

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

JORGE FRANCISCO BACK

DISPENSA DE LICITAÇÃO NA CONTRATAÇÃO DE ORGANIZAÇÕES
SOCIAIS

Florianópolis
2009

JORGE FRANCISCO BACK

DISPENSA DE LICITAÇÃO NA CONTRATAÇÃO DE ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

**Monografia submetida à Universidade
Federal de Santa Catarina para a obtenção
do título de Bacharel em Direito.
Orientador: Professor Doutor Luis Carlos
Cancellier de Olivo**

**Florianópolis
2009**

JORGE FRANCISCO BACK

DISPENSA DE LICITAÇÃO NA CONTRATAÇÃO DE ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

Esta monografia foi julgada adequada para a obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

Banca Examinadora:

Presidente: Professor Doutor Luis Carlos Cancellier de Olivo

Membro: Professora Mestra Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa

Membro: Professor Doutor Sérgio Urquhart de Cademartori

Florianópolis, 07 de Julho de 2009.

Dedico este trabalho, como não poderia deixar de ser, aos meus pais, que não mediram esforços para que eu chegasse até aqui.

A aprovação da presente monografia não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e da Universidade Federal de Santa Catarina à ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

RESUMO

Este trabalho foi concebido sob a perspectiva de apresentar a hipótese de dispensa de licitação na contratação de Organizações Sociais sob uma nova ótica. Para isso, adotou-se como ponto de partida a exposição dos princípios aplicáveis ao procedimento licitatório, tanto os básicos como os correlatos, e a regra de obrigatoriedade de realização do certame. Estas abordagens, que antecedem as análises feitas sobre os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação contidas nos incisos dos artigos 24 e 25 de Lei Federal nº 8.666/93 e, também, da discricionariedade na contratação direta, são necessárias à compreensão da dispensa de licitação na contratação de Organizações Sociais para a prestação de serviços previsto no Contrato de Gestão. É para a celebração deste contrato, instrumento formalizador da parceria, que se dispensou a realização de licitação, cuja justificativa está no intuito de dar continuidade à idéia, representada pelo princípio da eficiência, introduzida pelo Programa Nacional de Desestatização, criado no governo do presidente Collor.

Palavras-chave: interesse público, contratação direta, organizações sociais, contrato de gestão, princípio da eficiência.

LISTA DE ABREVIATURAS

CF – Constituição Federal

EC – Emenda Constitucional

OS – Organizações Sociais

OSCIP – Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 LICITAÇÃO: ASPECTOS GERAIS	11
1.1 Conceito.....	11
1.2 Objeto e objetivo	12
1.3 Natureza Jurídica.....	14
1.4 Pressupostos da licitação.....	14
1.5 Direito Positivo	15
1.5.1 <i>Disciplina Constitucional</i>	15
1.5.2 <i>Disciplina Legal</i>	17
1.5.3 <i>Competência Legislativa</i>	19
1.6 Princípios	20
1.6.1 <i>Princípios básicos</i>	21
1.6.1.1 Princípio da Legalidade	22
1.6.1.2 Princípio da Impessoalidade.....	23
1.6.1.3 Princípio da Moralidade	23
1.6.1.4 Princípio da Igualdade	24
1.6.1.5 Princípio da Publicidade	24
1.6.1.6 Princípio da Probidade Administrativa	25
1.6.1.7 Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório.....	25
1.6.1.8 Princípio do Julgamento Objetivo	25
1.6.2 <i>Princípios Correlatos</i>	26
1.6.2.1 Princípio da Competitividade	26
1.6.2.2 Princípio da Indistinação	27
1.6.2.3 Princípio da Inalterabilidade do Edital.....	27
1.6.2.4 Princípio do Sigilo das Propostas	27
1.6.2.5 Princípio do Formalismo Procedimental	27
1.6.2.6 Princípio da Vedação à Oferta de Vantagens.....	28
1.6.2.7 Princípio da Obrigatoriedade	28
1.6.2.7 Princípio da Adjudicação Compulsória	28
1.7 Obrigatoriedade de licitação.....	29
2 DISPENSA E INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO.....	34
2.1 Dispensa e Inexigibilidade: Distinção	35

2.2	Discricionariedade na Contratação Direta	36
2.3	Controle e Sanção	38
2.3.1	Controle	38
2.3.2	Sanção.....	38
2.4	Inexigibilidade de Licitação	39
2.4.1	Hipóteses de Inexigibilidade de Licitação: artigo 25 – Lei nº 8.666/93.....	41
2.4.1.1	Fornecedor Exclusivo	41
2.4.1.2	Serviços Técnicos Especializados.....	42
2.4.1.3	Atividades Artísticas	44
2.5	Dispensa de Licitação	45
2.5.1	Excepcionalidade e taxatividade	46
2.5.2	Licitação dispensada, dispensável e vedação de licitação	46
2.5.3	Hipóteses de dispensa: artigo 24 – Lei nº 8.666/93.....	47
2.5.3.1	Em Razão do Pequeno Valor	47
2.5.3.2	Em Razão de Situações Excepcionais	48
2.5.3.3	Em Razão do Objeto	52
2.5.3.4	Em Razão da Pessoa.....	54
3	DISPENSA DE LICITAÇÃO NA CONTRATAÇÃO COM ORGANIZAÇÕES SOCIAIS (OS)...	59
3.1	Organizações Sociais	60
3.1.1	Conceito.....	60
3.1.2	Qualificação	62
3.1.2.1	Requisitos	62
3.1.2.2	Discricionariedade na qualificação	64
3.1.2.3	Desqualificação	65
3.1.3	Organizações Sociais (OS) e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP): distinção	68
3.1.4	Prerrogativas das Organizações Sociais.....	69
3.1.5	Controle	71
3.2	Contrato de Gestão.....	74
3.3	Dispensa de Licitação na Contratação de Organizações Sociais.....	79
3.3.1	Justificativa da dispensa de licitação.....	80
3.3.2	Extensão da dispensa de licitação	83
	CONCLUSÃO	87
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	91

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por conteúdo o estudo de tema pertencente ao ramo do Direito Administrativo. Nele serão abordados os principais aspectos envolvidos no procedimento administrativo denominado licitação, em especial, a dispensa de licitação na contratação de Organizações Sociais.

Objetiva-se analisar o assunto apresentando os elementos mais importantes e necessários a sua compreensão, abordando-o a partir de suas características gerais, mas não menos merecedores de atenção, reduzindo, em seguida, o campo de estudo, expondo os casos específicos de dispensa e inexigibilidade de licitação, para, por fim, discutir a hipótese de dispensa de licitação na contratação de Organizações Sociais.

Para alcançar tal desiderato, optou-se, como modelo de estudo, pelo método dedutivo, sempre tendo como material fonte do conhecimento apresentado no conteúdo deste trabalho os principais juristas e estudiosos do Direito Administrativo pátrio.

A justificativa da pesquisa sobre este tema fundamenta-se na tentativa de apresentar uma nova idéia a respeito das razões que levaram à contratação direta das Organizações Sociais para a prestação de serviços previstos no Contrato de Gestão, levando em consideração, como afirmado, o posicionamento de representantes da doutrina administrativista nacional.

Na primeira seção serão abordados os aspectos gerais da licitação, apresentando-se os elementos que se entende como imprescindíveis à compreensão do tema e, também, necessários à fundamentação da linha de raciocínio que se desenvolve nas seções seguintes.

Abordar-se-á nesta primeira parte deste trabalho o conceito de licitação, seus objetos e objetivos; a natureza jurídica do procedimento, ou dos atos que a compõem; a obrigatoriedade de realização do certame e, principalmente, os princípios

administrativos e específicos que orientam a Administração Pública na realização da disputa.

Na segunda seção tratar-se-á da dispensa e da inexigibilidade de licitação, exceções à regra de obrigatoriedade de realização do certame. Serão expostas todas as hipóteses de dispensa e de inexigibilidade de licitação que permitem a contratação direta.

Complementarmente, serão analisadas e expostas algumas questões pertinentes à dispensa e a inexigibilidade, tais como a distinção entre uma e outra; a discricionariedade, tema bastante atual; e o controle e sanções sobre os atos que dão corpo ao procedimento licitatório, para citar somente algumas questões que serão abordadas na segunda parte deste trabalho.

Por fim, na terceira seção serão apresentados, analisados e debatidos as Organizações Sociais e os Contratos de Gestão, temas ligados à dispensa de licitação e objetos deste trabalho. Assim como nas seções anteriores, far-se-á referência às legislações introdutoras e reguladoras dos institutos, com as observações que se fizerem pertinentes.

Nesta última parte apresentar-se-á a idéia em razão da qual se motivou a realização deste trabalho e, também, outras considerações conclusivas.

1 LICITAÇÃO: ASPECTOS GERAIS

1.1 Conceito

A Administração Pública, no exercício de suas atribuições, visa sempre ao interesse público, valendo-se, para isso, de diversos recursos para alcançá-lo, dos quais se destacam a utilização de bens e serviços, sejam públicos ou particulares.

Contudo, diferentemente dos particulares, a Administração Pública não pode realizar, salvo exceções que serão vistas mais à frente, a contratação direta de bens e serviços de modo discricionário, pois gere, também, recursos financeiros de origem pública, razão pela qual teve essa liberdade tolhida, evitando-se, assim, o favorecimento de alguns em prejuízos da coletividade.

Nesse contexto,

A licitação veio contornar esses riscos. Sendo um procedimento anterior ao próprio contrato, permite que várias pessoas ofereçam suas propostas, e, em conseqüência, permite também que seja escolhida a mais vantajosa para a Administração. (SAYAGUÉS LASO *apud* CARVALHO FILHO, 2007, p. 213).

Assim, a Administração Pública, para obter a proposta que lhe seja mais vantajosa, e indiretamente, aos administrados, lança mão de um instrumento denominado licitação.

A licitação, segundo Meirelles (2008, p. 275) consiste em

[...] um procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos.

Para Dromi citado por Di Pietro, (2007, p. 331),

[...] pode-se definir licitação como o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem

propostas dentre as quais selecionará a mais conveniente para a celebração de contrato.

licitação De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 507),

[...] é procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados.

A licitação é, portanto, um procedimento administrativo (sucessão de atos) por meio do qual a Administração Pública (Administração direta e indireta e entidades privadas no exercício de função pública) seleciona a proposta mais conveniente e/ou vantajosa oferecida pelos interessados que participam de um certame, iniciado com a publicação do instrumento convocatório (edital) - ao qual particular e Administração estão vinculados - cujo objetivo final é a compra ou contratação de bens ou serviços mediante a celebração de um contrato.

1.2 Objeto e objetivo

A Administração ao promover a licitação tem como intenção a seleção da proposta que melhor atenda a necessidade que se pretende suprir com a realização do certame, e, normalmente, ao final, contratar o particular que a apresentou.

Deste modo, pode-se dizer que a licitação possui um objeto e, também, um objetivo. O seu objeto, nas lições de Carvalho Filho (2007, p. 219), divide-se em imediato e mediato. O objeto imediato da licitação é a seleção da proposta que melhor atenda aos interesses da Administração.

O objeto mediato é a contratação propriamente dita. Nas palavras do autor, “consiste na obtenção de certa obra, serviço, compra, alienação ou prestação de

serviço público, a serem produzidos por particular por intermédio de uma contratação formal” (CARVALHO FILHO, 2007, p. 219).

Observa-se que o autor refere-se ao objeto e objetivo da licitação como sendo, respectivamente, o objeto imediato e mediato de sua classificação.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 507),

A licitação visa a alcançar duplo **objetivo**: proporcionar às entidades governamentais possibilidades de realizarem o negócio mais vantajoso (pois a instauração de competição entre ofertantes preordena-se a isto) e assegurar aos administrados ensejo de disputarem a participação nos negócios que as pessoas governamentais pretendam realizar com os particulares (grifo nosso).

Acertada a afirmação do autor, pois a própria Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que estabelece normas gerais sobre licitação e contratos para todo o país, prescreve, em seu artigo 3º, caput, que “*a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração*” (grifou-se).

Entendimento complementar, de acordo com distinção feita, possui Meirelles (2008, p. 280), segundo o qual o objeto da licitação confunde-se sempre com o objeto do contrato.

Assim, pode-se afirmar que o procedimento licitatório do qual a Administração Pública faz uso, quando exigido legalmente, na contratação com particulares, possui um objeto e um objetivo. O objeto nada mais é senão a seleção de uma proposta, a melhor, dentre as ofertadas. E o objetivo é a contratação do quê se pretendia com o interessado vencedor.

Contudo, independentemente da distinção conceitual que se possa apresentar, uma exigência de ordem prática deve ser respeitada sob pena do certame tornar-se inócuo: o objeto da licitação (entendido como o quê a Administração pretende contratar) deve ser bem definido no instrumento convocatório.

Tal exigência encontra-se no o artigo 40, inciso I, da Lei nº 8.666/93, que assim determina: “o edital [...] indicará, obrigatoriamente, o seguinte: I – o objeto da licitação, em descrição sucinta e clara”. Essa orientação tem conotação de norma cogente, de respeito obrigatório, a ponto da ausência de definição do objeto no edital ser considerada condição de ilegitimidade da licitação (MEIRELLES, 2008, p. 279).

1.3 Natureza Jurídica

A licitação, como visto, é um procedimento composto por uma sucessão de atos que devem ser realizados pela Administração e pelos particulares interessados, observando-se, sempre, determinada ordenação lógica. Não é senão

[...] um conjunto ordenado de documentos e atuações que servem de antecedente e fundamento a uma decisão administrativa, assim como às providências necessárias para executá-la (ENTRENA CUESTA *apud* CARVALHO FILHO, 2007, p. 214).

Desse modo, a Administração Pública ao promover o processo seletivo deverá observar os procedimentos pré-estabelecidos em lei, em seus normativos no que se refere ao certame, e, também, ao estipulado no instrumento convocatório como fundamento de legitimidade à decisão que apresentar a proposta vencedora da disputa.

Em razão dessa ordenação lógica de atos, de observação obrigatória pelo administrador, que faz com que a Administração Pública obedeça a um processo formal de escolha, é que se pode afirmar ter a licitação natureza jurídica de **procedimento vinculado**.

1.4 Pressupostos da licitação

A realização de qualquer licitação, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 520), depende da ocorrência de três pressupostos sem os quais não há razão de realizar o certame, quais sejam: pressupostos lógico, jurídico e fático.

De acordo com o autor, é *pressuposto lógico* para a realização da licitação que haja pluralidade de objetos e de ofertantes, pois, se houver um único objeto a ser adquirido ou contratado, e um único participante fornecedor do que se busca com a licitação, não há razão de ser do procedimento, pois não atenderia às finalidades para as quais foi criado.

O *pressuposto jurídico* consiste em a licitação não ser um fim em si mesmo. É instrumento, meio utilizado para se alcançar determinado resultado: servir ao interesse público. Por isso, se não cumprisse tal desiderato seria perda de tempo realizá-la.

E o *pressuposto fático* do procedimento licitatório é que existam interessados em disputá-lo, pois seria inviável, fazendo-se uso do exemplo utilizado pelo autor, a realização de licitação para obtenção de opinião de juriconsulto se não houvesse quem se prestasse a isto.

Tratam-se os pressupostos da licitação de proposição doutrinária do referido autor, não se encontrando suporte legal para tal. Contudo, recorre-se ao raciocínio por ele consubstanciar-se em subterfúgio de fácil uso para se compreender os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação que se apresentará mais adiante.

1.5 Direito Positivo

A licitação, de acordo com o apresentado acima, é um procedimento vinculado. Em razão disto, o administrador, preposto da Administração Pública, está condicionado à observância de certas imposições ao preparar e executar o certame. Tais imposições estão previstas em legislação constitucional e infraconstitucional, como se passa a demonstrar.

1.5.1 Disciplina Constitucional

A Constituição Federal de 1988, diferentemente da anterior, onde não se encontrava menção ao assunto, faz referência direta à licitação. A regulamentação

constitucional encontra-se de forma esparsa no atual texto maior: artigos 37, *caput* e inciso XXI; artigo 71, incisos II e VI, e artigo 173, § 1º e 175.

O artigo 37, inciso XXI, contido no Título III – Da organização do Estado, Capítulo VII – Da Administração Pública assim se refere ao tema, *in verbis*:

Art. 37 A Administração pública [...]

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de **licitação pública** que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (grifo nosso).

Diante da redação do artigo 37, inciso XXI, pode-se afirmar que o legislador constituinte foi minucioso ao redigir o dispositivo, pois além de determinar como devem ocorrer a contratação de obras, serviços, compras e alienações com a Administração Pública, estipulou a inclusão de cláusulas de obrigação de pagamento, proibição de discriminação, exigindo-se do particular somente qualificação técnica e econômica necessárias ao cumprimento do acordado, e, principalmente, a igualdade de condições entre os concorrentes.

Neste aspecto, também se refere ao tema o *caput* do artigo em comento, pois nele se encontra a determinação de que a Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da impessoalidade, moralidade e publicidade, que estão ligados, respectivamente às exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações e à assecuração de igualdade de condições a todos os concorrentes.

Carvalho Filho (2007, p. 215) averba que o artigo 71, incisos II e VI, contido no Título IV – Da Organização dos Poderes, Capítulo I – Do Poder Legislativo, Seção IX, também regulamenta o assunto, apesar de se referirem mais estritamente à própria contratação. E acrescenta que “[...] outros dispositivos constitucionais que

preservem a moralidade pública terão sempre pertinência com o tema, haja vista que se trata de princípio fundamental da Administração”.

O artigo 173, § 1º, previsto no Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira, Capítulo I – Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica, referido no artigo 22, inciso XXVII, alterado pela emenda constitucional nº 19/98, prescreve que a lei disporá, dentre outros aspectos, sobre licitação para as empresas públicas e sociedades de economia mista quando da elaboração do estatuto jurídico dessas entidades.

1.5.2 Disciplina Legal

No âmbito infraconstitucional, o tema é regulado por diversas leis. Contudo, o diploma legal que regulamenta o assunto é Lei nº 8.666,¹ de 21 de junho de 1993, que veio a regular o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988, instituindo normas para licitação e contratos da Administração Pública e dando outras providências.

A Lei nº 8.666/93 institui normas gerais sobre o procedimento licitatório:

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 (grifo nosso).

Deduz-se que a Lei nº 8.666/93, ao estabelecer normas gerais sobre licitação e contratos administrativos, foi criada com o intuito de disciplinar e uniformizar, em âmbito nacional, o assunto. Sobre o que sejam normas gerais, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 512)

¹ A Lei nº 8.666/93 foi posteriormente alterada pelas Leis nº 8.883, de 8-6-4; 9.648, de 27-5-98; 9.854, de 27-10-99; 10.438, de 24-4-02; 10.976, de 2-12-04; 11.079, de 30-12-04; 11.107, de 6-4-05; 11.196, de 21-11-05; 11.445, de 5-1-07; 11.481, de 31-5-07; e 11.484, de 31-5-07.

É próprio de quaisquer leis serem gerais. Assim, quando o Texto Constitucional reporta-se a 'normas gerais', está, por certo, reportando-se a normas cujo 'nível de generalidade' é peculiar em seu confronto com as demais leis. Normas, portanto, que, ao contrário das outras, veiculam *apenas*: a) preceitos que estabelecem os princípios, os fundamentos, as diretrizes, os critérios básicos, conformadores das leis que necessariamente terão de sucedê-las para completar a regência da matéria. Isto é: daquel'outras [sic] que produzirão a ulterior disciplina específica e suficiente, ou seja, indispensável, para regular o assunto que foi objeto de normas apenas 'gerais'; [...] preceitos que podem ser aplicados uniformemente em todo o País, por se adscreverem a aspectos nacionalmente indiferenciados, de tal sorte que repercutem com neutralidade, *indiferentemente*, em quaisquer de suas regiões ou localidades (grifo do autor).

A Lei nº 8.666/93, portanto, serve como fonte legislativa primária sobre licitação, ditando normas de cunho geral e deixando aos Estados, Distrito Federal e Municípios o papel de legislar supletivamente sobre o tema, mas desde que não contrariem diretrizes ou ignorem proibições nela contida.

Além da Lei nº 8.666/93, que é, como dito, o estatuto geral das licitações, existem outras que regulam o assunto, merecendo destaque a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, que regula a nova modalidade de licitação denominada pregão; e a Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006, que regulamenta o artigo 179 da Constituição Federal e institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, que apresenta normas que dão tratamento diferenciando a tais categorias.

Não obstante, não se poderia deixar de fazer referência à Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998, que acrescentou o inciso XXIV ao artigo 24 da Lei de Licitações, dispensando licitação para a celebração de contratos de prestação de serviços com as Organizações Sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no Contrato de Gestão.

Sobre a dispensa de licitação para contratação de prestação de serviços com as Organizações Sociais (OS), far-se-á abordagem mais detalhada no 2º capítulo, quando serão tratados os casos de dispensa de licitação, e também, no 3º capítulo, onde o tema será discutido com mais detalhes.

1.5.3 Competência Legislativa

Diferentemente da Constituição Federal de 1988, a Constituição de 1967 não dispunha de norma a respeito da competência legislativa em matéria de licitação. A ausência de tal previsão ocasionou a formação de duas correntes doutrinárias a respeito do assunto:² uma delas entendia ser a licitação matéria de direito financeiro, cabendo a União estabelecer normas gerais, e aos Estados, normas supletivas. Outra corrente afirmava ser a licitação matéria de direito administrativo, competindo às unidades federadas legislar sobre o assunto.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 a controvérsia teve fim. O artigo 22 assim determinou:

Compete **privativamente** à União legislar sobre:

[...]

XXXVII – 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 artigo 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do artigo 173, § 1º, III (grifo nosso).

Como se vê, o constituinte de 1988 foi claro ao determinar que o ente da federação competente para legislar sobre normas gerais de licitação e contratos é a União, restando, como afirmado acima, aos Estados, Distrito Federal e Municípios o papel de legislar supletivamente sobre o tema.

Assim, diante da orientação contida na Carta Magna, foi promulgada, no âmbito infraconstitucional, a Lei nº 8.666/93, comentada no item 1.5.2, estatuto da licitação, fonte legislativa primária sobre o tema, onde se encontram normas de cunho geral.

² O dissenso teve início com a promulgação da Lei Federal nº 5.456, de 20 de junho de 1968, que determinou a aplicação aos Estados e Municípios, das normas relativas às licitações, previstas no Decreto-lei nº 200, de 25 de junho de 1967, e continuou com o advento do Decreto-lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, que tratava sobre licitação e contratos, determinando, em seu art. 85, a aplicação aos Estados, Municípios e Distrito Federal e Territórios das normas gerais nele estabelecidas (DI PIETRO, 2007, p. 332).

Di Pietro (2007, p. 333), ao comentar o artigo 1º da Lei nº 8.666/93, que impõe a observância da mesma no que se refere à licitação e contratos administrativos, assim se posiciona:

A inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei 8.666/96 é manifesta, porque nada deixa para que Estados e Municípios legislem em matéria de licitação e contrato administrativo. Apenas o artigo 115 concede aos 'órgãos da Administração' (não aos legislativos estaduais e municipais) competência para expedirem normas relativas aos procedimentos operacionais a serem observadas na execução das licitações, no âmbito de sua competência; [...] Ambas as determinações são inúteis; a primeira, porque a lei está conferindo a órgãos administrativos uma competência que eles já detêm, qual seja, a de editar atos normativos (regulamentos, resoluções, portarias) que permitam facilitar ou aperfeiçoar o cumprimento da lei [...].

Razão parece assistir à administrativista, pois como observado, o artigo 115 da Lei nº 8.666/93 só vem a dizer o que já se sabe: aos Estados, Distrito Federal e Municípios só é permitido legislar complementarmente a Lei Federal e desde que não a contrarie.

1.6 Princípios

A Administração Pública, na realização de seus atos para o fiel cumprimento dos interesses coletivos, está adstrita à observância de certos princípios.³ Desta maneira, ao realizar a licitação, que é um procedimento administrativo, deverá observar alguns princípios a ela aplicáveis.

O conhecimento dos princípios aplicáveis ao certame é de fundamental importância, pois, não raras vezes, é justamente a inobservância de princípio aplicável a determinado ato do certame que leva a invalidação do mesmo. Fala-se em princípio de aplicação determinada porque alguns têm observância obrigatória somente em certo

³ São princípios administrativos expressos na Constituição Federal de 1988: princípio da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. A doutrina aponta outros princípios aos quais a Administração Pública deve observância: princípio da supremacia do interesse público, autotutela, indisponibilidade, continuidade dos serviços públicos, segurança jurídica, razoabilidade e proporcionalidade.

momento do procedimento licitatório. Há, contudo, outros que norteiam todo o procedimento: desde o ato de publicação do edital à contratação.

Não há, todavia, uniformidade entre os doutrinadores a respeito dos princípios informativos da licitação. Em razão disto, far-se-á referência aos princípios básicos, expressos em lei, e aos seus correlatos.

Contudo, antes se faz necessário apresentar um conceito, e de acordo com o que interessa a este trabalho, do que seja princípio. Segundo Cretella Júnior *apud* Di Pietro (2007, p. 61) “princípios de uma ciência são as **proposições básicas**, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturações subsequentes. Princípios, neste sentido, são os alicerces da ciência” (grifo da autora).

Para Carvalho Filho (2007, p.16),

Princípios administrativos são os postulados fundamentais que inspiram todo o modo de agir da Administração Pública. Representam cânones pré-normativos, norteando a conduta do Estado quando no exercício de atividades administrativas.

Feitas essas considerações iniciais, passa-se ao comento dos princípios básicos e correlatos, nesta ordem.

1.6.1 Princípios básicos

Por princípios básicos da licitação entende-se aqueles que estão previstos expressamente no artigo 3º, da Lei nº 8.666/93, que possui a seguinte redação, *in verbis*:

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 julgada e processada 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 (grifo nosso).

Os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade são princípios norteadores dos atos da Administração Pública de um modo geral, aos quais se somam os princípios da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, completando os princípios expressos básicos informativos do procedimento licitatório.

1.6.1.1 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade, alicerce de toda a atividade administrativa, significa que todo ato da Administração deverá vir previsto em lei, antes mesmo de sua execução. Isso porque é somente com a autorização normativa que o administrador estará autorizado a praticar determinado ato. Tal limitação serve como freio aos abusos de conduta e desvios de objetivos.

Na lei da licitação, o princípio da legalidade vem contido no artigo 4º, *caput*, segundo o qual

Todos quanto participem da licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito subjetivo à fiel observância do pertinente **procedimento estabelecido nesta Lei**, podendo qualquer cidadão acompanhar seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos (grifo nosso).

Assim, o administrador está vinculado a praticar somente os atos que a lei traçou. Segundo Carvalho Filho (2007, p. 220),

É aplicação do **devido processo legal**, segundo o qual se exige que a Administração escolha a modalidade certa; que seja 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, seguindo os passos dos mandamentos legais (grifo de autor).

É, portanto, um direito subjetivo e também uma garantia de que o procedimento licitatório será realizado quando e de acordo com a prescrição legal.

1.6.1.2 Princípio da Impessoalidade

A presença deste princípio na lei da licitação proíbe qualquer tipo de discriminação ou favoritismos. Como nos ensina Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 514),

O princípio da impessoalidade encarece a proscrição de quaisquer favoritismos ou discriminações impertinentes, sublinhando o dever de que, no procedimento licitatório, sejam todos aos licitantes tratados com absoluta neutralidade.

O princípio em comento mantém estreita ligação com os princípios da isonomia e do julgamento objetivo (DI PIETRO, 2007, p. 339).

1.6.1.3 Princípio da Moralidade

Segundo esse princípio, “o procedimento licitatório terá de se desenrolar na conformidade de padrões éticos prezáveis, o que impõe, para Administração e licitantes, um comportamento escorreito, liso, honesto, de parte a parte” (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, 2006, p.516).

Diante da prescrição, não só o administrador deverá pautar-se por conceitos éticos, mas também os licitantes. É o que também entende Justen Filho (2005, p. 53):

O princípio da moralidade também se refere à conduta dos próprios participantes da licitação. A disputa deve ser honesta entre eles. Devem guardar postura moralmente correta perante os demais competidores e a Administração. A imoralidade de sua conduta acarretará seu afastamento e, eventualmente, a invalidação do procedimento.

Identificado ofensa a esse princípio, poderá o certame ser invalidado, e também, responderá, penalmente, tanto os participantes como administradores, pela infração, inclusive administrativamente este último.

1.6.1.4 Princípio da Igualdade

O princípio da igualdade, de índole constitucional – artigo 5º da Constituição – está previsto no artigo 37, XXI, também da Carta Magna:

Art. 37 A Administração pública [...]

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure **igualdade de condições a todos os concorrentes**, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (grifo nosso).

A Lei nº 8.666/93 também faz menção, indiretamente, no artigo 3º, § 1º, incisos I e II, a esse princípio. Em cumprimento ao princípio, a Administração deve dispensar idêntico tratamento a todos os participantes que se encontrem na mesma situação jurídica. A igualdade de condições na licitação é sua representação: toda vantagem concedida a um também deverá ser a outro.

De acordo com Carvalho Filho (2007, p. 221), o princípio está ligado ao da impessoalidade, pois, garantido tratamento igual aos concorrentes, a Administração Pública também estará oferecendo tratamento isonômico.

1.6.1.5 Princípio da Publicidade

Também previsto no Estatuto da licitação, em vários dispositivos, este princípio permite que qualquer cidadão acompanhe o desenrolar do certame (artigo 4º) e impõe obrigações à Administração Pública (artigos 3º, § 3º; 15, § 2º; 21, § 4º; 34, § 1º; 39; 40, inciso VIII; 43, § 1º e 53, § 4º).

Além do aspecto formal – impulsionar o certame por meio de publicação - visa a garantir a participação do maior número de pessoas, resultando em uma seleção eficiente, e por consequência, mais vantajosa para a Administração Pública, que, em sua razão de ser, representa os interesses dos seus administrados.

Há, também, por meio da publicidade dos atos e termos do procedimento licitatório, principalmente das decisões, a possibilidade de se fazer um

controle de legitimidade dos mesmos, pois suas motivações estarão expostas a quem tiver interesse em conferir.

1.6.1.6 Princípio da Probidade Administrativa

O princípio da probidade administrativa, cujo núcleo significa honestidade, boa-fé, moralidade, exige que o administrador atue com estrita lisura para com os licitantes e para com a Administração.

O ato de improbidade administrativa, previsto na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, acarreta ao seu executor a aplicação de sanções civis, penais e administrativas (artigo 37, § 4º da Constituição de 1988).

1.6.1.7 Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório.

Significa que as regras traçadas para o certame devem ser fielmente cumpridas por todos. Dirige-se, portando, tanto à Administração, como aos licitantes. É garantia dos administrados e dos administradores, evitando-se alteração de critérios de julgamento. Como bem assevera Carvalho Filho (2007, p. 222), “se evita [...] qualquer brecha que provoque violação à moralidade administrativa, à impessoalidade e à probidade administrativa”.

Além da previsão contida no artigo 3º da Lei nº 8.666/93, seu sentido está estampado no artigo 41 do Estatuto, segundo o qual “a Administração não pode descumprir as normas e condições de edital, ao qual se acha estritamente vinculada”; e no artigo 43, inciso V, o qual determina que julgamento e classificação sejam feitos de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital.

1.6.1.8 Princípio do Julgamento Objetivo

O princípio do julgamento objetivo, corolário do princípio da legalidade e da vinculação ao instrumento convocatório, vem explicitado no artigo 45 da Lei nº 8.666/93, que apresenta a seguinte redação:

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.

Significa que o julgamento das propostas deverá ser feito de acordo com os critérios fixados no edital. “[...] almeja, como é evidente, impedir que a licitação seja decidida sob o influxo do subjetivismo, de sentimentos, impressões ou propósitos pessoais dos membros da comissão julgadora” (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, 2006, p. 516).

1.6.2 Princípios Correlatos

Além dos princípios básicos que devem orientar o procedimento licitatório, existem outros, chamados pelo legislador ordinário, de correlatos, os quais guardam conexão com aqueles. Correlatos são os “princípios que derivam dos princípios básicos e que com estes têm correlação em virtude da matéria de que tratam” (CARVALHO FILHO, 2006, p. 223).

Assim, por serem correlatos e derivados, encontram-se dispersos na lei reguladora das licitações. Não há, como afirmado inicialmente, consenso sobre os princípios norteadores da disputa. No tocante a este grupo, os correlatos, há doutrinadores que apontam mais princípios ou os mesmos, só que com outra denominação, do que outros. Adotar-se-á as indicações de Carvalho Filho (2006 p. 223).

1.6.2.1 Princípio da Competitividade

Esse princípio, previsto do artigo 3º, § 1º, inciso I, do Estatuto, corolário do princípio da igualdade, significa, como também lembra Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 517), que a Administração deve possibilitar a disputa entre os participantes para que se faça a seleção da melhor proposta.

Sob a luz desse princípio a Administração Pública não pode “adotar ou criar regras que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação” (CARVALHO FILHO, 2006, p. 223).

1.6.2.2 Princípio da Indistinção

Conexo aos da igualdade e impessoalidade, estipula a vedação de discriminações ou preferências relativas à naturalidade, a sede ou domicílio dos licitantes (art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93).

Ora, se o que se objetiva com a licitação é a possibilidade de participação do maior número possível de interessados, e, como consequência, a escolha da proposta mais benéfica entre as ofertadas, não faz sentido algum restringir a participação dos particulares com fundamento em sua naturalidade, sede ou domicílio.

O que é permitido a Administração Pública é a exigência dos participantes de requisitos mínimos – exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis – previstos no instrumento convocatório com vista a garantir o fiel e total cumprimento do contrato.

1.6.2.3 Princípio da Inalterabilidade do Edital

Previsto no artigo 41 da Lei da Licitação, vincula a Administração Pública às regras contidas no edital por ela elaborado. Desdobramento do princípio da publicidade e da vinculação ao instrumento convocatório, orienta que qualquer alteração ou retificação feita no instrumento convocatório deverá ser divulgada e seguida pelos organizadores do certame, assim como pelos particulares.

1.6.2.4 Princípio do Sigilo das Propostas

Citado por Meirelles (2008, p. 277), determina que as propostas devem vir lacradas e só abertas em sessão pública previamente marcada (artigo 43, § 1º). Mantém estreita ligação com o princípio da igualdade – pois quem tem conhecimento do conteúdo da proposta afere vantagem – e, também, do princípio da probidade administrativa – aquele que visa a burlar o sigilo das propostas está se comportando de maneira ímproba.

1.6.2.5 Princípio do Formalismo Procedimental

Também lembrado por Meirelles (2008, p. 275), “o princípio do *procedimento formal* é o que impõe a vinculação da licitação às prescrições legais que

a regem em todos os seus atos e fases”. Em outros termos, as regras adotadas para o certame devem seguir os parâmetros contidos na Lei nº 8.666/93.

1.6.2.6 Princípio da Vedação à Oferta de Vantagens

Como o próprio nome enuncia, é correlato ao princípio do julgamento objetivo, impõe a seleção do vencedor da disputa detendo-se somente aos critérios fixados no edital, não permitindo a intervenção de outros fatores, como qualquer oferta que não prevista no edital (artigo 44, § 1º, Lei nº 8.666/93).

Nesse contexto, merece comentário o artigo 3º, § 2º, da lei das licitações. Segundo Carvalho Filho (2007, p. 224), este dispositivo, que assegurava preferência, em igualdade de condições, e como critério de desempate, aos bens e serviços objeto dos incisos I ao III, perdeu eficácia com a Emenda Constitucional nº 5/95, que revogou integralmente o art. 171 da Constituição, com base no qual aquele dispositivo foi redigido.

Esposando entendimento contrário, de o artigo 3º, § 2º ainda tem eficácia, Celso Antônio Bandeira de Mello *apud* Carvalho Filho (2007, p. 224). (Foi citado por *apud* porque a opinião de Celso Antonio não se encontra na obra dele, mas sim e uma revista de direito administrativo).

1.6.2.7 Princípio da Obrigatoriedade

O princípio da obrigatoriedade vem previsto no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, segundo o qual é obrigatória a realização do certame para compras, obras, serviços, alienações e locações, ressalvados os casos previstos em lei. A mesma determinação vem contida no artigo 2º do Estatuto.

1.6.2.7 Princípio da Adjudicação Compulsória

Segundo Meirelles (2008, p. 278) este princípio impede que a Administração Pública, concluída a licitação, atribua a outro participante o objeto que não ao legítimo vencedor. A adjudicação é obrigatória.

Ressalte-se, porém, que o direito assegurado ao licitante vencedor é apenas à adjudicação, e não ao contrato imediato, pois pode ocorrer de a Administração, verificado motivos para revogar, anular ou adiar o contrato, não realizar

a contratação de imediato. Contudo, após a adjudicação, se se postergar por tempo indefinido ou assinar com outro particular, o vencedor legítimo da licitação terá direito à reparação dos prejuízos que teve ao participar do certame.

1.7 Obrigatoriedade de licitação

No âmbito constitucional, a obrigatoriedade de licitação vem regulada no artigo 37, inciso XXI:

Art. 37 A Administração pública [...]

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, **as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública** que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (grifo nosso).

Sob a égide do referido dispositivo, a Administração Pública, ao contratar obras e serviços, realizar compras e alienações, deverá proceder mediante processo de licitação. Pois, como a redação do próprio inciso XXI deixa claro, é o instrumento através do qual se assegurará a participação, sem objeções quanto à natureza ou origem da pessoa, salvo as necessárias ao cumprimento do contrato, do maior numero de participantes, o que proporcionará à Administração Pública a possibilidade de escolha, em razão da quantidade de ofertas, da proposta mais benéfica e econômica aos seus interesses, e via de consequência, dos administrados.

Se o objeto da licitação foi tratado diretamente no texto maior, a Lei nº 8.666/93 veio a regular, no âmbito infraconstitucional e de forma abrangente, os sujeitos que estarão obrigados a licitar:

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 (grifo nosso)

De acordo com o dispositivo citado, os poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios sujeitam-se as normas gerais contidas na Lei nº 8.666/93. Não só o Executivo, como também os Poderes Legislativo e Judiciário, os Tribunais de Contas e o Ministério Público, devendo adaptar suas leis aos preceitos gerais da Lei Federal (artigo 117 do Estatuto).

Quanto aos Ministérios Públicos federais e estaduais,

[...] embora não integrem formal, orgânica e materialmente os Poderes clássicos da República, também se subordinam às normas do Estatuto, visto que nessas instituições a estrutura funcional é composta por vários órgãos administrativos, da mesma natureza, portanto, da que é atribuída aos órgãos dos referidos Poderes (CARVALHO FILHO, 2007, p. 216).

Além dos órgãos da Administração direta, também estão subordinados ao conteúdo da Lei nº 8.666/93 [...] *os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios* (parágrafo único do artigo 1º da lei).

Mais uma vez o legislador foi detalhista ao elaborar a lei, pois, além das entidades a que fez referência no aludido parágrafo, incluiu outras não citadas sob o regime geral da Lei da Licitação com o claro intuito de coibir a ação de administradores que possa resultar em prejuízos aos interesses públicos.

Neste contexto, merecem destaque as empresas públicas e sociedades de economia mista, prestadoras e exploradoras ou não de serviços ou atividades econômicas. E em sendo *prestadoras de serviços públicos*, não há dissenso na jurisprudência ou doutrina de que estão sujeitas ao regime geral da Lei nº 8.666/93.

A dúvida surge quando referidas entidades explorem atividades econômico-empresariais, pois além de exercerem atividades fim, são constituídas sob o regime de direito privado, que lhes dá prerrogativas não concedidas às pessoas constituídas sob o regime de direito público, justamente em razão dos objetivos para os quais foram criadas.

Solucionando parcialmente o impasse, a Emenda Constitucional nº 19, conhecida como “Emendão”, alterou o artigo 173, § 1º, que passou a apresentar a seguinte redação:

Art. 173 Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o **estatuto jurídico** da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou prestação de serviços [...] (grifo nosso)

III – licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública.

Com redação complementar e semelhante, a Lei nº 8.666/93, artigo 119, parecia colocar fim a qualquer questionamento remanescente.

Art. 119 As sociedades de economia mista, empresas, empresas públicas e fundações e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União e pelas entidades referidas no artigo anterior [Estados, Distrito Federal e Municípios] editarão regulamentos próprios devidamente publicados, ficando sujeitos às disposições desta Lei.

Entretanto, observe-se, que a Emenda Constitucional é posterior a Lei nº 8.666/93, o que implica em liberdade aos Estados, Distrito Federal e Municípios para elaborarem leis que regulem a exploração de atividades econômicas por empresas públicas e sociedades de economia mista, derogando, parcial ou totalmente, os dispositivos do Estatuto da licitação que obstem o exercício de tal atividade. Neste sentido,

[...] embora integrantes da Administração Indireta [empresas públicas e sociedades de economia mista], desempenham operações peculiares, de nítido caráter econômico, que estão vinculadas aos próprios objetivos da entidade; são atividades-fim dessas pessoas. Nesse caso, é forçoso reconhecer a inaplicabilidade do Estatuto por absoluta impossibilidade jurídica [...] (CARVALHO FILHO, 2007, p. 217).

Esposando o mesmo entendimento, Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 519)

[...] em *inúmeros casos* a licitação será *incompatível* com o normal cumprimento do escopo em vista do qual foram criadas [empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica]. Ora, quem quer os fins não pode negar os meios. Logo, *nestas hipóteses* em que o procedimento licitatório inviabilizaria o desempenho das atividades específicas para as quais foi instituída a entidade entender-se-á inexigível a licitação. Isto ocorre quando suas aquisições ou alienações digam respeito ao desempenho de atos tipicamente comerciais, correspondentes ao próprio objetivo a que a pessoa está preposta e desde que tais atos demandem a agilidade, a rapidez, o procedimento expedito da vida negocial corrente, sem o quê haveria comprometimento da boa realização de sua finalidade. (grifo do autor)

Conclui-se, neste viés, que a Lei nº 8.666/93 será observada e aplicada quando se tratar de sociedades de economia mista e empresas públicas que não explorem atividade tipicamente comercial ou de produção. Por outro lado, quando as pessoas objeto de aplicação da lei forem exploradoras de atividade econômica, as circunstâncias fáticas determinarão seu cumprimento ou não, pois estarão, se existir, sob o regime jurídico próprio.

Não se quer afirmar que as empresas estatais estarão sempre livres da observância das regras contidas na lei da licitação. Como assevera Di Pietro (2007, p. 335) “as empresas estatais vão poder dispor de procedimento próprio para suas licitações. Mas não estarão dispensadas de observar os princípios da licitação”. Ou seja, quando a licitação for possível, não obstando o regular exercício da atividade econômica, e não houver choque entre as normas de seu estatuto jurídico com a Lei nº

8.666/93, as empresas estatais deverão respeitar as normais gerais em seus procedimentos de seleção.

Por fim, não há de se confundir as pessoas obrigadas à observância das normas gerais de licitação com os casos de dispensa ou inexigibilidade do certame, como se verá no próximo capítulo. Muitas vezes, o que tornará dispensável ou inexigível a licitação é a ausência dos pressupostos lógicos, tratados no item 1.4 deste capítulo.

Uma exceção à regra geral acima referida é a contratação de Organizações Sociais para a prestação de serviços, objeto do 3º capítulo deste trabalho. Dispensa-se a licitação com essas entidades justamente em razão da condição de pessoa que são.

2 DISPENSA E INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

A regra geral é que obras, compras, alienações e serviços realizados pela Administração Pública sejam contratados mediante processo licitatório. É a aplicação do princípio da obrigatoriedade da licitação contida no inciso XXI, artigo 37 da Constituição de 1988 que norteia a atuação estatal no desempenho satisfatório das funções administrativas a ela atribuídas.

Porém, nem sempre a seleção pelo certame é a forma mais adequada, pois pode conduzir a contratação menos vantajosa, sacrificando os fins buscados pelo Estado, e, como conseqüência, a realização inadequada de suas funções. Diante destas situações, a exceção à regra, que permite a contratação direta com os interessados, foi inserida no mesmo dispositivo que a instituiu, *in verbis*:

Art. 37 A Administração pública [...]

XXI – **ressalvados os casos especificados na legislação**, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (grifo nosso).

A ressalva contida neste inciso do artigo 37 é a exceção permissiva à Administração Pública para que proceda a contratações sem a realização do certame, contratando diretamente com o particular, lançando mão dos casos especificados na Lei nº 8.666/93, que assim a autoriza, quais sejam: a dispensa e a inexigibilidade de licitação.

A dispensa de licitação vem contida nos artigos 17, incisos I e II, e no artigo 24, incisos I a XXVIII da Lei nº 8.666/93. A inexigibilidade de licitação está prevista no artigo 25, incisos I a III, também da Lei Federal.⁴ Mais adiante serão comentados os casos contidos nos artigos 24 e 25 (merecedores de maior atenção por

⁴ A distinção, já feita pela doutrina, foi confirmada com o advento do Decreto-Lei nº 2.300/86: a dispensa era prevista nos artigos 15, § 1º, e 22; os de inexigibilidade, no artigo 23.

parte de toda doutrina especializada), abstendo-se quanto aos do artigo 17, que tratam de dispensa de licitação nas doações, permutas, doações em pagamento e investidas de bens públicos, pois tornaria demasiado longa e abrangente a segunda etapa deste trabalho. Contudo, far-se-á breves referências ao dispositivo.

2.1 Dispensa e Inexigibilidade: Distinção

A distinção entre dispensa e inexigibilidade pode ser colhida da leitura do artigo 25 da Lei Federal nº 8.666/93, *caput*, segundo o qual é “[...] inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição [...]”. Se a licitação é inexigível quando há inviabilidade de competição, será dispensável quando houver, em tese, possibilidade de competição, mas que, por algum motivo, optou-se por não realizá-la.

Segundo Carvalho Filho (2007, p. 224),

A **dispensa** de licitação caracteriza-se pela circunstância de que, em tese, poderia o procedimento ser realizado, mas que, pela particularidade do caso, decidiu o legislador não torná-lo obrigatório. Diversamente ocorre com a **inexigibilidade**, [...], porque sequer inviável a realização do certame (grifo do autor).

Com o mesmo entendimento, Di Pietro (2008, p. 345) sustenta que

A diferença básica entre as duas hipóteses está no fato de que, na **dispensa**, há a possibilidade de **competição** que justifique a licitação; de modo que a lei **faculta** a dispensa, que fica inserida na competência discricionária da Administração Pública. Nos casos de **inexigibilidade**, não há possibilidade de competição, porque só existe **um objeto** ou **uma pessoa** que atenda às necessidades da Administração; a licitação é, portanto, inviável (grifo da autora).

A distinção não é meramente conceitual. É uma imposição de natureza prática. A análise de se a realização do certame é inexigível já descarta a hipótese de se estar diante de caso de dispensa. É uma questão lógica: sendo inviável a

competição, se estar diante de inexigibilidade de licitação e, logo, aplicam-se as regras legais previstas para o caso, ou seja, as contidas no artigo 25 da Lei nº 8.666/93.

Por outro lado, verificada a viabilidade de realização do procedimento administrativo para o caso concreto, deve-se buscar nos incisos do artigo 24 sua previsão. Não a contendo, o certame deverá ser realizado, pois as hipóteses contidas neste artigo 24, por serem escolha legislativa, são taxativas, ou seja, exaustivas, não permitindo a dispensa senão nos casos previstos em lei.

2.2 Discricionariedade na Contratação Direta

Não menos importante que a exposição da distinção entre dispensa e inexigibilidade de licitação, pois cada uma com regime jurídico próprio, o que implica conseqüências práticas diversas, faz-se necessário tecer, ainda que superficialmente, alguns comentários a respeito do âmbito de discricionariedade na contratação direta.

Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello (2006, p. 414), os atos discricionários

[...] seriam os que a administração pratica com certa margem de liberdade de *avaliação* ou *decisão* segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, *ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles* (grifo do autor).

A discricionariedade na contratação direta, modalidade anômala de licitação (Justen Filho, 2005, p. 230), não se consubstancia, assim, em liberdade para escolhas subjetivas e adoção de procedimentos não prescritos.

Segundo Justen Filho (2005, p. 231)

[...] atribuição de competência discricionária não se confunde com liberdade de motivação nem autoriza prevalência de motivos meramente subjetivos. Aliás, muito ao contrário, a competência discricionária demanda justificativas muito mais exaustivas e minuciosas do que a prática de ato vinculado. [...] Ao optar por um

determinado sujeito, excluindo a contratação de terceiros, deve-se indicar os fundamentos da decisão [...].

Ainda segundo o mesmo autor,

[...] a contratação direta pressupõe um procedimento formal prévio, destinado a produzir a melhor escolha possível para a Administração. Esse procedimento envolve ampla discricionariedade para a Administração, mas a liberdade se restringe às providências concretas a serem adotadas. Não há margem de discricionariedade acerca da observância de formalidades prévias (JUSTEN FILHO, 2005, p. 228).

Portanto, ao realizar a contratação direta, o agente público não fugirá às determinações normativas sobre o procedimento, tampouco decidirá de forma subjetiva favorecendo poucos em detrimento do interesse e bem públicos. Pelo contrário, o administrador deverá observância não só às exigências formais cabíveis, como também aos princípios norteadores da ação estatal, objetivando a melhor contratação possível:

A contratação direta não significa a inaplicação dos princípios básicos que orientam a atuação administrativa. Nem se caracteriza uma livre atuação administrativa. O administrador está obrigado a seguir um procedimento administrativo determinado, destinado a assegurar (ainda nesses casos) a prevalência dos princípios jurídicos fundamentais. Permanece o dever de realizar a melhor contratação possível, dando tratamento igualitário a todos os possíveis contratantes (JUSTEN FILHO, 2005, p. 228).

Deste modo, encontrada a necessidade de realização de obras, contratação de serviços ou compra de bens, observar-se-á um processo seletivo simplificado, no qual, entre outros aspectos, deverão ser observados a elaboração do projeto, com sua conseqüente aprovação, reserva orçamentária para cobrir seus gastos e avaliação prévia do preço de mercado, deixando-se de realizar, quando chegar o momento, o processo licitatório porque o mesmo seria inviável (inexigibilidade) ou frustraria a realização adequada das funções estatais (dispensa), razões pela quais entendeu o legislador não realizá-lo.

2.3 Controle e Sanção

2.3.1 Controle

A eficácia dos atos administrativos que decidam por dispensar ou inexigir a licitação está condicionada à observância do contido no artigo 26. Seu *caput* anuncia que os casos de dispensa contidos nos §§ 2º e 4º do artigo 17, os contidos no inciso III e seguintes, as situações de inexigibilidade e o retardamento imotivado deverão ser justificados e comunicados, em três dias, à autoridade superior para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de cinco dias, como condição de eficácia dos atos.⁵ Abstém-se da observância deste artigo para os casos previstos nos incisos I e II do artigo 24, pois o procedimento de dispensa de licitação é objetivamente aferível.

O parágrafo único estabelece que os processos de dispensa, inexigibilidade ou de retardamento sejam instruídos com elementos que: (I) comprovem a situação emergencial ou calamitosa; (II) razão da escolha do fornecedor ou executante; (III) justificativa de preço; e (IV) documentos de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

Como se infere, o parágrafo único do artigo 26, ao estipular que sejam apensados ao processo licitatório documentos relacionados à situação de fato, o porquê da escolha e de viabilidade, está por tornar possível, em via administrativa, a análise dos critérios de conveniência e oportunidade que levaram o administrador público a tomar determinada decisão.

2.3.2 Sanção

A Lei nº 8.666/93 tipificou como crime condutas que visem, de um modo geral, burlar o procedimento licitatório. Os dispositivos encontram-se na seção III (Dos Crimes e das Penas), contida no capítulo IV (Das Sanções Administrativas e da Tutela Jurisdicional).

⁵ Alterado pela Lei nº 11.107, de 6 de Abril de 2005. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato-2004-2006/2005/Lei/L11107.htm>. Acesso em: 5 abr. 2009.

Merece destaque, no tocante à punição por prejuízos ao interesse públicos, além do § 2º do artigo 25 (de natureza não penal), que estabelece a responsabilidade solidária pelo dano causado à Fazenda Pública, os artigos 89 e 90 da Lei da Licitação, por ilustrarem as condutas que visou o legislador ordinário impedir:

Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

Pena – detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único: Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena – detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Assim, não somente o agente público incorrerá nos crimes previstos na lei, mas também o particular que, com o intuito de se beneficiar ou beneficiar terceiro, fraudar ou frustrar o procedimento licitatório. Ao agente público, há a responsabilidade administrativa e por ato de improbidade,⁶ apuradas em processo administrativo instaurado para este fim.

2.4 Inexigibilidade de Licitação

A inexigibilidade de licitação, prevista no artigo 25, incisos I a III da Lei nº 8.666/93, ocorre quando há inviabilidade de competição, seja pela natureza específica do negócio ou pelos fins almejados pela Administração.

⁶ Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Lei de Improbidade Administrativa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm>. Acesso em: 13 maio 2009.

Para Meirelles (2008, p. 287), os casos previstos nos incisos I a III – que tratam respectivamente de fornecedor exclusivo, serviços técnicos especializados e atividades artísticas - são de inexigibilidade

[...] em razão da impossibilidade jurídica de se instaurar competição entre eventuais interessados, pois não se pode pretender melhor proposta quando apenas um é proprietário do bem desejado pelo Poder Público ou reconhecidamente capaz de atender às exigências da Administração no que concerne à realização do objeto do contrato.

No que toca a interpretação do dispositivo e dos incisos que tratam da inexigibilidade de licitação, pode-se afirmar, calcado na doutrina, que são meramente exemplificativos, não abrangendo todas as hipóteses práticas possíveis. Comentando a parte final do *caput* do artigo 25, que dá tratamento especial aos casos contidos nos incisos I a III, Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 528) leciona que:

[...] o que os incisos I a III do art. 25 estabelecem é, simplesmente, uma prévia e já resolvida indicação de hipóteses nas quais ficam antecipadas situações características de inviabilidade, nos termos ali enumerados, *sem exclusão de casos não catalogados, mas igualmente possíveis* (grifo do autor).

Mas não se deve supor que uma vez havendo correspondência das situações previstas nos incisos I a III do artigo 25 e outras de inviável competição, não relacionadas no dispositivo, com o caso concreto, poderá o administrador realizar a contratação sem a motivação que a fundamente. A decisão que opta por considerar inexigível a licitação deverá, sob pena de ineficácia, ser justificada e comunicada à autoridade superior competente em três dias para ratificação, e publicada na imprensa oficial no prazo de cinco dias. É o que prescreve o artigo 26 do Estatuto licitatório.

2.4.1 Hipóteses de Inexigibilidade de Licitação: artigo 25 – Lei nº 8.666/93

Feitas as considerações iniciais pertinentes, passa-se ao comento dos casos previstos nos incisos I a III do referido artigo.

2.4.1.1 Fornecedor Exclusivo

A licitação será inexigível “[...] para a aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca [...]” (inciso I, artigo 25). A prescrição é lógica: não há como instaurar competição se há apenas um interessado que possa dela participar.

Contudo, segundo Carvalho Filho (2007, p. 241), há de observar se a exclusividade é absoluta ou relativa. Considera-se absoluta “quando há um produtor ou representante comercial exclusivo no país”; e relativa “quando a exclusividade se dá apenas na praça em relação à qual vai haver [sic] a aquisição do bem”.⁷

A distinção, de acordo com o autor, é relevante, pois na exclusividade relativa, havendo mais de um representante ou fornecedor, poderá a Administração Pública realizar a licitação se houver interesse em comparar várias propostas. Na exclusividade absoluta, em que há um único fornecedor no país, a contratação direta é alternativa possível.

Mas a exclusividade há de ser comprovada “através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio [junta comercial] 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” (artigo 25, inciso I, segunda parte).

Quanto à vedação de preferência de marca, Carvalho Filho (2007, p. 241) afirma ser possível em três hipóteses:

[...] continuidade da utilização de marca já adotada no órgão; [...] para a utilização de nova marca mais conveniente; [...] e para o fim

⁷ A mesma classificação é encontrada em Meirelles (2008, p. 287), no qual apenas exclusividade absoluta e a relativa são conceituadas pelo autor como exclusividade industrial (do produtor) e a comercial (representante ou vendedor), respectivamente.

de padronização no serviço público, todas evidentemente justificadas pela necessidade da Administração.

Encontra-se na obra atualizada de Meirelles (2008, p. 288) entendimento diverso, segundo o qual a preferência por marca só pode ocorrer para “garantir a uniformização de produtos estratégicos destinados ao apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres” das Forças Armadas. Contudo, o atualizador comete impropriedade: refere-se à dispensa de licitação, quando na verdade está-se tratando se inexigibilidade.

2.4.1.2 Serviços Técnicos Especializados

Outro caso de inexigibilidade de licitação, e sem dúvida, o mais debatido e estudado, é o previsto no inciso II, artigo 25 da Lei nº 8.666/93, que permite a contratação direta de serviços técnicos especializados, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização.

A discussão surge em razão da terminologia utilizada na redação do dispositivo – natureza singular e notória especialização – e a combinação que se faz do inciso II e o § 1º do mesmo dispositivo com o contido no artigo 13 da mesma Lei nº 8.666/93. Questiona-se se a necessidade a ser suprida, além de possuir natureza singular, há de ser por serviços de técnico que detenha notória especialização? Antes de apresentar resposta ao questionamento é preciso alguns esclarecimentos.

Segundo a doutrina, serviço de natureza singular é aquele que possui características cuja necessidade somente será suprida por profissional ou empresa que ostente qualificação para tanto:

a singularidade é relevante e um serviço deve ser havido como singular quando nele tem de interferir, como requisito de satisfatório atendimento da necessidade administrativa, um componente criativo de seu autor, envolvendo o estilo, o traço, a engenhosidade, a especial habilidade, a contribuição intelectual, artística, ou a argúcia de quem o executa, atributos, estes, que são precisamente os que a Administração reputa convenientes e necessita para a satisfação do interesse em causa (CELSONO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, 2006, p. 532).

Outro atributo ao prestador de serviços, seja profissional ou empresa, é a notória especialização. De acordo com o § 1º do artigo 25,

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

O conceito apresentado pelo legislador do que seja notória especialização dispensa outras considerações porque auto-explicativo. Contudo, merece atenção, primeiramente, a relação íntima existente entre a natureza singular do serviço e a notória especialização. O que concede o atributo de singularidade ao serviço é justamente a necessidade de notória especialização do prestador. E a singularidade na prestação do serviço é que dá a notoriedade ao profissional. São, portanto, conceitos complementares.⁸

Por segundo, chama atenção a presença dos critérios de essencialidade e indiscutibilidade do trabalho. Para Di Pietro (2007, p. 357)

[...] o § 1º do artigo 25 quis reduzir a discricionariedade administrativa em sua apreciação [notória especialização], ao exigir os critérios de **essencialidade** e **indiscutibilidade** do trabalho, como sendo o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato. Tem-se que estar em zona de certeza, quanto a esses aspectos, para ser válida a inexigibilidade (grifo da autora).

Feitas essas considerações, pode-se afirmar, sem margem a outro entendimento,⁹ que a inexigibilidade, e a conseqüente contratação direta, somente ocorrerá quando presente os três elementos: que os serviços a serem prestados sejam

⁸ Frise-se, contudo, que a singularidade refere-se ao serviço em si; e a notoriedade ao profissional prestador do serviço. Sobre serviços singulares, consulte-se Celso Antônio Bandeira de Mello, 2006, p. 522.

⁹ O mesmo entendimento é unânime pela doutrina especializada. Por todos, Celso Antônio Bandeira de Mello, 2006, p. 531.

de natureza singular; estejam relacionados nos incisos do artigo 13 da Lei da Licitação – que apresenta conceito do que seja serviço técnico relacionando algumas atividades que requerem um mínimo de conhecimento aprofundado;¹⁰ e que seja prestado por profissional que ostente notória especialização.

Por fim, dando cabo a discussões jurisprudências e doutrinárias, resolveu o legislador ordinário vedar “a inexigibilidade [de licitação] para serviços de publicidade e divulgação” (parte final do inciso II, artigo 25). A inobservância aos requisitos legais por parte dos administradores, tanto desta proibição como das demais prescrições, resulta em desvio de finalidade e ofensa ao princípio da moralidade e, freqüentemente, prejuízos à Administração Pública (CARVALHO FILHO, 2007, p. 243).

2.4.1.3 Atividades Artísticas

O terceiro e último caso de inexigibilidade de licitação é o contido no inciso III, do artigo 25, da Lei nº 8.666/93. Segundo este dispositivo, “para a contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública” é inexigível a licitação.

Este caso muito se assemelha ao anterior, pois a inexigibilidade fundamenta-se na individualidade ou na obra do candidato. É inviável instaurar competição para selecionar candidato com base em sua capacidade artística, pois esta, segundo Carvalho Filho (2007, p. 241) é “personalíssima, não se podendo sujeitar a fatores objetivos de avaliação”.

Quanto aos critérios de seleção, o único encontrado é a consagração. De acordo com mesmo autor (2007, p. 241), a “consagração é fator de extrema relatividade e varia no tempo e no espaço”.

¹⁰ Quer parecer que a inexigibilidade de licitação somente será permitida quando o serviço técnico especializado estiver contido nos incisos I ao VII do artigo 13 da Lei nº 8.666/93. Pois, se a inexigibilidade é a exceção à regra da obrigatoriedade do certame, a interpretação deve ser feita de modo restritivo, sendo a relação apresentada taxativa, apesar de, aparentemente, haver contradição com a ressalva “em especial” contida no *caput* do artigo 25 da Lei do Estatuto. Esta opinião pessoal não encontra suporte na doutrina administrativista brasileira.

2.5 Dispensa de Licitação

Assim como para os casos de inexigibilidade de licitação, a ressalva permissiva ao legislador ordinário para regular a dispensa de licitação, também está contida no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

Art. 37 A Administração pública [...]

XXI – **ressalvados os casos especificados na legislação**, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (grifo nosso).

Com base nesta abertura legislativa, que possui conotação prescritiva, os casos de dispensa de licitação foram regulados nos incisos I ao XXVIII, artigo 24, da Lei Federal nº 8.666/93, promulgada no dia 21 de junho de 1993, e modificada posteriormente.¹¹

Da mesma forma como a inexigibilidade, a dispensa de licitação é uma exceção ao princípio da obrigatoriedade de licitação,¹² e “caracteriza-se pela circunstância de que, em tese, poderia o procedimento ser realizado, mas que, pela particularidade do caso, decidiu o legislador não torná-lo obrigatório” (CARVALHO FILHO, 2007, p. 224).

Diferencia-se da inexigibilidade justamente pela viabilidade de competição, que, naquela, sua ausência é a justificativa da não realização do certame.

Deste modo, a dispensa de licitação tem sua razão de ser fundada na particularidade, muitas vezes, de incompatibilidade com todo o procedimento licitatório, porque exige respeito a prescrições legais, diligências técnicas, enfim, tempo que poderia fazer com que a situação prática que se visa socorre com a realização do certame sofra prejuízos com sua demora.

¹¹ Sobre as leis que alteraram o Estatuto da Licitação, ver nota de rodapé nº 1.

¹² A respeito do princípio da obrigatoriedade de licitação e demais princípios norteadores do certame, consultar página 20 deste trabalho.

2.5.1 Excepcionalidade e taxatividade

Apesar de ser possível presumir, pelo o quê já foi dito até aqui sobre licitação e seus princípios, é oportuno consignar dois aspectos quanto à dispensa de licitação. O primeiro deles diz respeito à excepcionalidade das hipóteses do artigo 24 da Lei nº 8.666/93, que incidiram sobre o princípio da obrigatoriedade do certame, constituindo-se, assim, exceções à regra geral.

O outro se refere à taxatividade das hipóteses de dispensa. Os casos enumerados pelo legislador não podem ser ampliados pelo administrador. São os únicos que o legislador achou conveniente ao interesse público. O elenco de casos de dispensa é, portanto, taxativo.

2.5.2 Licitação dispensada, dispensável e vedação de licitação

Alguns autores classificam a licitação em dispensável e dispensada. Aquela está prevista nos incisos I ao XXVIII, do artigo 24 da Lei nº 8.666/93. A licitação nestas hipóteses é juridicamente viável, mas a lei dispensa o administrador de realizá-la. Ou seja, ao administrador é concedida a faculdade de optar pela realização do certame ou não.

Licitação dispensada, a seu turno, é aquela que não foi concedida ao administrador público a opção de realizar o procedimento licitatório ou dispensá-lo. A lei ordena que não se realize o certame. Tais hipóteses estão previstas nos incisos I e II do artigo 17 do Estatuto, que se referem a alguns casos específicos de alienação de bens públicos.¹³

A vedação de licitação, hipótese prevista anteriormente no Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, ocorria quando a realização do certame comprometesse a segurança nacional. Nestes casos, a Administração Pública deveria realizar a contratação direta. Atualmente, o entendimento majoritário é de que a vedação não mais existe. Há, contudo, quem afirme que a prescrição contida no artigo

¹³ A distinção é adotada pela maioria dos administrativistas. Por todos, Meirelles, 2008, p. 281-282.

7º, § 5º, da Lei nº 8.666/93 é hipótese de vedação (JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR *apud* CARVALHO FILHO, 2007, p. 225).

A classificação da licitação como dispensada ou dispensável, *concessa venia* aos seus propositores, é confusa e não possui aplicação prática. Pois, se a licitação é dispensada (a própria lei ordena que não se realize o certame), não se está diante de uma vedação ao administrador, pois a ele não foi dada a alternativa de realizar, ou não, o certame? E se o administrador opta, em caso de licitação dispensável, em não realizar o procedimento, não é, de fato, uma situação em que a licitação foi dispensada? Como dito, a importância da distinção fica restrita ao campo doutrinário.

2.5.3 Hipóteses de dispensa: artigo 24 – Lei nº 8.666/93

Feitas as considerações iniciais sobre a dispensa licitação, passa-se à exposição e comentário das hipóteses que entendeu o legislador não tornar obrigatória, contidas nos incisos I ao XXVIII do artigo 24 da Lei Federal nº 8.666/93. Para tanto, adotar-se-á, pela didática e facilidade de compreensão, a divisão proposta por Di Pietro.

Segundo a autora (2007, p. 348), “as hipóteses de **dispensa** podem ser divididas em quatro categorias: a) em razão do **pequeno valor**; b) em razão de **situações excepcionais**; c) em razão do **objeto**; d) em razão da **pessoa**” (grifo da autora).

2.5.3.1 Em Razão do Pequeno Valor

São dois os casos de dispensa de licitação com base no valor do contrato. No primeiro (artigo 24, inciso I), dispensa-se a licitação para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto para a execução dessas atividades na modalidade de convite (artigo 23, inciso I, alínea “a”).

No segundo (artigo 24, inciso II), dispensa-se o certame na contratação de outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto para a sua aquisição na modalidade de convite (artigo 23, inciso II, alínea “a”).

Nesses dois casos, o critério de dispensa é objetivo, pois é com base no valor que a licitação será dispensável. Contudo, o agente público pode realizar ou não, se assim entender, o certame, já que a dispensa é faculdade conferida ao mesmo.

Há, entretanto, uma ressalva no que se refere ao valor das contratações. Se as obras, serviços ou compras forem contratados por sociedade de economia mista e empresa pública, bem como por autarquia ou fundação qualificadas por lei como agências executivas, o percentual será de 20% (vinte por cento) sobre a mesma base de cálculo (artigo 24, parágrafo único¹⁴).

2.5.3.2 Em Razão de Situações Excepcionais

Em algumas situações a realização do procedimento licitatório é incompatível com a necessidade que se objetiva atender, seja em razão da urgência, contrariedade ao interesse público ou desinteresse dos particulares. Dentro desta categoria de situações excepcionais, dispensa-se a licitação:

- a) “nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem pública” (artigo 24, inciso III);
- b) nos casos de emergência e ou de calamidade pública, desde que caracterizada a urgência de atendimento sem a qual pode ocorrer prejuízo e comprometimento de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e desde de que para a contratação de bens úteis ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa. Os contratos não podem ser prorrogados e somente abrangem os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa, e ainda assim, devendo concluir-se as obras e serviços no prazo máximo de 180 (cento e oitenta dias) dias (artigo 24, inciso IV);

¹⁴ Alterado pela Lei nº 11.107, op. cit.

- c) quando não existirem interessados na licitação anterior, e esta, ao ser repetida, causar prejuízos à Administração Pública, desde que mantidas as condições iniciais. Esse caso é denominado de licitação deserta, e sua ocorrência está condicionada a três requisitos: nenhum interessado tenha apresentado a documentação exigida; que a realização de novo procedimento cause prejuízos à Administração Pública; e sejam mantidas, na contratação, as condições apresentadas no edital (artigo 24, inciso V);
- d) na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, resultante de rescisão contratual com o vencedor da disputa. Porém, deverá ser observada a ordem de classificação, e se o subsequente colocado aceitar as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido (artigo 24, inciso XI);
- e) quando a União precisar intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento. Trata-se de recurso legal que a União lança mão para adquirir produto e colocá-lo no mercado, forçando a queda ou regularização de preços. Ou para obrigar particulares a se desfazerem de seus estoques e normalizar o abastecimento (artigo 24, inciso VI);
- f) “quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional, ou forem incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes, casos em

que, observado o parágrafo único do artigo 48 desta lei [atual parágrafo terceiro do mesmo artigo] e, persistindo a situação, será admitida a adjudicação direta dos bens ou serviços, por valor não superior ao constante no registro de preços, ou dos serviços” (artigo 24, inciso VII). O parágrafo terceiro do artigo 48 prevê que, em caso de desclassificação de todas as propostas, a Administração Pública fixe aos licitantes o prazo de 08 (oito) dias úteis para a apresentação de outras propostas escoimadas das causas da desclassificação;¹⁵

- g) quando houver risco da segurança nacional. O motivo da dispensa é evidente: a segurança da soberania do país. Tal situação deve ser decretada pelo Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional (artigo 24, inciso IX);
- h) “para a aquisição de bens e serviços nos termos de acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional, quando as condições ofertadas forem manifestamente vantajosas para o Poder Público” (artigo 24, inciso XIV). A dispensa neste caso só é permitida quando presentes os três requisitos enunciados: contrato de compra ou de prestação de serviços; que exista acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional; e que as condições ofertadas sejam manifestamente vantajosas para o Poder Público;

¹⁵ O registro de preços está previsto no artigo 15, inciso II, §§ 1º a 4º, e disciplinado pelo Decreto Lei nº 3.931, de 19 de setembro de 2001, alterado pelo Decreto Lei nº 4.342, de 23 de agosto de 2002. Legislação disponível em: <<https://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 fev. 2009.

- i) nas compras ou contratações de serviços para o suprimento de necessidades oriundas de operações militares, quando a demora esperada com a realização do certame comprometer a normalidade e os propósitos das operações, e desde que o valor da contratação não ultrapasse o limite previsto no na alínea “a” do inciso II do artigo 23 da Lei nº 8.666/93 (artigo 24, inciso XVIII). Trata-se de hipótese de prevalência do interesse público sobre o princípio da competitividade;
- j) “na contratação da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuadas por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde públicas” (artigo 24, inciso XXVII).¹⁶ Esta hipótese foi inserida, certamente, em razão da grande demanda de produção de lixo em centros urbanos e, também, pela lucratividade do negócio. Objetivou-se dar preferências às pessoas de baixa renda catadoras de lixo que fazem da reciclagem profissão e meio de sobrevivência.
- k) “para o fornecimento de bens e serviços, produzidos ou prestados no País, que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e

¹⁶ Redação dada pela Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11445.htm>. Acesso em: 15 mar. 2009.

defesa nacional, mediante parecer de comissão especialmente designada pela autoridade máxima do órgão” (artigo 24, inciso XXVIII).¹⁷

2.5.3.3 Em Razão do Objeto

Dispensa-se a licitação em razão do objeto:

- a) para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades fins da Administração Pública, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha. Porém, o preço a ser pago, seja na compra ou no aluguel, deve ser compatível com o valor do mercado, segundo avaliação prévia (artigo 24, inciso X);
- b) nas compras de hortifrutigranjeiros, pão e outros gêneros perecíveis, com base no preço do dia, durante o período em que se realiza o procedimento para a aquisição dos mesmos produtos (artigo 24 inciso XII). Segundo Di Pietro (2007, p. 352), neste caso, a autoridade deve observar, no que couber, regras pertinentes à compra, em especial às exigências de adequada caracterização do objeto, indicação dos recursos orçamentários e publicação da relação das compras feitas;¹⁸
- c) “para aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que compatíveis com ou inerentes às finalidades do órgão ou entidade” (artigo 24, inciso XV). Os requisitos de dispensa, com se vê, são a autenticidade e a compatibilidade da aquisição ou

¹⁷ Inciso acrescido pela Lei nº 11.484, de 03 de maio de 2007. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/Lei/L11484.htm>. Acesso em: 15 mar. 2009.

¹⁸ Artigos 14, 15 e 16 da Lei nº 8.666/93.

restauração com às finalidades do órgão ou entidade. Visa-se, assim, que agentes públicos não façam uso da permissiva legal para, por exemplo, adquirirem objetos e obras pra simples decoração e a gosto próprios. Contudo, apesar de ser caso de dispensa, nada impede que em determinada situação concreta, a restauração da obra, pela sua singularidade, autorize a declaração de inexigibilidade. É o que autoriza o artigo 13, inciso VII. Nessa hipótese, aplicam-se as normas contidas nos artigos 25, § 1º, e 26 da Lei de Licitação;

- d) para a aquisição de peças para manutenção de máquinas, durante o período de garantia, junto ao fornecedor desses equipamentos quando a condição de exclusividade for indispensável para a vigência da garantia (artigo 24, inciso XVII). Há, na doutrina, quem defenda que esta hipótese não é de dispensa, e sim de inexigibilidade, com fundamento na indispensabilidade das peças para a vigência do contrato (Di Pietro, 2007, p. 353). Outros defendem que a inviabilidade de competição é meramente contratual, e, portanto, está-se diante de um caso de dispensa (Carvalho Filho, 2007, p. 238);
- e) na contratação direta para a compra de material de uso pelas Forças Armadas, com exceção de materiais e uso pessoal (para os quais o procedimento licitatório é obrigatório), quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreo e terrestres, mediante parecer de comissão

instituída por decreto (expedido pelo Presidente da República);

- f) “para a aquisição de bens destinados exclusivamente à pesquisa científica e tecnológica com recurso concedidos pelo CAPES, FINEP, CNPq ou outras instituições de fomento a pesquisa credenciadas pelo CNPq para esse fim específico” (artigo 24, inciso XXI). Essa hipótese de dispensa é calcada no artigo 218 da Constituição Federal, segundo o qual o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológica;
- g) na contratação firmada por instituição científica e tecnológica – ICT ou por agência de fomento quando o objeto do ajuste for a transferência de tecnologia ou o licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida – invenção, modelo de utilidade, desenho industrial e programa de computador (artigo 24, inciso XXV).¹⁹

2.5.3.4 Em Razão da Pessoa

Dispensa-se a licitação em razão da pessoa:

- a) para a aquisição, por pessoa de direito público interno, de bens produzidos ou prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública (pessoas referidas no artigo 6, inciso XI da Lei nº 8.666/93). Porém, o órgão não pode ter sido criado após a entrada em vigência desta Lei, e o preço contratado deve enquadrar-se no praticado no

¹⁹ Inciso incluído pela Lei nº 10.973, de 02 de junho de 2004, que regulamentou os artigos 217 e 218 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.973.htm>. Acesso em: 15 fev. 2009.

mercado. São quatro, portanto, os requisitos da dispensa: o órgão ou entidade contratada integre a Administração Pública; que esse órgão ou entidade tenha sido criado para o fim específico de fornecer bens e serviços; que o contratante e o contratado sejam do mesmo nível de governo, ou seja, o órgão, se estadual, prestará serviços ao Estado no qual foi criado; e que o preço da contratação seja compatível com o praticado no mercado (artigo 24, inciso VIII);

- b) “para a impressão dos diários oficiais, de formulários padronizados de uso da administração, e de edições técnicas oficiais, bem como para prestação de serviços de informática a [sic] pessoa jurídica de direito público interno, por órgãos ou entidades que integrem a Administração Pública, criados para esse fim” (artigo 24, inciso XVI). Este dispositivo perdeu sua utilidade após a entrada em vigor do inciso VIII²⁰ desta Lei, pois este é mais abrangente e inclui a ressalva contida naquele. Quanto aos requisitos de dispensa, repita-se o que foi dito no item anterior;
- c) na contratação de instituição brasileira cuja atividade precípua seja a pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional, ou a contratação de instituição dedicada à ressocialização de presos, desde que a contratada não tenha fins lucrativos. Exige-se, ainda, que a instituição detenha inquestionável reputação ético-profissional, característica, esta, de difícil aferição. A dispensa nesse caso está fundada na ausência de

²⁰ Inserido pela Lei nº 8.883, de 08 de junho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8883.htm>. Acesso em: 15 fev. 2009.

lucratividade para a pessoa contratada e, também, na atividade de cunho social a ser desempenhada (artigo 24, inciso XIII);

- d) para contratação, pelos órgãos integrantes da Administração Pública (incluídas todas as pessoas referidas no artigo 6, inciso XI desta Lei), de associações de portadores de deficiência física que detenham comprovada idoneidade e fins não lucrativos, para a prestação de serviços de mão-de-obra. Requisito de dispensa, além dos citados, e como nos casos anteriores, é a compatibilidade do preço contratado com o praticado no mercado (artigo 24, inciso XX). Segundo Di Pietro (2007, p. 355), a inclusão de contratação de mão-de-obra não encontra fundamento no ordenamento, pois sua contratação esta sujeita a concurso público, nos termos do artigo 37, inciso II da Constituição Federal de 1988, ressalvada a contratação temporária prevista no inciso IX do mesmo dispositivo;
- e) “na contratação do fornecimento ou suprimento de energia elétrica e gás natural com o concessionário, permissionário ou autorizado, segundo as normas da legislação específica” (artigo 24, inciso XXII).²¹ Este dispositivo recebe fortes críticas da doutrina, pois às entidades administrativas, como mera consumidoras, caberia, quando possível, realizar o certame para obtenção do melhor preço e das condições mais vantajosas (Justen Filho, 2005, p.

²¹ Redação dada pela Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998, alterado pela Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9648cons.htm>. Acesso em: 15 fev. 2009.

263). Mas de qualquer forma, o administrador ao realizar a contratação direta do fornecimento ou suprimento de energia e gás natural deverá pautar pelos princípios da eficiência e da economicidade (Carvalho Filho, 2007, p. 235);

- f) para aquisição ou alienação de bens, prestação ou obtenção de serviços quando os contratantes forem empresa pública ou sociedade de economia mista com suas subsidiárias e controladas, desde que o preço seja compatível com o praticado no mercado (artigo 24, inciso XXIII). A dispensa é justificável, pois estando vinculadas intrinsecamente em suas relações jurídicas, a contratação direta atende ao princípio da economicidade, que segundo Carvalho Filho (2007, p. 233) adequa-se com perfeição a entes do mesmo grupo econômico;
- g) “na celebração de contrato de programa²² com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação” (artigo 24, inciso XXVI).²³ Essa hipótese de dispensa de licitação fundamenta-se no regime de parceria que dá contorno a tais ajustes e, também, no escopo para que se destinam: a fixação de programas para o fim de serem prestados serviços públicos (Carvalho Filho, 2007, p. 236);

²² “Contrato de programa é aquele em que um ente federativo projeta e regula as obrigações que assume perante outra pessoa da federação ou consórcio público, objetivando a gestão associada de serviços públicos” (CARVALHO FILHO, 2007, p. 236, nota de rodapé nº 71).

²³ Inciso acrescido pela Lei nº 11.107, op. cit.

- h) para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, desde que qualificadas com tal no âmbito na respectiva esfera de governo, ou seja, no mesmo Estado, para as atividades contempladas no contrato de gestão (artigo 24, inciso XXIV).²⁴ A dispensa na contratação, mais uma vez, está calcada em objetivo filantrópico, pois inegável o aspecto social da atividade.

Essa última hipótese de dispensa de licitação contida no artigo 24, inciso XXIV, da Lei nº 8.666/93, será o objeto do terceiro capítulo deste trabalho. Nele serão apresentados alguns aspectos das Organizações Sociais, dos contratos de gestão e, com maior aprofundamento, a dispensa de licitação na contratação com essas pessoas jurídicas.

²⁴ Alterado pela Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002.

3 DISPENSA DE LICITAÇÃO NA CONTRATAÇÃO COM ORGANIZAÇÕES SOCIAIS (OS)

À Administração Pública foi concedida a possibilidade de contratação direta com o particular, desde que respeitados e atendidos os requisitos previstos em lei. A obrigatoriedade, e a ressalva, estão contidas no mesmo dispositivo do artigo 37 da Constituição Federal de 1988:

Art. 37 A Administração pública [...]

XXI – **ressalvados os casos especificados na legislação**, as obras, serviços, compras e alienações **serão contratados mediante processo de licitação pública** que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (grifo nosso).

Assim, diante o comando constitucional, que tem caráter impositivo, o legislador ordinário regulou, no âmbito infraconstitucional, o procedimento administrativo (sucessão de atos de natureza vinculativa) denominado licitação. E o fez com a edição da Lei Federal nº 8.666,²⁵ de 21 de junho de 1993, que reúne a regulamentação do procedimento, desde os princípios que se deve respeitar, passando pelos atos que integram a disputa, até os casos em que a Administração está desobrigada a realizá-la, seja em razão da inviabilidade de competição – inexigibilidade de licitação, seja por motivos que a própria lei a dispensou – dispensa de licitação.²⁶

É no artigo 24 da Lei Federal nº 8.666/93 que se encontram os casos de dispensa de licitação, dos quais, por pertinência do tema, destaca-se o inciso XXIV, dispositivo que autoriza a contratação objeto deste capítulo. *In verbis*:

Art. 24 É dispensável a licitação:

²⁵ Sobre os diplomas que alteraram a Lei nº 8.666/93, vide nota de rodapé nº 1.

²⁶ A respeito dos casos de dispensa e inexigibilidade de licitação, consulte-se o segundo capítulo deste trabalho.

[...]

XXIV – para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para as atividades contempladas no contrato de gestão.

Com a inclusão deste inciso, feita pela Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998, a Administração Pública está autorizada a contratar diretamente com as Organizações Sociais, desde que qualificadas nos âmbitos das respectivas esferas de governos como tais, para lhe prestarem serviços contemplados no contrato de gestão.

Esse dispositivo necessita, para completa compreensão que o tema exige, uma análise dos seus dois principais componentes: as Organizações Sociais e os Contratos de Gestão, que serão estudados separadamente nas páginas que seguem.

3.1 Organizações Sociais

3.1. 1 Conceito

As Organizações Sociais, não são, como inicialmente possa parecer, uma nova categoria de pessoa jurídica instituída por lei. São, na verdade, um tipo de pessoa jurídica já existente, mas que recebeu, em razão do atendimento a requisitos de qualificação, um novo título. É o conteúdo do artigo 1º da Lei Federal nº 9.637,²⁷ de 15 de maio de 1998:

Art. 1º O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei.

²⁷ Dispõe sobre a qualificação das entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências.

Carvalho Filho (2007, p. 314) adverte

[...] que não se trata [as organizações sociais] de nova categoria de pessoas jurídicas, mas apenas de **uma qualificação especial**, um título jurídico concedido por lei a determinadas entidades que atendam às exigências nela especificadas (grifo do autor).

Não são, portanto, uma nova modalidade de pessoa jurídica criada por lei e incluída no ordenamento jurídico juntamente com as existentes. Pelo contrário, são pessoas jurídicas já conhecidas que recebem a rotulação de Organizações Sociais por preencherem os requisitos legais e se disporem a exercer determinadas atividades.

Segundo Cancellier de Olivo (2005, p. 22),

As Organizações Sociais podem ser definidas como pessoas jurídicas de personalidade privada, sem finalidade lucrativa, constituídas voluntariamente por particulares, auxiliares do Estado na persecução de atividades de conteúdo social relevante.

Organização Social para Justen Filho (2005, p. 25)

É uma qualificação atribuível a uma pessoa jurídica de direito privado, sem fim lucrativo. Por isso, tanto associações (sociedades civis sem fim lucrativo) como fundações podem pleitear essa qualidade. Exige-se que o objeto social se relacione a atividades dirigidas ao ensino, à pesquisa científica e desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde.

As Organizações Sociais são, portanto, pessoas jurídicas de direito privado previstas no artigo 44 do Código Civil do tipo associações e as fundações.²⁸ Mas que, por terem consignado em seus estatutos constitutivos o exercício de atividades previstas no artigo 1º da Lei nº 9.637/98, e acudirem a outros requisitos previsto na mesma lei, recebem o título de Organizações Sociais.

²⁸ Não poderão ser constituídas na forma de sociedades simples ou de sociedade empresárias, pois estas visam fins econômicos.

3.1.2 Qualificação

3.1.2.1 Requisitos

Para que uma entidade seja dispensada de participar do certame e possa contratar diretamente com a Administração Pública é necessário antes seja qualificada como Organização Social dentro da respectiva esfera da Administração. Para tal, a entidade deverá preencher requisitos estabelecidos em lei para que lhe seja conferido o título de Organização Social.

Estes requisitos, aos quais se refere o artigo 1º, parte final, da Lei nº 9.637/98, estão previstos no artigo 2º, incisos I e II da mesma lei. Para receber o título jurídico de Organização Social, a entidade (associação ou fundação), deverá comprovar, com a apresentação de documentação constitutiva (inciso I), que:

- a) as atividades que exerce apresentem correspondência com as contidas em seu estatuto constitutivo;
- b) não possuir finalidade lucrativa, devendo, obrigatoriamente, aplicar seus excedentes financeiros no desenvolvimento da atividade que desempenha;
- c) previsão de a entidade possuir, como órgãos de deliberação e de direção, um conselho de administração e uma diretoria definidos nos seguintes termos: a) 20 a 40% (vinte a quarenta por cento) de representantes do Poder Público; b) 20 a 30 % (vinte a trinta por cento) de representantes de entidades da sociedade civil; c) até 10 % (dez por cento), no caso de associação civil, de membros eleitos dentre os membros ou associados; d) 10 a 30% (dez a trinta por cento) de membros eleitos

- pelos demais integrantes do conselho; e) e até 10 % (dez por cento) de membros indicados ou eleitos na forma fixada no estatuto;
- d) previsão de participação, no órgão colegiado superior, de membros da comunidade que detenha notória capacidade profissional e idoneidade moral, respeitados as percentagens de participação elencadas na alínea anterior;
 - e) composição e atribuições da diretoria;
 - f) obrigação de publicar anualmente, no Diário Oficial da União, os relatórios financeiros e de execução do contrato de gestão;
 - g) aceitação de novos associados, quando se tratar de associação civil;
 - h) proibição de distribuição de bens e dividendos em razão de desligamento, retirada ou falecimento de associado ou membro da entidade;
 - i) “previsão de incorporação integral do patrimônio, dos legados ou das doações que lhe foram destinados, bem como dos excedentes financeiros decorrentes de suas atividades, em caso de extinção ou desqualificação, ao patrimônio de outra organização social qualificada no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, na proporção dos recursos e bens por estes alocados” (alínea “i”, inciso I da Lei).

Além desses requisitos, que devem integrar o ato constitutivo da entidade, é preciso passar pela última etapa, prevista no inciso II, do artigo 2º, da Lei n.º 9.637/98:

II – haver aprovação, quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social, do Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e do Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado.

Assim, somente serão qualificadas como organizações sociais aquelas entidades que atenderem aos requisitos contidos no inciso I da Lei nº 9.637/98 e, também, passarem pela avaliação de conveniência e oportunidade feita pelo Ministro do Estado e pelo Ministro ou titular do órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social.

3.1.2.2 Discricionariedade na qualificação

De acordo com o inciso II, do artigo 2º, da Lei nº 9.637/98, supra citado, a qualificação da pessoa jurídica dar-se-á conforme critério de conveniência e oportunidade a ser realizado por membro competente integrante da Administração Pública. A esta avaliação, concedida ao administrador público, permitindo-lhe decidir de acordo com critérios subjetivos, foi dado o nome de ato administrativo discricionário.

Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello (2006, p. 414), os atos discricionários

[...] seriam os que a administração pratica com certa margem de liberdade de *avaliação* ou *decisão* segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, *ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles* (grifo do autor).

O objetivo da norma, como se parece, ao permitir que o ato de concessão da qualificação de Organização Social a uma entidade seja praticado segundo avaliação quanto a conveniência e oportunidade, é evitar a atribuição indevida deste título a pessoas jurídicas que, pretensamente, preencheram os requisitos legais.

Para Silva Neto *apud* Cancellier de Olivo (2005, p. 36),

A intenção da regra disposta no art. 2º, II, não parece ser outra senão conferir ao administrador público um campo de atuação subjetiva para evitar a qualificação de entidades ‘fantasmas’ ou de origem e funcionamento duvidosos. E a preocupação encontra fundamento na medida em que serão executados serviços públicos, aí incluídos a gerência de bens patrimoniais, servidores e recursos estatais.

Assim, diante do receio de se qualificar uma entidade inidônea, o dispositivo em comento conferiu alto grau de subjetividade ao administrador ao praticar aquele ato. Porém, olhando-se por outro ângulo, abriu-se perigosa margem para dar vazão a intuições particulares de favoritismos ou perseguições.

É com fundamento nessa possibilidade de desvio de conduta por parte do administrador público que

[...] a Lei não poderia oferecer ao administrador a opção de qualificar, ou não, uma entidade civil, que preencheu todos os requisitos exigidos no art. 2º, da Lei nº 9.637/98, ao argumento de não ter atendido o interesse público. [...] Todavia, ainda que preenchidos todos os elementos contidos no art. 2º, o dispositivo não está imune a críticas, pois a redação do artigo não confere nenhuma margem de segurança ao poder público, oferecendo o risco potencial de se qualificar uma entidade que não possua credibilidade. Com efeito, a Lei não exige da entidade privada existência de capital próprio, comprovação efetiva de serviços prestado na sua área de atuação, qualquer contrapartida ao apoio do Estado e um tempo mínimo de existência e funcionamento. Neste último e particular aspecto, chega a causar perplexidade o fato de a lei não exigir um lapso temporal de funcionamento da entidade civil (SILVA NETO *apud* CANCELLIER DE OLIVO, 2005, p.37).

Deste modo, a necessidade de adequações da Lei, levando-se em consideração esses argumentos, torna-se urgente, haja vista, como demonstrado, a possibilidade de se fazer uso da “maquina pública” para se atender a interesses de ordem particular, lesando, assim, o interesse público.

3.1.2.3 Desqualificação

A qualificação de uma entidade como Organização Social não é título concedido *ad infinitum*, ou seja, para sempre, ou até quando a entidade existir. O Poder

Executivo, encontrando motivos, poderá desqualificar a entidade, retirando-lhe o título de Organização Social.

A previsão de desqualificação está contida no artigo 16 e §§, da Lei nº 9.637/98, *in verbis*:

Art. 16 O Poder executivo poderá proceder à desqualificação da entidade como organização social, quando constatado o descumprimento das disposições no contrato de gestão.

§ 1º A desqualificação será precedida de processo administrativo, assegurado o direito de ampla defesa, respondendo os dirigentes da organização social, individual e solidariamente, pelos danos ou prejuízos decorrentes de sua ação ou omissão.

§ 2º A desqualificação importará reversão dos bens permitidos e dos valores entregues à utilização da organização social, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

Assim, uma vez descumprido o acordado previsto no Contrato de Gestão, o Poder Público desqualificará a entidade como Organização Social, procedendo, se a situação requerer, de acordo com o disposto no artigo 10 da mesma Lei:

Art. 10 Sem prejuízo da medida a que se refere o artigo anterior [responsabilidade dos fiscais do contrato de gestão], quando assim exigir a gravidade dos fatos ou interesse público, havendo indícios fundados de malversação de bens ou recursos de origem pública, os responsáveis pela fiscalização representarão ao Ministério Público, à Advocacia - Geral da União ou à Procuradoria da entidade para que requeira ao juízo competente a decretação de indisponibilidade dos bens da entidade e o seqüestro [*rectius*, arresto] dos bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro, que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.

Como se lê, o legislador ordinário, contrariamente ao que aconteceu no que se refere à qualificação de entidade como Organização Social, foi mais cuidadoso

e, também, minucioso a ponto de prescrever normas de procedimento, já contidas no Código de Processo Civil.²⁹

Uma única crítica se faz à falsa faculdade que foi concedida ao Poder Público de desqualificar a entidade como Organização Social quando constatado o descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão. De acordo com Silva Neto *apud* Cancellier de Olivo (2005, p. 39),

[...] ao tratar da desqualificação, a Lei nº 9.637/98 cometeu uma atecnia, [sic] ao disciplinar que o poder executivo poderá desqualificar a entidade que não cumpriu o Contrato de Gestão, o que nos traz uma primeira noção de que este ato é revestido de discricionariedade. Essa idéia é apenas assintomática e não resiste a uma análise mais profunda.

O Poder Executivo, na verdade, deverá desqualificar a entidade que não cumpriu o contrato de gestão, ou tenha malversado bens ou recursos de origem pública. A norma é de caráter cogente, pois se tratam de bens, recursos e servidores públicos, todos pagos com dinheiro oriundo do bolso do cidadão, não cabendo ao administrador, segundo critério subjetivo, retirar ou não o título de Organização Social da pessoa jurídica. Se assim não fosse, se estaria diante de mais uma brecha na lei que possibilita a proliferação de crimes contra o interesse público avalizados por um instituto cuja finalidade não é esta, qual seja, o ato discricionário.

Ainda, aqueles responsáveis pela fiscalização do contrato de gestão, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos públicos (bens, verbas e servidores) por parte da Organização Social, darão ciência ao Tribunal de Contas, seja da União, Estados ou Municípios, sob pena de responsabilização solidária (artigo 8º da Lei nº 9.637/98).

²⁹ Sobre as normas de processo civil referidas no texto, consulte-se §§ 1º ao 3º do mesmo artigo.

3.1.3 Organizações Sociais (OS) e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP): distinção

Embora bastante semelhantes, as Organizações Sociais, reguladas pela Lei nº 9.637/98, e as Organizações Sociais de Interesse Público, cujo regramento encontra-se na Lei 9.790/99,³⁰ não se confundem como será apresentado.

Ao se ler as duas leis, vê-se que as OS e as OSCIP são sociedades civis ou fundações sem fins lucrativos; atuam no mesmo campo; têm objetivos que se não idênticos, similares; têm as mesmas limitações genéricas; e podem se beneficiar da transferência de recursos públicos. Contudo, como dito, não se confundem.

A Lei nº 9.790 é clara ao dizer que as Organizações Sociais não podem se qualificar como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público. É a própria lei, deste modo, ao fazer a proibição, distingue as duas figuras jurídicas. Não obstante, na mesma Lei encontra-se outro elemento diferenciador, qual seja, o Termo de Parceria, *in verbis*:

Art. 9º Fica instituído o Termo de Parceria, assim considerado o instrumento passível de ser firmado entre o poder público e as entidades qualificadas com Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público.

Assim, o instrumento a ser utilizado para formalizar o acordo entre o Poder Público e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público é o Termo de Parceria. Este visa, em suma, a substituir os convênios por um novo instrumento mais transparente e menos burocratizado.

Por outro lado, para as Organizações Sociais, o instrumento formalizador do pacto entre o Poder Público e a entidade que recebeu esta qualificação, como visto, é o Contrato de Gestão. Para Martins *apud* Cancellier de Olivo (2005, p. 32),

³⁰ Promulgada em 23 de março de 1999, dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. Alterada pelo Decreto nº 3.100, de 30 de Junho de 1999.

[...] na prática, a entidade já nasce com o Contrato de Gestão, nasce para ele e por ele. O conceito é diferente daquele que deu origem ao Termo de Parceria. A OS tem a gestão de certo patrimônio público, que lhe é cedido pelo Estado. O Termo de parceria expressa outro ponto de vista. Ele indica que recursos públicos podem ser destinados a uma entidade, mas não a gestão do patrimônio público.

Assim, o Contrato de Gestão permite às Organizações Sociais a gestão do patrimônio público, prerrogativa não concedida às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público. Há, na verdade, outras concedidas àquela e não a esta, tais como a utilização de bens materiais e recursos humanos de entidades extintas do Estado, desde que a extinção tenha sido realizada por lei específica; a absorção de atividades e contratos de entidade extinta, também quando autorizados por lei, bem como os seus signos designativos, desde que estes sejam seguidos obrigatoriamente do símbolo “OS”.

As diferenças existentes são encontradas facilmente na análise e comparação entre os diplomas que as regem. Mas apesar de distintos entre si, os dois títulos jurídicos possuem, em posição de destaque, um ponto em comum: vieram proporcionar ao Estado o exercício das atividades públicas com maior agilidade e evitar a burocracia, sem correr o risco de perder o controle sobre seu patrimônio, como assevera Cancellier de Olivo (2005, p. 34).

3.1.4 Prerrogativas das Organizações Sociais

Para que uma entidade, associação ou fundação, seja qualificada com Organização Social é preciso que atenda e preencha os requisitos contidos na Lei nº 9.637/98, sem os quais não receberá tal titulação.

Uma vez qualificada em sua esfera de governo como Organização Social, passará a gozar de privilégios não conferidos às outras pessoas de direito privado, tais como recebimento e gestão de bens, verbas e servidores públicos. Sem

esta qualificação, não poderá figurar como parte num Contrato de Gestão, e, como consequência, não receberá esses recursos.

As prerrogativas de que dispõe as Organizações Sociais, como forma de fomento às suas atividades, são:

- a) declaração como entidades de interesse social e utilidade pública, para todos os efeitos legais (artigo 11 da Lei nº 9.637/98);
- b) destinação de recursos orçamentários e bens públicos necessários ao cumprimento do Contrato de Gestão (artigo 12, *caput*, da Lei nº 9.637/98);
- c) asseguração dos créditos previsto no orçamento e as respectivas liberações financeiras, de acordo com o cronograma de desembolso previsto no Contrato de Gestão (§1º, artigo 12 da Lei nº 9.637/98);
- d) adição aos créditos orçamentários destinados ao custeio do Contrato de Gestão de parcela de recursos para compensar desligamento de servidor cedido, desde que haja justificativa expressa da necessidade pela organização (§ 2º, artigo 12 da Lei nº 9.637/98);
- e) dispensa de licitação, mediante permissão de uso, conforme cláusula expressa no Contrato de Gestão, dos bens referidos no artigo 12 da Lei nº 9.637/98 que lhe são destinados (§ 3º, artigo 12 da Lei 9.637/98);
- f) utilização de bens materiais e recursos humanos de entidades extintas do Estado, desde que a extinção tenha sido realizada por lei específica;

- g) absorção de atividades e contratos de entidades extintas, também quando autorizados por lei, bem como os seus signos, desde que estes sejam seguidos obrigatoriamente do símbolo “OS”;
- h) recebimento de tratamento diferenciado, subsídios, isenções (tributárias) e contribuições do Estado.

Assim, as vantagens conferidas pela legislação, ao atribuir o título de Organização Social a essas pessoas jurídicas de direito privado, tem por intuito lhes proporcionar mais flexibilidade e agilidade no desempenho das funções sociais que lhes foram delegadas pelo Estado.

3.1.5 Controle

As Organizações Sociais, em razão das vantagens e recursos que lhes são concedidos pelo poder público, devem ter suas atividades controladas, seja na execução dos serviços que lhes foram incumbidos através do Contrato de Gestão, seja na avaliação formal e qualitativa dos resultados apresentados.

Duas são as formas de controle sobre as Organizações sociais: o controle institucional, por meio do Ministério Público, Tribunal de Contas e Procuradoria da entidade, e também o controle popular.

A participação popular na Administração Pública, e a sua possibilidade de controle sobre aquela, está prevista no § 3º, do artigo 37 da Constituição Federal de 1998:

§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

I – as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna da qualidade dos serviços;

II – o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;

III – a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo do cargo, emprego ou função da administração pública;

Diante esses dispositivos, é possível o controle popular sobre as Organizações Sociais, pois mesmo que estas pessoas não estejam ali mencionadas, estão, ao exercerem suas atividades, representando o Estado, o que as coloca sob campo de incidência da norma constitucional.

Não obstante a previsão em âmbito constitucional, a Lei nº 9.637/98 também regulou, em dois momentos, o controle da sociedade sobre as Organizações Sociais. Primeiramente, ao determinar a participação de representantes da sociedade civil no Conselho de Administração, conforme artigo 3º, inciso I, alínea “b”, *in verbis*:

Art. 3º O conselho de administração deve estar estruturado nos termos que dispuser o respectivo estatuto, observados, para os fins de atendimento dos requisitos de qualificação, os seguintes critérios básicos:

I – ser composto por:

[...]

b) 20 a 30% (vinte a trinta por cento) de membros natos representantes de entidades da sociedade civil, definidos pelo estatuto;

Num segundo momento, ao estipular o controle social das ações de forma transparente, conforme conteúdo do artigo 20, inciso III, da Lei nº 9.637/98:

Art. 20 Será criado, mediante decreto do Poder Executivo, o programa Nacional de Publicização – PNP, com o objetivo de estabelecer diretrizes e critérios para a qualificação de Organizações Sociais, a fim de assegurar a absorção de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União, que atuem nas atividades referidas no art. 1º, por Organizações Sociais, qualificadas da forma desta Lei, observadas as seguintes diretrizes:

[...]

III – controle social das ações de forma transparente.

Assim, de acordo com os referidos artigos, a lei permite o controle social das Organizações Sociais por meio da participação direta no Conselho de Administração, e, também, através do Programa Nacional de Publicização, cujo objetivo é estabelecer diretrizes e critérios para a qualificação de Organizações Sociais.

Há, ainda, outra disposição, também constitucional, que possibilita o exercício do controle popular sobre as Organizações Sociais, prevista no artigo 74, § 2º, da Constituição Federal de 1998:

Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.³¹

Este artigo confere ao cidadão, partido político, associação ou sindicato a legitimidade para efetuar denúncia ao Tribunal de Contas, consistindo em mais um instrumento de controle da Administração Pública por parte da sociedade.

A respeito do Tribunal de Contas, sua atuação no controle das Organizações Sociais deve levar em consideração, além dos aspectos formais, o cumprimento do Contrato de Gestão. Ou seja, a análise pelo Tribunal de Contas deve levar em consideração os aspectos qualitativos e operacionais resultantes da execução do Contrato de Gestão.

O conjunto dessas permissivas legais resulta em maior participação da população na Administração Pública, embora tais atuações não culminem em medidas por si próprias, mas que podem, pela repercussão, contribuir para o aprimoramento da Administração (CANCELLIER DE OLIVO, 2005, p. 61).

³¹ Sobre as atribuições, organização e composição do Tribunal de Contas, vide artigos 70 a 75 da Constituição Federal de 1988. Ainda, quanto à competência, consulte-se os artigos 1º, inciso XVI, 53, 54 e 55 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União – Lei nº 8.443/92.

3.2 Contrato de Gestão

Ao lado da atribuição do título de Organização Social à pessoa jurídica de direito privado, o outro requisito para se tornar possível a dispensa de licitação, e a consequente contratação direta com o particular, é a celebração do Contrato de Gestão.

O Contrato de Gestão é o instrumento por meio do qual se formaliza a parceria entre o Poder Público e a entidade privada, qualificada como Organização Social, para a execução das atividades dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde.

Este instituto está previsto no artigo 5º, da Lei Federal nº 9.637, de 15 de maio de 1998, *in verbis*:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, entende-se por contrato de gestão o instrumento firmando entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º.

O artigo citado é anterior a Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, chamada de emenda da Reforma do Estado. Porém, dela ganhou a contextualização necessária para complemento e explicação de seu sentido, aplicação prática, e principalmente, justificativa da criação da Lei nº 9.637/98, que como dito, é anterior a citada emenda.

Afirma-se isso porque com a EC nº 19/98 foi introduzido, além de outros dispositivos, o princípio da eficiência no *caput* no artigo 37 da Constituição Federal de 1988, que ficou assim redigido:

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** [...] (sem grifo no original).

Deste modo, além dos princípios que já orientavam as atividades da Administração Pública, esta deverá, a partir de então, observar também, na execução dos fins almejados, o princípio da eficiência.³²

O termo eficiência transmite o sentido relacionado ao modo pelo qual se processa o desempenho, neste contexto, da atividade administrativa; a idéia diz respeito, portanto, à conduta dos agentes, representantes da Administração Pública.

O núcleo deste princípio, também chamado de “qualidade do serviço prestado” no projeto da Emenda, é a procura de produtividade e economicidade e, o que é mais importante, a redução do desperdício de dinheiro público por meio da execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional (FERNANDA MARINELA *apud* CARVALHO FILHO, 2007, p. 24).

Segundo Meirelles (2008, p. 94),

[...] o princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.

O princípio da eficiência, portanto, determina que a Administração deve agir de modo rápido e preciso para produzir resultados que satisfaçam às necessidades da população:

[...] eficiência não é um conceito jurídico, mas econômico, não qualifica normas, qualifica atividades. Numa idéia muito geral, eficiência significa fazer acontecer com racionalidade, o que implica medir os custos que a satisfação das necessidades públicas importam em relação ao grau de utilidade alcançado. Assim o princípio da eficiência, introduzido agora no art. 37 da Constituição

³² Sobre os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, além de outros aos quais a Administração Pública deve observância, consulte-se páginas 10 e seguintes deste trabalho.

pela EC-19/98, orienta a atividade administrativa no sentido de conseguir os melhores resultados com os meios escassos de que se dispõe e a menor custo. Rege-se, pois, pela regra da consecução do maior benefício com o menor custo possível. Portanto, o princípio da eficiência administrativa tem por conteúdo a relação meios e resultados (SILVA *apud* CANCELLIER DE OLIVO, 2005, p. 46).

Assim sendo, o princípio da eficiência pode ser entendido como um comando constitucional direcionado à Administração Pública para que esta aja, por meio de seus agentes, de forma racional, buscando produzir resultados de modo rápido e eficiente, levando-se em conta os meios, recursos e materiais para a execução de atividades que lhe competem, e que, muitas das vezes, são serviços públicos.

Não obstante este *sentido material*³³ do princípio da eficiência, que prescreve o modo de agir da Administração Pública, há, ainda, outra finalidade com a sua inserção no ordenamento, e demais dispositivos que dele derivam, qual seja dar continuidade à iniciativa de mudança do papel do Estado como prestador de serviços, contida, inicialmente, no Programa Nacional de Desestatização, instituído pela Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990.³⁴

O Programa Nacional de Desestatização, e as posteriores leis que o seguiram, sejam mudando ou complementando sua essência, tem por objetivos, em suma, reordenar a posição estratégica do Estado, tanto na economia como na condição de prestador de serviços públicos, transferindo à iniciativa privada, quando possível, as atividades exploradas e exercidas pelo setor público, diminuindo, desta forma, a

³³ O sentido que se atribui no texto ao princípio da eficiência não é encontrado na doutrina administrativista. Quer-se dizer com o termo empregado que a Administração deverá, a partir da entrada em vigor dos dispositivos introduzidos pela EC nº 19/98, atuar de modo eficiente, considerando a estrutura e permissivos legais de que dispõe. Em outros termos, precisará desempenhar suas atribuições explorando ao máximo os recursos que possui, sejam materiais (móveis e imóveis), financeiros e humanos para cumprir o preceito constitucional de eficiência.

³⁴ Alterada em seus procedimentos pela Lei nº 9.491, de 09 de agosto de 1997, que por sua vez foi alterada, também quanto aos procedimentos, pela Lei nº 9.635, de 15 de maio de 1998, e pela Lei nº 9.700, de 18 de novembro de 1998. Apesar das alterações que recebeu, manteve as linhas básicas do Programa.

estrutura do Estado, e por consequência, segundo os argumentos dos que o elaboraram, haverá uma melhoria do Estado em atender às demandas sociais.³⁵

Exemplo do que se afirmou, ou seja, de que a inserção do princípio da eficiência no ordenamento jurídico tem outra finalidade que não somente o *sentido material* que lhe é atribuído, mas, também, um *sentido programático*,³⁶ é o disposto no § 8º, incluído no artigo 37 da Constituição Federal pela EC nº 19/98:

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 tem por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidades, cabendo à lei dispor sobre:³⁷

I – o prazo de duração do contrato;

II – os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes;

III – a remuneração do pessoal.

Com a inserção deste dispositivo, que como afirmado, foi inserido pela emenda Reformadora do Estado, criou-se e tornou-se possível, por meio da celebração

³⁵ Não comungamos do entendimento segundo o qual a execução das atividades delegadas à iniciativa privada pelo Poder Público será, sempre, mais eficiente, eficaz e efetiva. O melhor desempenho dependerá da situação. Ou seja, determinadas tarefas serão melhor desempenhadas pelo Poder Público porque inatas a sua função, como por exemplo, o poder de polícia. Por outro lado, certas atividades serão melhor executadas pela iniciativa privada porque com elas tem maior intimidade, por exemplo, exploração de atividade econômica. Portanto, o que está no texto deve ser interpretado com restrição, pois serve de fundamento, ou justificação, da pretensão de mudança que se objetiva com a inserção das leis e dispositivos referidos.

³⁶ Assim como o sentido material atribuído ao princípio da eficiência (vide nota de rodapé nº 30), este também não encontra respaldo na doutrina administrativista. Com este termo quer-se dizer que o Estado, a partir da entrada em vigor dos dispositivos introduzidos pela EC nº 19/98, deverá programar-se para atuar com eficiência. Em outros termos, o Estado, propiciará condições, especialmente por meio de legislação própria, para que a Administração aja em conformidade com o princípio da eficiência. Ainda, para que a Administração Pública atue de acordo com o comando constitucional é preciso lhe dar permissão por meio de novos comandos legais, pois a ela cabe obediência a outro princípio, o da legalidade.

³⁷ A redação do dispositivo é alvo de críticas pela doutrina, pois, uma leitura desatenta levaria o interprete a pensar que se tornou possível a contratação entre o administrador e o Poder Público, ou seja, um servidor contratando diretamente com ente ao qual está submetido por regime de trabalho. Mas o que se permite, como se verá mais adiante, é a contratação entre o Poder Público e órgão da administração indireta (ou entidade que tenha essa prerrogativa – Organização Social) com vista a permitir maior autonomia de gestão aos órgãos, ao mesmo tempo em que se assegura maior eficiência ao controle de resultados.

de contratos nele referidos, uma via de concretização do papel do Estado atuando em conformidade com a orientação prescritiva introduzida pelo princípio da eficiência.

Em outros termos, o § 8º viabilizou, por meio da celebração de contratos entre o Poder Público e seus “administradores”,³⁸ a atuação do Estado – Administração de acordo com as mudanças que o inserido princípio da eficiência pretende operar, ou seja, que a Administração Pública busque produzir resultados de modo rápido e eficiente, sem desperdício de dinheiro público por meio da execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional.

Deste modo, tornou-se possível dar importante passo em direção à grande meta de reestruturação e modo de atuar do Estado, inicialmente preconizada pelo Programa Nacional de Desestatização anteriormente referido. Isto porque a permissiva contida no § 8º do artigo 37 da Constituição Federal de 1998 era a norma constitucional que, como afirmado no início deste item, faltava para complementar, explicar e estimular a uso de nova figura jurídica, reveladora da intenção do legislador ordinário de dar continuidade àquele objetivo maior de mudança do perfil do Estado no que se refere a prestação de serviços públicos, qual seja, o Contrato de Gestão.

É nesse contexto que o Contrato de Gestão deve ser compreendido: um instrumento jurídico concretizador dos preceitos inseridos pelo princípio da eficiência de como deve atuar a Administração Pública, do qual lança mão o Estado para firmar parcerias entre o Poder Público e as entidades qualificadas como organização social, com o fim de atuar em determinados setores que exigem maior rapidez, certeza de resultados, produtividade e economia, enfim, onde deve haver maior eficiência.

Isto se torna possível quando o Estado transfere à iniciativa privada, mais bem preparada, competitiva e eficiente, parcelas da execução de serviços públicos que originariamente lhe competiam. Pois, como é notório, os entraves burocráticos, que dão corpo ao funcionalismo público, fazem com que a atuação estatal seja, quando ocorre em tempo, lenta, tardia e ineficaz.

³⁸ A razão de se colocar o termo entre aspas está explicitada na nota de rodapé anterior.

Exemplo do que acaba de se afirmar é o resultado positivo da administração de hospitais públicos realizada pela iniciativa privada. Por meio do Contrato de Gestão, pessoas jurídicas privadas – associações e fundações – qualificadas com Organizações Sociais, firmam parcerias com o Poder Público, substituindo este, para gerir hospitais públicos, valendo-se para tanto, de bens, recursos e funcionários daquele.³⁹

3.3 Dispensa de Licitação na Contratação de Organizações Sociais

Como visto, a dispensa de licitação caracteriza-se quando há a possibilidade de realização do certame porque viável a disputa, mas, por alguma razão, entendeu o legislador não torná-la obrigatória. Diversamente ocorre com a inexigibilidade, pois inviável a competição.⁴⁰

A dispensa de licitação na contratação de Organizações Sociais, modalidade de dispensa em razão da pessoa,⁴¹ está prevista no artigo 24, inciso XXIV, da Lei Federal nº 8.666/93, *in verbis*:

Art. 24 É dispensável a licitação:

[...]

XXIV – para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para as atividades contempladas no contrato de gestão.

A mesma liberdade está na prevista a Lei nº 9.637/98:

Art. 12 Às organizações Sociais poderão ser destinados recursos orçamentários e bens públicos necessários ao cumprimento do Contrato de Gestão.

³⁹ Sobre as prerrogativas das Organizações Sociais, consulte-se item 3.1.4 deste capítulo.

⁴⁰ A respeito da dispensa e inexigibilidade de licitação, consulte-se o segundo capítulo deste trabalho.

⁴¹ A classificação das hipóteses de dispensa é feita Di Pietro, que além da dispensa em razão da pessoa, acrescenta os casos de dispensa em razão do valor, do objeto e de situações excepcionais. Sobre o assunto, consulte-se item 2.5.3 deste trabalho.

[...]

§ 3º Os bens de que trata este artigo serão destinados às Organizações Sociais, dispensada licitação, mediante permissão de uso, consoante cláusula expressa do Contrato de Gestão.

Com a inclusão deste inciso no artigo 24 da Lei de Licitações, feita pela Lei Federal nº 9.648, de 27 de maio de 1998, além da permissão já contida do dispositivo *supra*, tornou-se possível a contratação direta entre entidades privadas qualificadas como Organizações Sociais e a Administração Pública para a execução de atividades previstas no Contrato de Gestão, tendo com vínculo formalizador da parceria este instrumento.

3.3.1 Justificativa da dispensa de licitação

A justificativa para se dispensar a licitação na contratação de Organizações Sociais para a execução de serviços indicados no Contrato de Gestão reside na *qualificação da entidade* e nos *objetivos da parceria*.⁴²

Para que uma entidade privada (associação ou fundação) seja qualificada como Organização Social é preciso atender a uma criteriosa lista de requisitos elencados no artigo 2º, incisos I e II, a Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, que regulamenta, entre outros assuntos, a qualificação como Organização Social.⁴³

Além disso, uma vez a entidade qualificada em sua esfera de governo como Organização Social, estará sujeita a rigorosa fiscalização durante a execução do Contrato de Gestão pelas autoridades responsáveis, que, quando constarem irregularidades ou ilegalidades, darão ciência ao Tribunal de Contas da União, e dependendo da gravidade (malversação de bens e recursos públicos) representarão ao Ministério Público Junto ao Tribunal de Contas, à Advocacia Geral da União, ou, quando havendo, à Procuradoria da entidade.

Quer-se dizer que é em razão do atendimento aos requisitos impostos pela lei para qualificação e a sujeição à fiscalização e controle imposto pelos órgãos

⁴² A nomenclatura de justificativa apresentada no texto não encontrada suporte na doutrina administrativista brasileira.

⁴³ Sobre os requisitos de qualificação, vide item 3.1.2.1 deste trabalho.

citados que a pessoa jurídica de direito privado merece receber o título de Organização Social, que, na verdade, é um título de confiança, que representa a potencialidade de parceria, para receber os recursos necessários para a execução das atividades previstas no Contrato de Gestão a ser realizado com o Poder Público.⁴⁴

Em outros termos, a qualificação de uma entidade como Organização Social é a rotulação necessária para colocá-la em posição merecedora de confiança para gerir bens e recursos públicos, ou seja, em situação de idoneidade para dispensá-la de realizar o procedimento licitatório para firmar a parceria, regulada por meio do Contrato de Gestão, com a Administração Pública.

Outro motivo que justifica esta hipótese de dispensa de licitação está nos *objetivos da parceria*. Conforme exposto quando da análise do Contrato de Gestão, a Emenda Constitucional nº 19/98, de 4 de junho de 1998, chamada de emenda da Reforma do Estado ou Reforma Administrativa, provocou importantes mudanças Administração Pública. Referida emenda modificou profundamente o artigo 37 da Constituição Federal ao lhe inserir novos incisos e alterar seu *caput* com a inclusão do princípio da eficiência.⁴⁵

Acredita-se que o objetivo principal da elaboração da EC nº 19/98 é dar continuidade à idéia central contida no Programa Nacional de Desestatização, instituído pela Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, criado no governo do presidente Collor. Assim, com as alterações provocadas pela emenda pretende-se continuar a enxugar a estrutura administrativa estatal, por meio da transferência à iniciativa privada, quando possível, das atividades exploradas e exercidas pelo setor público, reduzindo custos e ganhando agilidade na execução dessas atividades. É nesse contexto político-econômico pelo qual passou o país no início dos anos noventa que devem ser compreendidos o princípio da eficiência e o § 8º do artigo 37 da Constituição Federal de 1988.

⁴⁴ Importante frisar que as Organizações Sociais não fazem parte da Administração Pública, nem mesmo da indireta. O que ocorre com esta figura jurídica é, como afirmada no corpo do texto, a atribuição de um título que lhes permite atuar como se fossem integrantes da Administração indireta.

⁴⁵ Para se constatar as mudanças referidas no texto basta rápida leitura do artigo 37 e seus incisos.

Estes comandos de âmbito constitucional justificam, primeiramente, a dispensa de licitação na contratação de Organizações Sociais, autorizada no inciso XXIV, artigo 24 da Lei da Licitação, e, também, os dispositivos viabilizadores desta parceria constantes na Lei nº 9.637/98, quais sejam a qualificação como Organização Social e o Contrato de Gestão.

Para Meirelles (2008, p.361),

[...] O objetivo declarado pelos autores da reforma administrativa com a criação da figura das Organizações Sociais foi encontrar instrumento que permitisse a transferência para elas de certas atividades exercidas pelo poder público e que melhor o seriam pelo setor privado. Trata-se de nova forma de parceria, com a valorização do chamado terceiro setor, ou seja, serviços de interesse público, mas que não necessitam ser prestados pelos órgãos e entidades governamentais.

A EC nº 19/98 foi o diploma legal confirmador da tendência de se estreitar as relações entre a iniciativa privada e o poder público, da qual é exemplo a parceria entre as Organizações Sociais, entidades integrantes do terceiro setor, e o Poder Público, com vistas a implementar os objetivos representados pelo princípio da eficiência.

Mas não se pense que a aproximação entre o público e o privado é a justificativa mencionada para a dispensa de licitação na contratação de Organizações Sociais. Esta aproximação, possibilitada pelos dispositivos mencionados neste capítulo, é apenas o meio necessário para atingir os *objetivos da parceria* consequentes da dispensa de licitação: agilidade, rapidez, produtividade e economia na execução, pelas Organizações Sociais, das atividades constantes do Contrato de Gestão.

Segundo Silva Neto *apud* Cancellier de Olivo (2008, p. 51), o Contrato de Gestão tem por escopo

[...] o estabelecimento periódico e sistemático de compromissos tendentes a ensejar maior participação e co-responsabilização na operacionalização de objetivos e metas delineadas naquele instrumento. Para tanto, é concedida uma autonomia gerencial,

onde o controle de resultados prepondera sobre o meio como ele é alcançado. Assim, em síntese, vamos ter que o Contrato de Gestão é a forma de viabilizar, nas áreas públicas, a administração por objetivos, deslocando os controles formais para o controle quantitativo e qualitativo.

Assim, dispensa-se a licitação na contratação de Organizações Sociais para a execução das atividades previstas no Contrato de Gestão porque estas entidades, pessoas jurídicas de direito privado que são, poderão executar as tarefas que, antes competiam à Administração Pública, com maior rapidez, qualidade, produtividade e economia porque acostumadas com a dinâmica do setor privado que exige esses resultados.

Por fim, ainda no que se refere à justificativa desta modalidade de dispensa, o principal objetivo da parceria é se valer da autonomia que as Organizações Sociais dispõem como pessoas jurídicas de direito privado para a execução das atividades contratadas, que um ente público, preso às amarras do direito público, não possui para executar a mesmas tarefas.

Em síntese, justifica-se a dispensa de licitação para a contratação direta porque um dos contratantes atendeu os requisitos legais previstos em lei para receber recursos públicos; e o outro contratante, o Estado, está obrigado, em razão do princípio da eficiência e dispositivos corolários, a atuar com maior produtividade, economia, qualidade, perfeição, rendimento funcional e, principalmente, com agilidade, característica esta que não seria possível quando presente o procedimento licitatório, com todas suas etapas e amarras, para se contratar alguém para a execução daquelas atividades previstas no Contrato de Gestão.

3.3.2 Extensão da dispensa de licitação

Outro ponto sobre o tema merecedor de atenção diz respeito à extensão da dispensa de licitação. Questiona-se se a contratação direta é permitida para o contrato de gestão, ou somente para outros contratos que dele derivam?

Antes de apresentar possíveis respostas para o questionamento, é necessário frisar que são dois os tipos de contratos a que se refere o inciso XXIV do artigo 24 da Lei nº 8.666/93: um deles é o próprio Contrato de Gestão, que formaliza a parceria entre o ente público e a Organização Social; e o outro é o contrato de prestação de serviços, que tem por finalidade o cumprimento de finalidades relacionadas ao primeiro contrato.

Em outros termos, existe um contrato principal (contrato-mãe), o Contrato de Gestão, de caráter normativo, prévio e geral, que estabelece as regras de relacionamento entre as partes; mas há, também, outros contratos, derivados e instrumentais, por meio dos quais serão estabelecidas condições específicas para a execução das tarefas atribuídas à Organização Social.

Assim, diante da existência de dois contratos, levantou-se a dúvida de a qual deles a dispensa de licitação se aplica: se ao Contrato de Gestão ou aos contratos derivados dele? Setor da doutrina administrativista defende a necessidade de realização de licitação para a seleção da Organização Social que figurará no Contrato de Gestão (Justen Filho, 2005, p. 27-28; 266-268).

Conforme entende o autor (2005, p. 26)

É imprescindível adotar processo objetivo de seleção dos interessados relativamente ao contrato de gestão. Supunha-se, por exemplo, que a Administração intencione outorgar aos particulares a gestão de um educandário. Não é possível que seja escolhida arbitrariamente uma certa organização social – mantida, por exemplo, pelo chefe político local. Os princípios da isonomia e da chamada “indisponibilidade do interesse público” continuam a disciplinar a atividade estatal. Logo, deverá facultar-se a possibilidade de disputa pelo contrato de gestão, selecionando-se a melhor proposta segundo critério objetivo preestabelecidos.

O autor exemplifica seu posicionamento com o seguinte caso: imagine-se a existência de duas Organizações Sociais, cada uma composta por um grupo distinto de médicos e administradores, interessadas em assumir a gestão de um hospital. E que uma delas está disposta a investir recursos próprios para reformar e

melhoramento do hospital. É possível, diante da Constituição, a escolha de qualquer uma das Organizações Sociais?

O autor afirma que não, pois uma das alternativas é mais vantajosa que a outra. E que a solução para a situação está na aplicação dos princípios da isonomia e da indisponibilidade do interesse público. Acrescenta,

Somente é possível a seleção de organização social sem prévia licitação quando presentes os requisitos explícitos de dispensa ou inexigibilidade de licitação. Eventualmente, será o caso de mero credenciamento [...] (JUSTEN FILHO, 2005, p. 27).

Outro setor da doutrina vai mais além. De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, a Lei nº 9.637/98 possui inconstitucionalidades no que diz respeito ao Contrato de Gestão, dispensa de licitação e contratação direta de pessoal (2005, p. 217-236). Segundo o autor, a permissão da contratação direta, com os contornos dado Lei nº 9.637/98, é uma aberração, pois,

Enquanto para travar com o Poder Público relações contratuais singelas (como um contrato de prestação de serviços ou de execução de obras) o pretendente é obrigado a minuciosas demonstrações de aptidão, inversamente, não se faz exigência de capital mínimo nem de demonstração de qualquer suficiência técnica para que um interessado receba bens públicos, móveis ou imóveis, verbas públicas e servidores Públicos custeados pelo Estado, considerando-se bastante para a realização de tal operação a simples aquiescência de dois Ministros de Estado ou, conforme o caso, de um Ministro e de um supervisor de área correspondente à atividade exercida pela pessoa postulante ao qualificativo de organização social (2005. p. 234).

Continua o referido autor:

Há nisto uma inconstitucionalidade manifesta, pois se trata de postergar o princípio constitucional da licitação (art. 37, XXI) e, pois, o princípio constitucional da isonomia (art. 5º), do qual a licitação é simples manifestação punctual, conquanto abrangente também de outro propósito (a busca de melhor negócio) (2005, p. 234).

Não obstante o posicionamento dos dois juristas mencionados, prefere-se adotar o entendimento, perfilando-se com a maioria dos administrativistas, segundo a qual não há inconstitucionalidade de aspectos da Lei nº 9.637/98, pois, além de tudo o que já se afirmou, com a parceria firmada por meio do Contrato de Gestão há verdadeira cooperação entre as partes no que se refere ao interesse público a ser perseguido, o que por consequência, admite a contratação direta.

Ademais, o artigo 26 da Lei de Licitação prevê que as situações de dispensa deverão ser justificadas e comunicadas, dentro de três dias, à autoridade superior, para homologação e publicação na imprensa oficial, no prazo de cinco dias, como condição de eficácia dos atos. Ainda, aos autos do processo de dispensa deverá ser acostado: a) documento que caracterize a situação que justifica a não realização da licitação; b) razão da escolha do executante ou fornecedor indicado; c) justificativa do preço; e d) documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

Compartilha-se, também, do argumento segundo o qual a dispensa de licitação tem por foco aqueles contratos derivados do Contrato de Gestão, os quais estabelecem condições específicas para a execução das tarefas atribuídas à Organização Social, e não o próprio Contrato de Gestão:

Quanto ao contrato de gestão em si, a dispensa de licitação decorre do próprio sistema implantado na lei reguladora e espelha corolário natural desse tipo de negócio jurídico: a uma, porque se cuida de ajuste de caráter social e, a duas, porque retrata regime de parceria, incompatível com o processo de licitação (CARVALHO FILHO, 2007, p. 230).

Este também é o entendimento de Cancellier de Olivo, para quem “exigir licitação para as instituições qualificadas como Organizações Sociais [...] equivaleria a retirar a flexibilidade que é de sua essência, e que justificou a edição da lei” (2005, p. 75).

CONCLUSÃO

À Administração Pública foi atribuído o encargo, como contrapartida pela imersão e domínio do Estado em searas particulares, da execução de diversas atividades. Incumbiu-se da prestação de serviços cuja titularidade não poderá delegar ao particular, tais como saúde e educação porque de responsabilidade inerente à sua própria existência como entidade política. Todavia, poderá permitir ou conceder a execução dessas mesmas atividades.

Poderá executar essas atividades diretamente, por meio da Administração direta, com a atuação de um Estado da federação ou Municípios – entes políticos; ou indiretamente, valendo-se de empresas públicas, fundações, autarquias – pessoas integrantes da Administração indireta; ou, ainda, delegando a execução de certas atividades para particulares, pessoas não integrantes da estrutura administrativa estatal.

Independentemente da execução dessas atividades, sejam serviços públicos ou não, por entes ou pessoas integrantes da Administração direta ou indireta, serão necessários a utilização de recursos de naturezas diversas, tais como bens móveis ou imóveis, físicos ou imateriais, tecnológicos ou humanos, todos financiados por recursos financeiros de origem pública, ou seja, de dinheiro que saiu do bolso do povo.

Em razão da origem destes recursos, ou ao menos, das finalidades que lhes serão dadas, a Administração Pública não poderá utilizá-los para a persecução dos objetivos incumbidos ao Estado sem a rigorosa atenção às regras pré-estabelecidas que regulam o uso desses recursos, sejam eles dinheiro, bens móveis ou imóveis, ou recursos humanos.

A Administração Pública, para não ferir regras de moral e éticas públicas, deverá promover o uso e o gasto desses recursos tendo como parâmetro as diretrizes básicas representados pelas figuras dos princípios informadores de todo o ordenamento jurídico, que são, em última análise, os comandos legais que determinam o modo de atuar e estruturar do Estado.

Esses princípios orientadores do agir estatal, que são, na verdade, representações do sentimento de justiça e equidade que se quer concretizados, foram introduzidos na ordem jurídica com os nomes de princípio da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

A confluência desses princípios, e outros mais que deles derivam, faz com que a Administração Pública respeite procedimentos regulados por leis, que daqueles também foram inspiradas, no que se refere ao uso de recursos públicos dos quais a licitação é exemplo.

A licitação é o recurso de que o Estado lança mão quando pretende, respeitando os princípios orientadores de sua atuação, comprar, vender ou contratar bens ou serviços com particulares, ou até mesmo com pessoas integrantes da Administração direta e indireta, para realização das funções que lhe foram atribuídas.

É por meio do procedimento licitatório que a Administração Pública irá promover a troca de interesses entre o público e o particular. Mas nem sempre a realização do certame licitatório será necessária. Em alguns casos ele foi dispensado; em outros sequer exigido, como demonstrado nas três seções integrantes deste trabalho.

Na primeira seção foi apresentado o conceito de licitação, entendida como um procedimento administrativo por meio do qual a Administração Pública seleciona a proposta mais conveniente e vantajosa oferecida pelos interessados que participam da disputa, iniciada com a publicação do instrumento convocatório, e cujo objetivo final é a compra ou contratação de bens ou serviços mediante a celebração de um contrato.

Essa sucessão de atos, cuja natureza jurídica é de ato vinculado, praticados pela Administração Pública deve respeito às regras de âmbito constitucional e infraconstitucional que regulamentam o assunto, das quais destacam-se os princípios informadores da licitação, sejam eles básicos ou correlatos, conforme classificação proposta.

Na segunda parte deste trabalho abordou-se a dispensa e inexigibilidade de licitação, apresentando a diferença existente entre cada situação:

enquanto na inexigibilidade não há possibilidade de competição, porque só existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração, na dispensa há a possibilidade de competição que justifique a licitação. Porém, a lei faculta a dispensa, que fica inserida na competência discricionária da Administração Pública.

A discricionariedade na contratação direta não se consubstancia, assim, em liberdade para escolhas subjetivas e adoção de procedimentos não prescritos. Muito pelo contrário, a escolha calcada em discricionariedade requer justificativas mais exaustivas e minuciosas que a prática do ato vinculado. Ademais, a contratação direta resultante da dispensa ou da inexigibilidade pressupõe um procedimento formal prévio, destinado a produzir a melhor escolha possível para a Administração.

As hipóteses de inexigibilidade de licitação previstas no artigo 25 da Lei Federal nº 8.666/93 restringem-se a somente três, das quais a inexigibilidade na contratação de serviços técnicos especializados é o caso mais debatido e estudado, cuja justificativa encontra-se nos termos “natureza singular” e “notória especialização” empregados pelo legislador ordinário.

Como apresentado, o que concede o atributo de singularidade ao serviço é justamente a necessidade de notória especialização do prestador. E a singularidade na prestação do serviço é que dá a notoriedade ao profissional. São, portanto, conceitos complementares. Mas deve-se frisar que a singularidade refere-se ao serviço em si; e a notoriedade ao profissional prestador do serviço.

Quanto à dispensa de licitação, demonstrou-se a excepcionalidade e taxatividade das hipóteses, pois a contratação direta quando possível a competição somente poderá ocorrer se a situação estiver prevista nos vinte e oito incisos do artigo 24 da Lei da Licitação. A respeito das hipóteses de dispensa, optou-se em classificá-las, com apoio na doutrina, como: em razão do valor; em razão de situações excepcionais; em razão do objeto; e em razão da pessoa.

Ainda fez-se crítica a distinção entre licitação dispensada, dispensável e vedação de licitação, pois se entende que é confusa e não possui aplicação prática. Pois, se a licitação é dispensada (a própria lei ordena que não se realize o certame), não se está diante de uma vedação ao administrador, pois a ele não foi dada a

alternativa de realizar, ou não, o certame? E se o administrador opta, em caso de licitação dispensável, em não realizar o procedimento, não é, de fato, uma situação em que a licitação foi dispensada? Como dito, a importância da distinção fica restrita ao campo doutrinário.

Por fim, na terceira seção deste trabalho, abordou-se a hipótese de dispensa de licitação em razão da pessoa, qual seja, a dispensa de licitação na contratação de Organizações Sociais. Também foram apresentados e tecidos os comentários necessários à compreensão do que sejam Organizações Sociais e Contratos de Gestão, e a relação existente com a hipótese dispensa de licitação contida no inciso XXIV da Lei nº 8.666/93.

Justificou-se a dispensa de licitação na contratação de Organizações Sociais em razão do atendimento aos requisitos para receber tal qualificação e, também, por essas pessoas, fundações e associações, sujeitarem-se ao rigoroso controle e fiscalização após a titulação.

Entendeu-se, por derradeiro, que a principal motivo que justifica a dispensa de licitação na contratação das Organizações Sociais é a pretensão de dar continuidade ao movimento de reforma do Estado iniciada pelo Plano Nacional de Desestatização, instituído pela Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, no governo do presidente Collor. Este plano foi o primeiro passo em direção a uma mudança na estrutura e modo de agir estatal concretizada pela EC nº 19/98, que além de outros dispositivos, inseriu o princípio da eficiência entre os princípios existentes.

A EC nº 19/98, com seu conteúdo ideológico, cuja marca principal é o próprio princípio da eficiência, e as disposições legais inseridas e modificadoras, propiciaram o elo de ligação entre o público e o privado, também chamado de terceiro setor, para que as atividades antes executadas pelo Estado fossem pelos particulares, pois, segundo os argumentos dos que a idealizaram, haverá uma melhoria do Estado em atender às demandas sociais. Esse é o elo justificador da dispensa de licitação na contratação de Organizações Sociais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 23 jun. 2009.

_____. *Lei Complementar nº 123*, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei nº 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis nºs 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/LCP/Lcp123.htm>>. Acesso em: 23 jun. 2009.

_____. *Lei nº 8.031*, de 12 de abril de 1990. Cria o Programa Nacional de Desestatização, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L8031.htm>>. Acesso em: 23 jun. 2009.

_____. *Lei nº 8.429*, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L8429.htm>>. Acesso em: 23 jun. 2009.

_____. *Lei nº 8.666*, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>. Acesso em: 23 jun. 2009.

_____. *Lei nº 9.637*, de 15 de maio de 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L9637.htm>>. Acesso em: 23 jun 2009.

_____. *Lei nº 9.648*, de 27 de maio de 1998. Altera dispositivos das Leis nº 3.890-A, de 25 de abril de 1961, nº 8.666, de 21 de junho de 1993, nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, nº 9.074, de 7 de julho de 1995, nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, e autoriza o Poder Executivo a promover a reestruturação da Centrais Elétricas Brasileiras –

ELETROBRÁS e de suas subsidiárias e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9648cons.htm>. Acesso em: 23 jun. 2009.

_____. *Lei nº 9.790*, de 23 de março de 1999. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L9790.htm>>. Acesso em: 23 jun. 2009.

_____. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 23 de jun. 2009.

_____. *Lei nº 10.520*, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10520.htm>>. Acesso em: 23 jun. 2009.

CANCELLIER DE OLIVO, Luis Carlos. *As Organizações Sociais e o novo Espaço Público*. 1 ed. Milenium: Tubarão: 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. Atualização de Eurico de Andrade Azevedo et al. São Paulo: Dialética, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.