377
De

4 – PROPOSTA DE ORIENTAÇÃO NORMATIVA N°

As hipóteses de inexigibilidade (art. 25) e dispensa de licitação (incisos III e seguintes do art. 24) da Lei nº 8.666, de 1993, cujos valores não ultrapassem aqueles fixados nos incisos I e II do art. 24 da mesma Lei, dispensam a publicação do ato que autoriza a contratação direta na imprensa oficial, em virtude dos princípios da economicidade e eficiência, sem prejuízo da observância dos demais requisitos do art. 26 e de seu parágrafo único, mantendo-se o fundamento jurídico que amparou a dispensa e a inexigibilidade.

REFERÊNCIA

Art. 37, XXI, da CF; arts. 24, 25 e 26 da Lei nº 8.666, de 1993; Acórdão TCU 1336/2006 – Plenário.

FUNDAMENTAÇÃO

A contratação direta deve ser vista como uma exceção a regra geral insculpida no inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, de que as contratações pela Administração Pública devem ser procedidas valendo-se da realização de procedimento licitatório. E como toda a exceção deve estar estritamente de acordo com o permissivo legal.

Portanto, em razão do princípio da motivação, toda a instrução processual deve observar o atendimento dos requisitos legais da contratação a ser realizada, para que fique demonstrada que as justificativas da aquisição bem como o afastamento da regra da licitação para a realização da contratação direta estão de acordo com o fundamento legal.

A contratação direta por determinado fundamento legal pressupõe o atendimento de certos requisitos, que estão intrinsecamente relacionados a escolha do fornecedor/prestador de serviço, ou determinado evento ou determinado motivo. É por meio do fundamento legal da contratação é que pode ser verificado se os limites legais impostos foram observados.

Nesse sentido manifesta-se Marçal Justen Filho[4]:

> *"...a Administração tem de justificar não apenas a presença dos pressupostos da ausência de licitação. Deve indicar, ademais, o fundamento da escolha de um determinado contratante e de uma específica proposta."*

Quando o fundamento legal da contratação direta basear-se no artigo 25 e nos incisos III e seguintes do artigo 24 todos da Lei nº 8.666, de 1993, o art. 26 da mesma Lei

[4] JUSTEN FILHO, Marçal, Comentários à Lei nº de Licitações e Contratos Administrativos – 12 ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 369

ENV BRANCH

estabeleceu, ainda, como condição de eficácia, a necessidade de comunicação à autoridade superior para ratificação e publicação na imprensa oficial, bem como indicou requisitos de instrução em seu parágrafo único.

Sobre a instrução processual a ser atendida conforme consta no parágrafo único do art. 26, o constante nos incisos II e III, deve ser compreendido o mínimo a ser observado em qualquer contratação direta. Quanto a aplicação dos incisos I e IV, dependerá de caso a caso.

Valendo-se dos princípios constitucionais da eficiência e da razoabilidade, entende-se que pode ser aplicado o princípio da economicidade para afastar unicamente a necessidade de publicação do ato de ratificação da autoridade superior que concordou com a contratação direta fundada nos incisos III e seguintes do art. 24 e do art. 25 da Lei de Licitações, quando tratar-se de contratações dentro dos limites estabelecidos nos incisos I e II do art. 24 da mesma lei.

Registre-se que não há autorização para, porque a contratação estaria dentro dos limites para dispensa de pequeno valor, alterar o fundamento legal da contratação, pois a mesma ocorreu em razão de determinados fundamentos, que devem ser mantidos na instrução processual, com suas respectivas motivação e fundamentação. Estaria exclusivamente dispensada a publicação de que trata o art. 26 da Lei 8.666, de 1993.

Em verdade, pelo valor das despesas da contratação, como elas poderiam ser enquadradas como despesas irrelevantes, conforme vem constando nas LDOs, deixa-se de publicar o ato de ratificação para não onerar mais a Administração, pois pode ocorrer de que o que se pretende contratar possua um custo inferior ou próximo ao que se gastaria com a publicação.

Esse é o entendimento esposado por Jessé Torres[5] e também pelo TCU conforme pode ser verificado abaixo:

> *"4.2.4 hipóteses de dispensa do art. 24, incisos III e seguintes, e situações de inexigibilidade do art. 25 da Lei nº nº 8.666/93, cuja contratação pode efetivar-se, em termos, nos moldes dos incisos I e II do art. 24*
>
> *(...)*
>
> *A Administração Pública, tanto ao licitar como ao contratar diretamente com o fornecedor de bens, serviços ou obras, deve buscar soluções que simplifiquem e racionalizem procedimentos, sem afastar-se das formalidades exigidas por lei, na busca da proposta mais vantajosa ou das melhores condições para contratar.*
>
> *Amparada nos princípios da economicidade e da celeridade, este alçado a direito fundamental pela EC nº 45/2004, que o acresceu, como inciso LXXVIII, ao rol do art. 5º da CR/88, a Administração pode eleger a contratação direta pelo valor (art. 24, I e II) - desde que a escolha não implique fracionamento da despesa, por óbvio, posto que este desnatura o próprio cabimento dos incisos - nas hipóteses de dispensa do*

[5] PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres e outro. *Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas.* Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 324 a 326

EN BLANC

379
De

art. 24, incisos III e seguintes, bem como nas situações de inexigibilidade do art. 25, quando o valor estimado não ultrapassar os limites estabelecidos pelos dois incisos citados, o que torna desnecessária a publicação do ato que autoriza a contratação, gerando economia de custos e celeridade processual.

Todas as etapas integrantes do processo da contratação direta, arroladas no item 4.2.1, à exceção da publicação no DOU, devem ser fielmente observadas na hipótese em que for possível eleger a contratação direta com base no art. 24, incisos I e II, sem que os agentes responsáveis se descurem da indispensável caracterização da dispensa ou inexigibilidade, conjugada à vantajosidade de proceder-se à contratação sob o aspecto da economicidade e da celeridade, com apresentação dos motivos de fato e de direito que fundamentam a decisão, encaminhando-se o processo à ratificação pela autoridade superior.

O Tribunal de Contas da União já decidiu que:

"... deva restar claro que, nas hipóteses de dispensa (incisos III a XXIV do art. 24) e de inexigibilidade (art. 25) de baixo valor, embora a eficácia do ato, em face do princípio da economicidade, não fique vinculada à publicação dele na imprensa oficial, os demais requisitos do art. 26 e de seu parágrafo único (como a apresentação de justificativas e o encaminhamento do ato à autoridade superior no prazo indicado para ratificação), bem como os requisitos específicos que caracterizam as aludidas espécies de dispensa e a inexigibilidade, devem ser mantidos e criteriosamente observados.

(...)

9.2. determinar à Secretaria de Controle Interno do TCU que reformule o "SECOI Comunica nº 06/2005", dando-lhe a seguinte redação: "a eficácia dos atos de dispensa e inexigibilidade de licitação a que se refere o art. 26 da Lei nº 8.666/93 (art. 24, incisos III a XXIV, e art. 25 da Lei nº 8.666/93), está condicionada à sua publicação na imprensa oficial, salvo se, em observância ao princípio da economicidade, os valores contratados estiverem dentro dos limites fixados nos arts. 24, I e II, da Lei nº 8.666/93" Acórdão nº 1.336/2006, Plenário, Relator Min. Ubiratan Aguiar, Processo TC 019.967.2005-4, DOU de 07.08.2006.

Significa dizer que, na hipótese de determinada contratação direta caber tanto em hipótese de inexigibilidade (art. 25) quanto na de dispensa em razão do reduzido valor (art. 24, I ou II), o fundamento deve ser o do art. 25, dado que a situação de inviabilidade de competição precede a de dispensa de licitação, mas estará a Administração desobrigada de remeter o ato à publicação na imprensa oficial em homenagem ao princípio da economicidade."