2005, p.323.

(...) a utilização de suprimento de fundos para aquisição, por uma mesma unidade gestora, de bens ou serviços mediante diversas compras em um único exercício e para idêntico subelemento de despesa, cujo valor total supere os limites dos incisos I e II do art. 24 da Lei 8.666/1993, constitui fracionamento de despesa, situação vedada pelos referidos dispositivos legais¹⁴¹. (grifado)

Trata-se de regime de adiantamento aplicável aos casos de despesas expressamente definidos em lei, quais sejam, despesas eventuais, de caráter sigiloso ou de pequeno vulto (art. 45, do Decreto nº. 93.872/1986). Noutras palavras, o suprimento de fundos reflete a entrega de numerário a servidor público, sempre precedida de empenho, para realização de despesas que não possam subordinar-se a ‘processo’ normal de aplicação, assim entendido aquele procedimento característico da licitação¹⁴².

Cabe aqui uma digressão acerca dos estágios da despesa pública: empenho, liquidação¹⁴³ e pagamento¹⁴⁴. O empenho de despesa é o “ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado a obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição” (art. 58, da Lei nº. 4.320, de 17 de março de 1964). Além disso, o disposto no art. 60, da Lei nº. 4.320/1964 aduz que é vedada a realização de despesa sem prévio empenho¹⁴⁵.

Ora, é justamente no empenho da despesa que o suprimento de fundos se distingue das contratações públicas em geral¹⁴⁶. Destarte, diferentemente das contratações habituais, em que o empenho se dá em favor de fornecedor, no

¹⁴¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº. 4.404/2009**, Segunda Câmara. Relator: Ministro Aroldo Cedraz. Processo TC nº. 003.859/2008-0.

¹⁴² O Tribunal de Contas da União determinou à Universidade Federal do Paraná que “com fundamento no art. 45 do Decreto 93.872/1986 com redação dada pelo Decreto 6.370/2008, arts. 65 e 68 da Lei 4.320/1964, Decreto 5.355/2005 com redação dada pelo Decreto 6.370/2008, Portaria MF 95/2002, Portaria MPOG 41/2005 e Macrofunção Siasi 02.11.21 e na Lei 8.666/93, realize regular procedimento licitatório para as despesas passíveis de planejamento, vez que o suprimento de fundos se aplica apenas às despesas realizadas em caráter excepcional” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº. 4.404/2009**, Segunda Câmara. Relator: Ministro Aroldo Cedraz. Processo TC nº. 003.859/2008-0).

¹⁴³ “A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito” (art. 63, da Lei nº. 4.320, de 17 de março de 1964).

¹⁴⁴ “A ordem de pagamento é o despacho exarado por autoridade competente, determinando que a despesa seja paga” (art. 64, da Lei nº. 4.320, de 17 de março de 1964).

¹⁴⁵ Heilio Kohama concebe que, precedendo ao empenho, haveria o estágio de *fixação da despesa orçamentária*, sendo ela uma etapa modelada pela Lei do Orçamento, que por sua vez, representa o instrumento no qual são legalmente fixadas as discriminações e especificações dos créditos orçamentários (KOHAMA, Heilio. **Contabilidade pública: teoria e prática**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2010, p.104).

¹⁴⁶ Por contratações públicas se entende aquelas decorrentes de licitação ou, excepcionalmente, de situações em que esta era inexigível ou fora dispensada.

suprimento de fundos o favorecido do empenho é o próprio servidor, na qualidade de suprido.

Nessa seara, aviva-se o Cartão de Pagamento do Governo Federal (CPGF), tido como recurso hábil à aplicação do suprimento de fundos. Em outras palavras, trata-se de instrumento de pagamento emitido em nome da unidade gestora e operacionalizado por instituição financeira autorizada, utilizado exclusivamente pelo portador nele identificado (servidor-suprido).

A concessão do suprimento de fundos é disciplinada pela Portaria nº. 95, de 19 de abril de 2002, do Ministério da Fazenda. Assim como ocorre nos casos de dispensa de licitação em razão do valor (art. 24, I e II, da Lei nº. 8.666/1993), o limite, em percentual, da concessão de suprimento de fundos tem por supedâneo os valores que caracterizam o convite. Dessa maneira, a concessão de suprimento de fundos para obras e serviços de engenharia e para compras e outros serviços restringe-se, respectivamente, aos valores de R\$15.000,00 (quinze mil reais) e R\$8.000,00 (oito mil reais), bem como a R\$1.500,00 (mil e quinhentos reais) e a R\$800,00 (oitocentos reais) quando se tratar de despesas de pequeno vulto operacionalizadas por meio do Cartão de Pagamento do Governo Federal (Portaria nº. 95/2002-MF), respeitado o princípio da anualidade orçamentária¹⁴⁷.

Ante ao exposto, e já em tempo, o próximo item debruça-se sobre o Projeto de Lei da Câmara nº. 32/2007, examinando suas proposições de reforma atinentes ao Estatuto de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº. 8.666/1993), especialmente, aquelas propensas a alterar os valores-limite da modalidade convite. Recorde-se que as disposições manifestas nas alíneas do art. 23, da Lei nº. 8.666/1993 repercutem em relação tanto às dispensas de pequeno valor (art. 24, I e II, da Lei nº. 8.666/1993), quanto à concessão de suprimento de fundos e, por conseguinte, determinam o alcance do fracionamento de despesas.

4.2.1.2 Projeto de Lei da Câmara nº. 32/2007

Considerando o Plano de Aceleração do Crescimento (PAC) do Governo Federal, o Poder Executivo propôs o Projeto de Lei nº. 7.709/2007, que foi,

¹⁴⁷ Em linguagem contábil, Heilio Kohama, ao dispor sobre contabilidade pública, assevera que “utiliza-se, convencionalmente, o critério de um ano para o período orçamentário”, a par do que ocorre na iniciativa privada (KOHAMA, Heilio. **Contabilidade pública: teoria e prática**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2010, p.42).

posteriormente, convertido no Projeto de Lei da Câmara nº. 32/2007. A proposta prevê medidas com vistas ao aperfeiçoamento dos certames licitatórios, desburocratizando-os, aumentando, assim, a agilidade das obras públicas.

O projeto propõe a adequação das licitações às novas tecnologias de informação, visando tornar o procedimento de contratação mais célere. Destaca-se o relevo dado ao pregão, presencial ou eletrônico, como modalidade de licitação destinada à contratação mais vantajosa, no que se refere à aquisição de bens e serviços comuns. Trata-se de proposta de inclusão desta modalidade no texto da Lei nº. 8.666/1993, especificamente da inclusão do inciso VI ao art. 22, bem como do §10º que o conceitua.

A tramitação do substitutivo ao Projeto de Lei nº. 7.709/2007, PLC nº. 32/2007 indica que a Subsecretaria de Coordenação Legislativa do Senado (SSCLSF) autuou o referido projeto em 02 de junho de 2010, estando pendente de inclusão em Ordem do Dia¹⁴⁸.

O Projeto de Lei da Câmara nº. 32/2007 foi apreciado pelas seguintes Comissões Permanentes do Senado Federal: Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática (CCT) e Comissão de Assuntos Econômicos (CAE).

Afora as inúmeras discussões operacionalizadas pelo advento do Projeto de Lei de iniciativa do Executivo federal, a leitura que ora se apresenta resume-se à análise do PLC nº. 32/2007 em meio às contratações diretas, sobretudo quanto às dispensas em razão do valor. Sendo assim, relevam-se as proposições tendentes a atualização dos valores-limite para adoção de *convite*, vez que tais valores consistem em referências para as dispensas consagradas nos incisos I e II, do art. 24, da Lei nº. 8.666/1993.

Como anotado anteriormente, a redação vigente da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (alíneas 'a', dos incisos I e II, do art. 23, da Lei nº. 8.666/1993) traz como valores-limite do *convite* as cifras de R\$150.000,00 e R\$80.000,00, em se tratando de obras e serviços de engenharia e compras e outros serviços, respectivamente. Nessa linha, diferentemente da proposta consignada pela Lei nº. 9.648, de 27 de maio de 1998 que aumentou o limite (de 5% para 10%), em percentual, dos valores relativos à dispensa de licitação, o Projeto de Lei da Câmara

¹⁴⁸ SENADO FEDERAL. **Portal atividade legislativa**. Projeto de Lei da Câmara, nº. 32 de 2007. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/>>.

previa alterar os valores que identificam o *convite*. Assim, o PLC nº. 32/2007 visava consignar o valor de R\$340.000,00 (trezentos e quarenta mil reais) e R\$180.000,00 (cento e oitenta mil reais) para obras e serviços de engenharia e para compras e outros serviços, respectivamente¹⁴⁹. A proposta encontraria reflexos nas dispensas em razão do valor (art. 24, I e II), vez que elas têm por referência aqueles valores do *convite*. Logo, os valores de R\$15.000,00 (art. 24, I) e R\$8.000,00 (art. 24, II), considerando a cifra de 10%, seriam alterados para R\$34.000,00 (trinta e quatro mil reais) e R\$18.000,00 (dezoito mil reais).

Nos apontamentos supramencionados foram utilizadas expressões que denotam o tempo verbal do *pretérito imperfeito*, no intuito de enfatizar que algumas das intenções originais do Projeto de Lei de iniciativa do Executivo (Projeto de Lei nº. 7.709/2007, convertido no Projeto de Lei da Câmara nº. 32/2007), foram suprimidas em algum momento da atividade legislativa atribuída ao Congresso Nacional (Câmara dos Deputados e/ou Senado Federal).

A supressão é vislumbrada em sede da atividade legislativa do Senado Federal, especificamente no concernente à apreciação do PLC nº. 32/2007 por parte da Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática que, por influência da Emenda nº. 81 – CCT, consignou parecer no seguinte sentido:

Deixar de reajustar os valores de referência para utilização da licitação na modalidade “convite”. Isso porque essa modalidade de licitação, perigosamente vulnerável a fraudes e conluíus, tinha sua maior justificativa na morosidade dos demais procedimentos. Com o surgimento do pregão eletrônico, não faz mais sentido seguir mantendo o espaço de utilização do “convite”, que deve restringir-se aos contratos de menor valor, como já ocorre hoje, de R\$ 150 mil para obras e R\$ 80 mil para compras e serviços. (grifado)

O entendimento da CCT foi ratificado pelo Parecer substitutivo da Comissão de Assuntos Econômicos, em que pese as considerações iniciais da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania ter aquilatado que “nas licitações que possam ser realizadas na modalidade “convite” (aquelas de até 340 mil reais para obras e de até 180 mil reais para compras e serviços), haja a divulgação apenas na *internet*; porém, naquelas de valor estimado superior a esses parâmetros, seja obrigatória a divulgação também na mídia impressa”.

¹⁴⁹ SENADO FEDERAL. **Portal atividade legislativa**. Projeto de Lei da Câmara, nº. 32 de 2007. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/>>.

4.2.2 Situações excepcionais

As dispensas derivadas de situações excepcionais, em sentido estrito, encontram expressão, por exemplo, nos incisos III, IV, V, VII e XI do art. 24 (alusão às situações de guerra ou grave perturbação da ordem, de emergência ou de calamidade pública, de licitação deserta ou fracassada, etc.).

Os casos de guerra¹⁵⁰ ou grave perturbação da ordem, decorrentes da ação humana (art. 24, III), desde que afetem serviços essenciais, dão azo às contratações diretas. A declaração de guerra, no caso de agressão estrangeira, é de competência privativa do Presidente da República (art. 84, XIX, da Constituição Federal).

Da mesma forma, situações de emergência ou de calamidade pública¹⁵¹ ensejam a dispensa de licitação. Deve restar evidenciada a potencialidade de prejuízo ou comprometimento à segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou privados. Emergência e urgência não podem ser tratadas como expressões sinônimas. Ontologicamente, a emergência guarda íntima relação com a imprevisibilidade. Outrossim, imprescindível é a abordagem acerca da emergência ficta ou fabricada.

A emergência ficta ou fabricada contrapõe-se à emergência real, na medida em que seu pressuposto não é a urgência, e sim a negligência da autoridade responsável. Nesse caso, a ausência de planejamento e a incúria administrativa motivaram à situação emergencial, devendo, portanto, a autoridade omissa responder pelos danos advindos de sua conduta¹⁵².

Quanto à calamidade pública, sublinhe-se que ela decorre da ação da natureza, ensejando situações de grave perigo ou dano. O art. 1º, do Decreto nº. 67.347, de 05 de outubro de 1970 conceitua calamidade pública, entendida como situação de emergência, provocada por fatores anormais e adversos que afetam gravemente a comunidade, privando-a, total ou parcialmente, do atendimento de

¹⁵⁰ Conflito armado entre Estados.

¹⁵¹ 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.

¹⁵² GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.527.

suas necessidades ou ameaçando a existência ou integridade de seus elementos componentes¹⁵³.

O inciso V, do art. 24 dispõe que seria dispensável a licitação quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração¹⁵⁴. Exsurge aqui a discussão sobre licitação deserta ou fracassada.

Considera-se deserta aquela licitação em que não houve interesse de terceiros, sendo possível dispensar o certame quando o procedimento não puder ser repetido sem prejuízo para a Administração, e desde que mantidas as condições estabelecidas inicialmente (art. 24, V, da Lei nº. 8.666/1993).

Em compensação, a licitação fracassada por si só não enseja a contratação direta. Nos termos do art. 48, §3º, da Lei nº. 8.666/1993, pode ela ocorrer em razão da não habilitação dos licitantes ou da desclassificação das propostas por eles apresentadas. Entretanto, será concedido prazo para que os interessados corrijam a documentação ou apresentem novas propostas. Existindo licitantes habilitados e propostas classificadas, não há que se falar em licitação fracassada.

Outra hipótese de dispensa é aquela encontrada no inciso VII, do art. 24 em que propostas inadequadas ou cujos preços se mostrarem manifestamente superiores àqueles praticados no mercado. Essa situação de disparidade de propostas harmoniza-se com a idéia de licitação fracassada, sendo possível a dispensa do certame, desde que frustrada a tentativa constante do §3º, do art. 48, da Lei nº. 8.666/1993.

Não exaurindo os casos condizentes com as situações excepcionais de dispensa, merece destaque a hipótese de contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual (art. 24, XI, da Lei nº. 8.666/1993). Contudo, a dispensa somente será possível “desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido”.

¹⁵³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.145.

¹⁵⁴ V - quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas.

4.2.3 Natureza do objeto

Em atenção ao escopo desta módica monografia de conclusão de curso, não seria conveniente investigar minuciosamente os casos que motivam a contratação direta em razão do objeto (compra ou locação de imóvel; aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos; aquisição de componentes ou peças destinados à manutenção de equipamentos em período de garantia técnica; aquisição de bens destinados à pesquisa científica e tecnológica; etc.), razão pela qual se evidenciará apenas a abordagem relativa ao inciso XXI, do art. 24 tendo em vista sua proximidade com relação às Instituições Federais de Ensino Superior¹⁵⁵.

Reza o dispositivo que será dispensável a licitação “para a aquisição de bens destinados exclusivamente à pesquisa científica e tecnológica com recursos concedidos pela CAPES, FINEP, CNPq ou outras instituições de fomento a pesquisa credenciadas pelo CNPq para esse fim específico”. Destarte, justifica-se a dispensa para a aquisição de bens destinados à pesquisa científica e tecnológica em virtude do dever estatal de fomentar essa seara (art. 218, da CF/1988). A política de incentivo à pesquisa é viabilizada por meio de instituições como CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior), FINEP (Financiadora de Estudos e Projetos), CNPq (Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico), dentre outras credenciadas pelo CNPq para esse fim específico.

Lembra José dos Santos Carvalho Filho que o “Estatuto exige, como condição de validade da compra de bens sem licitação, que o processo administrativo seja instruído com o documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais se vincularão os recursos financeiros fornecidos (art. 26, parágrafo único, IV)”¹⁵⁶.

¹⁵⁵ GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.540-541.

¹⁵⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 13.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.203-204.

4.2.4 Natureza do sujeito

Conforme Lúcia Valle Figueiredo¹⁵⁷, o art. 24, da Lei nº. 8.666/1993 prevê *inúmeros* casos em que seria possível dispensar a licitação em razão da pessoa a qual a Administração pretende contratar. Note-se que o emprego do termo 'inúmeros' não tem o mesmo sentido de 'ilimitados', vez que a lei enumera taxativamente (*numerus clausus*) as hipóteses de licitação dispensável.

Apropriando-se da classificação supra, e considerando a intenção desta dissertação, adstrita ao exame das contratações diretas no âmbito das Instituições Federais de Ensino Superior, prossegue-se o estudo ponderando, em especial, o inciso XIII, do art. 24, *in verbis*:

XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos; (grifado)

Nesse contexto, vem à baila a excursão sobre as fundações de apoio existentes na esfera educacional¹⁵⁸, sendo instituições brasileiras encarregadas regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento relativo às Instituições Federais de Ensino Superior.

As fundações de apoio às Instituições Federais de Ensino Superior, sem maiores problemas, são entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado¹⁵⁹, instituídas na esfera privada, porém sem fins lucrativos. O vínculo estabelecido entre essas fundações privadas e a Administração Pública, no caso, Administração indireta, decorre da celebração de contratos, convênios e ajustes. Por vezes, é com fundamento no art. 24, XIII que as entidades de ensino superior contratam diretamente suas fundações de apoio, dispensando o certame licitatório. Trata-se de terreno fértil, motivo pelo qual o Tribunal de Contas da União não tem sido omissivo, consignando seu entendimento na Súmula nº. 250, senão veja:

¹⁵⁷ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.462.

¹⁵⁸ À guisa de exemplo, paradigmática é a contenda instaurada no Egrégio Tribunal de Contas da União no tocante ao relacionamento das Instituições Federais de Ensino Superior com suas fundações de apoio (BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº. 2.731/2008**, Plenário. Relator: Ministro Aroldo Cedraz. Processo TC nº. 017.177/2008-2).

¹⁵⁹ GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.472-473.

A contratação de instituição sem fins lucrativos, com dispensa de licitação, com fulcro no art. 24, inciso XIII, da Lei nº. 8.666/1993, somente é admitida nas hipóteses em que houver nexos efetivos entre o mencionado dispositivo, a natureza da instituição e o objeto contratado, além de comprovada a compatibilidade com os preços de mercado.

Nesse ínterim, é conveniente citar a recente Medida Provisória nº. 495, de 19 de julho de 2010, sendo a importância do tema tamanha a ponto de já ter suscitado apontamentos por parte do Tribunal de Contas da União¹⁶⁰. Justifica-se, portanto, o tratamento apartado dessa espécie legislativa ao final da monografia.

À luz das fundações de apoio, emerge o conceito de entidades de utilidade pública ou de interesse social. O rótulo ‘utilidade pública’ implica no reconhecimento por parte do Estado de que a entidade privada desempenha função socialmente relevante, justificando-se tratamento jurídico distinto com relação às demais pessoas jurídicas de direito privado¹⁶¹.

A outorga do título de entidade de ‘utilidade pública’ é de competência do Ministério da Justiça que, por meio da Secretaria Nacional de Justiça, mantém o Cadastro Nacional de Entidades de Utilidade Pública. Ainda, quanto às fundações de apoio às Instituições Federais de Ensino Superior, por estarem elas vinculadas à Administração federal, sujeitam-se à Lei nº. 91, de 28 de agosto de 1935 e ao Decreto nº. 50.517, de 02 de maio de 1961, no que se refere à concessão do rótulo ‘utilidade pública’.

4.3 LICITAÇÃO INEXIGÍVEL

Arrematando a revista sobre contratações diretas, exalta-se a inexigibilidade de licitação, carimbada pela figura da *inviabilidade de competição*. Com efeito, as hipóteses trazidas nos incisos do art. 25 são meramente exemplificativas (*numerus apertus*), pois não haveria possibilidade de o legislador

¹⁶⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº. 5.014/2010**, Segunda Câmara. Relator: Ministro José Jorge. Processo TC nº. 016.524/2005-1.

¹⁶¹ A título de exemplo, tem-se a Fundação da Universidade Federal do Paraná para o Desenvolvimento da Ciência, da Tecnologia e da Cultura (FUNPAR), sendo ela fundação privada de apoio à UFPR, declarada de utilidade pública, sem fins lucrativos, que “participa da gestão técnica, administrativa e financeira de programas e projetos de pesquisa, ensino, extensão, saúde, assistência social e desenvolvimento institucional”.

esgotar todas as situações fáticas que tornam a licitação impossível¹⁶². A inviabilidade de competição pode se efetivar em razão da ausência de pluralidade de alternativas e de “mercado concorrencial”, bem como da impossibilidade de julgamento objetivo e da ausência de definição objetiva da prestação¹⁶³.

Os incisos do art. 25, da Lei nº. 8.666/1993 representam alguns exemplos postos pelo legislador que denotam a inviabilidade de competição, configurando uma impossibilidade jurídica e/ou fática de competição entre os contratantes¹⁶⁴, dando ensejo, portanto, à contratação direta com fulcro na inexigibilidade de licitação.

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.
(grifado)

Contratação de fornecedor exclusivo/único, de serviços técnicos de natureza singular e de profissional do setor artístico são, respectivamente, situações características dos incisos I, II, e III do dispositivo em comento.

A contratação de fornecedor exclusivo, ou único, requer que o objeto pretendido pela Administração seja singular e que atenda ao interesse público, vedada a preferência por marca. Contudo, admite-se, em situações excepcionais, a indicação de marca ou de características e especificações exclusivas, para fins paramétricos. São pertinentes as lições encontradas na obra de Hely Lopes Meirelles, quando da distinção entre exclusividade industrial e exclusividade

¹⁶² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.548.

¹⁶³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.427.

¹⁶⁴ DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p.47.

comercial¹⁶⁵, vislumbrando-se que o conceito de fornecedor exclusivo alcança produtores, empresas ou representantes comerciais.

Pari passu, leciona Diogenes Gasparini que a exclusividade pode ser *absoluta* ou *relativa*. É absoluta quando “no país só há um fornecedor ou um único agente (produtor, empresa ou representante comercial) para prover os interesses da Administração Pública”. Noutra vertice, a exclusividade é relativa quando “no país há mais de um fornecedor, empresa ou representante comercial, mas na praça considerada há apenas um”¹⁶⁶.

A comprovação da exclusividade, realizada por meio de documento hábil, deve ser exigida pela Administração Pública. Prepondera o entendimento na colenda Corte de Contas (Súmula nº. 255) de que cabe ao agente público, responsável pela contratação, averiguar a fidedignidade dos documentos comprobatórios da condição de exclusividade.

No que se refere à contratação de serviços técnicos de natureza singular, é possível vislumbrar no art. 13 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos o registro desses serviços técnicos especializados¹⁶⁷. Novamente a jurisprudência sumulada do Tribunal de Contas da União orienta a interpretação do texto legal, vez que, nos termos da Súmula nº. 252, “a inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos, a que alude o inciso II, do art. 25, da Lei nº. 8.666/1993, decorre da presença simultânea de três requisitos: serviço técnico especializado, entre os mencionados no art. 13 da referida lei, natureza singular do serviço e notória especialização do contratado”.

O inciso III, do art. 25 trata da contratação de profissional do setor artístico. Deve o profissional ser consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública¹⁶⁸, caso contrário a licitação não poderá ser afastada. O desempenho artístico não pode ser mensurado segundo critérios objetivos, razão pela qual se fala em inviabilidade de competição.

Diante de todo o exposto sobre contratações diretas, Joel de Menezes Niebuhr, de modo sucinto, apresenta os traços distintivos sobressalentes entre a

¹⁶⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.157.

¹⁶⁶ GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.550.

¹⁶⁷ Diogenes Gasparini dita ser um rol taxativo (ibidem, p.553).

¹⁶⁸ O alcance da crítica especializada e da opinião pública – se local, regional ou nacional - deve ser considerado com base no valor da contratação pretendida pela Administração Pública (ibidem, p.556).

inexigibilidade e a dispensa de licitação. Conforme o autor, “a inexigibilidade ocorre em face da inviabilidade de competição, o que esvazia o sentido da licitação pública, que pressupõe disputa”. Por seu turno, “a dispensa relaciona-se às hipóteses em que a realização de licitação pública, conquanto a disputa fosse viável, causaria gravames ou prejuízos a outros valores pertinentes ao interesse público”¹⁶⁹.

O Ministro-Corregedor e Vice-Presidente do Tribunal de Contas da União, Benjamin Zymler, assinala que o administrador, intérprete por excelência das hipóteses de contratação direta, deve verificar *prima facie* se a competição é ou não viável. Não sendo viável reclama-se a inexigibilidade, caso contrário deverá ele decidir, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e jungido às hipóteses legais, se a licitação será realizada ou dispensada¹⁷⁰.

4.4 MEDIDA PROVISÓRIA Nº. 495/2010

Dada sua relevância jurídica, convém, nesse momento, trazer tratamento apartado à recém editada Medida Provisória nº. 495, de 19 de julho de 2010, publicada no Diário Oficial da União e submetida ao Congresso Nacional em 20 de julho de 2010.

Ao alterar as Leis nº. 8.666/1993, nº. 8.958/1994 e nº. 10.973/2004, e revogar o §1º do art. 2º da Lei nº. 11.273/2006, a medida provisória estabelece margem de preferência para produtos manufaturados e serviços nacionais, priorizando bens e serviços produzidos no País, bem como institui critérios de apoio a projetos de ensino, pesquisa e extensão, e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico às Instituições Federais de Ensino Superior (IFES) e às Instituições Científicas Tecnológicas (ICTs)¹⁷¹.

Cumpra, inicialmente, tecer alguns comentários acerca das medidas provisórias, espécies normativas ou de atos legislativos¹⁷² previstos no inciso V, do

¹⁶⁹ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Dispensa e inexigibilidade de licitação pública**. São Paulo: Dialética, 2003, p.122.

¹⁷⁰ ZYMLER, Benjamin *apud* ACUNHA, Fernando José Gonçalves. O papel do intérprete nas hipóteses de contratação direta sem licitação da Lei nº. 8.666/1993. **Revista do TCU**, Brasília: ano 41, n.114, p.63-76, jan/abr. 2009, p.64.

¹⁷¹ SENADO FEDERAL. **Portal atividade legislativa**. Medida Provisória, nº. 495 de 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/>>.

¹⁷² Em sentido contrário, José Afonso da Silva preleciona que “as *medidas provisórias* não constavam da enumeração do art. 59, como objeto do processo legislativo, e não tinham mesmo que constar, porque sua formação não se dá por processo legislativo. São simplesmente editadas pelo Presidente da República. A redação final da Constituição não as trazia nessa enumeração. Um gênio qualquer,

art. 59 da CF/1988¹⁷³. Consistem em atos editados pelo Presidente da República, com força de lei, cujos pressupostos constitucionais são a relevância e a urgência. Tais atos devem ser submetidos de imediato ao Congresso Nacional, nos termos do art. 62, *caput*, da CF/1988.

A exegese do art. 2º da CF/1988¹⁷⁴ aponta para a tripartição das funções estatais, a saber: legislativa, executiva e judiciária. Contudo, ao contrário do consignado pelo iluminista francês Montesquieu, em sua *Teoria da Separação dos Poderes*, a separação de Poderes não é rígida, havendo um sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), isto é, um sistema de interferências recíprocas, de controle mútuo entre os Poderes. Assim, cada Poder tem o exercício de funções típicas ou inatas, inerentes a sua natureza, além do exercício de outras, consideradas atípicas. Fortalecendo esse entendimento, Marçal Justen Filho ensina que “cada Poder exerce preponderantemente uma função, mas também desempenha acessoriamente funções de outra natureza”¹⁷⁵.

A menção à medida provisória bem exemplifica a distinção entre as funções típicas e atípicas estatais, vez que configura manifesto modelo de função extravagante do Poder Executivo, tendo em vista a natureza legislativa do ato emanado pelo Presidente da República, já que se considera precípua do Executivo a função administrativa.

Reiterando os ensinamentos de José Afonso da Silva, Pedro Lenza argumenta que “a medida provisória, muito embora tenha força de lei, não é verdadeira espécie normativa, já que inexistente processo legislativo para sua formação”¹⁷⁶. A avocação do Legislativo se dá em momento posterior à edição da

de mau gosto, ignorante, e abusado, introduziu-as aí, indevidamente, entre a aprovação do texto final (portanto depois do dia 22.9.88) e a promulgação-publicação da Constituição no dia 5.10.88”. (SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.522).

¹⁷³ Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

- I – emendas à Constituição;
- II – leis complementares;
- III – leis ordinárias;
- IV – leis delegadas;
- V – medidas provisórias;**
- VI – decretos legislativos;
- VII – resoluções.

¹⁷⁴ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

¹⁷⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.165.

¹⁷⁶ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.371.

medida provisória pelo Poder Executivo, tendo ela força de lei e produzindo efeitos jurídicos antes mesmo de ser apreciada pelo Congresso Nacional¹⁷⁷.

Não obstante a espécie normativa prevista no art. 62 da Lei Maior evidenciar-se como sendo sucessora do decreto-lei consignado na Constituição anterior (Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967, considerada sua emenda nº. 01, de 17 de outubro de 1969), a medida provisória encontra aporte histórico na Constituição Italiana, de 27 de dezembro de 1947, que prevê, em seu art. 77, os chamados *decretilegge in casi straordinari di necessità e d'urgenza*, isto é, decretos-lei em casos extraordinários de necessidade e urgência¹⁷⁸.

Diferentemente da extinta figura do decreto-lei, que não se confunde com a noção de decreto legislativo¹⁷⁹, a medida provisória, com redação dada pela Emenda Constitucional nº. 32, de 11 de setembro de 2001, uma vez não examinada (e convertida em lei) no prazo a que se refere o §3º, do art. 62 da CF/1988, perde sua eficácia. Outra dessemelhança é o fato de que o decreto-lei somente poderia versar sobre matérias explicitadas em sede constitucional, ao passo que a medida provisória não encontra limites materiais, ressalvadas as hipóteses do §1º, do art. 62 da Carta Política.

Quanto aos pressupostos constitucionais de validade, a Constituição de 1967 - na redação da Emenda Constitucional nº. 01/1969 - admitia em seu art. 55 que o “Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não haja aumento de despesa poderá expedir decretos-leis (...)”. Em compensação, o constituinte de 1988 inova ao estabelecer que “em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias (...)”. As conjunções alternativas e aditivas, ‘ou’ e ‘e’, exprimem conotações díspares.

Alexandre de Moraes lembra, ainda, que, como elemento distintivo em relação à medida provisória, o decreto-lei somente poderia ser apreciado *in totum*, “não permitindo a apresentação de emendas por parte dos parlamentares”¹⁸⁰.

¹⁷⁷ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.371.

¹⁷⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.669.

¹⁷⁹ Os decretos legislativos são atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, nos termos do art. 49 da CF/1988, não sujeitos à sanção ou veto do Presidente da República.

¹⁸⁰ MORAES, Alexandre de, op. cit., p.682.

Gravados os devidos apontamentos acerca da espécie normativa intitulada medida provisória, chega-se ao momento de apreciar a Medida Provisória nº. 495/2010, cujo mote reside na promoção do desenvolvimento nacional, olvidando-se da disciplina tradicional de licitações.

Particularmente, o referido ato do Executivo federal amplia o rol *numerus clausus* das hipóteses previstas para dispensa de licitação, acrescentando ao art. 24, da Lei nº. 8.666/93, o inciso XXXI, *in verbis*: “nas contratações visando ao cumprimento do disposto nos artigos 3º, 4º, 5º e 20 da Lei nº. 10.973, de 02 de dezembro de 2004, observados os princípios gerais de contratação dela constantes”.

As alterações trazidas pela Medida Provisória nº. 495/2010 repercutem da mesma forma nas contratações diretas com fulcro no inciso XIII, do art. 24 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, vez que versam sobre as relações entre as instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica e as fundações de apoio. Não demorou muito para o Tribunal de Contas da União exarar posicionamento acerca das inovações trazidas pela espécie normativa em comento, senão veja o Acórdão nº. 5.014/2010, Segunda Câmara, de relatoria do Ministro José Jorge:

No que concerne ao relacionamento das Instituições Federais de Ensino Superior - IFES com as respectivas fundações de apoio, cabe destacar que o Poder Executivo, na Medida Provisória 495, de 19/7/2010, publicada no DOU de 20/7/2010, alterou substancialmente a Lei 8.958/1994.

Conforme o art. 1º, da Lei 8.958/1994, alterado pela MP 495/2010, as IFES poderão realizar, além dos contratos com dispensa de licitação já previstos anteriormente, convênios com as fundações de apoio, com escopo em projetos de ensino, pesquisa, extensão e desenvolvimento institucional. Outra inovação incluída no referido dispositivo é a possibilidade, antes vedada por esta Corte, de que a instituição conveniada ou contratada dê apoio à Universidade, por meio da gestão administrativa e financeira estritamente necessária à execução das atividades.

De outra sorte, o conceito anterior de desenvolvimento institucional, previsto no §1º, do art. 1º, do Decreto 5.205/2004, foi ampliado com a Medida Provisória. De acordo com o §1º, do art. 1º, da Lei 8.958/1994, incluído pela MP 495/2010, entende-se por desenvolvimento institucional:

"(...) os programas, projetos, atividades e operações especiais, inclusive de natureza infraestrutural, material e laboratorial, que levem à melhoria mensurável das condições das IFES e das ICTs, para cumprimento eficiente e eficaz de sua missão, conforme descrita no plano de desenvolvimento institucional, vedada, em qualquer caso, a contratação de objetos genéricos, desvinculados de projetos específicos"¹⁸¹.

¹⁸¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº. 5.014/2010**, Segunda Câmara. Relator: Ministro José Jorge. Processo TC nº. 016.524/2005-1.

As últimas atividades legislativas do Congresso Nacional revelam a apresentação de trinta e duas (32) emendas à Medida Provisória nº. 495/2010, emendas apresentadas na comissão mista, encontrando-se a matéria sujeita à apreciação do Plenário¹⁸², sob regime de tramitação de urgência.

¹⁸² CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de lei e outras proposições**. Medida Provisória, nº. 495 de 2010. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/>>.

5 CONCLUSÃO

Em sede de considerações finais, nota-se que o estudo em questão resgatou inúmeras discussões presentes na doutrina e jurisprudência em matéria de licitações e contratos administrativos.

Inicialmente, foram trazidos apontamentos sobre a Administração Pública (*administração*) tida como espécie do gênero Poder Público (*Estado* ou *Administração*). Identificou-se o sentido objetivo e subjetivo de administração, afirmando-se que o conceito não está adstrito ao Poder Executivo, mas alcança também o Legislativo e o Judiciário.

Houve, oportunamente, direcionamento do exame de modo a tratar da estrutura administrativa da Administração Pública federal, regulada pelo Decreto-Lei nº. 200/1967. Nesse contexto, os conceitos de *centralização*, *desconcentração* e *descentralização* da atividade administrativa foram ponderados. Aliás, quanto à descentralização administrativa, fora visto que pode ela se efetivar quer por outorga, quer por delegação. Em alusão às Instituições Federais de Ensino Superior, verificou-se que a atividade administrativa, na seara educacional, é descentralizada por meio da outorga, cujo reflexo consiste na criação de entidades pertencentes à Administração indireta, particularmente, de autarquias e fundações públicas vinculadas ao Ministério da Educação.

Enfrentou-se tema controvertido, não avistado quando da proposta desta exposição, com relação à natureza jurídica das fundações públicas, indagando-se sobre a personalidade jurídica a elas aplicável: se de direito público ou de direito privado.

O controle também foi objeto de apreço neste compêndio, porém a análise circunscreveu-se à sistemática que divide o controle da Administração Pública em interno e externo, olvidando-se da abordagem relativa aos controles jurisdicional e social. Assim, no âmbito das Instituições Federais de Ensino Superior, falou-se da tutela exercida pelo Ministério da Educação, isto é, do controle finalístico ou supervisão ministerial, bem como da atuação da Controladoria-Geral da União, órgão central do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal, e do Tribunal de Contas da União, órgão independente e auxiliar do Poder Legislativo.

Do aporte teórico consignado nos primeiros capítulos da monografia, passou-se, então, ao estudo das licitações. Nos termos do art. 37, XXI, da

Constituição Federal, anunciou-se o princípio constitucional da licitação, do qual se extrai o entendimento de que as contratações públicas, em regra, repousam no dever de licitar. Em continuação, fora despendido tempo com o trato da evolução legislativa do estatuto de licitações, momento em que se resgataram as inúmeras modificações da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993). A dissertação sobre os princípios informativos da licitação também se fez presente, assim como sobre as modalidades licitatórias, vislumbrando-se, nesse caso, que a escolha da modalidade adequada é definida segundo o valor estimado e a natureza do objeto.

As hipóteses de licitação dispensada, dispensável e inexigível, isto é, situações que excepcionam o dever de licitar, previstas nos arts. 17, 24 e 25, da Lei nº. 8.666/1993, respectivamente, foram contempladas em capítulo próprio, intitulado *contratação direta*.

Particularmente, quanto à licitação dispensável, adotou-se a classificação proposta por Lúcia Valle Figueiredo¹⁸³ que categorizou os casos de dispensa em razão *do pequeno valor, de situações excepcionais, do objeto a ser contratado e das pessoas a serem contratadas*. Ademais, por meio do enfoque dado às situações de dispensa em razão do pequeno valor, restou compreendido o sentido empregado à expressão ‘fracionamento de despesas’, sendo relevantes, nesse sentido, as considerações trazidas sobre o suprimento de fundos e o Projeto de Lei nº. 7.709/2007, de iniciativa do Executivo federal, projeto esse que fora convertido no Projeto de Lei da Câmara nº. 32/2007.

Com relação à inexigibilidade de licitação, relevou-se à interpretação atribuída a alguns conceitos que sustentam a noção de inviabilidade de competição, dentre eles *notória especialização, serviços técnicos especializados, exclusividade de fornecedor ou representante comercial e singularidade do objeto*.

Por fim, foram tecidas considerações sobre a recém editada Medida Provisória nº. 495/2010, cuja relevância jurídica pertinente ao escopo deste trabalho reside no fato de ter ela instituído “critérios de apoio a projetos de ensino, pesquisa e extensão, e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico às Instituições Federais de Ensino Superior e às Instituições Científicas Tecnológicas”.

¹⁸³ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.462.

Em tons remissivos, embora conste das definições encontradas nos dicionários da língua portuguesa que monografia consiste em dissertação ou estudo minucioso que se propõe esgotar determinado tema relativamente restrito, convém ressaltar que, conquanto tenha havido restrição do assunto versado, inconveniente, inoportuno e inviável seria exauri-lo, haja vista seu alcance e complexidade. Acredita-se, todavia, que o objetivo inicialmente previsto fora cumprido a contento.

Sendo assim, encerra-se este trabalho de conclusão de curso com a expressão de Jessé Torres Pereira Júnior que assinala a “importância da licitação no direito público contemporâneo, como ferramenta imprescindível à democratização do acesso às contratações e ao controle dos atos da Administração Pública”¹⁸⁴.

¹⁸⁴ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública**. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2002, p.3.

REFERÊNCIAS

ACUNHA, Fernando José Gonçalves. O papel do intérprete nas hipóteses de contratação direta sem licitação da Lei nº. 8.666/1993. **Revista do TCU**, Brasília: ano 41, n.114, p.63-76, jan/abr. 2009.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo**. 4.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. *In*: BONFIM, Edilson Mougnot (Coord.). Coleção curso e concurso. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Direito administrativo e o novo código civil**. Belo horizonte: Fórum, 2007.

_____. **Reflexões sobre direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3.ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BRASIL. Constituição Federal, de 19 de outubro de 1988.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Histórico**, Brasília, 2006. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/CGU/Historico/index.asp>>. Acesso em: 15 mai. 2010.

BRASIL. Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993.

BRASIL. Secretaria de Orçamento Federal. **Portal SOF**, Brasília, 2010. Disponível em: <https://www.portalsof.planejamento.gov.br/sof/2010/VOL_V.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2010.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Portal TCU**, Brasília, 2009. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/institucional/conheca_tcu/historia>. Acesso em: 21 jun. 2010.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº. 2.731/2008**, Plenário. Relator: Ministro Aroldo Cedraz. Processo TC nº. 017.177/2008-2.

_____. _____. **Acórdão nº. 4.404/2009**, Segunda Câmara. Relator: Aroldo Cedraz. Processo TC nº. 003.859/2008-0.

_____. _____. **Acórdão nº. 5.014/2010**, Segunda Câmara. Relator: Ministro José Jorge. Processo TC nº. 016.524/2005-1.

BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. **Manual de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de lei e outras proposições**. Medida Provisória, nº. 495 de 2010. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/>>. Acesso em: 24 out. 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 13.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CASTRO, Domingos Poubel de. **Auditoria e controle interno na administração pública**: evolução do controle interno no Brasil: do Código de Contabilidade de 1922 até a criação da CGU em 2003: guia para atuação das auditorias e organização dos controles internos nos estados, municípios e ONGS. São Paulo: Atlas, 2008.

CAVALCANTE, Maria Amélia Holanda. O controle da administração pública. **Revista Controle**, Fortaleza: v.6, n.1, p.63-68, dez. 2006. Disponível em: <http://www.ipc.tce.ce.gov.br/ipc/arq/Revista_Controlo_2006_1.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2010.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. 16.ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. O princípio da supremacia do interesse público. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte: Fórum. ano 11, n.56, p.35-54, jul/ago. 2009.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo**. 6.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem licitação**. 6.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

_____. **Lei nº. 8.666/93**: licitações e contratos e outras normas pertinentes. 11.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____. **Vade-Mécum de licitações e contratos**. 4.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Aurélio século XXI, o dicionário da língua portuguesa**. 3.ed. Curitiba: Positivo, 2004.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GOMES, Rogério Zuel; GELBCKE, Séfora Cristina Schubert. Licitações. *In*: HARGER, Marcelo (Coord.). **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11.ed. São Paulo: Dialética, 2005.

_____. _____. 14.ed. São Paulo: Dialética, 2010.

_____. **Curso de direito administrativo**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **O estatuto da microempresa e as licitações públicas**. 2.ed. São Paulo: Dialética, 2007.

_____. **Pregão:** comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 5.ed. São Paulo: Dialética, 2009.

KOHAMA, Heilio. **Contabilidade pública:** teoria e prática. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno.** 13.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **O direito administrativo em evolução.** 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 36.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Licitação e contrato administrativo.** 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Renato Geraldo; DE BIASI, Fabia Mariela. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos:** Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993, com alterações posteriores. 21.ed. Curitiba: Zênite, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 24.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. **Direito constitucional administrativo.** 4.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos:** estrutura da contratação, concessões e permissões, responsabilidade fiscal, pregão - parcerias público-privadas. 10.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MUKAI, Toshio. **Direito administrativo sistematizado.** 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 22.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

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

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública**. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2002.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Administração pública: apontamentos sobre os modelos de gestão e tendências atuais. *In*: HARGER, Marcelo (Coord.). **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SENADO FEDERAL. **Portal atividade legislativa**. Medida Provisória, nº. 495 de 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/>>. Acesso em: 24 out. 2010.

_____. _____. Projeto de Lei da Câmara, nº. 32 de 2007. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/>>. Acesso em: 24 out. 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Rogério Marques da. Administração pública direta e indireta. *In*: HARGER, Marcelo (Coord.). **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Licitações e controle de eficiência: repensando o princípio do procedimento formal à luz do “placar eletrônico”. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

SPITZCOVSKY, Celso. **Direito administrativo**. 11.ed. São Paulo: Método, 2009.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e contrato administrativo**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1995.