

Procedimentos para a contratação direta (art. 26)

JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES

SUMÁRIO

1. Os processos de dispensa e de inexigibilidade de licitação. 1.1. Fases do procedimento. 1.2. A instrução do processo. 1.2.1. A instrução. Formalidades. 1.2.2. A instrução. Conteúdo. 1.3. A justificativa da dispensa ou inexigibilidade de licitação. 1.4. Justificativa da escolha do contratado. 1.5. Justificativa do preço. 1.6. Objetos singulares e o preço. 1.7. Superfaturamento. 1.8. Comunicação à autoridade superior. 1.9. Decisão da autoridade superior. 1.10. Publicação.

Estabelece a nova Lei de Licitações e Contratos que constitui crime deixar de observar as formalidades pertinentes à inexigibilidade e à dispensa de licitação¹.

Com esse normativo a lei colocou em igualdade de tutela o dever de licitar com o dever de a Administração Pública seguir, pontualmente, os procedimentos estabelecidos para promover a contratação direta. Rigoroso demais para alguns, o dispositivo legal constituiu significativo avanço para outros.

Parece efetivamente que o art. 89 da Lei nº 8.666/93 situa-se na linha evolutiva do aperfeiçoamento da Administração Pública, pois não raro as justificativas da contratação direta eram elaboradas posteriormente à celebração do contrato, à sua execução, e, às vezes, só após a ação dos órgãos de controle, onde passavam a desafiar a criatividade dos órgãos jurídicos das entidades públicas.

O fato é que, com o advento desse diploma legal, passou haver maior preocupação com os procedimentos que devem ser adotados para que a contratação direta seja considerada regular.

¹ V. art. 89.

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes é Procurador do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Distrito Federal, instrutor do Instituto Serzedello Corrêa, do Tribunal de Contas da União, onde ministra a disciplina Análise de Licitações e Contratos, e do Centro Brasileiro para Formação Política. É Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da UDF.

É possível vislumbrar, ainda no rigor imposto pelo art. 89, que à médio prazo reverterá em benefício para o próprio agente público que, justificando previamente os atos de dispensa e inexigibilidade, não será mais tarde surpreendido, por vezes, até decorridos alguns anos da exoneração ou aposentadoria, ao ser citado para explicar alguma contratação direta.

1. OS PROCESSOS DE DISPENSA E DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

Há na lei² referência a existência de processos de dispensa e inexigibilidade de licitação fazendo surgir dúvidas se tais processos teriam caráter autônomo ou seriam elementos integrantes de outros processos.

Analisando o conjunto de disposições da Lei nº 8.666/93 parece correto concluir que a redação do parágrafo único não se refere a existência de processos autônomos de dispensa ou de inexigibilidade, mas que na sua redação foi utilizada a forma elíptica, reduzida, para expressar que os processos de compras, obras, serviços e alienações da Administração que concluírem pela dispensa ou inexigibilidade de licitação serão instruídos com os elementos ali indicados.

Nesse sentido dispõe o art. 39 da Lei nº 8.666/93, que disciplina o procedimento de licitação, genérico, que o mesmo será “iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa”, ao qual será oportunamente juntado, na forma do inciso VI, do mesmo artigo:

“VI – pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade;”

Até por economia processual, tudo está a indicar que a deliberação pela contratação direta, seja por dispensa, seja por inexigibilidade de licitação, deve integrar os mesmos autos do processo de licitação, terminologia empregada em sentido lato, o qual será concluído com a contratação e adimplemento das obrigações das partes.

Se a conotação prática corrobora esse entendimento também a teórica o abona: procedimento, na lição de Celso Antonio Bandeira de Melo é uma “sucessão itinerária e encadeada

² V. art. 26, parágrafo único.

de atos administrativos tendendo todos a um resultado final e conclusivo”³.

Se o procedimento tem por objetivo o alcance de um resultado, todo o conjunto de atos visando à aquisição devem integrar um só processo, mesmo que com vários volumes, como imperativa determina o art. 38 da Lei de Licitações.

Em registro singular, o Tribunal de Contas da União já recomendou que o termo de contrato fosse juntado ao respectivo processo licitatório⁴.

1.1. FASES DO PROCEDIMENTO

O procedimento da dispensa e inexigibilidade apresenta fases próprias, atípicas em relação aos demais procedimentos administrativos regulados por lei, e sua conclusão de forma correta foi erigida como condição de eficácia dos atos pelo legislador. Portanto, a rigor, mesmo que o contrato tenha sido assinado, enquanto não acabado os procedimentos delineados no art. 26 o mesmo não pode produzir efeitos válidos sob a ordem jurídica, como será visto.

São as seguintes as fases do procedimento para a dispensa ou inexigibilidade de licitação:

- instrução, abrangendo a justificativa:
- da dispensa ou inexigibilidade;
- da escolha do fornecedor; e
- do preço contratado;
- a comunicação à autoridade superior;
- a ratificação da dispensa ou inexigibilidade;
- a publicação da decisão.

1.2. A INSTRUÇÃO DO PROCESSO

No *caput* do art. 26, combinado com o respectivo parágrafo único, vislumbra-se que a instrução do procedimento de dispensa e inexigibilidade de licitação devem ser elaboradas com a justificativa da situação que a ensejou, da escolha do fornecedor e do preço contratado.

³ O excessivo rigor tem feito muitos autores se afastarem do termo processo, pela inexistência de lide a compor. Parece razoável o emprego do termo em Direito Administrativo por transladação de sentido, como sói acontecer em diversos casos da língua portuguesa.

⁴ V. relatório do processo nº TC 500.169/92-6, que fundamentou o acórdão nº 488/94 - TCU - 1ª Câmara, adotado na sessão de 22.11.94.

Em princípio, a instrução do processo é cometida a autoridade que normalmente autoriza a contratação e sua equipe, podendo, ainda, tal tarefa contar com a participação da Comissão de Licitação e do órgão jurídico da unidade.

A lei não esclarece, com acerto, qual é o órgão competente para instruir o processo de dispensa ou inexigibilidade, nem qual é a autoridade competente para a ratificação do ato. A única vez em que a lei enfrentou a questão de definir a autoridade para a prática de um ato foi no art. 87, § 3º, quando se referiu ao agente capaz para aplicação da penalidade de declaração de inidoneidade. Em todos os demais casos a questão deve ser resolvida mediante consulta aos regulamentos dos órgãos; se omissos, recomenda-se que a decisão seja adotada pela autoridade responsável pela definição dos procedimentos licitatórios e, na ausência de estruturação de órgão próprio para essa atividade, pelo responsável pela assinatura dos contratos. A autoridade para ratificação da decisão de dispensa ou inexigibilidade de licitação é a imediatamente superior.

Nos cursos de que temos participado adotamos como procedimento recomendar que as autoridades responsáveis sejam as diretamente vinculadas ao processo decisório, pois não raro submetem-se algumas dessas deliberações ao, por exemplo, Prefeito, autoridade por demais sobrecarregada com inúmeros afazeres que não terá condições e capacidade técnica de ficar reexaminando esses atos, conseguindo-se, no máximo, atrair para tal agente político a responsabilidade por um ato que praticou por mera formalidade, no arcabouço de uma emperrada máquina burocrática centralizadora.

A respeito o Decreto-Lei nº 200/67 pragmaticamente estabeleceu como linha diretiva que a administração casuística, assim entendida a decisão de casos individuais, compete, em princípio, ao nível de execução, especialmente aos serviços de natureza local, que estão em contato com os fatos e com o público⁵.

Não raro ex-autoridades da Administração são surpreendidas por citação em processos de tomada de contas especiais, perante os Tribunais de Contas, por terem assinado um daqueles inúmeros papéis, no afogadilho do turbilhão de despachos, sem exame de mérito. Já sustentou-se alhures que a grande maioria erra por ignorância e uma pequena minoria movida

por interesses escusos.

A efetiva descentralização do processo decisório, inclusive da responsabilidade pela ratificação da deliberação pela contratação direta, incumbindo tais misteres aos que possuem domínio técnico para enfrentar o tema, liberará as autoridades políticas para suas precípuas atividades e para aperfeiçoar o controle sobre as atividades, além de exonerá-las, pelo menos em princípio, da responsabilidade por assunto de alta indagação jurídica e técnica.

1.2.1. A INSTRUÇÃO. FORMALIDADES

Iniciando-se o processo com a manifestação de um órgão no sentido de promover alguma contratação, os autos seguirão para obter a autorização para o desencadeamento do processo de contratação com a descrição sucinta do objeto, da estimativa de preço e da declaração pelo órgão orçamentário-financeiro da existência de recursos⁶.

Procedendo-se desse modo, várias e difíceis situações serão obviadas no decurso do processo, além de representar o pontual acatamento da Lei.

Na descrição do objeto, pela área técnica que o necessita, poderá ser incluída característica restritiva da competitividade, vedada pelo art. 3º, § 1º, da Lei nº 8.666/93, fato que será apreciado pela Comissão de Licitação⁷.

A Comissão de Licitação poderá ou não ter condições de emitir o laudo técnico ou parecer jurídico sobre a dispensa ou inexigibilidade de licitação, dependendo da capacitação de seus

⁶ Admite-se como regular também a indicação de que os recursos foram inseridos na proposta orçamentária quando essa ainda não estiver aprovada.

⁷ A propósito da Comissão de Licitação temos sugerido a sua instituição, como regra em caráter permanente, com servidores à disposição integral dessa atividade, como forma de capacitá-los pela especialização. Também recomendamos que a comissão seja integrada por três ou cinco servidores do órgão encarregado de promover as licitações na modalidade do convite, e examinar as dispensas e inexigibilidades de licitação; sempre que for necessário realizar licitação em outra modalidade, sejam agregados a esses servidores que compõem a Comissão permanente dois elementos da área técnica, para que assumam juntos a responsabilidade pela parte técnica que se fizer necessária. A experiência tem demonstrado que a estruturação orgânica da unidade, com gratificações aos seus membros e dedicação integral é o meio mais eficaz para evitar problemas maiores para os ordenadores de despesa e gestores de um modo geral.

⁵ Art. 10, § 3º, do DL 200/67.

membros e dos cargos que ocupam dentro da organização. É recomendável, porém, que esse documento pela extrema importância de que se reveste conte com a participação do corpo técnico, que pretende induzir a contratação direta, além de merecer a oitiva da unidade jurídica respectiva.

Nos estritos termos legais, a interpretação mais rigorosa demonstra ser necessário apenas um ou outro para subsidiar a deliberação pela contratação direta. Obter os dois, ou fazer registro da manifestação do corpo técnico ratificando ou embasando a decisão pela contratação direta, constituem cautelas que o dirigente do órgão pode adotar, aliás em seu próprio benefício.

As peças dos autos que justificam a contratação direta, como as demais do processo, são numeradas e rubricadas e quando viável inseridas nos autos mediante por “termo de juntada”.

1.2.2. A INSTRUÇÃO. CONTEÚDO

Em que consistem as justificativas que a Lei nº 8.666/93, nos arts. 26, *caput*, e respectivos incisos, e 38, inciso VI, se referem?

É um documento em que a Administração explicita as razões da contratação direta, demonstrando a ocorrência de todos os requisitos exigidos pela lei para que o órgão possa contratar diretamente, além de evidenciar os motivos da escolha do fornecedor ou executante e explicar a justificativa do preço contratado.

Assim, o conteúdo varia conforme o caso em que se fundamenta, ficando sempre demonstrada a ocorrência de todos, sempre todos, os requisitos legais. Mais do que isso, deve o administrador evidenciar, demonstrar, que foi diligente no trato do erário e está atento ao interesse público, porque a licitação tradicionalmente é o procedimento por meio do qual a Administração busca selecionar o interessado que apresente a proposta mais vantajosa para o futuro contrato de seu interesse. Como a proposta mais vantajosa é o objetivo da licitação, quando o administrador decide deixar de realizar a licitação, atrai para si a presunção *jure et de jure* de que abandonou a busca da proposta mais vantajosa. Caber-lhe-á, portanto, demonstrar cabalmente, contra a presunção legal, para atender o ônus da prova.

1.3. A JUSTIFICATIVA DA DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

No *caput* do art. 26 estabelece a Lei nº 8.666/93 que “as dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e nos incisos III a XX do art. 24, as situações de inexigibilidades referidas no art. 25, necessariamente justificadas...”

É a efetivação normativa do princípio da motivação dos atos administrativos que dia-dia se firma no Direito Administrativo, como norma que há muito era reclamada pela doutrina.

Hely Lopes Meirelles, amparado em Bielsa, esclarece que “por princípio, as decisões administrativas devem ser motivadas formalmente, vale dizer que a parte dispositiva deve vir precedida de uma explicação ou exposição dos fundamentos de *fato* (motivos-pressupostos) e de *direito* (motivos-determinantes da lei)”⁸.

A “transparência” que a sociedade reclama do processo decisório administrativo⁹ é traduzida juridicamente como o dever de fundamentar as decisões, demonstrando o elo que une a prática do ato ao interesse público mediato ou imediato. Quando a finalidade do ato não se encontra nos parâmetros precitados, impõe-se a sua anulação por desvio de finalidade, que é a outra face da motivação.

A justificativa é elemento essencial à prática dos atos, não se restringindo aos casos citados expressamente no *caput* do art. 26.

Quando a descrição do objeto for relevante para definir a contratação direta, deverão ainda ser registradas que as características restritivas da licitação são necessárias e indispensáveis ao atendimento do interesse público.

Além das razões devem integrar a justificativa os documentos em que o administrador se baseou para firmar sua convicção e, se já integrantes dos autos, fazer referência às páginas onde se encontram.

É, pois, imperioso que a justificativa evidencie todos os requisitos necessários à caracterização da situação que o legislador erigiu como condição *sine qua nom* à contratação direta.

Cabe asserir que o *caput* do art. 26 estabelece o comando geral, no sentido de que as dispensas elencadas nos arts. 17, §§ 2º e 4º, 24,

⁸ Direito Administrativo Brasileiro, 18ª ed., p. 180.

⁹ A propósito consulte Lúcia Valle Figueiredo, *Direito dos Licitantes*, p. 93.

incisos III a XX e as inexigibilidades do art. 25 sejam necessariamente justificadas e, no inciso I do parágrafo único do art. 26, manda instruir os processos com a “caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso”, levando os mais apressados intérpretes à idéia de que se trata de repetição do comando anterior inserido no *caput* do artigo.

Não é, porém, o que ocorre. O legislador enfatizou parcialmente os requisitos do inciso IV, do art. 24, pela necessidade de que sejam evidenciados também os fatos que normalmente ficam como notórios em uma comunidade, mas com o tempo, ou num amplo contexto deixam de ser perceptíveis. Mesmo numa situação emergencial deve o administrador evidenciar os motivos do seu convencimento pela necessidade da contratação direta, não podendo limitar-se à declaração de que há uma emergência ou calamidade, devendo caracterizá-la. Aliás, como visto, a lei não se satisfaz com a demonstração dos elementos apontados no inciso I do parágrafo único do art. 26 da Lei nº 8.666/93, pois há outros requisitos inafastáveis a serem observados.

1.4. JUSTIFICATIVA DA ESCOLHA DO CONTRATADO

No inciso II do parágrafo único do art. 26, estabeleceu o legislador que o processo de dispensa ou inexigibilidade deve ser instruído com a razão da escolha do fornecedor ou executante.

Haverá casos em que a licitação é dispensada ou inexigível em razão direta da pessoa do fornecedor como sói acontecer nos casos referidos nos incisos VIII, X, XI, XIII, XVI e XX do art. 24, quando é a peculiar condição do agente que autoriza a contratação direta, desde que atendidos os demais requisitos da lei. Nessa hipótese haverá íntima relação entre a justificativa da situação geradora da dispensa ou inexigibilidade de licitação e o atendimento da instrução, explicitando as razões de escolha do fornecedor.

Em outras hipóteses, porém, evidenciada a situação que autoriza a contratação direta, ainda se mostrará imperioso que sejam explicitadas as razões que levaram a contratar determinado profissional ou empresa. Assim ocorre, *v.g.*, nas hipóteses dos incisos III, IV, V, VI, VII, IX, XII e XVIII do art. 24, em que mesmo evidenciada a situação que caracteriza

a dispensa ou inexigibilidade de licitação, restará certa margem de subjetivismo para o administrador escolher quem contratar. É justamente nessa justificativa que se pode avaliar a correção do procedimento do agente público, seu discernimento elevado, sua aptidão para gerir interesses públicos.

Para essas justificativas são admissíveis motivos ou razões que se incluídas em um ato convocatório ensejariam sua nulidade. É o caso, por exemplo, da justificativa para escolha do fornecedor que se faz pela proximidade do mesmo com a comunidade afetada pela emergência. Enquanto, em condições normais não poderia o administrador pautar-se pela localidade da sede do estabelecimento do contratado para promover a contratação, ou mesmo incluir essa condição para a habilitação no processo licitatório, ou decisão, em caso de empate, aqui ela pode ser erigida como critério para escolha de um entre vários possíveis fornecedores, para a contratação direta, desde que a localização geográfica possa contribuir para a rapidez ao atendimento das pessoas em situação de risco, ou minorar-lhes o sofrimento.

Podem também prevalecer o interesse em diversificar os vendedores, no caso de aquisição de hortifrutigranjeiros prevista no inciso XII, para preservação do princípio da isonomia entre os feirantes, fato também não permitido em atos convocatórios.

Outra hipótese interessante vislumbra-se no caso referido no inciso XIX do art. 24, em que pode estar subjacente o interesse de repartições militares federais de capacitar indústrias nacionais para eventual esforço de guerra, na medida em que desenvolve o projeto de um veículo blindado, por exemplo, e o encomenda a uma indústria do Rio Grande do Sul, outra de Minas Gerais, outra de Cuiabá, outra de Rondônia, outra de Fortaleza, criando em vários pontos do território nacional unidades de apoio logístico. Esse é um caso em que a justificativa da escolha do fornecedor ou executante se sobrepõe à justificativa de preço, vez que na verdade estará subsidiando a indústria nacional para a defesa e equipagem das forças militares.

O atendimento dessa exigência constitui ponto angular da declaração de inexigibilidade com supedâneo no art. 25, incisos I, II e III, da Lei nº 8.666/93.

1.5. JUSTIFICATIVA DO PREÇO

É sempre importante notar que todas as contratações devem apresentar a justificativa de

preço do contrato.

Sendo a base nas licitações a busca da proposta mais vantajosa e o tipo¹⁰, como regra geral, o menor preço, encontrando o administrador o menor preço entre os possíveis contratantes, atendido estará esse requisito do procedimento.

O preço de mercado pode ser a justificativa do preço, quando foram atendidos os demais requisitos que autorizam a contratação direta, ou quando a lei determina a sua observância, como no caso dos incisos VIII, X, XII e XX do art. 24 da Lei de Licitações.

Ocorre que a indicação de que o objeto foi contratado pelo preço de mercado não define propriamente o critério de escolha, pois sendo compatível com o mercado, foi mantida a impessoalidade que não definiu a razão da contratação e, muitas vezes poderá ter que sobre a justificativa do preço residir toda a definição de escolha entre vários possíveis fornecedores ou executores dos serviços ou obras. É o que pode ocorrer por exemplo com a contratação realizada em caráter emergencial, ou na compra de gêneros perecíveis, e ainda no caso do inciso XIV, em que há alusão a condições manifestamente vantajosas, entre as quais poderá estar o preço.

1.6. OBJETOS SINGULARES E O PREÇO

É comum que determinadas contratações que recaem sobre objetos singulares encontrem nessa justificativa declarações evasivas. Mesmo os objetos de natureza singular têm um preço estimado no âmbito da razoabilidade, e, para ilustrar, basta lembrar que os leilões para objetos de arte se iniciam com uma avaliação prévia e fixação de um lance mínimo. Todos os bens e atividades humanas possuem um valor que pode ser traduzido em moeda, pois se não tiverem valor econômico não podem ser objeto de contrato¹¹.

Antes de proceder a qualquer contratação, a Administração deverá conhecer o total da despesa que, por estimativa, será necessário realizar com o objeto pretendido.

O prévio conhecimento do valor a ser despendido constitui dever inafastável há muito tempo consagrado na legislação pátria e reiterado em vários dispositivos da Lei nº 8.666/93.

¹⁰ V. arts. 45, § 1º, e 46, *caput*, da Lei nº 8.666/93.

¹¹ Sobre critérios de aceitabilidade de preços, ver trabalho da Professora Alice Gonzales Borges, no *BLC* nº 8/94, p. 361.

Alude o precitado diploma legal, de modo explícito, a essa exigência, de forma direta, em nada menos que três dispositivos, nos seguintes termos:

- para obras e serviços, como condição indispensável e antecedente à realização da licitação, dispõem os incisos II e III do § 2º do art. 7º:

“Art.7º – As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência:

I – ...

II – ...

III – ...

§ 1º – ...

§ 2º – As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

I – ...

II – existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;

III – houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executados no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma;”¹²

- para contratos de compras existe igual dispositivo no art. 14, *caput*, que exige sejam indicados os recursos orçamentários para o seu pagamento, o que só poderá ocorrer se a administração tiver razoável estimativa dos preços praticados no mercado;

- genericamente, igual preceito foi estabelecido no *caput* do art. 38, ao impor que o processo licitatório se inicia com uma série de elementos, entre os quais a indicação da existência dos recursos próprios para a realização da despesa, que de igual modo ao exposto no parágrafo precedente faz pressupor estudo prévio de estimativa do valor a ser despendido.

Esse conjunto de preceitos restaria vazio de significado se fosse inaplicável aos casos de dispensa e inexigibilidade de licitação, vez que como dito também os processos de contratação direta se iniciam com a descrição do objeto e estimativa de custo, para que no seu desenvolvimento numa etapa posterior seja declarada a desnecessidade ou impossibilidade de adoção do processo seletivo.

Assim, em regra de boa técnica administra-

¹² V. art. 7º, § 9º, da Lei nº 8.666/93.

tiva, quando a autoridade vai deliberar sobre a dispensa ou inexigibilidade de licitação, já consta dos autos a estimativa de preços.

Essa estimativa pode até, dependendo das circunstâncias, ser um documento singelo, informando sumariamente as lojas consultadas, o vendedor contatado e o preço ofertado, podendo inclusive ser feita por telefone, com registro do número nesse documento, seguindo-se uma apuração da média do valor, por exemplo. O universo a ser pesquisado não precisa ser amplo, podendo-se restringir a consulta a poucas empresas, de acordo com o mercado. Já quando se faz necessária a planilha de custo deverá haver descrição de cada item, que compõe o serviço ou obra, a ser utilizado e o respectivo preço encontrado; enquanto se admite menor formalismo na obtenção dos preços médios ou praticados no mercado, o maior esforço técnico reside precisamente na elaboração dos itens da própria planilha, que dependendo do objeto pretendido poderá ser um dos documentos mais complexos do processo de licitação e contratação. Todo o empenho dedicado pelos órgãos técnicos na sua elaboração reverterão em benefício da própria Administração e dos futuros contratados, que terão mais um indicativo para precisar a sua proposta e definir com clareza o que o contratante pretende.

Algumas críticas têm sido formuladas ao disposto no art. 40, § 2º inciso II, da Lei nº 8.666/93, que determina a juntada da planilha de custo como anexo obrigatório do edital. Sustentam uns que quando os licitantes tomam conhecimento do preço orçado pela Administração, dificilmente ofertaram preços inferiores; outros afirmam que essa prática resultará nos mesmos problemas que o tipo de licitação preço-base traziam para a Administração, pois o custo previsto será o limite mínimo das cotações.

Tais críticas parecem olvidar que a Administração, no plano legislativo, sempre teve que ter tais elementos em mãos para proceder ao processo licitatório, e às vezes até utilizá-lo para desclassificar propostas com preços abusivos ou inexeqüíveis, constituindo relevante elemento no processo decisório. O que a nova Lei de Licitações fez foi obrigar a Administração evidenciar os critérios que utilizou para estimar o preço da contratação e mais tarde o julgamento do valor das propostas.

Expendidas essas breves considerações tópicas sobre a planilha de custo, cabe obtempe-

rar que se a Administração tiver procedido a sua elaboração, como aliás recomenda o Colendo Tribunal de Contas da União,¹³ a justificativa de preço poderá ser uma reiteração dos seus termos, ou uma explicação dos motivos pelos quais foram obtidos preços superiores, vez que em alguns casos de dispensa, busca-se o critério de vantagem, mais amplo, com a tutela de outros valores jurídicos além do menor preço, como ocorre com o disposto nos incisos XIII e XIV do art. 24, por exemplo.

A regra inafastável que precisa ficar definida é que a Administração não pode justificar o preço com a mera declaração de que em virtude da inexigibilidade da licitação verificada na espécie contratou com o preço cotado pelo único fornecedor, ou único possível contratado. Justificar o preço não é, em absoluto, informar que a Administração se sujeitou ao preço imposto pelo contratado. O sentido do termo é muito mais amplo: justificar o preço é declarar, conforme o que for determinado em cada inciso ou parágrafo do artigo que autoriza a contratação direta se o valor contratado é compatível com o de mercado, ou se é o preço justo, certo, que uma avaliação técnica encontraria. Afinal, a norma seria inútil se fosse suficiente informar que esse foi o preço contado pelo fornecedor ou executor, e é elementar em hermenêutica que a lei não contenha palavras supérfluas. Uma antiga parêmia latina recomendava: *Commodissimum est, id accipi, quo res de qua agitur, magis valeat quam pereat*, significando em vernáculo que se deve preferir a inteligência dos textos que torne viável o seu objetivo, em vez da que os reduza à inutilidade.¹⁴

A responsabilidade pelo eficiente emprego de recursos públicos deve ser uma meta do Administrador diligente, pois o Brasil é um País de carências e com uma grande dívida social a resgatar. Além disso só há legitimidade no emprego dos recursos que são compulsoriamente “extraídos do bolso do contribuinte” se ficar evidenciado em cada passo o zelo; jamais a submissão da Administração, encarregada da realização do interesse público, ao interesse de um particular no lucro abusivo pode justificar o preço da contratação.

¹³ V. Decisão nº 314/94 - TCU - 2ª Câmara, adotada em 1.12.94.

¹⁴ Maximiliano, Carlos, in *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Rio de Janeiro: Forense, 10ª ed., p. 423, verbete 305.

1.7. SUPERFATURAMENTO

Como no ato de julgamento da licitação deverá a autoridade responsável atestar que o preço da proposta vencedora é compatível com os de mercado¹⁵, na justificativa do preço, exigida pelo art. 26, parágrafo único, inciso III deverão ficar evidenciadas todas as justificativas do preço para a contratação.

Como as dispensas e inexigibilidades de licitação têm a publicidade em menor extensão, o legislador, no art. 25, § 2º, estabeleceu regra fixando o liame da solidariedade entre o agente responsável pela contratação e a pessoa, física ou jurídica, contratada. Obviamente, para tal fim considera-se a autoridade responsável pela contratação não só a que delibera sobre a contratação direta, como também a que a homologa.

Deve ser lembrado que a penalidade imposta pelo precitado dispositivo abrange todos os casos de licitação dispensada e dispensável, além dos inexigíveis, inclusive os incisos I e II do art. 24 da Lei de Licitações.

O exame da conduta do agente público e a responsabilidade poderá ser apurada:

a) no próprio órgão, em processo administrativo. Na esfera federal, os servidores vinculados ao regime jurídico único, instituído pela Lei nº 8.112/90, responderão a processo administrativo disciplinar, com garantia de ampla defesa, nos termos do art. 143, do precitado diploma legal. A apuração de responsabilidade constitui um dever para os superiores hierárquicos, nos termos desse mesmo dispositivo;

b) pelas Cortes de Contas, em processo de tomada de contas especial, que é um tipo de procedimento administrativo, de natureza peculiar, instituído para apurar responsabilidades que, em decorrência da conduta de agentes públicos tenha gerado prejuízo ao erário¹⁶. É interessante notar que o art. 8º, da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União - Lei nº 8.443/92 pouco conhecido dos que não têm contato direto com os Tribunais de Contas, estabelece que diante da ocorrência de qualquer ato ilegal,

¹⁵ Art. 43, inciso IV, da Lei nº 8.666/93.

¹⁶ Sobre tomada de contas especial consulte a Lei nº 8.443, de 16.7.92, art. 8º, e arts. 142 e 191 do Regimento Interno do TCU, aprovado pela Resolução nº 15/93, do TCU; e artigos doutrinários: "A citação e a resposta em processo de tomada de contas", publicado no *Boletim de Direito Administrativo*, out./92, p. 586, e "Tomada de Contas Especial" publicado no *Boletim de Direito Administrativo*, jan./94, p. 24.

ilegítimo, ou antieconômico de que resulte prejuízo ao erário, *sob pena de responsabilidade solidária, a autoridade administrativa competente* deverá adotar providências com vistas à *instauração de tomada de contas especial*. Esse processo, cuja tramitação é semelhante ao processo administrativo comum, do qual é uma espécie, tem a característica peculiar, entre outras, de ser instaurado pela Administração e julgado, privativamente, pelo Tribunal de Contas. Ao ensejo é dever salientar que vários Tribunais de Contas estaduais repetiram esse dispositivo em suas Leis Orgânicas;

c) em ação civil pública ou popular, no âmbito judicial, sendo que ficarão responsáveis, então, pelo ônus da prova do superfaturamento a Administração ou o Ministério Público.

Insta salientar que o ressarcimento poderá ser efetivado na via administrativa:

- por iniciativa do próprio interessado, diretamente no órgão em que foi apurada a irregularidade, ou no momento da citação em processo de tomada de contas especial, no âmbito dos Tribunais de Contas;

- ainda, por iniciativa do interessado, quando da condenação pelas Cortes de Contas;

- em processo cível de execução de dívida, em razão do acórdão condenatório do Tribunal de Contas, o qual, a propósito, tem força de título executivo.¹⁷

Do mesmo modo no âmbito judicial, valendo salientar que o pagamento ou o pedido de parcelamento da dívida equivale à confissão e é irreatável.

1.8. COMUNICAÇÃO À AUTORIDADE SUPERIOR

Firmado o entendimento de que não há na Lei nº 8.666/93 dispositivo definindo, qual é a autoridade a ser comunicada, ficando a sua definição para o regulamento interno do órgão, e, na omissão desse, o dirigente ao qual estiver subordinada a comissão de licitação ou o responsável pela declaração de que a licitação é dispensada ou inexigível.

A comunicação referida deve efetivar-se por despacho fundamentado, acompanhado das justificativas da caracterização dos requisitos estabelecidos no inciso/artigo para a dispensa ou inexigibilidade, além da motivação da escolha do fornecedor e a justificativa do preço.

Formalmente essa comunicação é uma peça

¹⁷ Art. 71, § 3º, c/c art. 75 da CF/88.

do próprio processo de aquisição, permitindo que a autoridade superior, à vista de todos os elementos do processo, possa examiná-lo na sua inteireza, se necessário.

Estabelece o *caput* do art. 26 que a comunicação deve efetivar-se no prazo de três dias, cuja contagem se processa nos termos do art. 110 da Lei nº 8.666/93, excluindo-se o dia do início e incluindo-se o dia do vencimento. Do mesmo modo, aproveitando-se a regra insculpada no parágrafo do mesmo artigo, os prazos, só se iniciam e vencem no dia em que houver expediente no órgão ou entidade. Exemplificando: uma deliberação pela contratação direta, adotada numa sexta-feira, em um órgão municipal que não tenha expediente no sábado e no domingo, terá o seu primeiro dia, na contagem dos três, iniciado na segunda-feira, porque não se inclui na contagem o dia do início (sexta-feira) e a contagem não se inicia se não houver expediente no órgão, razão pela qual o prazo para comunicação vence na quarta-feira. Considera-se comunicada a autoridade superior no momento em que o processo é entregue no respectivo órgão.

Obviamente, como os contratos não têm eficácia enquanto não ratificados e publicados, todos os órgãos deverão empenhar-se no cumprimento dos prazos, especialmente se houver urgência na contratação.

1.9. DECISÃO DA AUTORIDADE SUPERIOR

A lei refere-se à necessidade de ratificação do ato que declara inexigível ou dispensável a licitação, mas é evidente que a autoridade superior pode também não ratificá-lo, ou requerer novos esclarecimentos.

A lei não obriga a ratificação, ficando essa condicionada ao exame do processo. Recebendo-o, essa autoridade terá as seguintes alternativas: a) reconhecendo que ocorrem os pressupostos para a contratação direta, ratificará o ato e, dentro do prazo de cinco dias, efetivará a sua publicação na imprensa; b) verificando não estarem preenchidos os requisitos que autorizam a dispensa ou inexigibilidade da licitação, poderá, de plano, não o ratificando, anular a decisão do órgão inferior, e se for o caso, determinar a apuração de responsabilidade. É desnecessária a publicação da decisão, mas recomendável que a não-ratificação seja adotada no quinquídio legal; c) entendendo que a instrução está incompleta, fazendo-se necessários outros esclarecimentos, no mesmo prazo devol-

verá os autos à origem para que seja completado com as informações que requerer.

Ao ratificar um ato sem amparo na lei, e, portanto, ilícito, a autoridade superior atrai para si a responsabilidade solidária pelos prejuízos que dele advier, ou pela simples infração legal, quando não ficar evidenciado dano ao erário, podendo ser também penalizada com multa aplicada pelos Tribunais de Contas, nesse último caso¹⁸.

1.10. PUBLICAÇÃO

A publicação só se impõe se o ato for ratificado pela autoridade superior e o prazo é conjunto para a decisão de ratificar e para a publicação.

Como estabelecido no *caput* do art. 26, a publicação deverá ocorrer na imprensa oficial do órgão, que poderá ser o *Diário Oficial* do Município, do Estado, do Distrito Federal ou da União, de acordo com a esfera de governo ao qual estiver vinculado o órgão. Nos Poderes Legislativo e Judiciário, se o órgão oficial de publicação definido por lei for o *Diário do Legislativo* ou de *Justiça*, é admissível que aí sejam publicados os despachos de ratificação.

Observe-se que enquanto para o art. 21 - que trata da publicação de editais de licitação - a publicação no *Diário Oficial* do Município não tem valor, para os despachos de ratificação, são plenamente válidos.

Inadmite-se a publicação em boletins dos órgãos, quadro de avisos, por mais ampla que seja a sua distribuição, pois a lei exige a publicação na imprensa oficial, exatamente para permitir o melhor acompanhamento pelos órgãos de controle.

Parece oportuno registrar que a Secretaria do Tesouro Nacional, orientando os órgãos a ela vinculados, expediu a Mensagem CONED/STN nº 360.830, de 24.1.94, com o seguinte teor, cuja reprodução parece conveniente, até porque é bastante elucidativa:

Com o objetivo de racionalizar procedimentos e reduzir custos, recomendamos orientar as unidades sob sua jurisdição no sentido de se publicar o reconhecimento/ratificação da inexigibilidade de licitação nos casos de fornecimento

¹⁸ V. art. 71, inciso VIII, da CF/88, art. 19, da Lei nº 8.443/92 - Lei Orgânica do TCU, e art. 154, parágrafo único do Regimento Interno do TCU.

de energia elétrica, telefone, água e esgoto, e gás canalizado, em um único expediente, com um mínimo de informa-

ções, quais sejam:

- N° do Processo;

- Contratado;

- Objeto;

- N° do contrato (se houver);

- Data;

- Valor;

- N° do empenho;

- Elemento de despesa;

- Data; e

- Valor.