

**FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO FGV DIREITO RIO
GRADUAÇÃO EM DIREITO**



**APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO
DA EFICIÊNCIA NAS LICITAÇÕES**

FELIPE HERDEM LIMA

Rio de Janeiro, junho de 2010

FELIPE HERDEM LIMA

**APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO
DA EFICIÊNCIA NAS LICITAÇÕES**

Trabalho de Conclusão de Curso, sob orientação do professor Joaquim Falcão apresentado à FGV DIREITO RIO como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Rio de Janeiro, junho de 2010

**APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO
DA EFICIÊNCIA NAS LICITAÇÕES**

Elaborado por FELIPE HERDEM LIMA

Trabalho de conclusão de Curso
apresentado à FGV DIREITO RIO
como requisito parcial para obtenção
do grau de bacharel em Direito.

Comissão Examinadora:

Nome do orientador: _____

Nome do Examinador 1: _____

Nome do Examinador 2: _____

Assinaturas:

Professor Orientador

Examinador 1

Examinador 2

Nota Final: _____

Rio de Janeiro, ____ de _____ de 20 ____

A Rayana, eterna companheira, meus pais, minha querida bisavó Dinah, e para aquele que apesar de não estar presente fisicamente, sempre esteve ao meu lado, com suas histórias, seus ensinamentos, e principalmente pela pessoa que foi: humana.

Ao meu amado avô Delcy Jorge Herdem, *in memoriam*.

A Administração Pública constitucionalizou-se. Os fundamentos de seu regime já não se põem na norma infraconstitucional. Repousam, antes na Constituição, que lhes traça os princípios fundamentais, e inclusive, as regras referentes a alguns comportamentos e decisões considerados pelo constituinte como dotados de magnitude.

Cármem Lúcia Antunes Rocha

Resumo: Abordagem Crítica sobre a premissa predominante na doutrina, em relação ao processo licitatório, como o único meio capaz de atingir a eficiência administrativa. Busca da verdade real. Melhor proposta no mercado, e não somente a presente nos autos do certame. Análise crítica elaborada a luz da fraude ao Exame Nacional do Ensino Médio de 2009. Dispensa de licitação como meio para se atingir a proposta mais vantajosa para a Administração em face da obrigatoriedade de licitação exigida pelo Tribunal de Contas da União.

PALAVRAS CHAVE: Obrigatoriedade. Dispensa. Proposta.

Critical approach regarding the predominant premise found in studies, in relation to the bidding process as the only capable means of accomplishing administrative efficiency. The search for the real truth. Best proposal in the market and not only the current in the process. Critical analysis based on the fraud on the 2009 High School National Exam. Discharge of public bid as a way to achieve the best proposal to the Administration towards the obligation bidding process required by the Government Accountability Office.

KEY WORDS: Public Bid, Obligation, Discharge, Proposal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 A EMENDA Nº 19/98 E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA.....	12
1.1 Breve panorama sobre o princípio da eficiência e seus principais efeitos na ordem constitucional vigente	12
1.1.1 Principais efeitos do Princípio da Eficiência no ordenamento.....	17
1.1.2 A eficiência na Jurisprudência.....	22
1.2 Eficiência e Licitação: uma Combinação perfeita?	23
1.2.1 A licitação como um meio e não como um fim.....	25
1.2.2 Melhor proposta no processo ou no mercado?.....	31
2 ESTUDO DE CASO: EXAME NACIONAL DO ENSINO MÉDIO (2009)	35
2.1 Sobre o Exame Nacional do Ensino Médio	35
2.2 Do certame realizado pelo Instituto Nacional de estudos e pesquisas educacionais Anísio Teixeira (INEP) que resultou na contratação do consórcio Connase.....	35
2.3 Da Gráfica responsável pela impressão do Exame.....	37
2.4 A Fraude ao ENEM de 2009.....	37
2.5 Da rescisão do contrato estabelecido entre o Instituto Nacional de estudos e pesquisas educacionais Anísio Teixeira (INEP) com o Consórcio Connase	40
2.6 A dispensa do certame licitatório na contratação do novo Consórcio formado pelo Centro de promoção de eventos (CESP) e pela Fundação Cesgranrio, e a nova gráfica contratada sem licitação.....	41
2.7 A Falta de capacidade técnica do Consórcio Connase e a falha no edital do ENEM de 2009	44
2.8 Economicidade na realização do Exame Nacional do Ensino Médio?	52
2.9 Principais efeitos da fraude ao Exame Nacional do Ensino Médio de 2009	55
2.10 Quem paga a conta?	56
3 EXCEÇÕES À OBRIGATORIEDADE DO CERTAME LICITATÓRIO	65
3.1 Da dispensa de Licitação.....	65
3.2 Dispensa em relação ao valor.....	71
3.3 Dispensa em Situação de emergência	73
3.4 Licitação Deserta	75
3.5 Licitação Frustrada.....	76
3.6 Dispensa para Contratar com Entidades da Administração Pública	77
3.7 Dispensa em razão de segurança Nacional	79
3.8 Instituição Brasileira de Pesquisa, Ensino e Desenvolvimento Institucional.....	80
3.9 Inexigibilidade de Licitação	83
3.10 Fornecedor Exclusivo (Inciso I)	86
3.11 Serviços Técnicos Especializados (Inciso II)	89
3.12 Profissional do Setor Artístico (Inciso III)	91
3.13 Licitação Dispensada	93

4. OS PRINCÍPIOS SETORIAIS DA LICITAÇÃO E OS RISCOS ASSOCIADOS À SUA NÃO REALIZAÇÃO.....	95
4.1 Os princípios setoriais da Licitação.....	95
4.1.1 Princípio da obrigatoriedade de licitação (artigo 37 inciso XXI da Constituição Federal).....	95
4.1.2 Princípios da isonomia (artigo 5º, caput da Constituição Federal) e da Proposta mais vantajosa para a Administração Pública	96
4.1.3 Princípio da Legalidade	101
4.1.4 Princípios da vinculação do instrumento convocatório (artigo 41 da Lei nº 8.666/93) e do julgamento objetivo	102
4.1.5 Princípio da Competitividade ou ampla competição (artigo 3º, § 1º inciso I da Lei nº 8.666/93 e artigo 4º, inciso III, alíneas “b” e “c” da Lei nº 4.717/65)	104
4.1.6 Princípio da moralidade e probidade Administrativa	105
4.1.7 Princípio da Publicidade	107
4.1.8 Princípio do procedimento formal	109
4.2 A visão do Ministério Público Federal e do Tribunal de Contas da União: O problema das subcontratações.....	110
5 POSSIBILIDADE DE DISPENSA DE LICITAÇÃO NA CONTRATAÇÃO DE INSTITUIÇÃO PARA A OPERACIONALIZAÇÃO DO ENEM.....	114
5.1. Riscos associados a modalidade de dispensa em análise e medidas para evitá-los a luz da doutrina e do Tribunal de Contas da União	127
CONCLUSÃO.....	131
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	133

INTRODUÇÃO

Dentre as diversas mudanças e inovações trazidas pela a Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, merece destaque a introdução do princípio da eficiência no ordenamento jurídico brasileiro, através do *caput* do artigo 37 da Constituição Federal.

Apesar das críticas a este princípio constitucional, principalmente por sua carga de indeterminação e abstração, esta exigência legal vem ganhando contornos e se tornando cada vez mais forte, na medida em que, o Administrador percebeu que seus atos além de serem legais, devem ser eficientes.

Em outras palavras, a eficiência do administrador em suas decisões e atos, vem se tornando um requisito tão importante, quanto à legalidade.

Vivemos hoje em um Estado de Direito eficiente, onde além da submissão do Estado a lei, há também a submissão deste a eficiência.

Desta forma, baseada nesta exigência constitucional de eficiência, o trabalho, possui como objetivo, realizar uma reflexão sobre a eficiência nas licitações.

Pretende-se, quebrar o paradigma criado pelo legislador, de que a obrigatoriedade da licitação, prevista no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, traz consigo a melhor, e a mais eficiente proposta para a Administração Pública. Busca-se dissociar a concepção predominante na doutrina e na jurisprudência, de que a licitação é o único, e o melhor caminho para se atingir a eficiência.

Portanto, com o intuito de demonstrar que a licitação em alguns casos, nem sempre é o melhor caminho para se atingir a eficiência, o trabalho, utiliza-se, do vazamento de algumas provas do Exame Nacional do Ensino Médio de 2009, como estudo de caso para a defesa da tese aqui analisada.

Com o foco principalmente na falta de capacidade técnica das empresas integrantes do consórcio vencedor da licitação para a elaboração e operacionalização do ENEM de 2009, tentará se demonstrar que o certame licitatório, neste caso, não foi o meio mais adequado para se atingir a melhor proposta do mercado, já que a licitação realizada foi incapaz de selecionar a empresa mais qualificada no setor, e com alguma experiência pretérita na aplicação de exames de porte nacional, como o Exame Nacional do Ensino Médio, fato este que acabou prejudicando 4,1 milhões de estudantes brasileiros.

Diante do exposto, adianto que o foco central deste trabalho não é por fim ao processo licitatório, uma vez que, a licitação é um importante instrumento, que de forma isonômica garante a participação de todos os interessados, possibilitando assim a competitividade, e conseqüentemente a melhor proposta para a Administração Pública. Apenas discute-se que em alguns casos, este instrumento não pode se sobrepor a finalidade da contratação, que é a busca da melhor proposta para a Administração.

1 A EMENDA Nº 19/98 E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

1.1 Breve panorama sobre o princípio da eficiência e seus principais efeitos na ordem constitucional vigente

Baseado na concepção de “boa Administração” defendida na monografia do italiano Guido Falzone¹, o princípio da eficiência incorporado ao ordenamento constitucional através da emenda 19/98, trouxe consigo importantes avanços tanto no campo jurídico quanto no campo econômico.

Note-se ainda que antes mesmo da introdução da emenda nº 19/98 que conferiu status constitucional ao princípio da eficiência ao alterar a redação do *caput* do artigo 37, e incluir o princípio da eficiência, a legislação infraconstitucional, já reconhecia este princípio.

Neste sentido, o decreto Lei nº 200/67, em seus artigos 13 e 25 (inciso V), submetem a atividade administrativa ao controle de resultados. Por sua vez, o artigo 26 inciso III ao dispor sobre os objetivos que a supervisão ministerial deverá assegurar, prevê claramente a eficiência administrativa. Neste sentido:

Art. 26. No que se refere à Administração Indireta, a supervisão ministerial visará a assegurar, essencialmente:
(...)
III - A eficiência administrativa.

Por sua vez, a Lei nº 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, em seu artigo 6º, § 1º, estabelece como serviço adequado aquele que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. Note-se ainda, que este serviço adequado e

¹ FALZONE, Guido. **Il Devore di Buona Administrativo**, Milão: Giuffré, 1953.

eficiente, é direito do usuário, conforme assegurado pelo artigo 7º inciso I da mesma lei².

Até mesmo o código de defesa do consumidor (Lei nº 8.078/90), em seu artigo 6º inciso X³, estabelece como direito básico do consumidor, a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos. No mesmo sentido, o *caput* do artigo 22⁴ da mesma lei, obriga os órgãos públicos, ou as empresas concessionárias e permissionárias a fornecerem serviços adequados, eficientes e seguros.

Na doutrina, conforme lembra Alexandre de Moraes⁵, Sérgio de Andréa Ferreira já defendia a existência deste princípio em face da Administração Pública, com o fundamento no art. 74, inciso II da Constituição Federal, que assim preceitua:

Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

(...)

II - **comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência**, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

O Superior Tribunal de Justiça também já reconhecia o princípio da eficiência, como um dos princípios pelo qual a administração deve se pautar.

Como exemplo deste reconhecimento, merece destaque, o recurso ordinário em Mandado de Segurança nº 5.590 do Distrito Federal. Neste recurso, o Superior Tribunal de Justiça considerou a eficiência como um dos princípios norteadores da atividade administrativa. Neste sentido, merece destaque uma passagem do acórdão:

² Art. 7º. Sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários:

I - receber serviço adequado;

³ Art. 6º São direitos básicos do consumidor(...)

X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

⁴ Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, São Paulo: Atlas, 2005, p. 300.

... A Administração pública é regida por vários princípios: Legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade (Const., art. 37). Outros também se evidenciam na Carta Política. Dentre eles, o princípio da eficiência. A atividade administrativa deve orientar-se para alcançar resultado de interesse público...⁶

Com o advento da Emenda Constitucional 19, de 04 de junho de 1998, o princípio da eficiência, deixou de ser apenas um parâmetro construído pela doutrina e jurisprudência, e ganhou status de princípio constitucional previsto no artigo 37 *caput*, devendo ser observado pela a Administração Pública direta e indireta. Textualmente:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e **eficiência** e, também, ao seguinte:

Na lição de Maria Sylvania di Pietro⁷, o princípio da eficiência possui dois aspectos. O primeiro deve ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual segundo a autora, se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições para lograr os melhores resultados.

Já o segundo aspecto, diz respeito ao modo de organizar, estruturar e disciplinar a Administração Pública, ou seja, esta deve se organizar, com a finalidade de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.

Sobre o tema, cabe ressaltar a lição de José Afonso da Silva⁸:

Eficiência não é um conceito jurídico, mais 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.

⁶ RMS nº 5.590/95-DF, 6ª Turma do STJ, Rel. Min. LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Diário da Justiça, Seção I, 10 jun.1996, p. 20.395.

⁷ DI PIETRO, Sylvania Maria Zanella. **Direito Administrativo**, São Paulo: Atlas, 2007, p. 75.

⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 671.

Alexandre de Moraes e Gilmar Mendes já tiveram a oportunidade de se manifestarem, tendo o primeiro assim concluído:

Assim, princípio da eficiência é aquele que impõe a Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção de critérios legais e morais necessários para a melhor utilização dos recursos públicos, de maneira de evitar-se desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social.⁹

O segundo aponta a eficiência como um princípio limitador dos poderes do administrador Público.

Nos Estados burocrático-cartoriais, o princípio da eficiência configura um brado de alerta, uma advertência mesmo, contra os vícios da máquina administrativa, sabidamente tendente a privilegiar-se, na medida em que sobrevaloriza os meios, em que, afinal, ela consiste, sacrificando os fins, em razão e a serviço dos quais vem a ser instituída.¹⁰

Conclui então, Alexandre de Moraes que:

o administrador em respeito ao princípio da eficiência, deve ser eficiente, ou seja, deve ser aquele que produz o efeito desejado, que dá bom resultado, exercendo suas atividades sob o manto da igualdade de todos perante a lei, velando pela objetividade e imparcialidade.¹¹

Por sua vez, Diógenes Gasparini, ensina que “princípio da eficiência impõe a administração Pública direta e indireta a obrigação de realizar suas atribuições com rapidez, perfeição e rendimento, além, por certo, de outras regras, a exemplo do princípio da legalidade”¹².

Para este autor, o princípio exige que a satisfação dos interesses dos administrados e o da coletividade em geral, sejam desempenhados de forma rápida,

⁹ MORAES, Alexandre de. Ob. cit., p. 300.

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET, Paulo Gustavo Branco. **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 788.

¹¹ MORAES, Alexandre de. Ob. cit., p. 300.

¹² GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**, 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 21.

com perfeição e rendimento, não podendo haver espaços para procrastinações na satisfação destes interesses¹³.

Assim, segundo este autor a procrastinação pode levar a Administração Pública a indenizar eventuais prejuízos decorrentes da falta de rendimento e perfeição na satisfação destes interesses¹⁴.

Já para Hely Lopes Meirelles, o princípio impõe deveres a todos os agentes públicos. Na lição do publicista:

Dever de eficiência é o que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições 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.¹⁵

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, cita ainda o princípio da economicidade previsto no artigo 70¹⁶ da Constituição, como sendo, em parte corolário do princípio da eficiência, já que nas palavras do autor, a economicidade

... se volta a observância de uma relação, que aqui, é especificamente financeira, portando mensurável ou estimável entre insumos e produtos, pois, tanto quanto nas hipóteses aplicativas daquele princípio matriz, a economicidade tampouco prescinde de parâmetros objetivos, claros e previamente conhecidos, para que, em cotejo com eles, seja possível chegar-se a conclusões, juridicamente válidas, sobre sua eventual violação, não podendo decorrer portanto, de uma apreciação livre e, muito menos, subjetiva dos Atos da Administração, daí a necessidade de motivação quando de sua aplicação.¹⁷

Flávio Amaral Garcia, discorrendo sobre o princípio da economicidade, e as licitações públicas assim concluiu:

¹³ Ibid., p. 22.

¹⁴ Ibid., p. 22.

¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. Cit., 21ª ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero e José Emmanuel Burle Filho, São Paulo: Malheiros, 1996, p. 90.

¹⁶ Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

¹⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**, 15ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 118.

Como decorrência da eficiência, tem-se o princípio da economicidade, previsto no art. 70 da Constituição Federal. A economicidade tem direta ligação com as licitações públicas, eis que o que se busca é a melhor relação custo/benefício nas contratações administrativas. Assim, nem sempre o menor preço pode se revelar como a melhor alternativa para a Administração Pública. É preciso que seja o menor preço dentre os bens e serviços que atinjam um padrão mínimo de qualidade previsto no edital. É o exemplo clássico de se adquirir a caneta mais barata, mas que também não escreve.¹⁸

Em síntese, a doutrina¹⁹ costuma resumir uma atuação eficiente, quando presentes dois fatores:

- (i) Racionalização e otimização nos meios empregados
- (ii) Grau de satisfatoriedade dos resultados

Também merece destaque a lição de Juarez Freitas, sobre o princípio da eficiência:

Eficiência, para fins jurídicos, não é apenas o razoável ou correto aproveitamento dos recursos e meios disponíveis em função dos fins prezados, como é corrente entre os economistas e os administradores. A eficiência, para os administradores, é um simples problema de otimização de meios; para o jurista, diz respeito tanto a otimização dos meios quanto a qualidade do agir final. Recorde-se que o administrador público está obrigado a agir tendo como parâmetro o melhor resultado, consultando-se o princípio da proporcionalidade.²⁰

1.1.1 Principais efeitos do Princípio da Eficiência no ordenamento

O princípio da eficiência, encontra respaldo legal no *caput* do artigo 2º da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Textualmente:

¹⁸ GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e Contratos Administrativos-Casos e Polêmicas**, 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 5.

¹⁹ FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999, pp. 85-6.

²⁰ *Ibid.*, pp. 85-6.

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

A Constituição Federal coloca ainda o princípio da eficiência, como critério para a aquisição de estabilidade de servidor, e para a perda de cargo.

Assim, aquele servidor estável que nas palavras de Meirelles não realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional, estará sujeito a não aquisição de estabilidade, ou poderá perder o cargo de servidor estável²¹.

Quanto a aquisição de estabilidade pelo servidor, a Constituição além de exigir outros critérios, como por exemplo, os três anos de efetivo exercício do cargo, conforme disposto no artigo 41 *caput*, exige ainda, nos termos do parágrafo 4 do mesmo artigo, uma avaliação especial de desempenho, como critério obrigatório para a aquisição de estabilidade²².

Desta forma, além de ser critério obrigatório para a aquisição de estabilidade de servidor público, através de uma avaliação de desempenho, a eficiência, ou melhor, a ineficiência, também é motivo para perda de cargo, até mesmo para os servidores estáveis, conforme preceitua o inciso III do § 1º do artigo 41:

§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo:

(...)

III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

Note-se, entretanto, que a ineficiência, como motivo de perda de cargo de servidor estável, não foi introduzida no ordenamento pelo do artigo 41 da Constituição, uma vez que, o Decreto-Lei nº 200/67, em seu artigo 100, já previa a perda do cargo daquele servidor que não se mostra-se eficiente na realização de suas tarefas. Dispõe o artigo 100 do Decreto-Lei nº 200/67:

²¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Ob. cit., p. 90.

²² § 4º Como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade.

Art. 100. Instaurar-se-á processo administrativo para a demissão ou dispensa de servidor efetivo ou estável, comprovadamente ineficiente no desempenho dos encargos que lhe competem ou desidioso no cumprimento de seus deveres.

É de se ressaltar, como muito bem lembra o Mestre Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que “a disciplina das reclamações relativas a prestação de serviços públicos em geral, ao acesso a registro e informações sobre atos de governo e a representação contra a o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na Administração Pública (art. 37, § 3º), são prescrições que resguardam a eficiência administrativa”²³.

O que se extrai desta lição, é a preocupação do constituinte derivado com a eficiência administrativa, chegando ao ponto, de se criar um mecanismo legal que possibilite a participação do usuário na Administração Pública direta e indireta, através de reclamações relativas a:

- (i) prestação de serviços públicos (inciso I)
- (ii) acesso dos usuários a registros administrativos e informações sobre atos do governo (inciso II)
- (iii) a possibilidade de representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função pública (inciso II),

Todos estes direitos são garantidos pelo artigo 37 § 3º, que assim preceitua:

§ 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;

²³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Ob. cit., p. 119.

III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

Regulamentando o § 4º do artigo 37 da Constituição Federal, que dispõe sobre os atos de improbidade administrativa que importarão na suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, a Lei nº 8.429/92 em seu artigo 11²⁴, estabelece os atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública ou que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e as instituições.

Ora, sendo a eficiência um dos princípios da Administração Pública, estando inclusive positivado no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, porque, a violação a tal princípio não ensejaria em uma eventual ação de improbidade administrativa, nos termos da Lei nº 8.429/92?

Deste modo, entendo ser perfeitamente cabível a propositura de uma ação de improbidade, nos moldes do artigo 11 da Lei nº 8.429/92 por atos ou omissões que atentem contra o princípio da eficiência.

Neste sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao tratar do artigo 11, da Lei nº 8.429/92, indica que “Entre estes últimos, alguns são definidos especificamente em sete incisos; mas o *caput* deixa as portas abertas para a inserção de qualquer ato que atente contra os princípios da administração pública ou qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade as instituições”²⁵.

Logo, diante desta preocupação do constituinte com a eficiência na atividade administrativa, entendo ser cabível a ação de improbidade administrativa contra atos ou omissões que atentem contra o princípio da eficiência.

²⁴ Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

²⁵ DI PIETRO, Sylvia Maria Zanella. Ob. cit., p. 818.

Há ainda, o princípio da razoável duração do processo, previsto no artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal, que garante a todos, no âmbito judicial e administrativo a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

José dos Santos Carvalho Filho discorrendo sobre o princípio da razoável duração do processo conclui que, “o novo mandamento, cuja feição é a de direito fundamental, tem por conteúdo o princípio da eficiência no que se refere ao acesso a justiça e estampa inegável reação contra a insatisfação da sociedade pela excessiva demora dos processos...”²⁶

A União por sua vez, valendo-se de sua competência para criar normas gerais sobre licitação e contratação, prevista na Constituição Federal, (artigo 22 inciso XXVII) instituiu através da Lei nº 10.520/02, em seu artigo 2º, § 1º, o Pregão eletrônico como nova modalidade de licitação.

O pregão eletrônico dispensa a presença física dos licitantes, do pregoeiro e de toda a equipe de apoio, já que todo o procedimento, como por exemplo, o envio de proposta, recursos, e outros, ocorrem em portais eletrônicos.

Merece destaque a reflexão feita por Raphael Monteiro Silveira de Araújo, sobre o pregão eletrônico:

o pregão eletrônico possibilita o aumento de competitividade entre os licitantes, pois transpõe as barreiras geográficas, fazendo que os interessados de qualquer localidade, desde que preencham as exigências da Lei e do Edital, possam participar do certame.²⁷

Lembra ainda este autor:

²⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 17ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 25.

²⁷ ARAÚJO, Raphael Monteiro Silveira de; ROCHA, Henrique Bastos (org.). **Pregão Eletrônico. Características. Procedimento**, 1ª ed., Rio de Janeiro: FGV, pp. 20-21.

... a forma eletrônica de pregão aumenta a eficiência do procedimento, possibilitando maior celeridade na tramitação do certame, e permite que se alcancem preços mais baixos para as ofertas dos licitantes, gerando uma economia para o Poder Público contratante em comparação às demais modalidades de licitação, ou até mesmo, em relação ao pregão presencial.²⁸

Como se não bastasse todas estas vantagens trazidas pelo pregão eletrônico, segundo dados da Agência do Brasil²⁹, 78% das compras realizadas pelo Governo Federal, são efetivadas pela modalidade licitatória pregão eletrônico, permitindo somente no ano de 2006 uma economia de mais de R\$ 1,8 bilhão.

Por fim, existem os contratos de gestão, em obediência ao artigo 37, § 8º da Constituição Federal, que permite uma ampliação mediante contrato, da autonomia gerencial, orçamentária e financeira de órgãos e entidades da administração direta e indireta. Este contrato é firmado entre os administradores destas entidades e o poder público, e segundo o mesmo parágrafo, seu objeto consiste na fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo a lei dispor sobre:

- (i) o prazo de duração do contrato.
- (ii) os controles e critérios de avaliação de desempenho, diretos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes.
- (iii) a remuneração do pessoal.

Conforme lembra Maria Sylvia Zanella di Pietro, “o fim último dos contratos de gestão é a eficiência, como princípio constitucional previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição...”³⁰

1.1.2 A eficiência na Jurisprudência

A jurisprudência pátria vem consolidado o princípio da eficiência. Como exemplo desta consolidação, podemos citar alguns julgados:

²⁸ Ibid., pp. 20-21.

²⁹ Segundo dados da Agência Brasil - RADIOBRÁS, na notícia intitulada: “Pregão eletrônico permitiu ao governo economizar R\$ 1,8 bilhão em 2006, revela Secretário”. Fonte: Agência Brasil – RADIOBRÁS. Disponível em <http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2007/01/22/materia.2007-01-22.5383872875/view>.

³⁰ DI PIETRO, Sylvia MARIA ZANELLA. Ob. cit., p. 335.

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO OMISSIVO. AUTORIZAÇÃO. EXECUÇÃO DE SERVIÇOS DE RADIODIFUSÃO COMUNITÁRIA.

1. O exercício da atividade administrativa está submetido ao **princípio da eficiência**, nos termos do art. 37, *caput*, CF/88.
2. Configura-se ofensiva ao **princípio da eficiência** a conduta omissiva da autoridade competente, que deixa transcorrer longo lapso temporal sem processar pedido de autorização de funcionamento de rádio comunitária.
3. Ordem parcialmente concedida³¹

AGRAVO. DIREITO PÚBLICO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. MANIFESTAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO ACERCA DE PEDIDO DE LICENCIAMENTO.

Ostenta-se ilegal a conduta omissiva da Administração que se recusa conceder ou negar licença. O dever de eficiência, erigido a categoria de princípio norteador da atividade administrativa (CF- art. 37), impõe seja exercida com presteza, exigindo não só resultados positivos para o próprio serviço, mas satisfatório atendimento ao administrado, que por isso não pode aguardar “ad aeternum” a manifestação do Poder Público, por mais complexas as várias etapas administrativas a vencer, com vistas, para ficar no caso, a concessão da licença. Agravo provido por maioria.³²

1.2 Eficiência e Licitação: uma Combinação perfeita?

O presente tópico visa abordar alguns aspectos referentes à fraude ao Exame Nacional do Ensino Médio - ENEM, ocorrida no ano (2009).

Buscar-se-á traçar um paralelo entre a obrigatoriedade da licitação (artigo 37, inciso XXXI da Constituição Federal) e a ineficiência gerada por esta em alguns casos, como por exemplo, o caso do ENEM aqui tratado.

Portanto, o que se pretende demonstrar neste capítulo é que o certame licitatório em alguns casos, por vezes não possibilita a melhor proposta do mercado, além do fato de não muito raro, trazer altos custos e, conseqüentemente prejuízos a própria Administração.

³¹ Mandado de Segurança nº 7.765/DF, STJ, Rel. Min. P AULO MEDINA, j. 26/06/06.

³² Agravo de instrumento nº 70016905168, 21ª CCTJ/RS, Rel. Des. GENARO JOSÉ BARONI BORGES, j. 08/11/06.

Sobre este prisma, e já entrando no mérito do caso do ENEM, depois de ter causado um prejuízo ao Ministério da Educação de aproximadamente R\$ 38 milhões pagos à empresa Plural Editora e Gráfica Ltda. para a impressão da prova, e após o fato de várias faculdades, tais como a Universidade de São Paulo (USP) e a Universidade Estadual de Campinas (Unicamp) terem desistido de utilizar o exame para critério de seleção para ingresso na Universidade, o Ministro da Educação, Fernando Haddad a época concedeu uma entrevista alertando sobre os riscos de se licitar para a contratação de uma empresa para a formulação e aplicação da prova.

Neste sentido, e a título de exemplificação, cabe destacar a passagem do Ministro da Educação que assim declarou:

... pode haver o risco de alguém que formalmente consiga cumprir com os requisitos do edital, não possuir condições de oferecer as garantias necessárias para a execução do contrato.³³

Ainda sobre o tema, e discordando da recomendação do Tribunal de Contas da União, no sentido de exigir a licitação para a contratação de uma empresa para a aplicação do ENEM, Fernando Haddad assim concluiu:

... o melhor exemplo para tal contratação, já que embora a recomendação do Tribunal de Contas seja legítima, no caso concreto, ela não se torna viável, **já que não possibilita a contratação da empresa mais qualificada no mercado.**³⁴ (grifou-se)

Logo, a luz das declarações acima, percebe-se claramente que para o Ministro da Educação, a contratação realizada por intermédio da licitação no caso de aplicação do Exame Nacional do Ensino Médio, além de não ter permitido a contratação da empresa mais qualificada no mercado, trouxe consigo prejuízos tanto para a Administração quanto para seus administrados, uma vez, que a empresa contratada não possuía condições necessárias para a execução do contrato, apesar da mesma ter cumprido com os requisitos previstos no Edital.

³³ Extraído de <http://noticias.terra.com.br/educacao/noticias/0, OI4024644-EI8398,00-Apos+fraudes+MEC+cogita+fazer+proximo+Enem+sem+licitacao.html>.

³⁴ Ibid.

Tais declarações ganham força com a tese defendida por Marcos Juruena Villela Souto³⁵, que assim dispôs:

Em pleno século XXI e sob a provocação de repensar o Direito Administrativo, não se pode achar que a efetivação da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração se desenvolva, apenas, por meio de um procedimento formal, conduzido por servidores públicos, em repartições públicas, com uso de arquivos públicos e do papel impresso como única forma de se promover a escolha pública e eficiente.

Assim, sob pena de se ter uma proposta no mínimo ineficiente, o que se buscará a todo tempo neste trabalho, é demonstrar sob a ótica da fraude ocorrida ao Exame Nacional do Ensino Médio de 2009 que a obrigatoriedade da licitação, em alguns casos não é o meio mais adequado e eficiente para a contratação da melhor proposta.

1.2.1 A licitação como um meio e não como um fim

Para iniciar este tópico, faz-se necessário esclarecer o verdadeiro motivo pelo qual o certame licitatório é um procedimento prévio e, na maioria das vezes, essencial às contratações realizadas pelo poder Público.

Conforme ensina Shana Luraschky Barreto³⁶, “na organização administrativa moderna, como tentativa de proteger o funcionamento da Administração Pública dos males do patrimonialismo e da pessoalidade, adotou-se o modelo burocrático, inicialmente idealizado por Max Weber”.

Em seguida a autora conclui:

Esse modelo de organização do aparato administrativo é reconhecidamente típico do Estado moderno (liberal) e compreende uma série de regras e de mecanismos de controle que objetivam garantir a lisura dos processos, na tentativa de torná-los imunes a desvios ou abusos.

³⁵ SOUTO, Marcos Juruena Villela. “Controle de eficiência: repensando o princípio do procedimento formal a luz do ‘placar eletrônico’”, in ARAGÃO, Alexandre Santos e MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.) **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 555.

³⁶ BARRETO, Shana Luraschky; SOUTO, Marcos Juruena Villela (org.). **Licitação: Conceito, Princípios, Direito Comparado e Regulação**, 1ª ed., Rio de Janeiro: FGV, 2008, p. 29.

Entretanto, o risco que se corre neste modelo é o que os meios passem a ser considerados mais importantes do que os fins. O excesso de formalismo pode, muitas vezes, comprometer a eficiência do sistema.³⁷

No mesmo diapasão, conforme lembra a autora, “conforme as relações sociais foram ficando mais complexas, requerendo do Estado uma participação mais ágil e eficiente, percebeu-se que as excessivas regras do modelo burocrático e sua interpretação presa a legalidade estrita acabavam por impedir ou dificultar a atuação efetiva e que os objetivos da Administração Pública fossem atingidos de forma satisfatória”³⁸.

Assim, conforme mencionado criou-se o Ministério da Administração Federal e Reforma de Estado, com a finalidade de se superar os pontos negativos do modelo burocrático adotado.

Com o propósito já traçado, o Ministério da Administração Federal e Reforma de Estado, elaborou um documento intitulado como Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, afirmando que:

(...) Os controles Administrativos visando evitar a corrupção e o nepotismo são sempre a priori. Parte-se de uma desconfiança prévia nos administradores públicos e nos cidadãos que a eles dirigem demandas. Por isso são sempre necessários controles rígidos dos processos, como por exemplo na admissão de pessoal, nas compras e no atendimento a demandas.

Por outro lado, o controle- a garantia do poder do Estado-transforma-se na própria razão de ser do funcionário. Em conseqüência, o Estado volta-se para si mesmo, perdendo a noção de sua missão básica, que é servir a sociedade. A qualidade fundamental da administração pública burocrática é a efetividade no controle dos abusos, seu defeito, a ineficiência, a auto-referência, a incapacidade de voltar-se para o serviço aos cidadãos vistos como clientes. Este defeito, entretanto, não se revelou determinante na época do surgimento da administração pública burocrática porque os serviços do Estado eram reduzidos. O Estado limitava-se a manter a ordem e administrar a justiça, a garantir os contratos e a propriedade.³⁹

³⁷ Ibid., p. 29.

³⁸ Ibid., p. 29.

³⁹ Plano Diretor da Reforma do Aparelho de Estado. Disponível em http://www.planejamento.gov.br/GESTÃO/conteudo/publicações/plano_diretor/portugues.htm.

Ainda sobre este prisma, merece destaque a conclusão estabelecida por Shana Luraschy, sobre a qual

... a licitação deve ser interpretada como certa cautela, devendo ser considerada como um procedimento instrumental, cuja principal finalidade é garantir a impessoalidade na seleção dos contratantes e a escolha da melhor proposta na relação custo/benefício. A premissa que não pode ser desconsiderada é a de que os fins são, em regra, mais importantes que os meios.

No mesmo sentido, cabe destacar a lição de Marçal Justen Filho:

É necessário ter consciência de que a licitação tem natureza instrumental. É a via prevista pelo direito para atingir certo fim, com observância de certos princípios e satisfação de valores específicos⁴⁰.

Continua o mesmo autor:

Como é usual afirmar, a “supremacia do interesse público” fundamenta a exigência, como regra geral, de licitação prévia para contratações da Administração Pública- o que significa, em outras palavras, que a licitação é um pressuposto do desempenho satisfatório pelo Estado das funções administrativas atribuídas a ele atribuídas. No entanto, existem hipóteses em que a licitação formal seria impossível ou frustraria a realização adequada das funções estatais. O procedimento licitatório normal conduziria ao sacrifício dos fins buscados pelo Estado e não asseguraria a contratação mais vantajosa.⁴¹

Sobre esta mesma concepção, Adilson Dallari reconhece que:

Nem sempre, é verdade, a licitação leva a uma contratação mais vantajosa... Não pode ocorrer, em virtude da realização do procedimento licitatório, é o sacrifício de outros valores e princípios consagrados pela ordem jurídica, especialmente o princípio da eficiência.⁴²

Celso Antônio Bandeira de Mello também reconhece este caráter instrumental da licitação para a busca da melhor proposta, concluindo da seguinte forma:

⁴⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, São Paulo: Dialética, 2002, p. 63.

⁴¹ Ibid., p. 228.

⁴² DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, pp.34-5.

... a licitação não é fim em si mesmo; é um meio para chegar utilmente a um dado resultado.⁴³

Desta forma, deve haver uma dissociação da concepção predominante, de que a eficiência só é atingida, quando há um certame licitatório prévio. Esta ruptura se mostra necessária, uma vez que, possibilita novas concepções sobre o tema, tal como, a não realização do certame em alguns casos, haja vista algumas particularidades do mesmo que sobre o prisma da eficiência e economicidade não se mostrariam adequados para a realização de um processo licitatório.

Nesta seara, um exemplo que demonstra de forma clara esta ineficiência gerada pelo certame licitatório, é o caso do Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) de 2009, onde em um primeiro momento, através de uma licitação realizada pelo INEP (Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira), se contratou o Consórcio Connase (único a participar do certame).

O Consórcio era formado pelas empresas Cetro, Consultec e Funrio, e apesar de cumprir com os requisitos objetivos do edital, não possuía a capacidade técnica necessária para a aplicação do mesmo.

Exemplo desta falta de capacidade técnica para a aplicação do Exame é o fato da empresa Consultec (líder do consórcio), não possuir qualquer experiência na aplicação de concursos de grande porte como o ENEM, já que, a mesma nunca havia operacionalizado um vestibular com mais de 45.000 (quarenta e cinco mil) estudantes. Número este que equivaleria a 1% dos candidatos do ENEM.⁴⁴

Não bastasse isto, no ano de 2008, as empresas Consultec e Funrio, ambas integrantes do Consórcio Connase, passaram por situações que demonstram de forma clara a incapacidade das mesmas em poder aplicar uma prova a nível

⁴³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**, 14ª ed., São Paulo: Malheiros, p. 480.

⁴⁴ Extraído de <http://www.vooz.com.br/blogs/seguranca-em-torno-do-enem-era-coisa-de-amador-diz-policia-federal-18559.html>.

nacional como a do ENEM, já que ambas tiveram problemas na aplicação de concursos realizados⁴⁵.

Como se não bastasse, a fraude ocorrida, com o furto de alguns cadernos de provas, o que demonstra a total incapacidade técnica, e inexperiência do consórcio Connase, haja, vista que conforme declarado pelo Delegado da Polícia Federal Dr. Marcelo Sabadin, responsável pelas investigações, “a segurança do local onde as provas estavam sendo impressas era de amador”⁴⁶, o vazamento das provas implicou em um desembolso de mais de R\$ 133 milhões de reais (não se levando em consideração o valor já pago a empresa Plural Editora e Gráfica Ltda., que era encarregada pela impressão da prova) .

Em outras palavras, a obrigatoriedade da licitação no caso do ENEM resultou na contratação do Consórcio Connase, que além de ter prejudicado 4,1 milhões de estudantes espalhados por todo o País, e de ter levado a Universidade de São Paulo (USP) e a Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP) desistirem de utilizar o ENEM como forma de ingresso, em substituição ao vestibular, ensejou para o erário um gasto de mais R\$ 133 milhões de reais para a contratação de uma nova Gráfica e de um novo Consórcio para a aplicação da prova. Pergunta-se então: e a economicidade?

A título de se demonstrar a total falta de economicidade e eficiência, na contratação do Consórcio Connase, único participante do certame realizada pelo INEP (Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira), cabe aqui, realizar uma breve análise sobre os custos empregados para a realização do Exame Nacional do Ensino Médio.

Assim, devido a fraude, o Ministério da Educação, após ter gastado R\$ 38 milhões de reais com a impressão das provas inutilizáveis junto à antiga gráfica (Plural editora e gráfica Ltda.) responsável pelas impressões, teve que desembolsar

⁴⁵ Tais situações serão devidamente analisadas no tópico: “A Falta de capacidade técnica do Consórcio Connase e a falha no edital do ENEM de 2009”

⁴⁶ Extraído de Revista Veja, edição 2.134, nº 41, de 14 de outubro de 2009, p. 120.

mais R\$ 31,9 milhões de reais para a contratação de uma nova gráfica (Gráfica RR Donnely) para impressão de outros exames⁴⁷.

Não bastasse este valor já desembolsado pelo Ministério da Educação, o novo contrato emergencial firmado com novo Consórcio formado pelo Centro de seleção e promoção de eventos (CESPE) e a Fundação Cesgranrio para a aplicação e correção da segunda versão do Enem foi ajustado em R\$ 99, 9 milhões.⁴⁸

Há ainda o valor de R\$ 1,26 milhões que foram repassados ao Ministério da Defesa para o armazenamento das provas em dois galpões do Exército, e para a escolta das provas até os Correios.⁴⁹

Conforme será analisado em um capítulo específico, (economicidade na realização do Exame Nacional do Ensino Médio) **o custo da aplicação de um novo exame, sem considerar os valores já pagos, foi de R\$ 133 milhões, R\$ 16 milhões mais caro do consórcio anterior que ficou orçado em 116 milhões.**⁵⁰

É interessante destacar ainda, que este custo total de R\$ 133 milhões, não leva em conta o valor desembolsado de R\$ 38 milhões de reais com a impressão das provas inutilizáveis pagos a antiga gráfica (Gráfica RR Donnely).

Se somarmos o valor do custo do novo exame, que foi de R\$ 133 milhões de reais, com o valor já desembolsado pelo Ministério da Educação de R\$ 38 milhões de reais pagos a antiga gráfica, chega-se a espantosa quantia de R\$ 171 milhões!⁵¹

Por fim, o novo contrato emergencial de R\$ 133 milhões, obteve apenas a economia de 1,6% do teto estipulado pelo Ministério de educação de R\$ 148 milhões, além de reduzir as responsabilidades de logísticas e de segurança.⁵²

⁴⁷ Extraído de http://www.adunb.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=404:cespe-recebera-r-51-milhoes-de-contrato-com-o-mec&catid=92:clipping&Itemid=795.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Conforme publicado no Diário Oficial da União. Publicado no dia 18/09/2009. Seção I, p. 17.

⁵⁰ Extraído de http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/detalhes_noticias?noticia=18372.

⁵¹ Extraído de <http://www.e-educador.com/index.php/notas-mainmenu-98/5739-enem0006>.

⁵² Extraído do Jornal o Globo de 23 de outubro de 2009, p. 8.

1.2.2 Melhor proposta no processo ou no mercado?

Conforme definido no projeto de conclusão de curso, um dos objetivos deste trabalho se baseia na tese elaborada por Marcos Juruena Villela Souto que parte da seguinte premissa:

... nem sempre — e não raro — a melhor proposta dos autos é a melhor no mercado. Neste caso, o procedimento não atinge seu fim constitucional nem econômico. Em síntese, o que se pretende, com atendimento dos princípios constitucionais, é a melhor proposta no mercado e não só no processo.⁵³

Sobre esta ótica, busca-se através do caso ENEM aqui analisado, demonstrar que nem sempre a melhor proposta dentro de um processo administrativo licitatório, ou seja, aquela, presente nos “mundos dos autos”⁵⁴, corresponde necessariamente a melhor do mercado.

O simples fato do consórcio Connase (vencedor do certame inicialmente realizado) ter conseguido apresentar a melhor proposta no processo, apresentando todos os documentos exigidos e de ter cumprido com os requisitos descritos no edital, não faz com que este Consórcio possua a melhor proposta do mercado, ou seja, aquela proposta que irá atingir os interesses primários e secundários que levaram o Ministério da Educação realizar o certame licitatório.

A proposta apresentada pelo Consórcio Connase no processo licitatório realizado, apesar de ter conseguido cumprir com todas as exigências previstas no edital, e de ter apresentado a melhor proposta nos autos, vindo a vencer o certame, não correspondia a melhor proposta no mercado, uma vez, que existiam outras empresas competindo no mesmo setor capazes de cumprirem o objeto do contrato de forma eficaz, sem deixar brechas para fraudes como a ocorrida, e com a experiência e logística necessária para a aplicação do exame.

⁵³ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Ob.cit., p. 555.

⁵⁴ Ibid., p. 555.

Preferiu o Ministério da Educação, “pagar o preço” e assumir o risco, de seguir a orientação do Tribunal de Contas da União em realizar a licitação, e conseqüentemente se ver obrigado a contratar um Consórcio sem experiência no ramo, e com um histórico no mínimo comprometedor (conforme analisado), do que contratar empresas que já possuíam um “know-how” na aplicação de exames como do porte do ENEM, através da dispensa de licitação, com base no artigo 24 inciso XIII da Lei nº 8.666/93⁵⁵.

Mais uma vez, a passagem de Marcos Juruena Villela Souto se mostra pertinente:

Em pleno século XXI e sob a provocação de repensar o Direito Administrativo, não se pode achar que a efetivação da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração se desenvolva, apenas, por meio de um procedimento formal, conduzido por servidores públicos, em repartições públicas, com uso de arquivos públicos e do papel impresso como única forma de se promover a escolha pública e eficiente.⁵⁶

Em vez de se preocupar em verificar se o Consórcio Connase cumpria com os requisitos exigidos pelo edital, ou se este apresentou os documentos necessários, deveria a Ministério da Educação ter se preocupado em realizar uma simples pesquisa neste mercado, onde se verificaria facilmente que o Consórcio Connasse, apesar de cumprir os requisitos objetivos do edital, não possuía a menor capacidade para aplicar um exame do porte do ENEM.

A Administração deve portando se preocupar não em buscar a verdade formal, ou seja, aquela verdade presente somente no “mundo dos autos”, e sim, deve buscar a verdade real, ou seja, aquela que corresponde a melhor proposta no mercado.

⁵⁵ Art. 24. É dispensável a licitação: (...)

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

⁵⁶ Ibid., p. 555.

Entretanto para possibilitar esta busca da verdade real, é preciso partir da premissa crítica apontada por Marcos Juruena Villela Souto, ao tratar do procedimento formal analisado sobre o prisma da eficiência, onde este assim concluiu:

Basta olhar que essa idéia de um conjunto encadeado de atos pode alcançar os mesmos objetivos, de forma mais célere e econômica, com o uso da tecnologia já disponível.⁵⁷

Segundo o autor, “convencionou-se que a proposta mais vantajosa a ser selecionada no processo é aquela tida como séria, ou seja, apresentada por licitante idôneo; isto na interpretação tradicional, implica a necessidade de apreciação da documentação, antes de conhecer a proposta”⁵⁸.

Continua o autor, agora dissertando sobre a reforma do Estado voltado para eficiência, passando por diversos diplomas legais, desde o já revogado Decreto-Lei nº 2.300/86 até a edição da Lei nº 8.666/93:

... o ponto em comum em todos estes diplomas legais é o procedimento formal, em papel. O prazo e o custo dessa mecânica, ou os resultados, não são os mais relevantes. Cultua-se o processo pelo processo!⁵⁹

Portanto, todo o esforço realizado pelas reformas de Estado voltadas para a eficiência, como por exemplo, a introdução das agências reguladoras, a introdução do pregão para toda a Administração Federal, e a introdução do pregão eletrônico, foram em vão, já que “todo este esforço, em decorrência do procedimento formal e específico, faz com que a Administração e o mercado não se mantenham em sintonia e em contato, o que decorre da própria norma legal”⁶⁰.

Já concluindo, merece destaque a lição de Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, que sobre o tema assim concluíram:

⁵⁷ Ibid., p. 555.

⁵⁸ Ibid., p. 559.

⁵⁹ Ibid., p. 560.

⁶⁰ Ibid., p. 560.

... é preciso superar concepções puramente burocráticas ou meramente formalistas, dando-se maior ênfase ao exame da legitimidade, da economicidade e da razoabilidade, em benefício da eficiência. Não basta ao administrador demonstrar que agiu bem, em estrita conformidade com a lei; sem se divorciar da legalidade (que não se confunde com a estrita legalidade), cabe a ele evidenciar que caminhou no sentido da obtenção dos melhores resultados.⁶¹

Por fim, fica a pergunta: Será que a licitação no caso do ENEM garantiu a proposta mais vantajosa para a Administração? Será que este instrumento formal, foi capaz, e o mais adequado para atender o interesse público de milhares de estudantes de todo o país?

⁶¹ FERRAZ, Sérgio e DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**, São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 77 e 78.

2 ESTUDO DE CASO: EXAME NACIONAL DO ENSINO MÉDIO (2009)

2.1 Sobre o Exame Nacional do Ensino Médio

O Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) foi criado em 1998, durante a gestão do Ministro da Educação Paulo Renato Souza, no Governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, com o objetivo de avaliar o desempenho do estudante ao fim da escolaridade básica.

O exame também é utilizado como critério de seleção para aqueles estudantes que pretendem concorrer a uma bolsa no Programa Universidade Para todos (ProUni). Não obstante isto, cerca de 500 universidades já utilizam o resultado do ENEM como critério de seleção para o ingresso no ensino superior, substituindo ou *complementando o vestibular*.

Em 2009, o ENEM foi inicialmente agendado para os dias 3 e 4 de outubro. Entretanto, devido ao furto de alguns exemplares da prova (conforme será analisado), ocorrido dentro da gráfica responsável pela impressão, o Ministério da Educação adiou a data da realização do exame, para os dias 5 e 6 de dezembro, fato que levou a Universidade de São Paulo (USP) e a Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP) desistirem de utilizar o ENEM como forma de seleção de seus alunos, em substituição ao vestibular.

2.2 Do certame realizado pelo Instituto Nacional de estudos e pesquisas educacionais Anísio Teixeira (INEP) que resultou na contratação do consórcio Connase

O Instituto Nacional de estudos e pesquisas educacionais Anísio Teixeira (INEP), autarquia federal vinculada ao Ministério da Educação, realizou a Concorrência tipo técnica e preço nº 04/2009 (processo nº 23036.003964/2008-63) que teve como vencedor, o único consórcio participante do certame, o consórcio

Nacional de Avaliação e Seleção (CONNASE), formados pelas as empresas Consultec, Cetro e Funrio, conforme se verifica através da publicação do resultado de Julgamentos da Concorrência nº 4/2009, e do aviso de homologação e adjudicação do processo seletivo no Diário Oficial da União:

**INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS
ANÍSIO TEIXEIRA RESULTADOS DE JULGAMENTOS CONCORRÊNCIA
Nº 4/2009**

O INEP por intermédio da Comissão Especial - ENEM/2009, torna público o Resultado de julgamento Final da Concorrência acima referenciada: Consórcio Connase - Nota Proposta Técnica 619 pontos; Nota da Proposta de Preço 300 pontos e Nota Final 919 pontos. Os autos do Processo nº 23036.003964/2008-63 encontram-se com vista franqueada aos interessados.

LÚCIA HELENA PULCHÉRIO DE MEDEIROS, Presidente da Comissão Especial de Licitação⁶²

**AVISO DE HOMOLOGAÇÃO E ADJUDICAÇÃO CONCORRÊNCIA Nº
4/2009 - DAEB/INEP TÉCNICA E PREÇO**

Tendo em vista os autos do processo nº 23036.003964 /2008-63, homologo o resultado da Concorrência nº 04/2009 - DAEB/INEP - TÉCNICA E PREÇO, cujo objeto é a contratação de entidade especializada para operacionalização dos procedimentos relativos ao Exame Nacional de Ensino Médio - ENEM/2009, compreendendo: processamento das inscrições; preparo de todo material (incluindo digitalização e reprodução gráfica de instrumentos); tele-atendimento; distribuição e recolhimento de instrumentos; treinamento de pessoal; aplicação do Exame; correção das provas (parte objetiva e redação); análise e divulgação de resultados (incluindo elaboração, impressão, entrega de boletins individuais de resultados e apresentação pública dos resultados), conforme Projeto Básico, adjudico ao Consórcio CONNASE, formado pela CONSULTEC (LÍDER), FUNRIO e Instituto CETRO, cujos CNPJ/MF são, respectivamente, 40.594.145/0001 - 82, 04.313.403/0001 - 41 e 07.666.203/0001 - 60, o objeto em tela.

Brasília-DF, 30 de julho de 2009.

REYNALDO FERNANDES, Presidente do INEP.⁶³

O objeto do contrato conforme disposto no item 1.1 do edital do certame ora em análise, consistia na contratação de entidade especializada para a operacionalização dos procedimentos relativos ao Exame Nacional do Ensino Médio do ano de 2009 compreendendo: o processamento das inscrições; preparo de todo o material (incluindo digitalização e reprodução gráfica de instrumentos); tele-atendimento; distribuição e recolhimento de instrumentos; treinamento de pessoal;

⁶² Publicado no Diário Oficial da União, nº 137, Seção 3, 22/07/09, p. 35.

⁶³ Publicado no Diário Oficial da União, nº 145, Seção 3, 31/07/09, p. 44.

aplicação do Exame; correção das provas (parte objetiva e redação); análise e divulgação de resultados (incluindo elaboração, impressão, entrega de boletins individuais de resultados e apresentação publicados resultados), conforme Projeto Básico em anexo.

2.3 Da Gráfica responsável pela impressão do Exame

A impressão da prova do Exame Nacional do Ensino Médio em primeiro momento ficou a cargo da empresa Plural Editora e Gráfica Ltda., situada em São Paulo.

A referida empresa alegou não possuir qualquer responsabilidade em relação às equipes contratadas pelo Consórcio Nacional de Avaliação e Seleção (Connase), para fiscalização e segurança do processo de impressão do exame, uma vez que as mesmas foram contratadas diretamente por este consórcio.

2.4 A Fraude ao ENEM de 2009

Segundo inquérito da Polícia Federal, o furto de dois cadernos de provas do Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM), ocorreu dentro da Empresa Plural Editora e Gráfica Ltda., local onde as provas estavam sendo impressas.

Como responsáveis pelo furto, a Polícia Federal indiciou três funcionários contratados pela empresa Cetro (integrante do Consórcio Connase) para trabalhar na gráfica, Felipe Pradela, Marcelo Sena e Felipe Ribeiro. Segundo as investigações, Pradela foi considerado como mentor do esquema, que inicialmente contou com a ajuda de Marcelo Sena e Felipe Ribeiro.

Segundo o Delegado Federal Dr. Marcelo Sabatin Baltazar, responsável pela investigação, o primeiro caderno de provas foi furtado no dia 21 de setembro por Felipe Ribeiro, a pedido de Felipe Pradela. Para o Delegado, o funcionário Felipe Ribeiro, saiu da gráfica com a prova na cueca. Já o segundo caderno de provas foi furtado por Pradela, que o escondeu debaixo da blusa de Marcelo Sena.

De acordo com as investigações, os furtos dos cadernos de provas foram praticados, com o intuito de se obter uma vantagem econômica, na tentativa de posteriormente vendê-los a jornais de grande circulação.

Após os furtos dos exemplares, as investigações apontaram que Felipe Pradela procurou seu amigo de infância, Gregory Camillo Craid, para que este o ajude-se a “vender” a prova a mídia⁶⁴. Posteriormente, constatou-se que, ambos procuraram o empresário Luciano Rodrigues, que intermediou a o contato entre Pradela e Gregory junto ao Jornal Estado de São Paulo, TV Record e a Folha de São Paulo⁶⁵, na tentativa de vender os exemplares furtados.

O valor solicitado por Pradela junto a mídia, em troca da publicação e divulgação dos exemplares furtado foi de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais). Nas palavras do Delegado Dr. Marcelo Sabatin Baltazar:

Ele (Pradella), ganhando R\$ 60 por noite de serviço, vislumbrou a possibilidade de ganhar R\$ 500 mil de uma vez só, sub-traindo a prova lá de dentro, tendo em vista que percebeu uma certa fragilidade no esquema de segurança no interior da gráfica.⁶⁶

O mesmo Delegado, indagado sobre a possibilidade do crime ter sido praticado por motivação política, afirmou que descarta esta possibilidade, uma vez que, segundo ele, o motivo que levou os 5 (cinco) envolvidos no esquema a furtarem os exemplares era mesmo financeiro, consubstanciado na possibilidade da venda destes exemplares para a mídia⁶⁷. É o que se extrai da passagem do Delegado:

Em nenhum momento foi demonstrado qualquer tipo de vínculo com o governo.⁶⁸

⁶⁴ Extraído de <http://www.unb.br/noticias/unbagencia/cpmod.php?id=43718>.

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ Ibid.

⁶⁸ Ibid.

No mesmo sentido, declarou o superintendente em exercício da Polícia Federal em São Paulo, Dr. Fernando Duran Poch, quando afirmou que não houve interesse político no furto de provas do Exame Nacional do Ensino Médio⁶⁹.

Marcelo Sena, Felipe Ribeiro e Gregory foram indiciados por quebra de sigilo funcional (art. 154 do Código Penal⁷⁰), peculato (art. 158 do Código Penal⁷¹), e corrupção passiva (art. 317 do Código Penal⁷²), já, Felipe Pradela, além destes crimes, foi indiciado por extorsão (art. 158 do Código Penal⁷³), uma vez que, este, segundo as investigações, ameaçou de morte a repórter Renata Cafardo, do jornal O Estado de São Paulo, se esta não lhe desse R\$ 10.000.00 (Dez mil reais)⁷⁴. Todos estes, estão respondendo em liberdade.

Entretanto, na denúncia oferecida pelo Ministério público Federal, o juiz entendeu não estar configurado o crime de peculato, já que este crime para sua configuração exige que o bem móvel apropriado, possua algum tipo de valor econômico. Desta forma, o juiz do caso, entendeu que os cadernos de provas do Exame Nacional do Ensino Médio não possuía valor econômico, e conseqüentemente não poderia haver a consumação do crime ora em análise⁷⁵.

Devido ao furto destes exemplares, o Exame Nacional do Ensino Médio (que estava inicialmente marcado para os dias 3 e 4 de outubro de 2009) foi adiado e devidamente realizado nos dias 5 e 6 de dezembro de 2009.

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ Art. 154 - Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

⁷¹ Art. 158 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar fazer alguma coisa:

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa.

⁷² Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa

⁷³ Art. 158 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar fazer alguma coisa:

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa.

⁷⁴ Extraído de <http://www.unb.br/noticias/unbagencia/cpmod.php?id=43718>.

⁷⁵ Ibid.

Após a fraude ao Exame Nacional do Ensino Médio, e pelos motivos que serão analisados mais a frente, o Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP), autarquia federal vinculada ao Ministério da Educação, rescindiu o contrato com o Consórcio CONNASE, (o vencedor da Concorrência nº 04/2009, realizada pela mesma instituição).

Desta forma, depois da rescisão com o Consórcio CONNASE, o INEP dispensou a licitação, com base no artigo 24, inciso XIII da Lei nº 8.666/93, e contratou em caráter emergencial (art. 26, parágrafo único, inciso I da Lei nº 8.666/93), o Centro de Promoção e Seleção de Eventos (CESP), e a Fundação Cesgranrio, para a elaboração e operacionalização do Exame Nacional do Ensino Médio de 2009.

Com a fraude, o Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) de 2009, teve seu esquema de segurança do reforçado, já que as entidades responsáveis para a elaboração do ENEM tiveram o apoio da Força Nacional de Segurança e da Polícia Federal, que atuou na área de inteligência⁷⁶.

2.5 Da rescisão do contrato estabelecido entre o Instituto Nacional de estudos e pesquisas educacionais Anísio Teixeira (INEP) com o Consórcio Connase

Após a fraude ocorrida, o INEP rescindiu o contrato com o Connase. O termo de rescisão foi devidamente publicado no diário oficial da União de 07 de outubro de 2009, que assim dispõe:

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA DIRETORIA DE GESTÃO E PLANEJAMENTO
COORDENAÇÃO-GERAL DE GESTÃO DE PESSOAS E ORGANIZAÇÃO
EXTRATO DE RESCISÃO CONTRATO Nº 27/2009/INEP
Espécie: Termo de Rescisão de Contrato no 27/2009/INEP/ENEM Processo No 23036.003964/2008-63 Contratante: Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira - INEP CNPJ/MF: 01.678.363/0001-43 Contratada: Consórcio Nacional de Avaliação e Seleção – CONNASE (CONSULTEC/ CETRO/ FUNRIO)

⁷⁶ Ibid.

Data e Assinatura: 05/10/2009, Reynaldo Fernandes - Presidente do INEP; Itana Marques Silva - Representante Legal⁷⁷.

2.6 A dispensa do certame licitatório na contratação do novo Consórcio formado pelo Centro de promoção de eventos (CESP) e pela Fundação Cesgranrio, e a nova gráfica contratada sem licitação

A aplicação e a correção do ENEM ficou a cargo do novo Consórcio formado pelo Centro de Seleção e Promoção de eventos (Cespe) da Universidade de Brasília e da Fundação Cesgranrio⁷⁸.

Conforme publicado no diário oficial da União no dia 14 de Outubro de 2009⁷⁹, a contratação deste novo contrato pelo INEP, também ocorreu com a dispensa de licitação.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA EXTRATO DE DISPENSA DE LICITAÇÃO Nº 219/2009

Nº Processo: 23036002715200931. Objeto: Contratação em caráter emergencial do Consórcio formado pelas instituições FUB/CESPE e Cesgranrio, doravante denominado simplesmente de Consórcio, inscritas no CNPJ/MF nºs 00.038.174/0001-43 e 42.270.181/0001-16, respectivamente, para operacionalização de procedimentos relativos ao ENEM/2009, conforme condições e especificações contidas no Projeto Básico. Total de Itens Licitados: 00001.

Fundamento Legal:

Artigo 24, inciso XIII, da Lei 8.666/93. Justificativa: Contratação em caráter emergencial Declaração de Dispensa em 21/10/2009. CLAUDIO FRANCISCO SOUZA DE SALLES. Ordenador de Despesa. Ratificação em 21/10/2009. REYNALDO FERNANDES. Presidente do INEP. Valor: R\$ 99.959.837,86. Contratada: FUNDACAO UNIVERSIDADE DE BRASILIA.

Desta forma, a fundamentação legal encontrada pelo INEP para a contratação com dispensa de licitação está positivada no artigo 24 inciso XIII da Lei nº 8.666/93, que assim dispõe:

⁷⁷ Publicado no Diário Oficial da União. Seção 3, p. 55.

⁷⁸ Extraído de http://www.inep.gov.br/imprensa/noticias/enem/news09_34.htm.

⁷⁹ Publicado no Diário Oficial da União. Seção 3, p. 67.

Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

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

O valor do contrato estabelecido entre o Consórcio Cesp e Cesgranrio foi o de R\$ 99.959.837,86⁸⁰.

De acordo com a tabela oferecida pelo site da Associação dos docentes da Universidade de Brasília (ADUNB)⁸¹, os gastos com a aplicação do ENEM foram divididos da seguinte forma⁸²:

TÓPICO	PRODUTOS E SERVIÇOS	VALOR (R\$)
1	Elaboração do plano logístico de execução (contratação de pessoal para sistemas de informática, planos de segurança e logística e de aplicação e correção das provas)	15.748,00
2	Profissionais de apoio gerencial (para locar espaços físicos, garantir reservas de transporte e hotel para funcionários envolvidos na aplicação e contratar pessoal para atuar no dia)	673.695,36
3	Diagramação e impressão de instrumentos (folhas de respostas, folhas de redação, manuais de treinamento)	4.763.525,78
4	Capacitação dos coordenadores de aplicação	5.036.520,16
5	Aplicação das provas (fiscais e coordenadores nos dias de testes)	75.435.897,68
6	Capacitação dos coordenadores e correção das redações	9.894.450,88
7	Digitalização das redações, dos cartões de resposta da parte objetiva da prova, dos cartões de resposta do questionário socioeconômico, das listas de presença e dos relatórios de ocorrência)	4.140.000,00
	TOTAL	99.959.837

⁸⁰ Extraído de http://www.adunb.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=404:cespe-recebera-r-51-milhoes-de-contrato-com-o-mec&catid=92:clipping&Itemid=795.

⁸¹ Ibid.

⁸² Os valores das tabelas são referentes aos serviços da Cesp e da Cesgranrio. A Cesp receberá R\$ 51 milhões.

Após a Fraude e a resolução do contrato com o Consórcio Connase, o Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas (INEP) contrariando a recomendação do Tribunal de Contas da União, contratou com dispensa de licitação, a Gráfica RR Donnelly Moore para a elaboração da nova prova do Enem.

A contratação emergencial foi publicada no diário oficial da União no dia 22 de outubro de 2009⁸³, assim dispondo:

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA. EXTRATO DE DISPENSA DE LICITAÇÃO Nº 199/2009

Nº Processo: 23036002717200921. Objeto: Contratação de serviços com a Empresa RR Donnelly Moore Editora e Gráfica Ltda., objetivando atender despesas com a execução de serviços de impressão gráfica, manuseio, embalagem, rotulagem, e entrega à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, dos Cadernos de Provas e Instrumentos de Aplicação destinados ao Exame Nacional do Ensino Médio - ENEM/2009. Total de Itens Licitados: 00001. **Fundamento Legal: Artigo 24, inciso IV**, da Lei 8.666/93. Justificativa: O INEP pesquisou o mercado em busca de gráficas com a certificação, necessária que pudesse executar integralmente o objeto. Declaração de Dispensa em 13/10/2009. CLAUDIO FRANCISCO SOUZA DE SALLES. Ordenador de Despesa. Ratificação em 13/10/2009. REYNALDO FERNANDES. Presidente do INEP. Valor: R\$ 31.916.300,00. Contratada: RR DONNELLEY MOORE EDITORA E GRAFICA LTDA. (SIDECA - 13/10/2009) 153978-26290-2009NE900898

A fundamentação legal que deu ensejo a esta dispensa da licitação, foi a do artigo 24 inciso XIII da Lei nº 8.666/93 que assim preceitua:

Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

⁸³ Publicado no Diário Oficial da União no dia 22 de outubro de 2009. Seção 3, p. 57.

A nova gráfica contratada, conforme a publicação acima transcrita, ficou responsável pela operacionalização de procedimentos relativos ao ENEM 2009, conforme as condições e especificações contidas no projeto básico.

Para a realização desta operacionalização a gráfica recebeu a quantia de R\$ 31,9 milhões.

2.7 A Falta de capacidade técnica do Consórcio Connase e a falha no edital do ENEM de 2009

As condições para a participação das empresas interessadas na licitação para a aplicação do ENEM estavam dispostas no item 3.1 do Edital nº 04/2009 da Concorrência tipo técnica e preço.

Assim, segundo o item 3.1 do edital, estas condições eram:

- a) capacidade técnica compatível com avaliação de conhecimentos ou de aprendizagem, compreendendo aplicação, correção de provas, análise e processamento de dados e resultados;
- b) em seu quadro permanente de pessoal, na data prevista para entrega das propostas, profissional de nível superior com qualificação técnica em avaliação de conhecimentos ou de aprendizagem, designado pela entidade como responsável técnico pela coordenação dos serviços;
- c) estrutura operacional para a realização dos serviços, objeto desta Licitação.

Note-se que não havia se quer uma cláusula exigindo das empresas uma experiência anterior em aplicação de concursos, como o do porte do ENEM.

Ora, como é possível um edital que tenha como objeto a contratação de entidade especializada para a elaboração e operacionalização dos procedimentos

relativos ao ENEM de 2009, não exigir uma experiência anterior em aplicações de concursos?

Como não exigir das empresas interessadas, uma experiência anterior em aplicações de concursos de grande porte, como o ENEM, que só no ano de 2009 envolveu aproximadamente mais 4,1 milhões de estudantes, além de ter sido aplicado em 1800 cidades?⁸⁴

O simples fato de não existir uma cláusula exigindo uma experiência anterior em aplicações de concursos a nível Nacional, como o ENEM, deixa a “porta aberta”, para o problema apontado pelo Ministro da Educação, ou seja, o problema da empresa participante, conseguir cumprir os requisitos objetivos exigidos pelo edital, sem, contudo, possuir experiência e capacidade técnica para a aplicação do Exame Nacional do Ensino Médio, já que, para a realização deste, é necessário um alto grau de capacidade técnica, além de uma logística adequada por parte das empresas.

Este problema ocorreu no caso aqui tratado, uma vez que, duas empresas integrantes do consórcio Connase, além de não possuírem experiência em aplicação de concursos de porte do ENEM, já tiveram problemas técnicos, em concursos anteriores de sua responsabilidade.

A empresa Consultec, que liderava o consórcio, não possuía qualquer experiência na aplicação de concursos de grande porte, como o ENEM, já que, a mesma nunca havia operacionalizado um vestibular com mais de 45.000 (quarenta e cinco mil candidatos), número este que equivaleria a 1% dos candidatos do ENEM.⁸⁵

Além disso, no ano de 2008, esta mesma empresa, se viu obrigada a invalidar um concurso para residentes médicos realizado por ela, já que os candidatos

⁸⁴ Estes dados foram extraídos de http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/detalhes_noticias?noticia=18372.

⁸⁵ Extraído de <http://www.vooz.com.br/blogs/seguranca-em-torno-do-enem-era-coisa-de-amador-diz-policia-federal-18559.html>

identificaram na respectiva prova, questões idênticas as de um exame aplicado em 2007, pela Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia.⁸⁶

Não bastasse, este dissabor, em menos de 12 dias da invalidação do concurso citado acima, o vestibular da Faculdade Estadual da Bahia também de responsabilidade da empresa Consultec, foi cancelado e posteriormente adiado, devido a um vazamento de algumas provas.⁸⁷

Por sua vez, a Funrio, outra empresa integrante do Consórcio foi a responsável para a realização de um concurso para o Ministério da Justiça, também no ano de 2008, que também teve que ser adiado, pelo fato de algumas provas estarem violadas, e alguns dos inscritos não constarem na lista do Concurso⁸⁸.

No que toca a questão da segurança exigida por um concurso desta envergadura, a inexperiência do Consórcio Connase pode ser resumida através de uma declaração proferida pelo delegado da Polícia Federal Dr. Marcelo Sabadin, (responsável pelas investigações que resultou no indiciamento dos cinco envolvidos na fraude). Este, ao comentar sobre a segurança do local onde estavam sendo impressas as provas, assim concluiu: “A segurança ali era coisa de amador”⁸⁹.

Note-se ainda que, as falhas na segurança que possibilitaram o furto da prova por três funcionários contratados pela Connase, foram provocadas pelo próprio consórcio, uma vez que, a empresa Cetra (uma das empresas integrante do consórcio) solicitou a empresa Plural Editora e Gráfica (responsável pela impressão da prova) que reservasse uma área privativa para que seus funcionários pudessem manusear sem qualquer restrição os exames.

Nesta mesma área solicitada, trabalhavam 40 (quarenta) seguranças contratados pela Cetra para fiscalizarem a área solicitada pela empresa, além de

⁸⁶ Extraído de <http://video.globo.com/Videos/Player/Noticias/0,,GIM1135199-7823-MEC+COBRA+EXPLICACOES+DO+CONSORCIO+RESPONSAVEL+PELAS+PROVAS+DO+ENEM,00.html>.

⁸⁷ Ibid.

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ Extraído de Revista Veja, edição 2.134, nº 41, de 14 de outubro de 2009, p. 120.

mais de 50 funcionários, entre os quais, Felipe Pradella, que segundo as investigações da Polícia Federal, foi o grande responsável pela fraude.

Assim, nesta área, trabalhavam mais de 90 pessoas, que possuíam livre acesso ao local onde as provas eram impressas e manualmente montadas em caixas.⁹⁰

Além desta falha grave na segurança, o que demonstra a inexperiência e incapacidade do Consórcio em poder realizar um concurso desta envergadura, conforme declarado por Pradella em entrevista concedida a revista *Época*⁹¹, todos os funcionários que ali trabalhavam possuíam acesso à prova, e não bastasse isto, conforme também declarado por ele mesmo, não havia qualquer tipo de revista na entrada e saída dos funcionários.

Não bastasse esta falha na segurança, as provas estavam sendo entregues com uma semana de antecedência na casa dos coordenadores do ENEM nos municípios⁹².

Reside aí o problema. Na falta da exigência de uma capacidade técnica por parte das empresas participantes da licitação para a aplicação do ENEM.

Por inexistir uma qualificação técnica adequada para a aplicação de um exame do porte do ENEM, as empresas conseguiram cumprir os fracos requisitos dispostos no edital, sem, no entanto, possuir uma real capacidade técnica para a aplicação do mesmo.

A Constituição Federal na parte final do inciso XXI do artigo 37⁹³, tornou possível, a exigência de qualificação técnica e econômica, dos interessados no

⁹⁰ Ibid., p. 120.

⁹¹ Extraído da Revista *Época*, nº 595, de 12 de outubro de 2009.

⁹² Extraído de Revista *Veja*, ed. 2.134, nº 41, de 14 de outubro de 2009, p. 120.

⁹³ 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.**

certame licitatório, desde que indispensáveis para a garantia e cumprimento das obrigações.

A Lei nº 8.666/93, atenta a este permissivo constitucional, exige, em alguns casos uma capacitação pertinente e compatível com as características, e com o objeto da licitação. Tais exigências estão dispostas no artigo 30, inciso II, e § 3º, e no inciso III do artigo 33.

O artigo 30 inciso II da lei nº 8.666/93, assim preceitua:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:
(...)

II- comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

Já o § 3º do mesmo artigo, assim dispõe:

§ 3º Será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior.

Sobre a mesma ótica dispõe o artigo 33, inciso III:

Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas
(...)

III- apresentação dos documentos exigidos nos arts. 28 a 31 desta Lei por parte de cada consorciado, admitindo-se, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada consorciado, e, para efeito de qualificação econômico-financeira, o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação, podendo a Administração estabelecer, para o consórcio, um acréscimo de até 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para licitante individual, inexigível este acréscimo para os consórcios compostos, em sua totalidade, por micro e pequenas empresas assim definidas em Lei;

Apesar das críticas, no tocante ao caráter restritivo destas normas, já que para alguns estes dispositivos limitam a competitividade do certame, pois, por vezes, exigem uma alta capacitação técnica, permitindo somente a participação de poucas

empresas⁹⁴, a Jurisprudência, vem entendendo pela legalidade destes dispositivos, como por exemplo, nos seguintes acórdãos:

ADMINISTRATIVO. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. ATESTADO TÉCNICO. COMPROVAÇÃO. AUTORIA. EMPRESA. LEGALIDADE.

Quando em procedimento licitatório, exige-se comprovação, em nome da empresa, não está sendo violado o art. 30, § 1º, II, *caput*, da Lei 8.666/93.

É de vital importância, no trato da coisa pública, a permanente perseguição ao binômio qualidade eficiência, objetivando, não só garantir a segurança jurídica do contrato, mas também a consideração de certos fatores que integram a finalidade das licitações, máxime em se tratando daquelas de grande complexidade e de vulto financeiro tamanho que imponha ao administrador a elaboração de dispositivos, sempre em atenção à pedra de toque do ato administrativo — a lei —, mas com dispositivos que busquem resguardar a administração de aventureiros ou de licitantes de competência estrutural, administrativa e organizacional duvidosa.

Recurso provido.⁹⁵

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 30, II, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93.

1 – Não se comete violação ao art. 30, II, da Lei nº 8.666/93, quando, em procedimento licitatório, exige-se comprovação, em nome da empresa proponente, de atestados técnicos emitidos por operadores de telefonia no Brasil de execução, no País, em qualquer tempo, de serviço de implantação de cabos telefônicos classe ‘L’ e ‘C’ em período consecutivo de 24 meses, no volume mínimo de 60.000 HXh, devidamente certificados pela entidade profissional competente.

2 – ‘O exame do disposto no art. 37, XXI, da Constituição Federal, em sua parte final, referente a ‘exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações’ revela que o propósito aí objetivado é oferecer iguais oportunidades de contratação com o Poder Público, não a todo e qualquer interessado, indiscriminadamente, mas, sim, apenas a quem possa evidenciar que efetivamente dispõe de condições para executar aquilo a que se propõe’ (Adilson Dallari).

3 – Mandado de segurança denegado em primeiro e segundo grau.

4 – Recurso especial improvido.⁹⁶

⁹⁴ Neste sentido ver as razões de veto do Presidente da República a alínea “b” do § 1º, do artigo 30 do projeto de Lei nº 1.491/91, que deu origem a Lei nº 8.666/93. Publicado no Diário Oficial da União, Seção I, Edição 108, de 09/06/94, p. 11.

⁹⁵ REsp. nº 144.750/SP, 1ª Turma do STJ, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJU 25/09/00.

⁹⁶ REsp. nº 172.232/SP, 1ª Turma do STJ, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJU 21/09/98.

Na doutrina, Hely Lopes Meirelles, já se manifestou sobre esta exigência. Sobre esta capacidade técnica, o autor, assim concluiu:

A comprovação da capacidade técnico – operacional continua sendo exigível, não obstante o veto aposto à letra “b” do § 1º do art. 30. Na verdade, o dispositivo vetado impunha limitação a essa exigência e a sua retirada do texto legal deixou a critério da entidade licitante estabelecer, em cada caso, as exigências indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, exigências essas, que devem ser pertinentes e compatíveis com o objeto da licitação.⁹⁷

O próprio artigo 46, § 1º, inciso I da Lei nº 8.666/93, ao tratar da classificação das propostas técnicas de licitações de melhor técnica ou técnica e preço, dentre outros requisitos, exige a capacitação e a experiência do proponente. Textualmente:

§ 1º Nas licitações do tipo "melhor técnica" será adotado o seguinte procedimento claramente explicitado no instrumento convocatório, o qual fixará o preço máximo que a Administração se propõe a pagar:

I - serão abertos os envelopes contendo as propostas técnicas exclusivamente dos licitantes previamente qualificados e feita então a avaliação e classificação destas propostas de acordo com os critérios pertinentes e adequados ao objeto licitado, definidos com clareza e objetividade no instrumento **convocatório e que considerem a capacitação e a experiência do proponente, a qualidade técnica da proposta,** compreendendo metodologia, organização, tecnologias e recursos materiais a serem utilizados nos trabalhos, e a qualificação das equipes técnicas a serem mobilizadas para a sua execução;

Logo, a própria lei de licitações além de exigir uma capacidade técnica pertinente com a elaboração do objeto do edital, exige também que no momento da classificação das propostas técnicas, seja considerada a capacitação técnica e a experiência do proponente.

A elaboração e operacionalização do ENEM exige um elevado grau técnico, além de uma logística adequada, uma vez, que a prova é aplicada em diversos Municípios do País, e possui como objeto avaliar para milhões de estudantes.

⁹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 20ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 270.

Só no ano de 2009, o ENEM, foi critério de avaliação de mais de 4,1 milhões de estudantes, além de ter sido aplicado em 1.800 cidades.⁹⁸

Desta forma, no caso do ENEM, se não for exigido no edital uma capacidade técnica, uma logística adequada e uma experiência anterior em aplicação de exames do porte do ENEM, corre-se o risco de uma empresa que não preenche estes requisitos, cumprir com as exigências dispostas no edital, como o ocorrido no ENEM de 2009, sem, contudo, não apresentar condições mínimas para a realização do objeto.

Jessé Torres Pereira Júnior comentando sobre a possibilidade da autoridade administrativa incluir em editais de licitação exigências de comprovação de qualificação técnica, assim conclui:

Logo, a Constituição reservou à autoridade administrativa a discricção necessária e suficiente para incluir nos editais de licitação as exigências de comprovação de qualificação técnica que se ajustem à natureza do objeto em disputa, suas características e a complexidade de sua execução. Em outras palavras, cabe a cada edital dosar as exigências de modo a resguardar a Administração quanto à experiência da empresa licitante na precedente execução de objetos assemelhados.⁹⁹

Por fim, no exemplo do ENEM, a Administração inverteu os valores, já que em vez de buscar a verdade real, ou seja, a melhor proposta do mercado, contentou-se com a verdade formal, aquela presente somente nos mundo dos autos.

Diante do exposto, pretende-se demonstrar que a má elaboração de um edital, pode trazer sérias consequências para a Administração Pública e seus administrados, inclusive trazer uma proposta no mínimo ineficiente.

⁹⁸ Extraído de http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/detalhes_noticias?noticia=18372.

⁹⁹ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários a Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública**, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 267.

2.8 Economicidade na realização do Exame Nacional do Ensino Médio?

Depois do gasto de 38 milhões de reais com a impressão de provas inutilizadas, devido ao vazamento de algumas provas, o Ministério da Educação desembolsou mais de R\$ 31,9 milhões de reais para a impressão de novas prova junto a Gráfica RR Donnelly¹⁰⁰.

Conforme se extrai da publicação do Diário Oficial da União de 22 de outubro de 2009, o valor exato repassado a Gráfica RR Donnelly foi o de R\$ 31.916.300,00.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA. EXTRATO DE DISPENSA DE LICITAÇÃO Nº 199/2009

Nº Processo: 23036002717200921. Objeto: Contratação de serviços com a Empresa RR Donnelly Moore Editora e Gráfica Ltda., objetivando atender despesas com a execução de serviços de impressão gráfica, manuseio, embalagem, rotulagem, e entrega à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, dos Cadernos de Provas e Instrumentos de Aplicação destinados ao Exame Nacional do Ensino Médio - ENEM/2009. Total de Itens Licitados: 00001. **Fundamento Legal: Artigo 24, inciso IV**, da Lei 8.666/93. Justificativa: O INEP pesquisou o mercado em busca de gráficas com a certificação, necessária que pudesse executar integralmente o objeto. Declaração de Dispensa em 13/10/2009. CLAUDIO FRANCISCO SOUZA DE SALLES. Ordenador de Despesa. Ratificação em 13/10/2009. REYNALDO FERNANDES. Presidente do INEP. Valor: R\$ 31.916.300,00. Contratada: RR DONNELLEY MOORE EDITORA E GRAFICA LTDA. (SIDEC - 13/10/2009) 153978-26290-2009NE900898.¹⁰¹

Como não bastasse estes valores, o novo contrato emergencial firmado com o Consórcio entre o Centro de Seleção e Promoção de Eventos (CESPE) e a Fundação Cesgranrio, para a aplicação e correção da segunda versão do Enem foi ajustado em R\$ 99.959.837,86. Valor este publicado no diário Oficial da União de 14 de outubro de 2009, que assim dispõe:

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA EXTRATO DE DISPENSA DE LICITAÇÃO Nº 219/2009

Nº Processo: 23036002715200931. Objeto: Contratação em caráter emergencial do Consórcio formado pelas instituições FUB/CESPE e

¹⁰⁰ Extraído de http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/detalhes_noticias?noticia=18372.

¹⁰¹ Publicado no Diário Oficial da União, Seção III, de 22/10/09, p. 57.

Cesgranrio, doravante denominado simplesmente de Consórcio, inscritas no CNPJ/MF n^{os} 00.038.174/0001-43 e 42.270.181/0001-16, respectivamente, para operacionalização de procedimentos relativos ao ENEM/2009, conforme condições e especificações contidas no Projeto Básico. Total de Itens Licitados: 00001.

Fundamento Legal:

Artigo 24, inciso XIII, da Lei 8.666/93. Justificativa: Contratação em caráter emergencial Declaração de Dispensa em 21/10/2009. CLAUDIO FRANCISCO SOUZA DE SALLES. Ordenador de Despesa. Ratificação em 21/10/2009. REYNALDO FERNANDES. Presidente do INEP. Valor: R\$ 99.959.837,86. Contratada: FUNDACAO UNIVERSIDADE DE BRASILIA.¹⁰²

Além dos custos de R\$ 31,9 milhões pagos a nova gráfica, e de R\$ 99,9 milhões pagos ao novo Consórcio contratado para a aplicação do ENEM, há ainda o valor de R\$ 1,26 milhões que foram repassados ao Ministério da Defesa para o armazenamento das provas em dois galpões do Exército, e para a escolta das provas até os Correios conforme publicado no Diário Oficial da União no dia 18/09/09.

**INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS.
ANÍSIO TEIXEIRA - PORTARIA Nº 295, DE 17 DE NOVEMBRO DE 2009**

O PRESIDENTE DO INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA/INEP, no uso da competência que lhe foi atribuído, considerando o disposto no inciso III, do art. 1º, do Decreto 6.170, de 25 de julho de 2007, e:

Considerando os recursos necessários para atender às despesas do Ministério da Defesa, 4º Batalhão de Infantaria Leve e do 2º Batalhão de Polícia do Exército, sediados em Osasco, São Paulo, unidades com encargo de armazenamento de provas e escolta de comboios da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, na grande São Paulo, além de atender às despesas das demais organizações militares dessa Força, envolvidas no apoio, com vistas à realização do Exame Nacional do Ensino Médio - ENEM/2009, a realizar-se nos dias 5 e 6 de dezembro de 2009. Resolve:

(...)

Art. 3º Autorizar o Inep a transferir para o Ministério da Defesa créditos orçamentários e recursos financeiros constantes da Lei Orçamentária Anual/2009, Programa de Trabalho 12.362.1449.4017.0001 - Exames Nacionais de Habilidades e Competências, no total de R\$1.264.479,10 (um milhão duzentos e sessenta e quatro mil quatrocentos e setenta e nove reais e dez centavos).

Art. 4º Esta Portaria entra em vigor na data de sua assinatura.¹⁰³

¹⁰² Publicado no Diário Oficial da União, Seção III, de 22/10/09, p. 57.

¹⁰³ Publicado no Diário Oficial da União, Seção I, de 18/09/09, p. 17.

Desta forma, o custo da aplicação de um novo exame, foi de R\$ 133 milhões, R\$ 16 milhões mais caro do consórcio anterior que ficou orçado em 116 milhões.¹⁰⁴

É de se ressaltar que, este valor de R\$ 133 milhões acima exposto, só possui como base de cálculo, o valor pago à gráfica RR Donnelly de R\$ 31,9 milhões, e o contrato firmado com o novo consórcio de R\$ 99,9 milhões. Não entra nesta base de cálculo, o valor já gasto de R\$ 38 milhões desembolsados para o pagamento das impressões já realizadas pela antiga Gráfica.

Somando o valor de R\$ 133 milhões para a aplicação da nova prova com o gasto de R\$ 38 milhões pagos à antiga gráfica para a impressão da prova, chega-se ao espantoso valor de R\$ 171 milhões de reais.¹⁰⁵

Segundo notícia do Jornal o Globo¹⁰⁶, o novo contrato emergencial de R\$ 133 milhões, obteve apenas a economia de 1,6% do teto estipulado pelo Ministério de educação de R\$ 148 milhões, além de reduzir as responsabilidades de logísticas e de segurança.

Não bastasse isto, o Ministro do Tribunal de Contas da União, José Jorge, em sessão plenária realizada no dia 07/10/2009 decidiu investigar o vazamento da prova do ENEM, haja vista o fato do Consórcio Connase já ter recebido R\$ 38 milhões para o custeio das impressões da prova, tal valor sendo equivalente a 30% do contrato, orçado em R\$ 116 milhões de reais¹⁰⁷.

Diante disto pergunta-se: e a economicidade?

¹⁰⁴ Extraído de http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/detalhes_noticias?noticia=18372.

¹⁰⁵ Extraído de <http://www.e-educador.com/index.php/notas-mainmenu-98/5739-enem0006>.

¹⁰⁶ Extraído do Jornal O Globo de 23 de outubro de 2009, p. 8.

¹⁰⁷ Extraído de

http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/detalhes_noticias?noticia=18372.

2.9 Principais efeitos da fraude ao Exame Nacional do Ensino Médio de 2009

Conforme noticiado pelo Jornal o Globo¹⁰⁸, o ENEM de 2009 teve um número recorde de abstenções. Segundo o jornal, o Instituto Nacional de estudos e pesquisas educacionais Anísio Teixeira (INEP), autarquia federal vinculada ao Ministério da Educação, divulgou um balanço preliminar, informando que pelo menos 37,7% dos inscritos não compareceram ao local da prova. A notícia lembra ainda, que o Estado de São Paulo que teve 1 (um) milhão de inscritos no Exame, foi o estado com o maior número de inscritos ausentes, chegando ao espantoso índice de 46,9% de estudantes ausentes.

Em exames anteriores, esta abstenção oscilava entre 25% e 30%, sendo o índice mais alto, o do ano de 2004, com 32%.¹⁰⁹

Para o presidente do INEP a época, Reynaldo Fernandes, a resposta para este grande número de abstenções foi o adiantamento do ENEM, devido à fraude, aqui analisada.¹¹⁰

Não menos importante, é o fato da Universidade de São Paulo (USP) e da Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP), terem desistido de utilizar o ENEM de 2009, como forma de seleção e ingresso de alunos, em substituição ao antigo vestibular.¹¹¹

Um dos principais motivos alegados por estas instituições para justificar esta desistência de utilizar o ENEM em substituição ao vestibular foi o atraso que haveria na divulgação dos resultados do Exame, devido ao vazamento das provas.¹¹²

Por este tópico tratar de alguns dos principais efeitos negativos do ENEM de 2009, cabe ressaltar que o Presidente do INEP, Reynaldo Fernandes, a época da contratação do consórcio Connase, pediu demissão do cargo em 17 de dezembro de

¹⁰⁸ Extraído do Jornal O Globo de 7 de dezembro de 2009, p. 6.

¹⁰⁹ Ibid., p. 6.

¹¹⁰ Ibid., p. 6.

¹¹¹ Extraído do Jornal Folha de São Paulo de 7 de outubro de 2009, c2.

¹¹² Ibid., c2.

2009 alegando que o ambiente de trabalho ficou “muito deteriorado” após o vazamento do ENEM, conforme publicado no Jornal O Globo.¹¹³

Reynaldo Fernandes foi substituído por Joaquim José Soares Neto, ex- diretor geral do Centro de seleção e Promoção de eventos (CESP) da Universidade de Brasília.

Dentre as novas medidas adotadas por Joaquim, este defende que o Ministério da Educação dispense licitação para a contratação de um instituto, para a elaboração da prova. Para o novo presidente, o principal critério para a seleção da instituição deve ser o profissionalismo da entidade, e não o baixo preço.¹¹⁴

2.10 Quem paga a conta?

Após a análise da falha no edital da Concorrência tipo técnica e preço nº 04/2009, que permitiu a contratação de um consórcio formado por empresas que não possuíam uma qualificação necessária para a elaboração e operacionalização do Exame Nacional do Ensino Médio, este tópico visa realizar uma abordagem crítica sobre a possibilidade de responsabilizar a Administração Pública, e seus agentes, pelo prejuízo causado ao erário, e pelo prejuízo acarretado aos milhares de estudantes prejudicados pela fraude.

Assim, tentará se demonstrar que a Administração no caso do ENEM, apesar de ter observado a legalidade restrita¹¹⁵ (uma vez que todos os aspectos legais do certame licitatório foram observados) não observou a legalidade em sentido amplo¹¹⁶, ou seja, aquela que abrange não só a obediência a lei, mas também a observância dos princípios e valores que estão na base do ordenamento jurídico¹¹⁷, dentre eles, o princípio da eficiência aqui tratado.

¹¹³ Extraído do Jornal O Globo de 19 de dezembro de 2009, p. 13.

¹¹⁴ Extraído do Jornal O Globo de 22 de dezembro de 2009, p. 15.

¹¹⁵ Expressão de: DI PIETRO, Sylvia Maria Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 817.

¹¹⁶ Ibid., p. 817.

¹¹⁷ Ibid., p. 817.

Portanto, não cabe a Administração Pública se pautar somente pela legalidade restrita, observando apenas aspectos legais e formais, deve esta ir além, e observar também os princípios e valores vigentes em nosso ordenamento. A ordem constitucional exige esta submissão.

Logo, a simples análise fundada em critérios legais e formais das empresas integrantes do consórcio realizada pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP), durante o certame licitatório, não foi suficiente para descobrir a falta de capacidade técnica das empresas para a elaboração e operacionalização do ENEM, tampouco para “desvendar” os problemas de algumas das empresas integrantes do Consórcio na aplicação de concursos anteriores¹¹⁸.

Neste sentido, conforme aponta a doutrina, a concorrência é uma modalidade de licitação que possui como característica a publicidade e a universalidade. A primeira é assegurada pelo artigo 21 da Lei nº 8.666/93, que garante a publicação de avisos contendo os resumos dos editais da concorrência, pelo menos uma vez.

Já a universalidade se caracteriza pela possibilidade de participação de quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para a execução de seu objeto (art. 22, § 1º)¹¹⁹. Tal dispositivo, assim preceitua:

Art. 22. São modalidades de licitação:

(...)

§ 1º Concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto.

¹¹⁸ Problemas estes analisados no Capítulo 2, item 2.7: A falta de capacidade técnica do Consórcio Connase e a falha no edital do ENEM de 2009.

¹¹⁹ Ob. cit., p. 383.

Conforme aponta Flávio Amaral Garcia, a universalidade permite a participação de qualquer interessado, sem qualquer espécie de restrição, desde que preencha as condições previstas no edital de licitação¹²⁰. Nas palavras do autor:

A concorrência pressupõe uma fase de habilitação prévia, na qual se verifica. Antes do exame da proposta de preços ou técnica do licitante, sua qualificação para a contratação.

A idéia é evitar que a Administração Pública se aventure e contrate com um licitante que não seja regularmente constituído (habilitação jurídica), que esteja em situação irregular com o fisco (regularidade fiscal), que não apresente condições técnicas de executar o objeto (capacidade técnica) e que não revele a capacidade financeira e econômica para desempenhar suas obrigações (qualificação econômico -financeira).¹²¹

Desta forma, para evitar que a Administração contrate com empresas que não sejam regularmente constituídas, que não estejam em situação regular com o fisco, e que não apresentem as condições técnicas para execução do objeto, a Lei nº 8.666/93, em seu artigo 27 definiu os requisitos para a habilitação do licitante, criando desta forma a fase da habilitação. Nesta fase, a Administração só verifica as condições dos licitantes, observando se estes cumprem ou não, com os requisitos dispostos no edital para a execução do futuro contrato. Neste sentido, dispõe o artigo 27 da Lei nº 8.666/93:

Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

I - habilitação jurídica;

II - qualificação técnica;

III - qualificação econômico-financeira;

IV - regularidade fiscal.

V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal. (Incluído pela Lei nº 9.854, de 1999)

Neste diapasão, os critérios para a fase de habilitação, podem ser resumidos da seguinte maneira: habilitação jurídica (art. 28 da Lei nº 8.666/93), regularidade fiscal (art. 29 da Lei nº 8.666/93), qualificação técnica (art. 30 da Lei nº 8.666/93),

¹²⁰ GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e Contratos Administrativos – Casos e Polêmicas**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 13.

¹²¹ Ibid., p. 13.

qualificação econômica financeira (art. 31 da Lei nº 8.666/93) e o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal¹²².

Cumpra aqui analisar o critério da qualificação técnica, já que conforme analisado (no tópico acima) as empresas integrantes do Consórcio Connase, não possuíam a experiência e a qualificação técnica necessária para a aplicação de um concurso a nível nacional, como o ENEM, já que conforme exposto, duas destas empresas tiveram problemas de fraudes em concursos de sua responsabilidade, além do fato, da empresa Consultec (líder do consórcio) nunca ter operacionalizado um concurso com mais de 45.000 (quarenta e cinco mil) números este, que equivale a somente 1% do dos candidatos do ENEM¹²³.

Sobre a importância desta exigência técnica, cumpre salientar a lição de Flávio Amaral Garcia, que assim concluiu:

A exigência de qualificação técnica está prevista no art. 30 da Lei. O objetivo é evitar que a Administração Pública se aventure a contratar licitante que não detenha os conhecimentos técnicos necessários para executar o objeto. A extensão das exigências técnicas dependerá da complexidade do objeto a ser contratado, não sendo obrigatório que o edital contemple todas as exigências previstas na norma.¹²⁴

Continua o autor:

Logo, é crucial que o objetivo da exigência da qualificação técnica é verificar se o licitante possui **aptidão, conhecimento, equipamento e experiência** para executar o objeto contratual.

Busca-se proteger o valor “segurança”, eis que seria inadmissível que a Administração Pública colocasse em risco a segurança de pessoas, obras e bens, aventurando-se a contratar com licitante desqualificado e desprovido de experiência e técnica para desenvolver o objeto do ajuste.¹²⁵

¹²² Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos.

¹²³ Extraído de <http://www.vooz.com.br/blogs/seguranca-em-torno-do-enem-era-coisa-de-amador-diz-policia-federal-18559.html>

¹²⁴ GARCIA, Flávio Amaral. Ob. cit., p. 29.

¹²⁵ Ibid., p. 29.

Diante do exposto, resta claro que cabe ao Administrador fazer mais ou menos exigências, a depender da complexidade do objeto a ser contratado. Tanto é assim, que a Constituição em seu artigo 37 inciso XXI, diz expressamente que só serão permitidas exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis a garantia do cumprimento da obrigação¹²⁶.

Ora, como já defendido em tópico anterior, não é de mais exigir no caso do Exame Nacional do Ensino Médio, um conhecimento e uma certa experiência na execução de objeto, que neste caso, se refere a elaboração e operacionalização de um exame nacional a ser aplicado para mais de 4, 1 milhões de estudantes e em 1.800 diferentes cidades.¹²⁷ Neste sentido, merece destaque a lição de Flávio Amaral Garcia:

A Administração deve sempre ter como norte o dispositivo constitucional (art. 37, XXI), ou seja, as condições de habilitação devem ser analisadas em estrita consonância com a necessidade de garantia das obrigações contratuais. Note-se, desde já que o procedimento licitatório visa a vantajosidade que, dentre os seus atributos, possui a segurança de contratar com pessoa que efetivamente detém condições de realizar a obra com os critérios e com a experiência necessária para tanto.¹²⁸

O mesmo autor discorrendo sobre a discricionariedade do administrador na elaboração e fixação de requisitos técnicos no edital, como por exemplo, a exigência de certa experiência, lembra que, apesar da existência desta discricionariedade, esta está sujeita a incidência dos princípios da razoabilidade, economicidade e, da eficiência. Nas palavras do autor:

Se de um lado é de se reconhecer que há discricionariedade do administrador na fixação de tais requisitos, de outro não é menos exato que esta discricionariedade está sujeita a incidência dos princípios da **razoabilidade, economicidade e, principalmente, eficiência**¹²⁹.

Conclui então o autor que dependendo do objeto a ser contratado, e suas características, o licitante, deve apresentar uma capacidade operacional, capacidade

¹²⁶ Neste sentido ver: GARCIA, Flávio Amaral. Ob. cit., p. 29.

¹²⁷ Estes dados foram extraídos de

http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/detalhes_noticias?noticia=18372

¹²⁸ GARCIA, Flávio Amaral. Ob. cit., p. 30.

¹²⁹ Ibid., p. 30.

esta, entendida, como aquela em que, o licitante deve mostrar que já executou objeto semelhante. Em sua lição:

O licitante deverá demonstrar que já executou objeto semelhante, compatível com as características, quantidades e prazos exigidos no edital, o que poderá ser feito por meio de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes. É a denominada capacidade operacional.¹³⁰

Este também o entendimento da jurisprudência, conforme elucida o agravo de instrumento nº 102.532, julgado pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICITAÇÃO. ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICO-OPERACIONAL. LEGALIDADE DE CLÁUSULA EDITALÍCIA.

1. Agravo de instrumento manejado por CONSTRAL CONSTRUTORA E CONSULTORIA SANTO ANTÔNIO LTDA contra decisão que indeferiu pedido liminar, em sede de mandado de segurança contra ato imputado ao Presidente da Comissão Permanente de Licitação do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, que julgou a ora agravante inabilitada, por força de recurso administrativo apresentado pela empresa Comtérmica, em razão de descumprimento do item 4.1.11 do edital, que trata da capacidade técnico-operacional da empresa;

2. Da análise dos autos verifica-se que, nos termos do Edital de licitação, para a comprovação da capacidade técnico-operacional necessário se faz que as declarações, certidões ou atestados, fornecidos em nome do profissional habilitado, informem que a empresa licitante já realizou serviço de natureza similar ao objeto da licitação. Assim, a prova da capacidade para a execução do serviço não só é do profissional, mas também da empresa que irá realizar o objeto licitado;

3. Tal disposição editalícia não padece de qualquer ilegalidade vez que está respaldada no art. 30, parágrafo 1º, I, da Lei nº 8.666/93. Ao estabelecer requisitos de capacidade técnica da empresa, o legislador ordinário buscou, em termos gerais, excluir a possibilidade de colocar em risco a execução satisfatória da futura contratação. Precedente do STJ;

4. Agravo de instrumento improvido.¹³¹

Logo, o conceito de legalidade ampla permite que o princípio da eficiência seja atingido, de modo que obriga o Administrador a se pautar não só por critérios legais, como também por princípios e valores constitucionais. No mesmo sentido, a

¹³⁰ Ibid., p. 30.

¹³¹ Agravo de instrumento nº 102.532/PB, TRF5, Des. Rel. PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA, j. 14/01/10, DJ 05/03/10.

legalidade ampla, também justifica a inclusão do requisito da capacidade técnica no edital, já que este preza pelo cumprimento eficiente do objeto a ser contratado.

Diante destas premissas, não pode a Administração se pautar em critérios exclusivamente formais e legais, durante o processo licitatório, deve esta, observar também os valores e princípios traçados pela Constituição Federal, de modo que, a empresa licitante vencedora, não só consiga cumprir com os requisitos dispostos no edital, mas também, consiga cumprir com os valores e princípios vigentes em nossa ordem Constitucional, em especial o princípio da eficiência aqui analisado.

A legalidade ampla, além de ser de extrema importância, no sentido da escolha da melhor proposta não só nos autos, mais também no mercado, permite também uma eventual responsabilização da Administração e de seus agentes, naqueles casos, onde somente pelo conceito da legalidade restrita, não seria possível a responsabilização.

No caso aqui em análise, da fraude ao Exame Nacional do Ensino Médio, se utilizarmos somente o critério da legalidade em sentido restrito, não poderia haver qualquer tipo de responsabilização da Administração Pública, e de seus agentes, já que, todos os aspectos legais foram respeitados durante o certame licitatório, apesar da não exigência do requisito da capacidade técnica.

Entretanto, o mesmo raciocínio da não responsabilização pelo critério da legalidade em sentido restrito, não se aplica se utilizarmos o critério da legalidade ampla, já que apesar do fato da Administração ter observado todos os aspectos legais exigidos pela Lei nº 8.666/93, durante o certame, o processo não observou princípios constitucionais, como por exemplo, o próprio princípio da eficiência, da economicidade, e da razoabilidade.

Ora, não cabe ao Administrador, somente a análise dos aspectos legais, ou seja, se a empresa, cumpre ou não com os requisitos exigidos no edital, deve este exercer um papel pró-ativo, devendo analisar, através de pesquisas de mercado, se

a empresa licitante, além de cumprir com os requisitos objetivos previstos no edital, possui uma boa idoneidade, e capacidade para cumprir com o objeto.

No caso do ENEM, por exemplo, deveria o Administrador, analisar não somente os aspectos formais e legais, das empresas integrantes do Consórcio Connase, como também, verificar, através de uma simples pesquisa no mercado, se as empresas, possuíam uma experiência na aplicação e elaboração de objetos similares ao ENEM.

Caso, a Administração tivesse feito esta simples pesquisa no mercado, poderia esta perceber que, duas das empresas integrantes deste consórcio, já tiveram problemas similares ao ocorrido ao ENEM, o que de certa forma, deveria ao menos “acender uma luz amarela”, a Administração, a respeito de sua “temerária qualificação”.

Esta “temerária qualificação”, poderia ter evitado a contratação do Consórcio Connase, e possivelmente, evitado, a fraude ocorrida ao Exame. Tal impossibilidade de contratação por conta desta qualificação temerária das empresas se justifica pelo princípio da eficiência, já que, a partir do momento que a Administração tomasse ciência destes problemas anteriores das empresas, esta ao menos poderia se resguardar, no sentido de uma não contratação, já que, a execução do objeto, se daria de forma duvidosa e insegura, ainda mais, no caso de um exame do porte como o ENEM.

Assim, o critério da legalidade ampla deve nortear toda a Administração Pública, devendo esta não se pautar somente em critérios estritamente legais, mas, também por princípios e valores dispostos na Carta Magna, entre eles o da eficiência. Espera-se do Administrador, uma conduta ativa, devendo este, realizar pesquisas de mercado, de modo que possa descobrir realmente, a idoneidade, experiência, da empresa licitante, no cumprimento do objeto, sob pena de afronta ao princípio da eficiência e da economicidade.

Por fim, cabe ressaltar, que conforme já analisado neste trabalho, os agentes envolvidos no certame licitatório do ENEM, podem e devem responder por improbidade administrativa, nos termos do artigo 11 da Lei nº 8.429/92, por ofensa aos princípios da eficiência e da economicidade, uma vez que estes, não se deram ao trabalho de realizar uma simples pesquisa no mercado, evitando assim, a contratação de empresas com uma temerária qualificação, e inexperiência na aplicação de objetos similares ao do Exame Nacional do Ensino Médio.

3 EXCEÇÕES À OBRIGATORIEDADE DO CERTAME LICITATÓRIO

3.1 Da dispensa de Licitação

Apesar de vigorar o princípio da obrigatoriedade da licitação, previsto no artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal, o mesmo dispositivo faz uma exceção a si próprio, assim dispondo:

Art.37

(...)

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

Assim, a própria Constituição Federal, faz uma ressalva a esta obrigatoriedade de se licitar, ao dispor em seu artigo 37 inciso XXI, a expressão *ressalvados os casos especificados na legislação*.

Devido a esta expressão, coube ao legislador infraconstitucional regulamentar o inciso XXI. Devendo este delimitar e esclarecer as hipóteses específicas onde esta obrigatoriedade não se faz presente.

O legislador delineou, portanto, estas hipóteses de dispensa de licitação no artigo 24 da Lei nº 8.666/93, que assim dispõe:

Art. 24. É dispensável a licitação:

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

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

III - nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem;

IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar

prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

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

VI - quando a União tiver que intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento;

VII - 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 art. 48 desta Lei e, persistindo a situação, será admitida a adjudicação direta dos bens ou serviços, por valor não superior ao constante do registro de preços, ou dos serviços;

VIII - para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;

IX - quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional;

X - para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípua da administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia;

XI - na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido;

XII - nas compras de hortifrutigranjeiros, pão e outros gêneros perecíveis, no tempo necessário para a realização dos processos licitatórios correspondentes, realizadas diretamente com base no preço do dia;

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

XIV - para a aquisição de bens ou serviços nos termos de acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional, quando as condições ofertadas forem manifestamente vantajosas para o Poder Público;

XV - para a aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que compatíveis ou inerentes às finalidades do órgão ou entidade;

XVI - 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 pessoa jurídica de direito público interno, por órgãos ou entidades que integrem a Administração Pública, criados para esse fim específico;

XVII - para a aquisição de componentes ou peças de origem nacional ou estrangeira, necessários à manutenção de equipamentos durante o período de garantia técnica, junto ao fornecedor original desses equipamentos, quando tal condição de exclusividade for indispensável para a vigência da garantia;

XVIII - nas compras ou contratações de serviços para o abastecimento de navios, embarcações, unidades aéreas ou tropas e seus meios de deslocamento quando em estada eventual de curta duração em portos, aeroportos ou localidades diferentes de suas sedes, por motivo de movimentação operacional ou de adestramento, quando a exiguidade dos prazos legais puder comprometer a normalidade e os propósitos das operações e desde que seu valor não exceda ao limite previsto na alínea "a" do inciso II do art. 23 desta Lei;

XIX - para as compras de material de uso pelas Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante parecer de comissão instituída por decreto;

XX - na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;

XXII - na contratação de fornecimento ou suprimento de energia elétrica e gás natural com concessionário, permissionário ou autorizado, segundo as normas da legislação específica;

XXIII - na contratação realizada por empresa pública ou sociedade;

XXIV - 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;

XXV - na contratação realizada por Instituição Científica e Tecnológica - ICT ou por agência de fomento para a transferência de tecnologia e para o licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida;

XXVI - na celebração de contrato de programa 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;

XXVII - na contratação da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados 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 pública;

XXVIII - para o fornecimento de bens e serviços, produzidos ou prestados no País, que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional, mediante parecer de comissão especialmente designada pela autoridade máxima do órgão;

XXIX - na aquisição de bens e contratação de serviços para atender aos contingentes militares das Forças Singulares brasileiras empregadas em operações de paz no exterior, necessariamente justificadas quanto ao preço e à escolha do fornecedor ou executante e ratificadas pelo Comandante da Força;

Parágrafo único. Os percentuais referidos nos incisos I e II do *caput* deste artigo serão 20% (vinte por cento) para compras, obras e serviços

contratados por consórcios públicos, sociedade de economia mista, empresa pública e por autarquia ou fundação qualificadas, na forma da lei, como Agências Executivas.

Conforme leciona José dos Santos Carvalho Filho, “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”.¹³²

Somando-se a este ensinamento, dispõe Flavio Amaral Garcia, sobre o tema:

Existem determinadas situações concretas, eleitas previamente pelo legislador, nos quais se entendeu que se deveria conferir ao administrador público margem de discricionariedade para afastar o procedimento seletivo, com vistas ao atendimento do interesse público.

São hipóteses em que a competição é plenamente viável e que, em tese, comportariam a realização de prévio procedimento licitatório, mais que diante das especificidades do caso concreto, confere-se ao administrador público a possibilidade de dispensar a licitação formal, sempre com vistas a atingir uma finalidade pública ou outros valores que norteiam a atividade administrativa.¹³³

Note-se que as hipóteses de dispensa dispostas no artigo 24 da Lei nº 8.666/93, devem ser interpretadas de forma restrita, taxativa, e sempre de forma excepcional.

No que toca a excepcionalidade destas medidas, lembra José dos Santos Carvalho Filho, “que as hipóteses previstas no art. 24 traduzem situações que fogem a regra geral, é só por esta razão a fenda no princípio da obrigatoriedade”¹³⁴.

Assim, pelo fato de tais normas serem excepcionais, tais hipóteses de dispensa, deverão ser interpretadas de forma taxativa, de modo que, os casos dispostos nos incisos do artigo 24 não poderão ser ampliados pelo administrador.

¹³² SANTOS, José Carvalho Filho dos. **Manual de Direito Administrativo**, 17ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 220.

¹³³ GARCIA, Flávio Amaral. Ob.cit., p. 38.

¹³⁴ SANTOS, José Carvalho Filho dos. Ob. cit., p. 220.

Neste sentido, conforme lembra Raul Armando Mendes, “os casos legais, portanto, são os únicos cuja dispensa de licitação o legislador considerou mais conveniente ao interesse público”¹³⁵.

No mesmo diapasão ensina Flávio Amaral Garcia:

O art. 24 da lei arrola taxativamente diversas situações de dispensa da licitação, razão pela qual não se pode cogitar de outra hipótese que não esteja previamente tipificada na norma. Como exceção a norma de licitar, a interpretação deve ser precipuamente restritiva.¹³⁶

É curioso notar que, a preocupação do legislador no que toca a taxatividade das hipóteses de dispensa dispostas no artigo 24 da Lei nº 8.666/93, foi tanta, que caso estas vierem a ser desrespeitadas, configurar-se-á o crime disposto no artigo 89, pelo qual, se pune com a pena de detenção de 3 a 5 anos, aquele agente público que, vier a dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei.

A título de curiosidade, cabe a transcrição do artigo 89 do Estatuto Geral de Licitação (Lei nº 8.666/93) que assim preceitua:

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.

O Superior Tribunal de Justiça, já se pronunciou diversas vezes, sobre a dispensa de licitação fora das hipóteses legais, como por exemplo, nos seguintes casos:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. LEI DE LICITAÇÕES. CRIME DE DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS. NULIDADE DO ACÓRDÃO QUE NÃO ABRIU VISTA PARA A DEFESA SE MANIFESTAR ACERCA DO PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL COMO CUSTOS LEGIS. INVERSÃO PROCESSUAL

¹³⁵ MENDES, Raul Armando. **Comentários ao Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos**, São Paulo: Saraiva, 1991, p. 66.

¹³⁶ GARCIA, Flávio Amaral. Ob. cit., p. 38.

NÃO CONFIGURADA. CRIME IMPOSSÍVEL POR ABSOLUTA IMPROPRIEDADE DO OBJETO. INSTITUTO QUE NÃO INCIDE NA HIPÓTESE. SUJEITO ATIVO DO CRIME DO ART. 89 DA LEI DE LICITAÇÕES. PREFEITO QUE CONTRATOU SEM LICITAÇÃO SOBRE BEM QUE DETINHA A POSSE E A RESPONSABILIDADE. POSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

1. Não existe inversão processual quando o Ministério Público, após as alegações finais da Acusação e da Defesa, agindo como custos legis, manifesta-se pela condenação do Réu nos termos da denúncia, mormente em se considerando que o parecer não vincula a decisão proferida pelo órgão julgador e não acrescentou argumentação nova não debatida pelas partes.
2. Não se trata de crime impossível, por absoluta impropriedade do objeto, não incidindo o art. 17 do Código Penal na hipótese. Primeiro, não se trata de crime tentado. Segundo, "a absoluta impropriedade do objeto" refere-se à impossibilidade de o agente consumir o crime e ofender o bem jurídico que o art. 89 da Lei n.º 8.666/93 visa proteger, isto é, a moralidade administrativa. Restou comprovado que o resultado lesivo foi alcançado, tendo em vista que o Réu contratou sem licitação.
3. Insurge-se o Recorrente, ora Prefeito, contra a responsabilização pelo crime previsto no art. 89, *caput*, da Lei n.º 8.666/93, alegando que a propriedade do bem pertence ao Estado do Paraná. Ocorre que restou comprovado que a posse, a administração e a responsabilidade sobre o bem contratado pertence ao Município, tanto que o Réu procedeu à transferência a terceiros. O sujeito ativo do crime previsto no *caput* desse artigo é o administrador que dispensa ou inexige licitação ou não obedece ao procedimento legal pertinente à dispensa ou à inexigibilidade. Assim, a conduta do Recorrente se subsume ao tipo legal.
4. Recurso desprovido.¹³⁷

PROCESSO PENAL – REJEIÇÃO DA DENÚNCIA – DESPENSA DE LICITAÇÃO (ART. 89 LEI 8.666/93).

1. O tipo descrito do art. 89 da Lei de Licitação tem por escopo proteger o patrimônio público e preservar o princípio da moralidade, mas só é punível quando produz resultado danoso.
2. É penalmente irrelevante a conduta formal de alguém que desatente as formalidades da licitação, quando não há consequência patrimonial para o órgão público.
3. O dolo genérico não é suficiente para levar o administrador à condenação por infração à Lei de Licitações.
4. Prática de padronização de mobiliários ou equipamentos que não afasta a exigência de licitação, mas não se configura como crime, senão quando ocasiona dano ao erário.
5. Denúncia rejeitada.¹³⁸

¹³⁷ Recurso Especial nº 724859/PR, Rel. Min. LAURITA V AZ, j. 10/09/09, DJ 28/09/09.

¹³⁸ Apn 261/PB, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ 05/12/05.

Apesar do crime em análise ser formal, isto é, aquele crime que para a sua consumação basta a prática da conduta (conduta aqui entendida como a dispensa e inexigibilidade de conduta, ou a não observância das formalidades pertinentes a elas), não necessitando portanto, de nenhum prejuízo ao erário, o Superior Tribunal de Justiça, pacificou o entendimento de que o referido crime somente será punível caso venha a resultar em um resultado gravoso ao erário.

Feita esta breve introdução, cabe aqui examinarmos as hipóteses de dispensa mais relevantes e mais usuais nas esferas administrativas.

3.2 Dispensa em relação ao valor

Os casos previstos nos incisos I e II do artigo 24 da Lei nº 8.666/93, estipulam as hipóteses pela qual se pode dispensar a licitação através de um critério de valor estipulado nos próprios incisos, sendo estes:

Art. 24. É dispensável a licitação:

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

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

Conforme explica Flávio Amaral Garcia, “quando o valor da contratação não for muito elevado, admite-se a contratação direta sem a necessidade de realização de licitação”¹³⁹.

Os limites para se contratar de forma direta, estão dispostos nos incisos acima citados, sendo respectivamente o valor de até 10% do limite previsto na alínea a do inciso anterior, (sendo tal limite de R\$ 150.000,00) desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou ainda para obras e serviços da mesma

¹³⁹ GARCIA, Flávio Amaral. Ob. cit., p. 38.

natureza, e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente.

Há ainda o caso previsto no inciso II do mesmo artigo, para aqueles outros serviços e compras de valor até 10% do limite previsto na alínea a do inciso II do artigo 23, limite este de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais), desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez.

Conforme ensina Flávio Amaral Garcia, “o objetivo do legislador foi o de atender ao próprio princípio da economicidade, pois seria irrazoável que o gasto com a realização do procedimento seletivo fosse maior do que o da própria contratação”¹⁴⁰.

Lembra ainda, José dos Santos Carvalho Filho, que “... se as obras, serviços e compras forem contratados por sociedade de economia mista e empresa pública, bem como autarquia e fundação qualificadas por lei como agências executivas, o percentual será de vinte por cento sobre a mesma base de cálculo”¹⁴¹, em consonância com o disposto no artigo 24, parágrafo único da Lei nº 8.666/93¹⁴².

Já concluindo, é de se ressaltar que em ambas as hipóteses dos incisos ora analisados, o administrador poderá realizar a licitação ou não. Assim, “não há obrigatoriedade de não licitar, mais faculdade de não fazê-lo”¹⁴³.

Não menos importante, é a regra disposta no artigo 26 do estatuto¹⁴⁴, que em consonância com o princípio da motivação dos atos administrativos, exige que as

¹⁴⁰ GARCIA, Flávio Amaral. Ob. cit., p. 38.

¹⁴¹ SANTOS, José Carvalho Filho dos. Ob. cit., p. 220.

¹⁴² Parágrafo único. Os percentuais referidos nos incisos I e II do *caput* deste artigo serão 20% (vinte por cento) para compras, obras e serviços contratados por consórcios públicos, sociedade de economia mista, empresa pública e por autarquia ou fundação qualificadas, na forma da lei, como Agências Executivas.

¹⁴³ SANTOS, José Carvalho Filho dos. Ob. cit., p. 220.

¹⁴⁴ Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

dispensas com bases nestes dispositivos, com exceção aos aqui analisados (dispensa em razão de valor) devem ser motivados.

3.3 Dispensa em Situação de emergência

Tais situações excepcionais estão dispostas nos incisos, III, IV e IX do artigo 24 da Lei nº 8.666/93. Textualmente:

Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

III - nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem;

IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

(...)

IX - quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional;

Assim, após uma análise previa destes dispositivos, chega-se à conclusão de que são 4 (quatro) as situações excepcionais, onde a licitação se mostra dispensável, sendo elas respectivamente: casos de guerra ou grave perturbação da ordem, casos de emergência ou de calamidade pública, ou naqueles casos onde há a possibilidade de comprometimento da segurança nacional.

Na hipótese do inciso IV, onde o legislador expressamente dispensou o certame licitatório, “são situações emergenciais, que possam ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança das pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens públicos”, conforme explica Flávio Amaral Garcia.¹⁴⁵

O mesmo autor, explicando um dos motivos que levou ao legislador dispensar a licitação neste caso, afirma que, “... se a situação é de urgência o tempo gasto

¹⁴⁵ GARCIA, Flávio Amaral. Ob. cit., p. 38.

com a realização do procedimento seletivo pode ser prejudicial ao atendimento do interesse público”¹⁴⁶.

Cabe destacar que, na hipótese de emergência ou de calamidade pública, prevista no inciso IV, o legislador estipulou um prazo de máximo de 180 (cento e oitenta) dias de vigência para o contrato celebrado em decorrência desta situação emergencial.

Sobre este prazo máximo de 180 dias de vigência de um contrato estabelecido neste contexto emergencial, lembra Flávio Amaral Garcia:

A idéia aqui é evitar a eternização de tais contratos, que devem durar o tempo necessário para sanar a situação de urgência, procedendo-se posterior contratação por meio de regular procedimento licitatório”.¹⁴⁷

Contudo, conforme ensina José dos Santos Carvalho Filho, apesar de “o prazo em princípio, dever ser considerado peremptório, impedindo-se o cometimento de desvios de finalidade, mas atendendo ao espírito da norma, tem se admitido a sua flexibilização quando inviável a sua observância sem culpa da Administração”¹⁴⁸.

Cabe lembrar que, a contratação direta da empresa RR Donnelly Moore Editora e Gráfica Ltda., responsável pela execução de serviços de impressões gráfica, manuseio, embalagem, rotulagem, e entrega a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, referentes ao Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM), ocorreu com base na hipótese do inciso IV da Lei nº 8.666/93, conforme publicado no diário oficial da União no dia 14 de Outubro de 2009¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Ibid., p. 38.

¹⁴⁷ Ibid., p. 38.

¹⁴⁸ SANTOS, José Carvalho Filho dos. Ob. cit., p. 222. Neste sentido ver. Jessé Torres Pereira Junior, com citação, inclusive, das decisões nº 820/96 e 927/200, do TCU, admitindo a prorrogação (Comentários a nova lei das Licitações Públicas. 5ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 24/25) Também: Marçal Justen Filho, **Comentários a Lei de licitações e Contratos Administrativos**. 9ª ed., Rio de Janeiro: Aide, 2002, p. 242.

¹⁴⁹ Publicado no Diário Oficial da União. Seção III, p. 67.

**INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS
ANÍSIO TEIXEIRA. EXTRATO DE DISPENSA DE LICITAÇÃO Nº 199/2009**

Nº Processo: 23036002717200921. Objeto: Contratação de serviços com a Empresa RR Donnelly Moore Editora e Gráfica Ltda., objetivando atender despesas com a execução de serviços de impressão gráfica, manuseio, embalagem, rotulagem, e entrega à Empresa Brasileira de Correios e Telegráfos - ECT, dos Cadernos de Provas e Instrumentos de Aplicação destinados ao Exame Nacional do Ensino Médio - ENEM/2009. Total de Itens Licitados: 00001. **Fundamento Legal: Artigo 24, inciso IV**, da Lei 8.666/93. Justificativa: O INEP pesquisou o mercado em busca de gráficas com a certificação, necessária que pudesse executar integralmente o objeto. Declaração de Dispensa em 13/10/2009. CLAUDIO FRANCISCO SOUZA DE SALLES. Ordenador de Despesa. Ratificação em 13/10/2009. REYNALDO FERNANDES. Presidente do INEP. Valor: R\$ 31.916.300,00. Contratada: RR DONNELLEY MOORE EDITORA E GRAFICA LTDA. (SIDECA - 13/10/2009) 153978-26290-2009NE900898

O Tribunal de Contas da União através da decisão do Plenário nº 347/94¹⁵⁰ de relatoria do Ministro Carlos Átila, estabeleceu alguns pressupostos para a contratação direta por emergência, conforme se percebe com a ementa da decisão:

“Calamidade pública. Emergência. Dispensa de licitação. Lei nº 8.666/93, art. 24, IV. Pressupostos para aplicação.

1 – que a situação adversa, dada como de emergência ou de calamidade pública, não se tenha originado, total ou parcialmente, da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos disponíveis, ou seja, que ela não possa, em alguma medida, ser atribuída a culpa ou dolo do agente público que tinha o dever de agir para prevenir a ocorrência de tal situação;

2 – que exista urgência concreta e efetiva do atendimento a situação decorrente do estado emergencial ou calamitoso, visando afastar risco de danos a bens ou à saúde ou vida de pessoas;

3 – que o risco, além de concreto e efetivamente provável, se mostre iminente e especialmente gravoso;

4 – que a imediata efetivação, por meio de contratação com terceiro, de determinadas obras, serviços ou compras, segundo as especificações e quantitativos tecnicamente apurados, seja o meio adequado, efetivo e eficiente de afastar o risco iminente detectado.”

3.4 Licitação Deserta

Dispõe o inciso IV do artigo 24 da Lei nº 8.666/93:

¹⁵⁰ Julgado em 01 de junho de 1994.

Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

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

Estabelece o referido dispositivo, o que a doutrina costuma denominar de licitação deserta, ou simplesmente desinteresse na contratação¹⁵¹.

São aqueles casos, onde se realiza um certame licitatório para determinado fim, e por qualquer outro motivo, não restam interessados no processo seletivo.

Nestes casos, onde não há interessados no certame, o legislador permitiu a contratação direta, desde que, não seja possível uma nova realização do mesmo, sem acarretar prejuízos para a Administração.

Assim sendo, caso não seja possível a realização de um novo certame sem acarretar em prejuízo para a Administração, permitiu-se a contratação direta, mantidas todas as condições estabelecidas no edital da licitação, pois caso houvesse modificações, conforme leciona José dos Santos Carvalho Filho, haveria burla ao princípio da legalidade¹⁵².

O mesmo autor, ao conceituar o que se pode considerar como desinteresse no processo licitatório, afirma que “este desinteresse configura-se quando nenhum particular assumia a postura de desejar a contratação, sequer atendendo a convocação. Ou então quando os que tenham apresentado forem provavelmente inidôneos”¹⁵³.

3.5 Licitação Frustrada

A hipótese de licitação frustrada esta disposta no inciso VII do artigo 24, que assim preceitua:

¹⁵¹ Neste sentido: GARCIA, Flávio Amaral. Ob. cit., p. 39 e SANTOS, José Carvalho Filho dos. Ob. cit., p. 220.

¹⁵² SANTOS, José Carvalho Filho dos. Ob.cit., p. 223.

¹⁵³ Ibid., p. 223.

Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

VII - 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 art. 48 desta Lei e, persistindo a situação, será admitida a adjudicação direta dos bens ou serviços, por valor não superior ao constante do registro de preços, ou dos serviços;

Sobre o tema, explica Flávio Amaral Garcia:

Licitação Frustrada é aquela na qual há o comparecimento de licitantes, mas as propostas apresentadas consignam preços manifestamente superiores ao praticados no mercado nacional, ou são incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes.¹⁵⁴

3.6 Dispensa para Contratar com Entidades da Administração Pública

O artigo 24 inciso VIII assim regula o tema:

VIII - para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;

O que se extrai deste inciso é que a Administração poderá contratar de forma direta quando houver uma pessoa jurídica de direito público interno que pretenda adquirir bens ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.

Conforme explica Flávio Amaral Garcia, “a idéia aqui é evitar que a Administração tenha que buscar no mercado o que já tem disponível na sua própria estrutura”¹⁵⁵.

¹⁵⁴ GARCIA, Flávio Amaral. Ob. cit., p. 38.

¹⁵⁵ Ibid., p. 39.

Apesar da regra em análise ser clara, no sentido de tornar dispensável o certame licitatório nas situações estabelecidas entre pessoas ligadas à própria administração, há grande discussão doutrinária sobre esta modalidade de dispensa.

A primeira discussão gira em torno da interpretação do inciso, já que parcela da doutrina¹⁵⁶ entende que a hipótese de dispensa, só alcançaria aquelas situações em que a pessoa administrativa seja da mesma órbita federativa do ente de direito público, não se aplicando, portanto, as pessoas administrativas de esferas diversas, já que conforme lembra José dos Santos Carvalho Filho, “o espírito da norma foi o de tratar de contratação dentro da mesma Administração”.¹⁵⁷

Outra questão que se mostra relevante, é o fato de parcela da doutrina¹⁵⁸ entender que, a norma em análise, não alcança as pessoas da administração indireta que se dediquem a exploração econômica. Para estes autores, estas entidades possuem caráter empresarial, em consonância com o mandamento constitucional (artigo 173 parágrafo 1º da Constituição Federal), devendo portanto, atuar no mercado nas mesmas condições que as demais empresas no setor privado.

A exigência disposta neste inciso, que estabelece que, o órgão ou entidade que integre a Administração deva ter sido criado antes da vigência da Lei nº 8.666/93, encontra também certo dissenso na doutrina.

Como exemplo deste dissenso, está Carlos Ari Sundfeld¹⁵⁹, que entende que estas restrições só são aplicáveis a União, não se aplicando, portanto, aos demais entes federativos, já que estes poderiam a qualquer momento, criar órgãos e pessoas administrativas, celebrando com estas uma contratação direta.

¹⁵⁶ Neste sentido: José dos Santos Carvalho Filho. Ob. cit., p. 223 e Eduardo Azeredo Rodrigues, em “*Da dispensa de licitação na contratação de órgão ou entidade exploradora de atividade econômica*”, in Revista da Procuradoria do Tribunal de Contas do Rio de Janeiro, nº 1, pp.171/8, ano 2005. Pensando de maneira contrária: Marçal Justen Filho. Ob. cit., p. 249.

¹⁵⁷ SANTOS, José Carvalho Filho dos. Ob.cit., p. 223.

¹⁵⁸ Compartilham deste entendimento: Eduardo Azeredo Rodrigues. Ob. cit., pp. 171/8; Diógenes Gasparini, **Direito Administrativo**. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 458; e Marçal Justen Filho. Ob. cit, p. 248.

¹⁵⁹ SUNDFELD, Carlos Ari, **Licitação e Contrato Administrativo**, São Paulo: Malheiros, 1994, p. 53.

Em sentido oposto ao defendido por Carlos Ari Sundfeld, dispõe José dos Santos Carvalho Filho:

A norma se qualifica como regra geral e o legislador visou exatamente a evitar a quebra ao sistema da liberdade de iniciativa e da livre concorrência (art.170, IV e parágrafo único, CF), bem como a indevida criação de pessoas administrativas exploradoras de atividades econômicas, freqüentemente deficitárias e inoperantes. Sendo, portanto, norma geral, há de aplicar-se a todas as pessoas federativas.¹⁶⁰

Por fim, merece destaque a crítica elaborada por Marcos Juruena Villela Souto, quanto a exigência legal da empresa ter sido criada antes da vigência da lei de licitações. O mesmo autor, ensina que:

... a vedação implícita que o texto legal operou em relação as entidades criadas em momento posterior a entrada em vigor da lei só desencoraja o poder público a descentralizar a suas atividades.¹⁶¹

3.7 Dispensa em razão de segurança nacional

A dispensa em razão de segurança nacional¹⁶², está positivada no inciso IX do artigo 24, sendo este:

IX - quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional;

Não há muito, o que se discutir a respeito desta modalidade de dispensa, uma vez comprometida, ou com possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto, o Presidente da República poderá dispensar a licitação.

¹⁶⁰ SANTOS, José Carvalho Filho dos. Ob. cit., p. 227.

¹⁶¹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Contratual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 110.

¹⁶² Expressão utilizada por Flávio Amaral Garcia. Ob. cit., p 39.

Segundo Flávio Amaral Garcia, “a idéia aqui é preservar a segurança nacional, mormente se a publicidade decorrente da realização da licitação puder colocar em risco tal valor”¹⁶³.

3.8 Instituição Brasileira de Pesquisa, Ensino e Desenvolvimento Institucional

Dispõe o inciso XXIII do artigo ora em análise:

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

Em apertada síntese, preceitua o dispositivo que a licitação poderá ser dispensada na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada possua uma inquestionável reputação e não possua fins lucrativos.

No que toca a esta modalidade de dispensa, merece destaque a observação feita por alguns autores, que alertam para o fato de que em algumas ocasiões, esta modalidade de dispensa vem “sendo distorcida por maus administradores públicos e falsas instituições, ensejando notória ofensa aos princípios da competitividade e da igualdade de oportunidades”¹⁶⁴.

Um destes desvios, conforme lembra José dos Santos Carvalho Filho “reside na contratação de tais entidades para serviços ou compras que nenhuma relação tem com seus objetivos institucionais”¹⁶⁵.

Neste sentido, como muito bem lembrado pelo mesmo autor, este desvio se configura em uma “inegável forma de favorecimento através da contratação direta”¹⁶⁶.

¹⁶³ GARCIA, Flávio Amaral. Ob. cit., p. 40.

¹⁶⁴ SANTOS, José Carvalho Filho dos. Ob.cit., p. 224.

¹⁶⁵ Ibid., p. 224.

¹⁶⁶ Ibid., p. 224.

Ainda sobre este prisma é pertinente o ensinamento de Flávio Amaral Garcia sobre o dispositivo em análise:

Trata-se de dispositivo que fomentou a proliferação destas entidades, que são, na maior parte das vezes, contratadas sem licitação. O objeto “desenvolvimento institucional” é muito amplo e pode comportar as mais diversas atividades. Deve se ter cautela com as subcontratações que geralmente ocorrem neste tipo de dispensa, servindo estes contratos, em várias ocasiões, como forma de fornecimento de mão-de-obra por via transversa.¹⁶⁷

Marçal Justen Filho¹⁶⁸, ao examinar algumas hipóteses de impertinência entre os objetivos da instituição de pesquisa e o objeto do contrato, conclui que uma das formas de se combater estas impertinências, é através de uma a verificação realizada pela Administração do vínculo de pertinência entre objetivos da instituição contratada e objeto do contrato.

Portanto, a Administração deve observar o estatuto da instituição, para verificar se a mesma entidade “... permite realmente a execução do serviço ou o negócio de compra, ou se, ao contrário, o ajuste não será mero instrumento de dissimulação”¹⁶⁹.

Outra questão relevante a ser analisada, é a exigência legal de que a instituição a ser contratada deve possuir “inquestionável reputação ético-profissional”. Apesar deste conceito ser de difícil definição, pois se reveste de um elevado grau de subjetivismo, alguns autores, contribuem com algumas definições sobre o mesmo, como é o caso de Marçal Justen Filho e Jorge Ulisses Jacoby Fernandes.

Deve ser inquestionável a capacitação para o desempenho da atividade objetivada. Exigem-se as virtudes éticas relacionadas direta e necessariamente com o perfeito cumprimento do contrato.¹⁷⁰

¹⁶⁷ GARCIA, Flávio Amaral. Ob. Cit. p, 40.

¹⁶⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários a Lei de licitações e Contratos Administrativos**. 9ª ed., Rio de Janeiro: Aide, 2002, p. 255.

¹⁶⁹ SANTOS, José Carvalho Filho dos. Ob.cit., p. 224.

¹⁷⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Ob. cit., p. 253.

Não raro vislumbra-se que são confundidos os conceitos das pessoas físicas que criaram a entidade com esta própria, ou, então, o que é pior, confunde-se reputação ético profissional com a ausência de comentários depreciativos sobre uma entidade. São coisas bastante distintas: exige a lei “inquestionável reputação ético-profissional”, sendo insuficiente a ausência de comentários negativos ou a existência simultânea de fatores positivos e depreciativos, com prevalência no primeiro, mas é suficiente que a instituição só seja reconhecida no âmbito restrito dos que atuam naquele segmento de mercado.¹⁷¹

No que toca a exigência legal de ausência de finalidade lucrativa da instituição a ser contratada, cabe ressaltar, que, conforme explica Daniel Rosa Imbardelli, “a ausência de finalidade lucrativa da instituição, não inviabiliza a fixação de remuneração para a mesma no contrato, já que qualquer entidade tem custos inerentes a sua manutenção e correta prestação de serviços”¹⁷².

O fundamento legal utilizado pelo Instituto Nacional de estudos e pesquisas educacionais Anísio Teixeira (INEP) para dispensar a licitação para a contratação do novo consórcio formado pelo Centro de seleção e Promoção de Eventos (CESPE) da Universidade de Brasília, e a Fundação Cesgranrio, conforme publicado no diário oficial da União no dia 14 de Outubro de 2009, foi a modalidade ora analisada, conforme se depreende da publicação.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA EXTRATO DE DISPENSA DE LICITAÇÃO Nº 219/2009

Nº Processo: 23036002715200931. Objeto: Contratação em caráter emergencial do Consórcio formado pelas instituições FUB/CESPE e Cesgranrio, doravante denominado simplesmente de Consórcio, inscritas no CNPJ/MF nºs 00.038.174/0001-43 e 42.270.181/0001-16, respectivamente, para operacionalização de procedimentos relativos ao ENEM/2009, conforme condições e especificações contidas no Projeto Básico. Total de Itens Licitados: 00001.

Fundamento Legal:

Artigo 24, inciso XIII, da Lei 8.666/93. Justificativa: Contratação em caráter emergencial Declaração de Dispensa em 21/10/2009. CLAUDIO FRANCISCO SOUZA DE SALLES. Ordenador de Despesa. Ratificação em 21/10/2009. REYNALDO FERNANDES. Presidente do INEP. Valor: R\$ 99.959.837,86. Contratada: FUNDACAO UNIVERSIDADE DE BRASILIA.¹⁷³

¹⁷¹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação Direta sem Licitação: modalidades, dispensa e inexigibilidade de licitação**. 5ª ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 253.

¹⁷² IMBARDELLI, Daniel Rosa; COSTA, Paolo Henrique Spilotros (org.). **Contratação Direta. Licitação Dispensada e Inexigibilidade de Licitação. Requisitos. Formalização. Controle**. 1ª ed. Rio de Janeiro: FGV, 2008, p. 21.

¹⁷³ Publicado no Diário Oficial da União. Seção 3, p. 67.

Note-se ainda que, em consonância com o parágrafo único inciso I do artigo 26 da Lei nº 8.666/93, a dispensa realizada pelo INEP na contratação deste novo consórcio, foi instruída com a caracterização de uma situação emergencial, haja vista, a necessidade de milhões de estudantes em realizar o ENEM.

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

3.9 Inexigibilidade de Licitação

Conforme ensina Ivan Barbosa Rigolin e Marcos Juruena Villela Souto, a inexigibilidade de licitação é conceito criado pelo legislador para tutelar as hipóteses em que a competição for inviável, que por sua vez constitui conceito jurídico indeterminado, que exige interpretação privativa do administrador na concretização de seu poder discricionário¹⁷⁴.

Assim, enquanto na dispensa da licitação, o certame poderia ser realizado, mas devido a particularidades do caso, este processo de seleção pode ser dispensado, a inexigibilidade se caracteriza pelo fato da competição ser inviável.

Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho, a diferença dentre a dispensa e a inexigibilidade, reside no fato de “na dispensa, a licitação é materialmente possível, mas em regra inconveniente; na inexigibilidade, é inviável a própria competição”¹⁷⁵.

¹⁷⁴ RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Manual prático das licitações**. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, pp. 306-307 e SOUTO, Marcos Juruena Villela. Ob. cit., p. 117.

¹⁷⁵ SANTOS, José Carvalho Filho dos. Ob. cit. p. 235.

Flávio Amaral Garcia, discorrendo sobre o tema, concluiu que “existem determinadas situações fáticas que não comportam a disputa por meio de licitação”¹⁷⁶.

Celso Antônio Bandeira de Mello, elucida de forma brilhante a questão básica da inexigibilidade de licitação:

Em suma: sempre que se possa detectar uma indubitosa e objetiva contradição entre o atendimento a uma finalidade jurídica que incumba a Administração perseguir para bom cumprimento de seus misteres e a realização do certame licitatório, porque este frustraria o correto alcance do bem jurídico posto sob sua cura, ter-se-á de concluir que está ausente o pressuposto jurídico da licitação e, se esta não for dispensável com base em um dos incisos do art. 24, deverá ser havida como excluída com supedâneo no art. 25, *caput*.¹⁷⁷

A Lei nº 8.666/93 regula as hipóteses de inexigibilidade de licitação em seu artigo 25, assim dispondo:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

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

§ 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado

¹⁷⁶ GARCIA, Flávio Amaral. Ob. cit., p. 40.

¹⁷⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito Administrativo**. 11ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 390.

à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

Outro ponto extremamente importante na inexigibilidade da licitação, é que diferentemente da dispensa, em que as hipóteses previstas nos incisos do artigo 24 devem ser interpretadas restritivamente, as hipóteses de inexigibilidade dispostas nos incisos I a III do artigo 25, conforme aponta a doutrina são meramente exemplificativas.

Assim, por serem meramente exemplificativas, lembra Flávio Amaral Garcia, que “ao contrário do que ocorre com a dispensa de licitação, cujas hipóteses são taxativas, na inexigibilidade as situações são meramente exemplificativas, o que significa dizer que podem existir outras situações de inviabilidade de competição não previstas na lei”¹⁷⁸.

Chegam a esta mesma conclusão José dos Santos Carvalho Filho e Eros Roberto Grau:

No mesmo dispositivo (art. 25), o legislador, depois de afirmar o sentido de inexigibilidade, acrescenta a locução “em especial”. A interpretação que nos parece correta é a de que, firmada a regra pela qual na inexigibilidade é inviável a competição, a lei tenha enumerado situações especiais nos incisos I a III de caráter meramente exemplificativo, não sendo de se excluir, portanto, outras situações que se enquadrem no conceito básico.¹⁷⁹

Assim, temos que há dois grupos nos quais se manifestam casos de inexigibilidade de licitação: de um lado os declarados nas discriminações enunciativas dos preceitos indicados; de outro, os albergados pelo enunciado quando houver inviabilidade de competição inscrito no *caput* desses mesmos preceitos normativos prestados por determinado agente econômico.¹⁸⁰

Visto estas questões preliminares, cabe agora, analisar as três hipóteses de inexigibilidade de licitação, previstas nos incisos I a III do artigo 25.

¹⁷⁸ GARCIA, Flávio Amaral. Ob. cit., p. 41.

¹⁷⁹ SANTOS, José Carvalho Filho dos. Ob. cit., p. 235.

¹⁸⁰ GRAU, Eros Roberto. “Inexigibilidade de licitação: Aquisição de Bens e Serviços que só podem ser fornecidos ou prestados por determinado agente econômico”, in **RDP**, nº 100, 1991.

3.10 Fornecedor Exclusivo (Inciso I)

Dispõe o artigo 25 inciso I da Lei nº 8.666/93:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

Diógenes Gasparini lembra que a exclusividade da empresa ou do representante comercial no fornecimento de materiais, equipamentos ou gêneros, pode ser absoluta ou relativa¹⁸¹.

Para o autor, a exclusividade absoluta, ocorre quando só há um produtor ou representante comercial exclusivo no país, já a relativa quando a exclusividade se dá apenas na praça em relação a qual vai haver a aquisição do bem¹⁸².

Contudo, conforme lembra José dos Santos Carvalho Filho, a grande consequência desta distinção entre exclusividade relativa ou absoluta, ocorre na possibilidade de realizar a licitação ou não. Para o autor, “na exclusividade relativa, havendo fora da praça mais de um fornecedor ou representante comercial, poderá ser realizada a licitação, se a Administração tiver interesse em comparar várias propostas. Na absoluta, a inexigibilidade é a única alternativa para a contratação”¹⁸³.

Nesta linha de raciocínio, resta agora a definição da exclusividade do espaço. Hely Lopes Meirelles¹⁸⁴, definia esta exclusividade de acordo com a modalidade de licitação aplicável caso fosse viável a competição. Assim, na faixa do convite, a praça era a do município no qual se realizaria a contratação, já na faixa da tomada

¹⁸¹ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**, São Paulo: Saraiva, 1992, p. 326.

¹⁸² SANTOS, José Carvalho Filho dos. Ob.cit., pp. 235/236.

¹⁸³ Ibid., p. 236.

¹⁸⁴ MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993, p.386.

de preços, o espaço seria o abrangido pelo Registro Cadastral Competente, e por fim na faixa da concorrência, a delimitação seria o território nacional.

Discordando da posição acima exposta, está Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, que de forma bem parecida com o grande publicista mencionado, define que a determinação da área a ser aferida a exclusividade, deve se dar com base nos critérios de publicidade exigidos pelo artigo 21 e seus incisos da lei de licitações (Lei nº 8.666/93), no tocante as faixas que correspondem as modalidades de tomada de preços e concorrência.

Uma outra questão de grande relevo, é a restrição feita pelo inciso I do artigo 25, uma vez que, uma leitura equivocada do mesmo, levaria ao interprete a conclusão equivocada de que este inciso só se aplicaria a aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros.

Sobre este prisma lembra Daniel Rosa Imbardelli, que afirma não ser “impossível a contratação de serviços e obras por inexigibilidade de licitação. Em que pese a impossibilidade de adotar a norma do inciso I como justificativa, nada impede que o Administrador a justifique no *caput* do art. 25, desde que comprove a inviabilidade de competição”¹⁸⁵.

Desnecessário dizer que conforme lembra José dos Santos Carvalho Filho, “a exclusividade precisa ser comprovada” e se materializa através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comercio local em que se realizaria a licitação, a obra ou o serviço; pelo sindicato, federação ou confederação patronal; ou ainda, por entidades equivalentes”¹⁸⁶.

Por fim, resta agora analisar a questão da vedação da preferência da marca. Sobre o tema, merece destaque a passagem de José dos Santos Carvalho Filho:

O dispositivo é peremptório ao vedar a preferência da marca. A razão é óbvia: a preferência simplesmente relegaria a nada a exigência de licitação.

¹⁸⁵ IMBARDELLI, Daniel Rosa; COSTA, Paolo Henrique Spilotros (org.). Ob. cit., p. 30.

¹⁸⁶ SANTOS, José Carvalho Filho dos. Ob.cit., p. 236.

Logicamente, a vedação repudiada pela lei não pode ser absoluta. Pode ocorrer que outras marcas sejam de produtos inadequados a Administração. Nesse caso, a preferência estaria justificada pelo princípio da necessidade administrativa.¹⁸⁷

Sobre o enfoque da marca, faz-se necessário destacar o artigo 15, inciso I da Lei nº 8.666/3, que assim dispõe:

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

I- atender ao princípio da padronização, que imponha compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho, observadas, quando for o caso, as condições de manutenção, assistência técnica e garantia oferecidas;

Daniel Rosa Imbardelli¹⁸⁸, ressalta que apesar da lei fazer uma ressalta que nem sempre a padronização será possível, deve-se conjugar esta previsão legal com os princípios constitucionais que informam a atividade administrativa, a fim de se atender aos princípios da eficiência e da economicidade, racionalizando portanto, a atividade administrativa.

Para tanto, o mesmo autor, traz uma passagem de Marçal Justen Filho, “a fim de esclarecer o critério a ser adotado para a aferição da vantajosidade da padronização por determinada marca”¹⁸⁹.

A decisão e a escolha de um certo produto (projeto ou tecnologia etc) deverão ser devidamente fundamentadas, tendo por critério fundamental a vantagem para a Administração. Trata-se de vantagem em sentido concreto e definido. Deverá avaliar-se o benefício econômico direto e as vantagens indiretas provenientes da padronização.¹⁹⁰

Note-se por fim a lição trazida a baila por Diógenes Gasparini, que afirma que “a justificativa de padronização deve vir lastreada, conforme o caso em estudos, laudos, perícias e pareceres técnicos, sob pena de caracterização de fraude ao princípio da licitação”¹⁹¹.

¹⁸⁷ Ibid., p. 236.

¹⁸⁸ IMBARDELLI, Daniel Rosa; COSTA, Paulo Henrique Spilotros (org.). Ob. cit., p. 30.

¹⁸⁹ Ibid., p. 31.

¹⁹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Ob. cit., p. 280.

¹⁹¹ GASPARINI, Diógenes. Boletim de Licitações e Contratos, Maio/1996, p. 219.

Portando, a padronização em razão de determinada marca só será possível quando se verificar que a tal padronização acarretará benefícios a Administração, “sendo vedada qualquer opção subjetiva do Administrador, seja ela de rejeitar ou preferir determinada marca”¹⁹².

3.11 Serviços Técnicos Especializados (Inciso II)

A Lei nº 8.666/93 regula o tema em seu artigo 25 inciso II, que assim preceitua:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

(...)

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

Após uma breve análise deste dispositivo, percebe-se que o mesmo exige que o objeto da contratação seja um serviço técnico de natureza singular, além de também exigir, que o prestador deste serviço possua uma notória especialização.

Assim, conforme leciona José dos Santos Carvalho Filho, “não são quaisquer serviços que podem ser contratados diretamente, mas sim os serviços técnicos e especializados”. O serviço é técnico quando sua execução depende de habilitação específica.¹⁹³

O estatuto de licitação (Lei nº 8.666/93), em seu artigo 13 menciona alguns destes serviços técnicos e especializados, a saber:

Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

- I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;
- II - pareceres, perícias e avaliações em geral;

¹⁹² IMBARDELLI, Daniel Rosa; COSTA, Paolo Henrique Spilotros (org.). Ob. cit., p. 31.

¹⁹³ SANTOS, José Carvalho Filho dos. Ob. cit., p. 236.

- III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
- IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
- V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
- VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
- VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

Sobre este dispositivo, merece a análise feita por Daniel Rosa da Costa Imbardelli que lembra "... não ser possível elastecer o rol de serviços (do artigo 13) com a finalidade de declarar a inexigibilidade de licitação pelo art. 25, II, haja vista que trata-se de norma excepcionadora do dever constitucional de licitar, e em razão desta característica, merece interpretação restritiva"¹⁹⁴.

Marçal Justen Filho, explica que a "prestação de serviços técnicos profissionais especializados diferencia-se dos outros serviços em razão da possibilidade de obtenção de alternativas qualitativamente distintas entre os diversos profissionais aptos a realizá-los. Não basta aqui a profissionalização do indivíduo, mas a sua especialização na realização do objeto"¹⁹⁵.

Conforme conclui Daniel Rosa da Costa Imbardelli, "percebe-se, portanto, que não se trata de uma necessidade rotineira da Administração, mas de verdadeira necessidade anômala da mesma"¹⁹⁶, na contratação de tais serviços técnicos especializados.

No tocante a natureza singular, outra exigência disposta no inciso II do artigo 25, o mesmo autor acima citado, faz uma importante ressalva, e lembra que esta natureza singular não se refere ao prestador, mas o objeto a ser executado¹⁹⁷.

Marçal Justen Filho determina que "a singularidade do objeto como a conjunção da excepcionalidade da necessidade com a inviabilidade de atendimento por parte de um profissional especializado padrão"¹⁹⁸.

¹⁹⁴ IMBARDELLI, Daniel Rosa; COSTA, Paulo Henrique Spilotros (org.). Ob. cit., p. 32.

¹⁹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Ob. cit., p. 281.

¹⁹⁶ IMBARDELLI, Daniel Rosa; COSTA, Paulo Henrique Spilotros (org.). Ob. cit., p. 32.

¹⁹⁷ Ibid., p. 33.

¹⁹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Ob. cit., p. 281.

Lembra ainda Daniel Rosa Imbardelli: “É justamente esta incapacidade de satisfação por um profissional especializado padrão que leva a exigência legal seguinte: a notória especialização do contratado”¹⁹⁹.

No mesmo sentido, ensina Eros Roberto Grau:

... singulares são os serviços porque apenas podem ser prestados, de certa maneira e com determinado grau de confiabilidade, por um determinado profissional ou empresa. Por isso mesmo é que a singularidade do serviço está contida no bojo da notória especialização.²⁰⁰

Em relação a exigência da especialidade, lembra Daniel Rosa Imbardelli que está “é aferível objetivamente por meio dos instrumentos postos no parágrafo 1º do mesmo art. 25, dentre outros capazes de demonstrar a capacidade do sujeito”²⁰¹.

Já para José dos Santos Carvalho Filho, “para a contratação direta, devem os profissionais ou as empresas revestir-se da qualificação de notória especialização, ou seja, aqueles que desfrutem de prestígio e reconhecimento no campo de sua atividade”.²⁰²

No tocante a notoriedade, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, ensina que “não se exige o reconhecimento de toda a sociedade, mas apenas no meio específico dos profissionais que desempenham aquele serviço”.²⁰³

3.12 Profissional do Setor Artístico (Inciso III)

O inciso III do artigo 25 da Lei nº 8.666/93, assim dispõe:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:
(...)

¹⁹⁹ IMBARDELLI, Daniel Rosa; COSTA, Paulo Henrique Spilotros (org.). Ob. cit., p. 33.

²⁰⁰ GRAU, Eros Roberto. “*Inexigibilidade de Licitação - Serviços Técnico-Profissionais Especializados - Notória Especialização*” in **RDP**, nº 99, p. 70.

²⁰¹ IMBARDELLI, Daniel Rosa; COSTA, Paulo Henrique Spilotros (org.). Ob. cit., p. 33.

²⁰² SANTOS, José Carvalho Filho dos. Ob. cit., p. 237.

²⁰³ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. “*A inexigibilidade de Licitação e a Notória Especialização*”, in **Boletim de Licitações e Contratos**, Agosto/1996, p. 395.

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Não há aqui maiores dificuldades quanto a esta hipótese de inexigibilidade, já que, o próprio inciso III determinou os requisitos que deverão ser observados para que esta contratação direta seja possível.

Assim, quanto ao requisito de artista profissional, ensina Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

(...) o profissional que cria, interpreta ou executa obra de caráter cultural de qualquer natureza, para efeito de exibição ou divulgação pública, através dos meios de comunicação de massa ou em locais onde se realizam espetáculos de diversão pública. O profissional artista, deve estar inscrito na Delegacia Regional do trabalho, o mesmo ocorrendo com os agenciadores de mão-de-obra, constituindo esse registro elemento indispensável a regularidade da contratação.²⁰⁴

Por fim, há ainda a necessidade do profissional ser consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública, o que nos leva a crítica elaborada por José dos Santos Carvalho Filho, sobre o este requisito:

A lei ressalva, todavia, que deva o artista ser consagrado pela crítica ou pela opinião pública. Entendemos que consagração é fator de extrema relatividade e varia no tempo e no espaço. Pode um artista ser reconhecido, por exemplo, apenas em certos locais, ou por determinado público ou críticos especializados. Nem por isso deverá ele ser alijado de eventual contratação. A nosso sentir, quis o legislador prestigiar a figura do artista e de seu talento pessoal, e, sendo assim, a arte a que se dedica acaba por ter prevalência sobre a consagração.²⁰⁵

Já concluindo, segundo Daniel Rosa Imbaderlli, a contratação pode se dar de forma direta ou mediante empresário exclusivo “como medida de prevenção a intermediações desnecessárias que só visem o benefício de algum particular”²⁰⁶.

²⁰⁴ Ibid., p. 615.

²⁰⁵ SANTOS, José Carvalho Filho dos. Ob. cit., p. 236.

²⁰⁶ IMBARDELLI, Daniel Rosa; COSTA, Paulo Henrique Spilotros (org.). Ob. cit., p. 34.

O mesmo autor, ainda lembra que a consagração exigida deve ser proporcional à magnitude do evento que se visa organizar e a praça na qual ocorrerá²⁰⁷.

3.13 Licitação Dispensada

A licitação dispensada é aquela aplicável nos casos de alienação dos bens públicos (dominicais)²⁰⁸.

O tema é regulado pelo artigo 17 da Lei nº 8.666/93 que preceitua que a alienação de bens da Administração Pública, será subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, devendo ser precedida de avaliação e obedecer as normas dispostas em seu incisos.

Note-se ainda que, o mesmo artigo 17, estabelece uma distinção entre bens imóveis (previsto no inciso do mesmo artigo) e bens móveis (inciso II).

Percebe-se que em ambas as hipóteses, tanto na alienação de bens imóveis (inciso I) quanto a de bens móveis (inciso II), a regra geral é que esta alienação se realize mediante licitação, entretanto, conforme ensina Flávio Amaral Garcia, "... o próprio legislador elegeu algumas situações em que o destinatário do bem é certo, tornado sem razão a realização de licitação".²⁰⁹

Tais situações escolhidas pelo legislador estão dispostas nas alíneas dos incisos I e II, respectivamente tratando de bens móveis e imóveis.

Ainda nas palavras de Flávio Amaral Garcia, as hipóteses de licitação dispensada são taxativas não podendo, como regra, serem criadas novas situações de licitação dispensada.²¹⁰

²⁰⁷ Ibid., p. 34.

²⁰⁸ GARCIA, Flávio Amaral. Ob. cit., p. 36.

²⁰⁹ GARCIA, Flávio Amaral. Ob. cit., p. 36.

²¹⁰ Ibid., p. 36.

Os requisitos exigidos pelo artigo 17 tanto para alienação de bens móveis e imóveis, sendo estes, o do interesse público devidamente justificado, autorização legislativa para órgãos da administração direta, autárquica e fundacional, avaliação prévia e a exigência de licitação.

No tocante a autorização legislativa, cabe transcrever os ensinamentos de Jorge Ulisses Jacoby, que justifica esta autorização em virtude do princípio do paralelismo das formas, já que foi a própria lei que conferiu aos bens públicos a inalienabilidade. Logo, só é possível à alienação de um bem móvel ou imóvel público, após a devida autorização, mediante lei²¹¹.

Sobre esta autorização legislativa, merece destaque à posição e Marçal Justen Filho, que defende que esta autorização deve ser específica, devendo indicar o bem a ser alienado e os limites a serem observados na alienação²¹².

Note-se ainda, que como lembra Jorge Ulisses Fernandes, a lei faz uma ressalva ao não exigir este requisito (autorização) para aqueles casos onde a alienação for de bens de propriedade de entidades paraestatais²¹³.

Em relação ao requisito da avaliação prévia, ensina Daniel Rosa Imbardelli, “que esta deve ser procedida por profissional habilitado para tanto, ou seja, deve ser inscrito no órgão responsável pela regulação da atividade. Sendo necessário avaliar um bem imóvel, deverá ser obtido laudo do arquiteto ou engenheiro devidamente inscrito no Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura, seja ele servidor público ou não”²¹⁴.

Por fim, concordo com a conclusão elaborada pelo autor acima citado, que em relação ao interesse público (outro requisito exigido pela lei), “não cabem maiores dilações, posto que esta deve ser a diretriz básica de funcionamento da administração Pública”²¹⁵.

²¹¹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação Direta sem Licitação: modalidade, dispensa e inexigibilidade de licitação**. 5ª ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 227.

²¹² JUSTEN FILHO, Marçal. Ob. cit., p. 174.

²¹³ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Ob. cit., pp. 231-232.

²¹⁴ IMBARDELLI, Daniel Rosa; COSTA, Paulo Henrique Spilotros (org.). Ob. cit., p. 8.

²¹⁵ Ibid., p. 8.

4. OS PRINCÍPIOS SETORIAIS DA LICITAÇÃO E OS RISCOS ASSOCIADOS À SUA NÃO REALIZAÇÃO

4.1 Os princípios setoriais da Licitação

4.1.1 Princípio da obrigatoriedade de licitação (artigo 37 inciso XXI da Constituição Federal)

A Constituição Federal em seu artigo 37 inciso XXI estabeleceu o princípio da obrigatoriedade da licitação na celebração de contratos administrativos referentes a obras, serviços, compras e alienações contratados pela a Administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Textualmente:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, 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

No plano infraconstitucional, a Lei nº 8.666/93 confirmou esta obrigatoriedade, ao estabelecer normas gerais sobre as hipóteses de incidência do certame, bem, como, as hipóteses de licitação dispensada (artigo 17), dispensa (artigo 24) e inexigibilidade (artigo 25).

Todas estas normas devem ser observadas por todos os entes administrativos, não os impedindo, contudo, de criarem normas específicas, desde que compatíveis com a respectiva lei, já que, a Lei nº 8.666/93, dispõe sobre normas gerais de licitação.

A jurisprudência é pacífica quanto a este princípio. Como exemplo, pode-se citar o Mandado de segurança, abaixo analisado:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONVERSÃO DE AUTORIZAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE COLETIVO DE PASSAGEIROS EM CONTRATO DE CONCESSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE.

I - Ofende o art. 37, inciso XXI da Constituição Federal de 1988 a concessão de serviço público sem prévio procedimento licitatório, ainda que a contratada já prestasse atividade delegada pelo Poder Público sob a forma de autorização.

II - O deferimento de prolongamento de trecho itinerário de linha rodoviária intermunicipal que afete a esfera patrimonial de outra empresa que o explorava — com exclusividade e por prazo determinado, antes garantida pelo Poder Público —, impescinde da oitiva da parte interessada, não podendo ser procedido como forma de penalização da empresa sem instauração de procedimento administrativo que apure a ineficiência ou má prestação do serviço delegado.²¹⁶

4.1.2 Princípios da isonomia (artigo 5º, *caput* da Constituição Federal) e da Proposta mais vantajosa para a Administração Pública

No tocante aos princípios setoriais da licitação, o artigo 3º da Lei nº 8.666/93, que assim preceitua:

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

A luz deste dispositivo, pode-se concluir que a regra geral da obrigatoriedade de licitação prévia aos contratos administrativos, se baseia principalmente nos princípios da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

²¹⁶ ROMS nº 6.918/TO, 2ª Tuma do STJ, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJU 15/05/00.

Assim, tais princípios não apenas se revelam como princípios basilares da licitação, mas também se configuram como objetivos naturais do processo licitatório, uma vez que, o próprio artigo 3º da Lei nº 8666/93, expressamente preceitua que a licitação se destina a garantir a observância destes dois princípios.

Discorrendo sobre o tema, mister se faz destacar a reflexão de Ismael Lopes Fernandes que assim dispôs:

Os princípios nucleares da licitação são a isonomia e o interesse público. A ofensa a qualquer um desses princípios é capaz de causar vício insanável à licitação. (...)

Todos os princípios, as exigências e os procedimentos, imputados a licitação, em qualquer de suas fases ou etapas, devem guardar relação com os seus princípios nucleares. Serão meios de concretização dos princípios da isonomia e do interesse público ou meros desdobramentos. Não se justificam por si só próprios.²¹⁷

Sobre o prisma do certame licitatório, o princípio da isonomia em apertada síntese, visa assegurar a igualdade de oportunidades para todos os particulares que desejarem contratar com a Administração Pública.

Além disso, o princípio da isonomia possui um relevante papel, que é o de evitar escolhas arbitrárias e prejudiciais à Administração Pública, já que possibilita a participação de todos os interessados no processo, evitando desta forma escolhas baseadas em critérios subjetivos e pessoais, zelando, portanto, pelo que o mestre Celso Antonio Bandeira de Mello²¹⁸ denomina de igualdade perante a Administração pública, e pelo princípio da impessoalidade, positivado no artigo 37 *caput* da Constituição Federal.

Portanto, para Celso Antonio Bandeira de Mello, o princípio da impessoalidade decorre próprio princípio da isonomia, uma vez que a impessoalidade “encarece a proscrição de quaisquer favoritismos ou discriminações

²¹⁷ FERNANDES, Ismael Lopes. “Os princípios e os vícios da licitação”. in **Informativo de Licitações e Contratos (ILC)-Considerações**, nº 81, Curitiba: Zênite, nov. 200, pp. 930-937.

²¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 12ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 456.

impertinentes, sublinhando o dever de que, no procedimento licitatório, sejam todos os licitantes tratados com absoluta neutralidade”²¹⁹.

Neste mesmo sentido, lembra o mestre José dos Santos Carvalho Filho, que o princípio da isonomia, além de evitar escolhas arbitrárias, pautadas em critérios subjetivos ou favoritismos, preserva tanto a moralidade administrativa, quanto o princípio da impessoalidade também previsto no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal.

Ensina o citado autor:

Neste ponto, a moralidade administrativa se toca com o próprio princípio da impessoalidade, também insculpido no art. 37, *caput*, da Constituição, porque, quando o administrador não favorece este ou aquele interessado, está, *ipso facto*, dispensando tratamento impessoal a todos.²²⁰

Lembra ainda, que o princípio da isonomia, entendido como a possibilidade de participação de todos os interessados no certame licitatório em iguais condições, possibilita e estimula também a competitividade entre os interessados em contratar com a Administração Pública, sendo tal fator essencial ao próprio instituto da licitação, pois, através desta competitividade, permite-se chegar a melhor proposta a Administração, atendendo assim, a indisponibilidade do interesse público.

Como corolário do princípio da igualdade, o mesmo autor, lembra que no plano infralegal, a Lei nº 8.666/93, em seu artigo 3º parágrafo 1º inciso I e II, veda a possibilidade de se estabelecer diferenças em razão de naturalidade, da sede ou do domicílio dos licitantes, ou a proibição de tratamento diverso de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária entre empresas brasileiras e estrangeiras”²²¹.

Merece então a transcrição do mesmo dispositivo:

²¹⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Ob. cit., p. 456.

²²⁰ SANTOS, José Carvalho Filho dos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 214.

²²¹ Ibid., p. 214.

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

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato;
II - estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991.

O mestre Diogo de Figueiredo Moreira Neto discorrendo sobre a necessidade de se assegurar à igualdade de condições entre todos os interessados em contratar com o Poder Público, conclui que “(...) os licitantes só podem ser desiguados por critérios objetivos, previstos na lei ou no edital, que convirjam para a busca da proposta mais vantajosa”²²².

No que toca ao princípio da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, a doutrina majoritária, entende que tal princípio visa garantir que a Administração contrate com o particular obtendo a maior vantagem possível, em prol do interesse público, garantindo assim a indisponibilidade de tal interesse.

Como exemplo do reconhecimento do princípio da isonomia na jurisprudência, ganha destaque o Agravo de Instrumento número 99.001551-3, julgado pela segunda Câmara civil do Tribunal de Justiça do Rio grande do Norte, que assim decidiu:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO A QUO PROFERIDA EM AÇÃO CAUTELAR INOMINADA CONCESSIVA DE LIMINAR SUSPENDENDO

²²² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 13ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 174.

PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. A VEDAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO DE CANDIDATOS QUE LITIGAM COM O PROMOTOR DO CERTAME LICITATÓRIO, CONTIDA EM EDITAL, ALÉM DE NÃO ENCONTRAR AMPARO NA LEI 8.666/93, E SUAS ALTERAÇÕES, AFRONTA O PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE OS LICITANTES, PREVISTO NO PARÁGRAFO 1º DO ART. 3º, DA REFERIDA LEI, QUE VEDA QUALQUER DISCRIMINAÇÃO ENTRE OS PARTICIPANTES DA LICITAÇÃO, COMO TAMBÉM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA. O PERIGO DA DEMORA RESIDE NA PERDA DO DIREITO DO LICITANTE EM CONTINUAR NO CERTAME, ATÉ O SEU FINAL, CAUSANDO-LHE PREJUÍZOS IRREPARÁVEIS. PRESENTES O FUMUS BONI IURIS E O PERICULUM IN MORA ENSEJADORES DA MEDIDA LIMINAR CONCEDIDA. DECISÃO A QUO QUE MERECE SER MANTIDA. AGRAVO CONHECIDO E IMPROVIDO.²²³

Em relação ao princípio da proposta mais vantajosa para a Administração, acredito que seja de extrema importância uma análise deste princípio à luz do caso ENEM aqui estudado.

Assim sendo, indago: Será que a licitação no caso do ENEM garantiu a proposta mais vantajosa para a Administração? Será que este instrumento formal, foi capaz, e o mais adequado para atender o interesse público de milhares de estudantes de todo o país?

É de se ressaltar que o princípio da proposta mais vantajosa para a Administração, em alguns casos confere um alto grau de arbitrariedade para a Administração Pública, devendo tal princípio, ser analisado com cautela e parcimônia, e sempre que possível de forma casuística.

Por fim, cabe ressaltar que a Lei Complementar nº 123/2006, que criou o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de pequeno porte, estipulou em alguns dispositivos, um tratamento diferenciado e simplificado para tais empresas nas contratações com o Poder Público. Exemplo deste tratamento diferenciado é o artigo 47 da mesma que assim preceitua:

Art. 47. Nas contratações públicas da União, dos Estados e dos Municípios, poderá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado

²²³ AI nº 99.001551-3, 2ª CCTJ/RN, Rel. Des. Rafael Godeiro.

para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica, desde que previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente.

É imperioso ressaltar que a referida lei é calcada no princípio da igualdade material, o que justificaria de certa forma este tratamento diferenciado.

4.1.3 Princípio da Legalidade

Sob o escopo do certame licitatório, o princípio da legalidade, possui como objetivo submeter o processo seletivo, às normas previstas na Lei nº 8.666/93, de forma que, o procedimento a ser adotado, deverá observar as hipóteses de obrigatoriedade, de dispensa, bem como as modalidades de licitação, além dos direitos dos licitantes, previstos no Estatuto.

Note-se ainda que as normas previstas na Lei nº 8.666/93, devem ser observadas tanto pelo poder público, quanto pelos interessados no processo.

O Mestre Celso Antonio Bandeira de Mello, observa que todos aqueles que participam ou queiram participar, mais que no entanto, foram proibidos por algum motivo, tem direito subjetivo a fiel observância do pertinente procedimento estabelecido na lei supra²²⁴.

Como bem salienta Marcos Juruena Villela Souto, “a legalidade administrativa mencionada no art. 37 da Constituição Federal difere daquela numerada no art. 5, II, da Lei Maior; enquanto este garante ao particular agir sempre que a lei não proíba, aquela impõe a Administração só agir quando a lei assim o permitir”²²⁵.

²²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Ob. cit., p. 462.

²²⁵ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Contratual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 20.

4.1.4 Princípios da vinculação do instrumento convocatório (artigo 41 da Lei nº 8.666/93) e do julgamento objetivo

Dispõe o artigo 41 *caput* da Lei nº 8.666/93:

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

O artigo em análise não deixa dúvidas sobre a finalidade do princípio da vinculação do instrumento convocatório, deixando claro, a obrigatoriedade da administração pública em submeter-se às regras do edital da Licitação, além dos próprios licitantes interessados na mesma.

Desta forma, a observância às condições estabelecidas no edital ou na carta-convite devem ser restritas, não cabendo dilações, ou interpretações extensivas.

Discorrendo sobre o tema, Jose dos Santos Carvalho Filho, faz uma importante conclusão sobre o princípio da vinculação ao instrumento convocatório:

... a vinculação ao instrumento convocatório é a garantia do administrador e dos administrados. Significa que as regras traçadas para o procedimento devem ser fielmente observadas por todos. Se a regra não é respeitada, o procedimento se torna inválido e suscetível de correção na via administrativa ou judicial.²²⁶

Na esteira deste raciocínio, conforme analisado pelo mesmo autor, “o princípio da vinculação tem extrema importância”. Por ele, “evita-se a alteração de critérios de julgamento, além de dar a certeza aos interessados do que pretende a Administração”²²⁷.

Conclui então o autor que o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, permite evitar eventual brecha que de ensejo violação a moralidade administrativa, impessoalidade e a probidade administrativa²²⁸.

²²⁶ SANTOS, José Carvalho Filho dos. Ob. cit., p. 217.

²²⁷ Ibid., p. 217.

²²⁸ Ibid., p. 217.

Conforme ensina Diógenes Gasparini, “após a publicação do ato convocatório, as regras constantes no referido edital ou na referida carta convite não poderão ser alteradas, salvo nos casos de interesse público mediante procedimento de ratificação, com abertura, por inteiro, do prazo para os licitantes entregarem os envelopes”²²⁹.

Já o princípio do julgamento objetivo das propostas, previsto no *caput* do artigo 45 da Lei nº 8.666/93, possui como finalidade evitar o subjetivismo no julgamento das propostas. Tal artigo assim preceitua:

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.

É de se ressaltar, que o ilustre professor José dos Santos Carvalho Filho, considera o princípio do julgamento objetivo como um corolário do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, “já que os critérios e fatores seletivos previstos no edital devem ser adotados inafastavelmente para o julgamento, evitando-se, assim, qualquer surpresa para os participantes da competição”²³⁰.

Mister se faz, extrair a passagem do professor Diógenes Gasparini sobre o tema:

O princípio do julgamento objetivo, previsto no art. 3º do Estatuto federal Licitação, está substancialmente reafirmado nos arts. 44 e 45. Critério objetivo, reforça-se, é o que permite saber qual é a proposta vencedora mediante simples comparação entre elas, quando o tipo de julgamento é o de menor preço.

(...)

Nas licitações de melhor técnica e técnica e preço a subjetividade do julgamento da proposta técnica deve ser eliminada ao máximo com a adoção de fórmulas aritméticas, como se depreende do disposto nos vários incisos dos incisos parágrafos 1º e 2º do art. 46 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública.²³¹

²²⁹ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 405.

²³⁰ SANTOS, José Carvalho Filho dos. Ob. cit., p. 218.

²³¹ GASPARINI, Diógenes. Ob. cit., p. 408.

4.1.5 Princípio da Competitividade ou ampla competição (artigo 3º, § 1º inciso I da Lei nº 8.666/93 e artigo 4º, inciso III, alíneas “b” e “c” da Lei nº 4.717/65)

Segundo tal princípio, a Administração não pode criar regras que comprometam o caráter competitivo do certame. A competitividade do certame deve ser preservada, a fim de se obter a melhor proposta no mercado.

Sobre o tema, afirma Toshio Mukai:

Um dos princípios fundamentais da licitação, que é o da oposição ou competitividade, tão essencial à matéria que, se num procedimento licitatório, por obra de conluio, faltar à competição (ou oposição) entre os concorrentes, falecerá a própria licitação, inexistirá o instituto mesmo.²³²

Ainda sobre a importância da competitividade no certame licitatório a fim de se obter a melhor proposta no mercado, dispõe Marcos Juruena Villela Souto:

Só há processo de escolha válida se o mercado é livre, isto é, não dominado. Quando esse mercado é a Administração Pública, deverá ela contratar de acordo com o princípio da competitividade. Tal princípio positivado na Lei nº 4.717, de 29/06/65-que regula a ação popular- considera nulos os contratos em que, no edital de concorrência, forem incluídas cláusulas ou condições que comprometam o seu caráter competitivo ou em que a concorrência seja processada em condições que impliquem a limitação das possibilidades normais de competição (art. 4º, III, b e c).²³³

A doutrina majoritária defende que o princípio da competitividade foi positivado em nosso ordenamento no artigo 4º inciso III alíneas “b” e “c” da lei que regula a ação popular, Lei nº 4.717/65, e no artigo 3º parágrafo 1º inciso I da Lei nº 8.666/93, uma vez, que o primeiro considera nulos os contratos que no edital de concorrência estipularem cláusulas ou condições que comprometam o caráter competitivo da concorrência, e o segundo, veda aos agentes públicos a tolerarem ou incluírem cláusulas ou condições que restrinjam o caráter competitivo do certame.

²³² MUKAI, Toshio. **Licitações e contratos Públicos**. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 17.

²³³ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Ob. cit., p. 20.

Assim, faz-se necessário, a transcrição de tais dispositivos:

Artigo 4º da lei nº 4.717/95 - São também nulos os seguintes atos ou contratos, praticados ou celebrados por quaisquer das pessoas ou entidades referidas no Artigo 1º.

(...)

III - A empreitada, a tarefa e a concessão do serviço público, quando:

(...)

b) - no edital de concorrência forem incluídas cláusulas ou condições, que comprometam o seu caráter competitivo;

c) - a concorrência administrativa for processada em condições que impliquem na limitação das possibilidades normais de competição.

Art. 3º da Lei nº 8.666/93. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato;

4.1.6 Princípio da moralidade e probidade Administrativa

O princípio da moralidade segundo José dos Santos Carvalho Filho, “exige que o administrador se paute por conceitos éticos”²³⁴.

Já para Celso Antonio Bandeira de Mello, o princípio da moralidade implica na necessidade do procedimento licitatório ter de se desenrolar em conformidade com padrões éticos prezáveis, impondo para a Administração e para os licitantes um comportamento escorreito, liso e honesto de parte a parte²³⁵.

É certo afirmar que o princípio da moralidade administrativa guarda uma estreita relação com o princípio da probidade administrativa, já que este, conforme

²³⁴ SANTOS, José Carvalho Filho dos. Ob. cit., p. 216.

²³⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Ob. cit., p. 463.

ensina Marcos Juruena Villela Souto “deve obediência à moralidade e a boa-fé com os licitantes, evitando desta forma, a exposição do Erário a aventuras, prejuízos ou enriquecimentos sem causa”²³⁶.

O princípio da moralidade vem ganhando força nos tribunais do País, conforme se percebe, através de alguns julgados, como por exemplo:

ADMINISTRATIVO – LICITAÇÃO – DESCLASSIFICAÇÃO – EMPRESA – SERVIDOR LICENCIADO – ÓRGÃO CONTRATANTE.

Não pode participar de procedimento licitatório, a empresa que possuir, em seu quadro de pessoal, servidor ou dirigente do órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação (Lei nº 8.666/93, artigo 9º, inciso III). O fato de estar o servidor licenciado, à época do certame, não ilide a aplicação do referido preceito legal, eis que não deixa de ser funcionário o servidor em gozo de licença.

Recurso improvido.²³⁷

ADMINISTRATIVO – CONCURSO PÚBLICO. JUIZ SUBSTITUTO – ESPÍRITO SANTO – EDITAIS NS. 001/97 E 009/97. ALTERAÇÃO DE CRITÉRIO APÓS A REALIZAÇÃO DA PRIMEIRA PROVA. AUSÊNCIA DE HOMOLOGAÇÃO PELO TRIBUNAL PLENO.

1. A alteração do critério de cálculo para apuração da média final, nas condições descritas, implica em afronta aos princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade, impondo correção via Mandado de Segurança.

2. Precedente da 5ª Turma.

3. Recurso a que se dá provimento para conceder a segurança.²³⁸

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. MÉDIA MÍNIMA EXIGIDA. ALTERAÇÃO POSTERIOR À IDENTIFICAÇÃO DAS PROVAS. PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E IMPESSOALIDADE. CF/88, ART. 37. PROVIMENTO 1/93 DO CONSELHO DA MAGISTRATURA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

1. Publicado o edital, lei do concurso, e identificadas as provas, a alteração da média, ainda que para diminuir a exigência mínima, fere os princípios da moralidade e da impessoalidade que devem presidir a edição dos atos administrativos.

2. Recurso não provido.²³⁹

²³⁶ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Ob. cit., p. 10.

²³⁷ REsp nº 254.115/SP, 1ª Turma do STJ, Rel. Min. GARCIA VIEIRA, DJU 14.08.2000.

²³⁸ ROMS nº 10.980, 5ª Turma do STJ, Rel. Min. EDSON VIDIGAL, DJU 21.02.2000.

²³⁹ ROMS 5437/RJ, 5ª Turma do STJ, Rel., Min. EDSON VIDIGAL, DJU 10/05/99.

Nesta linha de raciocínio, merece destaque o Mandado de segurança 5287 do Distrito Federal, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do Ministro José Delgado que de forma brilhante assim decidiu:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. TELEFONIA CELULAR. LEGALIDADE.

1. No processo licitatório a Comissão está subordinada ao princípio de que os seus julgamentos são de natureza objetiva, vinculados aos documentos apresentados pelos licitantes e subordinados a critérios de rigorosa imparcialidade.

2. O Judiciário do final do século XX, mais do que o Judiciário do anos que já se passaram, encontra-se voltado para fenômenos que estão alterando o atual ordenamento jurídico brasileiro, onde a vontade dos que atuam como agentes públicos há de ser subordinada, com mais intensidade, à lei interpretada sua função de valorizar os direitos subjetivos dos cidadãos e das entidades coletivas que se envolvem com serviços concedidos ou permitidos a serem prestados à sociedade. Não deve ser, portanto, ancoradouro para prestigiar desvios comportamentais que, por via de atos administrativos, importem em distorção absoluta da realidade.

3. Posição da Comissão de Licitação, apoiada pela autoridade apontada como coatora, que entende existir uma terceira empresa envolvida em consórcio formado, sem qualquer prova documental existente nos autos. Ficção.

4. Não há como se prestigiar, em um regime democrático, solução administrativa que acena para imposição da vontade pessoal do agente público e que se apresenta com desvirtuadora dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da igualdade, da transparência e da verdade.

5. Mandado de Segurança concedido, à unanimidade.²⁴⁰

Por fim, Raul Armando Mendes discorrendo sobre o princípio da probidade concluiu que “o exercício honrado, honesto, probo, da função pública leva a confiança que o cidadão comum deve ter em seus dirigentes”.²⁴¹

4.1.7 Princípio da Publicidade

A Lei nº 8.666/93 em seu artigo 3º, § 3º assim preceitua:

Art. 3º

(...)

§ 3º A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura.

²⁴⁰ MS nº 5287/DF, 1ª Turma do STJ, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJU 09/03/98.

²⁴¹ MENDES, Raul Armando. **Comentários ao Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos**, São Paulo, 1991, p. 65.

Neste diapasão, o artigo 4º assim dispõe:

Art. 4º Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, **podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.**

Assim, a luz destes dois artigos, resta clara a preocupação do legislador em não tornar a licitação um procedimento sigiloso. Desta forma, em consonância com o § 3º do artigo 3º, a licitação não será sigilosa, salvo quanto ao conteúdo das propostas até a respectiva abertura.

O artigo 4º do Estatuto geral de licitações (Lei nº 8.666/93), ainda possibilita que qualquer cidadão acompanhe o desenvolvimento do certame licitatório.

Logo, em consonância a estes dispositivos, os atos do certame devem ser expostos ao conhecimento dos interessados por intermédio da Imprensa Oficial, de forma compreensível e de forma adequada.

É de se destacar que conforme vislumbrado por Marcos Juruena Villela Souto, o legislador não se atentou para as hipóteses de não publicação da licitação em razão de segurança pública, hipótese pela qual seria viável a dispensa da publicidade sem ferir o princípio da publicidade, uma vez que, se estaria diante de uma hipótese de segurança pública, motivo pelo qual, o referido autor defende que em alguns casos, é prudente que o certame não seja aberto ao público, como no exemplo a seguir:

São os casos de atos em licitações em processo de desestatização em que os tumultos são inibidores da normal evolução do processo.²⁴²

Note-se por fim que o PLC (Projeto de Lei da Câmara) nº 32/2007, visa alterar dispositivos da Lei nº 8.666/93, a fim de fortalecer o princípio da publicidade.

²⁴² SOUTO, Marcos Juruena Villela. Ob. cit., p. 10.

Prevê este projeto que as publicações dos atos procedimentais do certame sejam realizadas em sítios oficiais da Administração Pública.

Neste sentido, cabe destacar o inciso IV, artigo 21 do projeto de lei, que assim dispõe:

Art.21. A publicidade oficial das licitações será veiculada:

(...)

IV- no sítio oficial da Administração Pública da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, conforme o caso, devendo ser os atos assinados digitalmente, nos termos do parágrafo único do art. 6º desta Lei, e providos de carimbo de tempo nos padrões definidos pelo Observatório Nacional.

4.1.8 Princípio do procedimento formal

A fim de se preservar a lisura do certame, faz-se necessário, a observância do princípio do procedimento formal.

Com o objetivo de se garantir a lisura do certame, é necessário à adoção de certas formalidades de forma que se assegure o sentido e os objetivos da licitação.

Entretanto, conforme defendido por alguns autores, este princípio não pode ser levado ao extremo, só devendo ser invalidados os atos que, não observarem rigorosamente a forma prevista e pela impossibilidade de sanatória, deixem de atingir os objetivos prescritos em lei²⁴³.

Por fim, cabe destacar a brilhante lição de Marcos Juruena Villela Souto, sobre o tema:

O princípio do procedimento formal enseja que todos quantos participem da licitação instaurada e procedida pela Administração Pública tenham direito público subjetivo a fiel observância do pertinente procedimento, nos termos da lei. Mas o direito não é apenas dos licitantes, e sim dos interessados na licitação em geral; e mais, é um direito da sociedade como um todo, de ver observada a legislação vigente, que, no entanto, busca a “ampla competição”

²⁴³ Neste diapasão, Diogo de Figueiredo (Visto ao Ofício nº 9/88-ENL, exarado no Processo nº E.09/16189/850/87) e Augusto Werneck Martins (Ofício nº 07/88-AHWM, no Processo nº 02/013032/88, ambos da PGE/RJ) *apud* SOUTO, Marcos Juruena Villela. Ob. cit., p. 16.

e não meras formalidades burocráticas, podendo, via ação popular, por exemplo, desfazer contratos oriundos de licitações que não tenham respeitado o devido procedimento.²⁴⁴

4.2 A visão do Ministério Público Federal e do Tribunal de Contas da União: O problema das subcontratações

Segundo relatado pelo Ministro Haddad, o modelo ideal para a aplicação do Exame Nacional do Ensino Médio seria o modelo utilizado nas provas da Universidade de São Paulo (USP), que utiliza apenas uma única entidade responsável pela a realização do Vestibular, que é a FUVEST (Fundação Universitária para o Vestibular). Em entrevista concedida ao jornal “O Estado de São Paulo”, o Ministro afirmou que toda a preocupação vai para que tenhamos uma espécie de Fuvest dos exames do MEC²⁴⁵.

No caso do ENEM, o Ministro defende que a entidade responsável pela a aplicação do Exame seria o Cespe (Centro de seleção e de promoção de eventos) órgão vinculado a Fundação Universidade de Brasília (UNB), que conforme analisado, foi o centro contratado, com dispensa de licitação com base no inciso XIII do artigo 24, em caráter emergencial para a aplicação da nova prova do ENEM de 2009, após a fraude ocorrida.

Para a Haddad, “quando começa a haver disputa pelo serviço, você pode correr o risco de alguém que formalmente consiga cumprir os requisitos do edital não ter condições de oferecer as garantias necessárias para a boa execução do contrato”²⁴⁶.

Desta forma, antes de implantar este modelo de dispensa de licitação para a aplicação do ENEM de 2010 e dos anos seguintes, o Ministério da Educação (MEC), através de pareceres, está tentando convencer o Tribunal de Contas da União, já que, este tribunal, possui o entendimento de que o INEP deve realizar licitação para

²⁴⁴ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Ob. cit., p. 16.

²⁴⁵ Extraído do Jornal O Globo, de 02 de novembro de 2009, p. 5.

²⁴⁶ Extraído de <http://www1.folha.uol.com.br/folha/educacao/ult305u634558.shtml>.

a aplicação e elaboração do ENEM. No entanto, esta tentativa da implantação deste novo modelo, vem encontrando alguns obstáculos.

Indagado sobre a possibilidade de realização do Exame Nacional sem a realização do certame licitatório, o Ministro do Tribunal de Contas da União José Jorge, sem maiores preocupações, afirmou que:

... o Tribunal de Contas “nunca irá aceitar a teoria de contratar sem a licitação é melhor.”²⁴⁷

Já para o Senador Cristovam Buarque (PDT-DF), que foi o primeiro ministro de educação do governo Lula, “Haddad está certo do ponto de vista técnico, mas a ausência de licitação pode gerar desconfiança e não eliminará totalmente o risco de fraude”²⁴⁸.

Por sua vez, o Ministério Público Federal, levantou um importante ponto no tocante à realização do ENEM sem o processo licitatório, e na contratação de uma única entidade para a elaboração e aplicação do ENEM, que é o problema das subcontratações.

Logo após a declaração de Haddad concedida em uma entrevista para o jornal “O Estado de São Paulo”, publicada em 1º de novembro de 2009, na qual este afirma que “o modelo de contratação exigido pelos órgãos de controle é inapropriado para o ENEM”²⁴⁹, e defende que o Cesp, seria “o braço operacional do INEP”²⁵⁰ para a organização deste exame nacional, o Procurador Marinus Marisco, representante do Ministério Público Federal no Tribunal de Contas da União, disse que a proposta “fere a lei de licitação”²⁵¹.

Para o Procurador, a nova proposta do Ministério da Educação (MEC) fere a lei de licitação, já que, segundo ele:

²⁴⁷ Extraído de <http://noticias.r7.com/vestibular-e-concursos/noticias/tribunal-de-contas-critica-proposta-de-fazer-o-enem-sem-licitacao-20091104.html>.

²⁴⁸ Extraído de <http://www1.folha.uol.com.br/folha/educacao/ult305u634558.shtml>.

²⁴⁹ Extraído do Jornal O Globo, de 02 de novembro de 2009, p. 5.

²⁵⁰ Ibid., p. 5.

²⁵¹ Ibid., p. 5.

... o Cespe costuma subcontratar instituições privadas para ajudá-lo a organizar as provas.²⁵²

Diante desta declaração, defende este membro do Ministério Público, que este problema da subcontratação (realizado por vezes pelo Cespe), contraria o artigo 78 inciso VI da Lei nº 8.666/93, que preceitua que constitui como motivo para rescisão do contrato a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato.

Não bastasse isto, a proposta do Ministério da Educação, segundo este procurador, pode ir de encontro também com o artigo 13, § 3º da lei nº 8.666/93, caso o Cespe contrate outras instituições para a prestação do objeto. Textualmente:

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

(...)

VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato;

Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

(...)

§ 3º A empresa de prestação de serviços técnicos especializados que apresente relação de integrantes de seu corpo técnico em procedimento licitatório ou como elemento de justificação de dispensa ou inexigibilidade de licitação, ficará obrigada a garantir que os referidos integrantes realizem pessoal e diretamente os serviços objeto do contrato.

Complementa ainda o representante do Ministério Público Federal:

...se o Cespe desse conta do serviço sozinho, tudo bem. Mas não é o que ocorre. O risco é o Cespe se transformar num intermediário para contratar outras instituições. Aí acaba a Lei de Licitações²⁵³.

Em reunião realizada em seu gabinete, no dia 29/10/09, com representantes do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais (INEP), que o procuraram para apresentar a nova proposta da realização do ENEM sem a

²⁵² Ibid., p. 5.

²⁵³ Ibid., p. 5.

licitação, o Procurador ainda disse aos representantes do INEP, que considera “este caminho muito arriscado”²⁵⁴ .

A solução encontrada pelo Procurador seria a “elaboração de uma licitação bem amarrada para que a entidade vencedora realmente execute o serviço contratado”²⁵⁵. Complementou ainda afirmando ser viável a contratação de uma empresa para mais de um período, já que o serviço é continuado.

Por fim, segundo notícia publicada no Jornal O Globo²⁵⁶, para o idealizador do ENEM, o ex Ministro Paulo Renato Souza, que atualmente exerce o cargo de secretário de Educação de São Paulo, o problema do ENEM de 2009, não foi a licitação, mas sim a pressa do governo em transformá-lo em alternativa ao vestibular, sem uma logística adequada. Para o secretário, a proposta do Ministério da Educação em dispensar a licitação, e contratação do Cespe não é a melhor solução.

Nas palavras do Secretário: “Eles encurtaram os prazos, resolveram mudar tudo por razões exclusivamente políticas e escolheram uma empresa que não tinha condições de fazer o ENEM. Isso ficou óbvio. Agora, contratar uma instituição de forma permanente é um absurdo. Algum tipo de seleção tem de haver. O Cespe já teve problemas em outras seleções. Isto é uma loucura”²⁵⁷.

Diante das premissas aqui abordadas, pretende-se neste capítulo, mostrar o posicionamento do Tribunal de Contas da União, bem como, o do Ministério Público Federal, no tocante a possibilidade de dispensa de licitação para a elaboração e operacionalização do Exame Nacional do Ensino Médio.

²⁵⁴ Ibid., p. 5.

²⁵⁵ Ibid., p. 5.

²⁵⁶ Ibid., p. 5.

²⁵⁷ Ibid., p. 5.

5 POSSIBILIDADE DE DISPENSA DE LICITAÇÃO NA CONTRATAÇÃO DE INSTITUIÇÃO PARA A OPERACIONALIZAÇÃO DO ENEM

O objetivo deste tópico é fazer uma reflexão sobre a possibilidade de dispensa da licitação para a contratação de uma instituição para a operacionalização e elaboração do Exame Nacional do Ensino Médio.

Desta forma, sobre a ótica da quebra do paradigma de que a eficiência só é alcançada, bem como a melhor proposta para a Administração Pública, através de um processo licitatório, pretende-se chegar a uma solução para que no caso específico do ENEM, o INEP possa dispensar o certame, e contratar diretamente uma instituição, de modo que a verdade real, ou seja, a melhor proposta no mercado, e não somente a verdade formal, seja atingida.

Assim, devido a peculiaridade do ENEM, já que para sua operacionalização e elaboração, exige-se da instituição um alto grau de capacidade técnica, pelos motivos já apontados durante este trabalho, como por exemplo, uma logística capaz de atender diversos Municípios, e milhões de estudantes, penso que a melhor maneira de se atingir a verdade real, é através da contratação de uma instituição com um alto grau de capacidade técnica e experiência em aplicação de concursos do porte do ENEM.

Para tanto, como vivemos em um Estado Democrático de Direito, que possui como um de seus pilares a legalidade, o caminho para a dispensa de licitação para a contratação de uma instituição para a elaboração e operacionalização do ENEM, deve ser pautado na lei.

Tal tarefa, não se mostra difícil, já que o próprio constituinte apesar de ter criado o princípio da obrigatoriedade de licitação disposto no artigo 37 inciso XXXI, também fez algumas exceções a esta obrigatoriedade no mesmo artigo.

O inciso XXI do artigo 37 da Constituição é bastante claro, quando afirma que “*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 (...)*”

Desta feita, a União valendo de sua competência constitucional prevista no artigo 22 inciso XXVII de legislar sobre normas gerais de licitação e contratação publica, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, editou a Lei nº 8.666/93, que estabelece normas gerais a serem observadas pela a União, Estados, Municípios e pelo Distrito Federal.

Note-se ainda, pela possibilidade de tais entes criarem normas específicas sobre licitações e contratos, exercendo assim sua competência suplementar prevista no § 2º do artigo 24 da Constituição Federal, desde que, estas não contrariem as normas gerais já dispostas na Lei nº 8.666/93.

Atendendo ao comando constitucional, o legislador ordinário, criou algumas hipóteses onde a licitação poderá ser dispensada. Entretanto, conforme já analisado neste trabalho, as hipóteses de dispensa de licitação são restritas, ou seja, não cabe ao intérprete criar outras hipóteses de dispensa, além das previstas no artigo 24 da lei, sob pena inclusive de crime, conforme disciplinado no artigo 89 do Estatuto de Licitações (Lei nº 8.666/93).

A luz do Exame Nacional do Ensino Médio, a solução legal proposta para a contratação direta de uma instituição para a elaboração e operacionalização do exame, está prevista no artigo 24 inciso XIII, que versa sobre a possibilidade de dispensa de licitação para a contratação de instituição brasileira de pesquisa, ensino, desenvolvimento institucional ou dedicada a recuperação social de preso. Textualmente:

Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

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

O próprio Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP), autarquia federal vinculada ao Ministério da Educação (MEC), utilizou esta hipótese de dispensa para dispensar a licitação, e contratar em caráter emergencial (art. 26 I) o Centro de Seleção e Promoção de Eventos (CESPE) da Universidade de Brasília e a Fundação Cesgranrio para operacionalização de procedimentos relativos ao ENEM de 2009, logo após a rescisão do contrato com o consórcio Connase.

É o que se extrai da publicação do diário oficial da União de 14 de outubro de 2009:

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS
ANÍSIO TEIXEIRA EXTRATO DE DISPENSA DE LICITAÇÃO Nº 219/2009

Nº Processo: 23036002715200931. Objeto: Contratação em caráter emergencial do Consórcio formado pelas instituições FUB/CESPE e Cesgranrio, doravante denominado simplesmente de Consórcio, inscritas no CNPJ/MF nºs 00.038.174/0001-43 e 42.270.181/0001-16, respectivamente, para operacionalização de procedimentos relativos ao ENEM/2009, conforme condições e especificações contidas no Projeto Básico. Total de Itens Licitados: 00001.

Fundamento Legal:

Artigo 24, inciso XIII, da Lei 8.666/93. Justificativa: Contratação em caráter emergencial Declaração de Dispensa em 21/10/2009. CLAUDIO FRANCISCO SOUZA DE SALLES. Ordenador de Despesa. Ratificação em 21/10/2009. REYNALDO FERNANDES. Presidente do INEP. Valor: R\$ 99.959.837,86. Contratada: FUNDACAO UNIVERSIDADE DE BRASILIA.²⁵⁸

O professor Jessé Torres Perreira Júnior, ao tratar do tema, lembra que este inciso em análise, cumpre com o objetivo traçado no artigo 218²⁵⁹ da Constituição

²⁵⁸ Publicado no Diário Oficial da União. Seção 3, p. 67.

²⁵⁹ Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas(...)

§ 4º - A lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho.

Federal, que atribui ao Estado o incentivo ao desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológica. Nas palavras do autor:

A lei licitatória cumpre, neste inciso, a ordem do art. 218 da Constituição Federal, que incumbe o Estado de promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas. A determinação do parágrafo 4º do preceito constitucional nitidamente inspira esta hipótese de dispensabilidade, ao cometer a lei, imperativamente, o dever de apoiar e estimular as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de recursos humanos.²⁶⁰

Sobre o tema, merece destaque a passagem do voto do Ministro - Substituto José Antonio Barreto de Macedo do Tribunal de Contas da União:

5.2.2 A nosso ver, o propósito do art. 24, XIII, do Estatuto é estimular as instituições que menciona, favorecendo-lhes a obtenção de contratos com o serviço público como forma de ajudar-lhes no seu autocusteio. Com isso, o Estado estará estimulando, em cumprimento aos mandamentos constitucionais, ainda que por via indireta, as ações voltadas para o ensino, a pesquisa e o desenvolvimento institucional.

Neste sentido, pouco importa o objeto específico da contratação, desde que seja compatível com os objetivos sociais da instituição contratada e possa ser satisfatoriamente prestado com sua própria estrutura²⁶¹.

Entretanto a dispensa de licitação ora em estudo exige alguns requisitos para a contratação direta de instituição Brasileira.

O primeiro requisito, é que a instituição seja brasileira. Entretanto, como lembra Jessé Torres Perreira Júnior, “o termo instituição não apresenta um conteúdo jurídico preciso, o que acaba por dificultar a conceituação do que seja esta instituição tratada pelo legislador”²⁶².

²⁶⁰ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei de Licitações e contratos da administração Pública: Lei nº 8.666/93**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 281.

²⁶¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo nº TG 001.199/97-8. Decisão nº 657/1997-Plenário. Rel. Ministro-Substituto JOSÉ ANTONIO BARRETO DE MACEDO. Diário Oficial da União. Brasília, DF, Seção 1, 14/10/97, p. 23.209.

²⁶² PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Ob. cit., p. 161.

Tentando conceituar ao termo instituição, o professor Carlos Motta, assim concluiu:

... o vocábulo instituição é geralmente compreendido em um sentido amplo e abrangente, que pode conter todos os grupos sociais oficiais, como escolas, sindicatos, órgãos de governo e também empresas.²⁶³

Apesar desta complexidade em definir o que seja uma instituição, haja vista a sua carga de indeterminação, a doutrina²⁶⁴ entende que, a expressão utilizada no dispositivo em análise, não abarca pessoas físicas, já que conforme disposto por Marçal Justen filho, “a idéia de instituição está vinculada a uma estrutura organizacional que transcende a participação e a identidade do ser humano”²⁶⁵.

Já quanto à exigência da instituição ser brasileira, a doutrina costumava conceituar tal mandamento, com base no artigo 171 da Constituição Federal, que posteriormente veio a ser revogado pela a emenda Constitucional n° 6. Tal dispositivo conceituava instituição brasileira como aquela que se tenha constituído sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País. Acontece que, o artigo 171, ao conceituar instituição brasileira, “tomou emprestado os parâmetros”²⁶⁶ do Decreto-Lei n° 2.672/40. Assim, apesar do fato, do artigo 171 ter sido revogado, o conceito continua de instituição brasileira continua válido, já que o decreto-lei em questão ainda continua em vigor.

Entretanto, para a solução aqui apontada, de dispensar a licitação com base neste dispositivo, merece destaque a exigência que este faz em relação ao estatuto ou regimento, e o objetivo da instituição a ser contratada.

O artigo 24 inciso XIII é claro ao exigir uma instituição brasileira incumbida regimental ou estatuarimente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada a recuperação social do preso. Note-se que

²⁶³ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações & contratos: estrutura da contratação, concessões e permissões, responsabilidade fiscal, pregão-parcerias público-privadas**. 10ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 221.

²⁶⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11ª ed., São Paulo: Dialética, 2005, p. 252.

²⁶⁵ Ibid., p. 252.

²⁶⁶ Expressão utilizada por JUSTEN FILHO, Marçal. Ob. cit., p. 252.

este inciso, em sua parte final, ainda exige que a entidade contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não possua fins lucrativos.

A jurisprudência²⁶⁷ vem entendendo que o objeto pretendido pela a Administração deve ser conexo, compatível com o objeto da instituição a ser contratada. Conforme aponta a doutrina, não são compatíveis objetos vagos. “Busca-se serviço ou bem absolutamente definido e mensurável, com programação de etapas perfeitamente claras”²⁶⁸.

O próprio Tribunal de Contas da União possui jurisprudência pacificada no tocante a possibilidade de dispensa de licitação com base no artigo 24 inciso XIII da Lei nº 8.666/93²⁶⁹, desde que todos os requisitos exigidos por este inciso sejam respeitados, e exista uma compatibilidade entre o objeto pretendido pela Administração e o objeto da instituição a ser contratada.

Merece destaque o Acórdão nº 569/2005 do Tribunal Contas da União, de relatoria do Ministro Augusto Sherman Cavalcanti, que versava sobre uma representação formulada pela 6ª Secex, sobre possíveis irregularidades praticadas no âmbito da Comissão Nacional de Energia Nuclear - CNEN que com base no inciso XXI, dispensou a licitação para a contratação da Fundação de Apoio, Pesquisa e Extensão do Centro de Ciências Matemáticas e da Natureza da Universidade Federal do Rio de Janeiro - FCCMN/UFRJ, pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, para execução de concurso público.

Baseando-se na pacificação desta questão na jurisprudência do próprio Tribunal de Contas da União, este Tribunal decidiu no sentido da possibilidade de dispensa de licitação para a contratação de entidade especializada, desde que os requisitos legais sejam observados. Nas palavras do relator:

²⁶⁷ Neste sentido ver: TCU: Processo nº 010.172/2000-9. Acórdão nº 342/2002- Plenário. Rel. Min. IRAM, Saraiva. DOU 04/10/02.

²⁶⁸ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem Licitação*. 6ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 484.

²⁶⁹ Neste sentido ver TCU Decisão nº 470/1993 - Plenário, Acórdãos nº 105/1998 e 710/1994 - Plenário e Decisão 282/1994 – Plenário.

Assim, em termos de contratação direta visando à promoção de concurso público para provimento de cargos, não vislumbro, com base na mencionada jurisprudência desta Casa, haver entendimento firmado acerca da inaplicabilidade do art. 24, inciso XIII, da Lei n. 8.666/1993. A bem da verdade, observo que a compreensão abrange dois caminhos a percorrer; um que aponta a possibilidade de licitação para contratação de instituição apta a promover concurso público e outro que indica a contratação direta, em especial porque, nesse caso, há um relevante interesse público subjacente que justifica a dispensa de licitação: assegurar a moralidade, a segurança, o sigilo e a credibilidade do concurso público, bem como a isonomia na acessibilidade aos cargos públicos, prestigiando a excelência da qualidade do certame na seleção de recursos humanos para a Administração Pública.

Dessa forma, entendo que é o interesse público que vai permitir ter-se a exata dimensão da expressão do termo em comento, a cada caso concreto, a fim de compatibilizá-lo às normas de licitação, sem alargá-lo tanto, a ponto de impedir o cumprimento do citado princípio constitucional da licitação, nem restringi-lo demasiadamente ao limite de tornar letra morta a norma expressa no art. 24, XIII, da Lei n. 8.666/1993. É necessário haver equilíbrio entre a regra de licitar e a exceção da dispensa de licitar, tudo de acordo com o interesse público que emerge do caso concreto.

Questão de extrema relevância abordada no acórdão diz respeito ao argumento de que havendo mais de uma fundação, ou instituição apta a promover o concurso público, enseja por parte da Administração na obrigação de promover a licitação, já que, haveria competitividade.

Para resolver este impasse, o acórdão traz uma brilhante passagem do voto do Desembargador Relator Jessé Torres da Apelação Cível nº 2002.001.05694, julgada improcedente, à unanimidade, pela Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Rio de Janeiro²⁷⁰:

Cuida-se de matéria matizada, em que a doutrina e os tribunais de contas vêm amadurecendo interpretações a que se opõem dificuldades. Por isto que se compreende que os arrazoados das partes, o articulado pericial, os pareceres ministeriais e a sentença não hajam aprofundado no tema, além, aqui e ali, de haverem cometido impropriedades conceituais. Como a de que a licitação seria imperiosa porque há muitas entidades especializadas em consultoria organizacional e a competição entre elas, sendo viável, torna obrigatória a realização do certame prévio à contratação. Descabida ilação porque o regime da Lei n. 8.666/1993 distingue a categoria da licitação dispensável (hipóteses *numerus clausus*, definidas nos incisos do art. 24) da categoria da licitação inexigível (situações a que se refere o art. 25, em tom meramente exemplificativo, em que a competição é inviável). A lei autoriza a

²⁷⁰ Julgada em 22/06/05.

dispensa de licitação mesmo que viável seja a competição. Os critérios que embasam as hipóteses do art. 24 não levam em conta a competitividade. Concernem a circunstâncias peculiares que condicionam e aconselham a contratação direta, desde que preenchidos os requisitos legais. É o caso do inciso XIII do art. 24.

Percebe-se então que tal tese não merece prosperar, uma vez que, conforme muito bem explicitado pelo autor e Desembargador, o simples fato de existirem outras entidades especializadas, gerando, portanto uma certa competitividade entre elas, não impede que a licitação não seja dispensada pela hipótese aqui analisada, pois, são circunstâncias peculiares que autorizam a dispensa, como por exemplo, a inquestionável reputação ético-profissional da entidade, ou até mesmo, sua experiência pretérita no setor.

O legislador, portanto, permitiu ao administrador afastar a licitação, quando verificar no caso concreto, a existência de condições específicas, como por exemplo, a inquestionável reputação profissional, e a experiência da entidade no objeto a a ser operacionalizado.

Entendeu o legislador que é melhor contratar uma entidade com experiência no objeto a ser contratado, do que correr o risco de realizar um procedimento licitatório, e conseqüentemente, contratar uma entidade, que não goze de uma inquestionável reputação profissional, ou que não possuía qualquer experiência, no cumprimento do objeto.

Há então uma preocupação com a melhor proposta para a Administração. Preocupação esta com o fim, e não com o meio. Busca-se a melhor proposta no mercado, e não simplesmente a melhor proposta nos autos.

No caso do Exame Nacional do Ensino Médio de 2009, a Administração preferiu seguir a orientação do Tribunal de Contas da União, em realizar um procedimento licitatório, do que utilizar a hipótese da dispensa aqui estudada.

Assumi, portanto o risco de contratar uma entidade, que apesar de cumprir com os requisitos do edital, não possuía uma capacidade técnica suficiente, muito menos, uma inquestionável reputação ético-profissional, para a elaboração e operacionalização de um exame de nível nacional como o ENEM.

Mais uma vez, invertem-se os valores. Em vez de se preocupar com o atendimento da melhor proposta para a Administração, através da contratação direta de uma entidade portadora de uma inquestionável reputação ético-social, e experiência na aplicação de concursos do porte do Enem, como por exemplo, o Centro de Seleção e Promoção de Eventos (CESP), preocupou-se o administrador com o formalismo do meio.

O que era para ser um meio para se atingir a melhor proposta para a Administração, e controlar eventuais fraudes, passa a ser, o grande vilão, impedindo o atendimento da melhor proposta.

O resultado da realização do processo está aí. Em termos práticos, pode ser resumido da seguinte maneira:

- (I) 4,1 milhões de estudantes prejudicados com a fraude do ENEM,
- (II) recorde de abstenções de inscritos,
- (III) desistência da Universidade de São Paulo (USP), e da Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP) na utilização do ENEM como critério de seleção de ingresso, e
- (IV) não menos esperado, o pedido de demissão do presidente do INEP.

O curioso deste cenário é que conforme já demonstrado, o Tribunal de Contas da União possui um entendimento pacífico sobre a possibilidade de dispensa de

licitação, com base no artigo 24 inciso XIII, desde que a instituição contratada preencha os requisitos legais exigidos pelo inciso²⁷¹.

O próprio Tribunal chega a tecer comentários positivos sobre o CESPE, como no Acórdão nº 569/2005 aqui já citado, de relatoria do Ministro Augusto Sherman Cavalcanti. Nas palavras do Ministro:

Nesse contexto, vale lembrar que os últimos concursos públicos, inclusive o deste ano, para provimento dos cargos de Analista de Controle Externo da Carreira de Especialista do Quadro de Pessoal da Secretaria deste Tribunal, para não mencionar exemplos de outros órgãos, têm sido realizados mediante a contratação direta da Fundação Universidade Brasília - FUB, por meio do seu Centro de Seleção e de Promoção de Eventos - CESPE, e da Escola de Administração Fazendária - ESAF com fundamento no art. 24, inciso XIII, da Lei n. 8.666/1993, porquanto, segundo os pareceres emitidos pela Consultoria Jurídica deste TCU para cada contratação direta, os requisitos constantes do citado dispositivo legal foram observados, restando demonstrada a correlação entre o objeto contratado e o desenvolvimento institucional deste Tribunal.

21. E de fato somos todos testemunhas de que a política institucional do TCU na seleção de pessoal, mediante concurso público promovido pela FUB ou ESAF, tem resultado na alta qualificação dos servidores desta Casa, os quais têm contribuído, juntamente com outras políticas internas voltadas nesse sentido, para permanente e crescente desenvolvimento institucional desta Casa.

A Cesgranrio, outra entidade de pesquisa e ensino, sem fins lucrativos, que junto com a CESPE, participou da elaboração e operacionalização do ENEM de 2009 após a fraude, também já teve a sua reputação ético-profissional reconhecida pelo Tribunal de Contas da União no Processo nº TC 014.861/93-3 de relatoria do Ministro Relator Bento Jose Bugarin.

No processo, o Senado Federal solicitou ao Tribunal que verificasse eventuais irregularidades na dispensa de licitação para a contratação da Cesgranrio para a execução de concurso para o provimento de cargos de patrulheiro rodoviário

²⁷¹ Neste sentido ver TCU Decisão nº 470/1993.- Plenário, Acórdãos n. 105/1998 e 710/1994-Plenário e Decisão 282/1994 – Plenário.

Federal. Na decisão²⁷², verificou-se que não houve qualquer irregularidade na contratação da instituição.

Saindo um pouco da Jurisprudência do Tribunal de Contas da União, merece destaque o acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª região no julgamento de uma apelação cível em sede de ação popular, em que discutia-se uma possível ofensa ao artigo 24 inciso XIII na dispensa de licitação para a contratação da CESPE para a aplicação de um determinado concurso público.

Ação Popular. Dispensa de Licitação na contratação de instituição nacional. Legitimidade. Litigância de má-fé. Não-caracterização.

(...)

2. Inexistência de ofensa ao disposto no art. 24, inciso XIII, da Lei n. 8.666/1993 (Lei 4.717/65, arts. 2º, “c”, parágrafo único, “c”; 3º), uma vez que a Fundação Universidade de Brasília (FUB) é instituição nacional sem fins lucrativos que se dedica ao ensino e de reconhecidas idoneidade, reputação ético-profissional e capacidade na realização de concursos públicos por intermédio do CESPE - Centro de Seleção e Promoção de Eventos, já tendo realizado dezenas de certames para a admissão de pessoal em diversos órgãos e instituições, tais como, a título exemplificativo, o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal de Contas da União, o Instituto Nacional do Seguro Social, o Ministério Público do Trabalho, o Senado, o Ministério Público do Estado de Pernambuco, a Câmara legislativa do Distrito Federal e o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, dentre outros, todos com dispensa de licitação na forma do dispositivo legal acima referido.

(...)

6. Apelação provida em parte. Remessa não provida.²⁷³

Pelos motivos até então expostos, percebe-se que a própria lei de licitações, ao prever hipóteses em que o administrador poderá dispensar o certame licitatório, mesmo havendo uma competitividade no setor, faz isso visando atender a melhor proposta no mercado. Em outras palavras, preferiu o legislador dispensar a licitação em determinados casos, já que estes guardam certas peculiaridades e especificidades, em que a “realização da licitação formal seria impossível ou frustraria a realização adequada das funções estatais”²⁷⁴.

²⁷² Decisão 53/93 Plenário, julgada em 27/10/93.

²⁷³ Processo AC 1998.01.00.084552-3/DF; Relator Juiz Federal Leão Aparecido Alves; Órgão Julgador: Terceira turma Suplementar., DJ de 30/10/03, p. 104.

²⁷⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários a lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11ª ed., São Paulo: Dialética, 2005, p. 227.

Merece destaque o ensinamento do mestre Marçal Justen Filho, sobre o tema:

Como é usual se afirmar, a “supremacia do interesse público” fundamenta a exigência, como regra geral, de licitação previa para contratações da Administração Pública – o que significa, em outras palavras, que a licitação é um pressuposto do desempenho satisfatório pelo Estado das funções administrativas a ele atribuídas. No entanto, existem hipóteses em que a licitação formal seria impossível ou frustraria a realização adequada das funções estatais. O procedimento licitatório, normal conduziria ao sacrifício dos fins buscados pelo o Estado e não asseguraria a contratação mais vantajosa. Por isso autoriza-se a Administração a adotar um outro procedimento, em que formalidades são suprimidas ou substituídas por outro.²⁷⁵

No mesmo diapasão leciona Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

O princípio constitucional da licitação, como todas as regras de Direito, não tem um valor absoluto, devendo ser coordenado com outros princípios do mundo jurídico conforme exposto.

Assim, em alguns casos previamente estabelecidos pelo legislador, o princípio da licitação cede espaço ao princípio da economicidade ou ao primado da segurança nacional, ou ainda para garantir o interesse público maior, concernente a necessidade de o Estado intervir na economia. Em todos os casos delineados pela lei n ° 8.666/93, em que a licitação foi dispensada ou considerada inexigível, pelo menos no plano teórico, entendeu o legislador estar em confronto o princípio jurídico da licitação e outros valores igualmente tutelados pela ordem jurídica, tendo sido aquele subjugado por um desses.²⁷⁶

Sobre a premissa de que o princípio da licitação não é absoluto, já que, permite uma ponderação de interesses, lembra Flávio Amaral Garcia:

Daí estar o administrador público autorizado a ponderar tais interesses e optar, no caso concreto, pela contratação direta, mormente se restar caracterizado que a licitação prestará um desserviço ao atendimento ao interesse público.²⁷⁷

²⁷⁵ Ibid., p. 227.

²⁷⁶ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem licitação**. 5ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 178.

²⁷⁷ GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e contratos administrativos**. 2ª ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 177.

Continua o mesmo autor:

... A licitação é um instrumento de ação estatal, não constituindo um fim em si mesma. É apenas um meio para o atingimento de uma determinada finalidade pública prevista em lei ou na própria Constituição Federal. Se, no caso concreto, a licitação não se revelar como a forma apta ao atendimento desta finalidade, não há nenhuma razão para realizá-la, sob pena de não dar cumprimento a finalidade pública, objetivo a ser perseguido pelo administrador.²⁷⁸

Tal entendimento reforça o ponto abordado, já que devido às peculiaridades operacionais e logísticas exigidas pelo o ENEM, a licitação não seria o melhor meio para se assegurar a contratação mais vantajosa, e conseqüentemente na contratação de uma entidade capaz de operacionalizar e elaborar o Exame Nacional do Ensino Médio.

Portanto, a solução encontrada para a dispensa de licitação para a contratação de uma entidade para a elaboração e operacionalização do Exame Nacional do Ensino médio está disposta na própria de licitações, mais especificamente no artigo 24 inciso XIII, que conforme analisado, permite a contratação direta de entidade de pesquisa ou ensino, sem fins lucrativos, e que possuía inquestionável reputação ético profissional.

Não está se defendendo neste trabalho, a contratação de determinada instituição, como por exemplo, o Centro de seleção e Promoção de Eventos (CESPE) ou a Fundação Cesgranrio, para a elaboração e operacionalização do ENEM, mas sim, a contratação de uma entidade capaz de atender da melhor forma o objeto do ENEM, ou seja, que detenha um alto grau de capacidade técnica, e experiência em concursos do porte do ENEM.

Em outras palavras, a entidade deve possuir uma inquestionável capacitação para o desempenho do ENEM, não cabendo aqui, a contratação de entidades que não gozem desta inquestionável capacitação para o a operacionalização do ENEM, como as empresas integrantes do Consórcio Connase, que, como é público é notório, tiveram problemas anteriores na elaboração de concursos realizados por

²⁷⁸ Ibid., p. 176.

elas, além do fato destas não possuírem qualquer experiência na aplicação de concursos do porte do ENEM.

5.1. Riscos associados a modalidade de dispensa em análise e medidas para evitá-los a luz da doutrina e do Tribunal de Contas da União

A solução destacada deve ser interpretada com certa parcimônia, já que, como aponta Flávio Amaral Garcia, esta modalidade fomentou a proliferação de entidades que por vezes não possuem capacidade para o desenvolvimento do objeto contratado, o que leva ao problema das subcontratações. Nas palavras do autor:

Trata-se de dispositivo que fomentou a proliferação destas entidades, que são, na maior parte das vezes, contratadas sem licitação. O objeto “desenvolvimento institucional” é muito amplo e pode comportar as mais diversas atividades. Deve se ter cautela com as subcontratações que geralmente ocorrem neste tipo de dispensa, servindo estes contratos, em várias ocasiões, como forma de fornecimento de mão-de-obra por via transversa.²⁷⁹

Continua o autor:

Sucedo que, sob o manto da discricionariedade, este dispositivo vem sendo utilizado de forma indevida, gerando a criação de um mercado permeado de instituições criadas com objetos amplos e que não possuem a necessária especialização para a prestação e execução dos serviços. Daí a necessidade de se aprofundar nos requisitos legais que autorizam este espécie de contratação direta.²⁸⁰

Logo, devido a estes problemas apontados pelo autor, a solução encontrada neste trabalho, deve ser analisada com certa cautela, de modo que, não haja qualquer tipo de burla ou violação as normas e princípios esculpidos na Lei nº 8.666/93, e até mesmo na própria Constituição Federal.

²⁷⁹ Ibid., p. 38.

²⁸⁰ Ibid., p. 182.

Sendo assim, a doutrina e a jurisprudência criaram medidas que reforçam as exigências legais previstas no próprio inciso XIII do artigo 24.

Deste feito, conforme aponta Flávio Amaral Garcia, o primeiro requisito exigido pelo inciso é que a instituição contratada tenha por finalidade prevista no seu regimento ou estatuto, a pesquisa, ensino, desenvolvimento institucional ou recuperação social do preso.²⁸¹

O Tribunal de Contas da União, já se pronunciou sobre este requisito legal, entendendo que não basta a mera previsão genérica no estatuto ou no regimento para que a entidade possa ser contratada diretamente, é necessário, que, exista um nexo entre o objeto da contratação e a especialização da entidade²⁸². É o que se extrai da seguinte passagem:

Esta Corte de Contas já fixou entendimento no sentido de que os requisitos para contratação com base no referido inciso XIII não se restringem a ser a instituição brasileira; sem fins lucrativos; detentora de inquestionável reputação ético-profissional; incumbida, regimental ou estatutariamente, da pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional ou, ainda, dedicada a recuperação social do preso.

A fim de compatibilizar a norma com o ordenamento jurídico vigente, onde se tem, no campo da Administração Pública, o princípio maior da licitação-balizada por princípios outros como o da isonomia, da vantajosidade da escolha da proposta, da impessoalidade, da moralidade, impõe-se uma interpretação rigorosa do dispositivo legal citado, de modo a exigir que a entidade contratada tenha objetivos condizentes com o objeto da contratação e estrutura que comporte o cumprimento pessoal dos compromissos assumidos.²⁸³

Flávio Amaral Garcia²⁸⁴, traz ainda uma manifestação do Ministro Lincon Magalhães da Rocha do Tribunal de Contas da União, que sobre o tema, assim se pronunciou:

Neste particular, associo-me a corrente de pensamento que advoga como implemento de condição para o uso da prerrogativa legal supracitada, não

²⁸¹ Ibid., p. 182.

²⁸² Neste sentido ver: Ibid., p. 182.

²⁸³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 627/2002. Rel. Min. IRAM SARAIVA. Órgão julgador: 1ª Câmara, j. 01.10.2002, DOU nº 198, de 11/10/02.

²⁸⁴ GARCIA, Flávio Amaral. Ob. cit., p. 183.

apenas o simples exame de qualificação da eventual contratada, a luz das exigências legais, como, também a análise de compatibilidade entre a linha de atuação institucional específica do ente contratado e a natureza do objeto alvo da contratação.²⁸⁵

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes faz uma importante contribuição no tocante ao problema das subcontratações, que por muitas vezes, ocorrem neste tipo de contratação direta, por diversos motivos, mas principalmente pelo fato de muitas instituições, não possuírem em sua estrutura pessoal uma qualificação necessária para a execução do contrato.

Lembra também que os requisitos legais são intuito personae. Nas palavras do autor:

Importa salientar que tais requisitos são verdadeiramente intuito personae, obrigando o contratado a execução direta que é prestigiar a finalidade da instituição por meio do trabalho dessa. Se a subcontratação é em regra vedada, nesse caso com muito mais razão há de sê-lo.²⁸⁶

No mesmo diapasão conclui Luis Gustavo Alves Smith:

Tal entendimento representa, indubitavelmente, uma evolução a impedir ou ao menos coibir a vulgarização do permissivo legal excepcionatário, até porque é cediço que muitas instituições “emprestam” sua grife para a pactuação de contratos administrativos que, na verdade, não serão executados por elas ou por seu próprio pessoal. Nessas hipóteses, analisar apenas os requisitos exigidos pelo dispositivo legal autorizativo seria conferir as instituições dessa natureza uma espécie de “imunidade” ao procedimento licitatório.²⁸⁷

O Tribunal de Contas da União, também já se manifestou neste sentido, conforme lembra Flávio Amaral Garcia²⁸⁸:

²⁸⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão nº 346/99. Rel. Min. LINCOLN MAGALHÃES DA ROCHA, j. 09.06.99, DOU nº 117-E, de 22/06/99.

²⁸⁶ FERNADES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem licitação**. Brasília: Brasília Jurídica, 1995, p. 223.

²⁸⁷ SMITH, Luis Gustavo Alves. “Contratação com dispensa- inteligência do art. 24, inc. XIII, da Lei de Licitações e Contratos”, in *Boletim de Licitações e Contratos- BLC*. São Paulo: NDJ, abril/2004, p. 271.

²⁸⁸ GARCIA, Flávio Amaral. Ob. cit., p. 184.

(...) se abstenha de dispensar a licitação com fundamento no art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93, quando restar comprovado que a instituição de que trata o referido dispositivo não tem condições de desempenhar as atribuições para qual foi contratada, uma vez que nesse caso é inadmissível a subcontratação.²⁸⁹

Outro requisito legal de extrema importância é exigência da inquestionável reputação ético-profissional por parte da instituição a ser contratada. Para Paulo Henrique Spilotros Costa “é indispensável que a instituição seja conhecida no âmbito restrito dos que atuam no segmento do mercado”²⁹⁰.

Já para Marçal Justen Filho, “deve ser inquestionável a capacitação para o desempenho da atividade objetiva. Exigem-se as virtudes éticas relacionadas direta e necessariamente com o perfeito cumprimento do contrato”²⁹¹.

Não menos importante, é a exigência de que a instituição não tenha fins lucrativos e, conforme leciona Flávio Amaral Garcia, que “o procedimento da contratação seja transparente, devidamente documentado e motivado, com o atendimento de todos os requisitos objetivos previstos na Lei nº 8.666/93”²⁹².

Assim, diante do exposto, pretende-se neste capítulo, demonstrar que a modalidade em análise, deve ser utilizada com certa parcimônia e cautela, devendo a Administração, cerca-se de todas as medidas cabíveis, para impedir eventuais falhas, desvios de conduta, e de legalidade. Nas palavras de Flávio Amaral Garcia:

Deve, pois, a Administração Pública contratante cercar-se de todas as cautelas para verificar se a instituição possui estrutura e material humano para executar o objeto do contrato. Daí a necessidade de examinar as suas condições de habilitação, de modo a assegurar a vinculação personalíssima da instituição contratada.²⁹³

²⁸⁹ TCU. Processo nº 019.365/95-0. Decisão nº 138/1998-Plenário. *Apud* Fernandes, Jorge Ulisses Jacoby. *Vade-Mecum de licitação e contratos*. Belo Horizonte: Fórum, p. 345.

²⁹⁰ Parecer nº 08/2002- PHSC proferido no âmbito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro.

²⁹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários a Lei de licitações e contratos administrativos**. 11ª ed., São Paulo: Dialética, 2005, p. 253.

²⁹² GARCIA, Flávio Amaral. Ob. cit., p. 185.

²⁹³ *Ibid.*, p. 185.

CONCLUSÃO

Este trabalho possui como objetivo, afastar a premissa predominante na doutrina e na jurisprudência, de que a licitação é o meio mais adequado, e o único capaz de atingir a proposta mais eficiente.

É indiscutível que a licitação é um instrumento fundamental para alcançar a melhor proposta para a Administração, já que, além de ser um procedimento isonômico, possibilitando a participação de todos os interessados, garante também, que princípios e valores constitucionais sejam respeitados.

Contudo, tal instrumento, em alguns casos, não é capaz de trazer para a Administração Pública a melhor proposta, já que, em certas hipóteses, permite a contratação de empresas que apesar de apresentarem a melhor proposta nos autos do certame, não possuem a melhor proposta no mercado.

Como exemplo desta ineficácia do processo licitatório, na busca da melhor proposta do mercado, pode-se citar o caso aqui analisado da fraude ocorrida ao Exame Nacional do Ensino Médio de 2009, em que, através de um processo licitatório, se contratou uma empresa, que não possuía qualquer experiência técnica na aplicação de concursos do porte do Exame Nacional do Ensino Médio.

No caso do Exame Nacional do Ensino Médio do ano de 2009, preferiu a Administração, utilizar a premissa usualmente adotada pela doutrina, de que a licitação é o único meio capaz de se atingir a melhor proposta, do que, utilizar-se de uma modalidade legal de dispensa, conferida pelo ordenamento, que no caso em análise, atenderia melhor o interesse da Administração do que o processo licitatório.

Contratou-se, portanto, uma empresa, que apesar de ter cumprido com os requisitos objetivos do edital, não possuía uma qualificação técnica adequada, nenhuma experiência, ou até mesmo, um projeto de logística capaz de atender as necessidades do Exame Nacional do Ensino Médio.

O resultado está aí, o Exame Nacional do Ensino Médio de 2009, teve o recorde de abstenções de inscritos, e as desistências da Universidade de São Paulo e da Universidade Estadual de Campinas na utilização do ENEM como critério de seleção de ingresso. Por fim, não menos esperado, houve também o pedido de demissão do presidente do INEP. Fatos estes, não levando em consideração os 4,1 milhões de estudantes prejudicados com a fraude.

Diante disto pergunta-se: Será que a licitação no caso do ENEM garantiu a proposta mais vantajosa para a Administração? Será que este instrumento formal foi capaz, e o mais adequado para atender o interesse público de milhares de estudantes de todo o país?

Não se pode esquecer que a licitação é apenas um meio pelo qual se busca atingir determinada finalidade, e não o contrário, ou seja, a finalidade não é a realização da licitação, e sim a escolha da melhor proposta.

A licitação, portanto é um meio pelo qual se atinge a melhor proposta, e não necessariamente, esta melhor proposta será sempre atingida pela licitação.

Concluo este trabalho me utilizando de uma passagem do brilhante professor Joaquim Falcão, que assim, uma vez me indagou: Felipe, você quer retirar da prisão da licitação, o princípio da eficiência?

Creio que a resposta é positiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Raphael Monteiro Silveira de; ROCHA, Henrique Bastos (org.). **Pregão Eletrônico. Características. Procedimento.** 1ª ed., Rio de Janeiro: FGV, 2008.

BARRETO, Shana Luraschy; SOUTO, Marcos Juruena Villela (org.). **Licitação: Conceito, Princípios, Direito Comparado e Regulação.** 1ª ed., Rio de Janeiro: FGV, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 17ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação.** 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

DI PIETRO, Sylvia Maria Zanella. **Direito Administrativo.** São Paulo: Atlas, 2007.

FALZONE, Guido. **Il Devore di Buona Administrativo.** Milão: Giuffré, 1953.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação Direta sem Licitação: modalidade, dispensa e inexigibilidade de licitação.** 5ª ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

_____. **Contratação direta sem Licitação.** 6ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2007.

_____. “A inexigibilidade de Licitação e a Notória Especialização”, in **Boletim de Licitações e Contratos.** Ago/1996, p. 395.

FERNANDES, Ismael Lopes. “Os princípios e os vícios da licitação”, in **Informativo de Licitações e Contratos (ILC)-Considerações,** nº 81 Curitiba: Zênite, Nov/2000.

FERRAZ, Sérgio e DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo.** São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e Contratos Administrativos – Casos e Polêmicas.** 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo.** 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

GRAU, Eros Roberto. “Inexigibilidade de licitação: Aquisição de Bens e Serviços que só podem ser fornecidos ou prestados por determinado agente econômico”, in **RDP,** nº 100, 1991.

IMBARDELLI, Daniel Rosa; COSTA, Paulo Henrique Spilotros (org.). **Contratação Direta. Licitação Dispensada e Inexigibilidade de Licitação. Requisitos. Formalização. Controle,** 1ª ed., Rio de Janeiro: FGV, 2008.

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

_____. **Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Dialética, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero e José Emmanuel Burle Filho. 21ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET, Paulo Gustavo Branco. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Raul Armando. **Comentários ao Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos**, São Paulo: Saraiva, 1991.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13ª ed., São Paulo: Atlas, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 13ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 15ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009.

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

MUKAI, Toshio. **Licitações e contratos Públicos**. 5ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei de Licitações e contratos da administração Pública: Lei nº 8.666/93**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

RODRIGUES, Eduardo Azeredo. "Da dispensa de licitação na contratação de órgão ou entidade exploradora de atividade econômica", *in* **Revista da Procuradoria do Tribunal de Contas do Rio de Janeiro**, nº 1, pp.171/8, 2005.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Manual prático das licitações**. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SMITH, Luis Gustavo Alves. **Contratação com dispensa- inteligência do art. 24, inc. XIII, da Lei de Licitações e Contratos- BLC**. São Paulo: NDJ, abril /2004.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. "Controle de eficiência: repensando o princípio do procedimento formal a luz do 'placar eletrônico'", in ARAGÃO, Alexandre Santos e MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.) **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. **Direito Administrativo Contratual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari, **Licitação e Contrato Administrativo**, São Paulo: Malheiros, 1994.



TERMO DE COMPROMISSO DE ORIGINALIDADE

A presente declaração é termo integrante de todo trabalho de conclusão de curso (TCC) a ser submetido à avaliação da FGV DIREITO RIO como requisito necessário e obrigatório à obtenção do grau de bacharel em direito.

Eu, **FELIPE HERDEM LIMA, brasileiro, solteiro, estudante, portador da Carteira de Identidade nº 116058769, expedida pelo Detran/RJ, inscrito no CPF/MF sob o nº 111.413.917-32, residente e domiciliado na cidade de Niterói/RJ, na Rua Mariz e Barros, nº 168, apto. 601, Icaraí**, na qualidade de aluno da Graduação em Direito da Escola de Direito FGV DIREITO RIO, declaro, para os devidos fins, que o Trabalho de Conclusão de Curso apresentado em anexo, requisito necessário à obtenção do grau de bacharel em Direito da FGV DIREITO RIO, encontra-se plenamente em conformidade com os critérios técnicos, acadêmicos e científicos de originalidade.

Nesse sentido, declaro, para os devidos fins, que:

O referido TCC foi elaborado com minhas próprias palavras, ideias, opiniões e juízos de valor, não consistindo, portanto **PLÁGIO**, por não reproduzir, como se meus fossem, pensamentos, ideias e palavras de outra pessoa;

As citações diretas de trabalhos de outras pessoas, publicados ou não, apresentadas em meu TCC, estão sempre claramente identificadas entre aspas e com a completa referência bibliográfica de sua fonte, de acordo com as normas estabelecidas pela FGV DIREITO RIO.

Todas as séries de pequenas citações de diversas fontes diferentes foram identificadas como tais, bem como às longas citações de uma única fonte foram incorporadas suas respectivas referências bibliográficas, pois fui devidamente informado e orientado a respeito do fato de que, caso contrário, as mesmas constituiriam plágio.

Todos os resumos e/ou sumários de ideias e julgamentos de outras pessoas estão acompanhados da indicação de suas fontes em seu texto e as mesmas constam das referências bibliográficas do TCC, pois fui devidamente informado e orientado a respeito do fato de que a inobservância destas regras poderia acarretar alegação de fraude.

O Professor responsável pela orientação de meu trabalho de conclusão de curso (TCC) apresentou-me a presente declaração, requerendo o meu compromisso de não praticar quaisquer atos que pudessem ser entendidos como plágio na elaboração de meu TCC, razão pela qual declaro ter lido e entendido todo o seu conteúdo e submeto o documento em anexo para apreciação da Fundação Getúlio Vargas como fruto de meu exclusivo trabalho.

Data: _____

Assinatura do Aluno