

CONTRATAÇÃO DIRETA POR INEXIGIBILIDADE: O PRECONCEITO DOS CONTROLADORES E O MEDO DOS GESTORES.

DIRECT HIRING DUE TO INEXIGIBILITY: CONTROLLER BIAS AND MANAGER FEAR

Erick Halpern¹

RESUMO: O autor traça um panorama sobre o mito da licitação pública, seus objetivos e pressupostos, abordando a aptidão da inexigibilidade de licitação para a diminuição dos riscos nas necessidades complexas da Administração Pública. Paralelamente, demonstra a relação entre o preconceito dos controladores e o medo dos gestores públicos na utilização do instituto.

PALAVRAS-CHAVE: Administração pública. Contrato administrativo. Inexigibilidade de licitação. Corrupção. Preconceito.

ABSTRACT: The text approaches the main aspects of the legal certainty in tax law. Treat the reasons why the principle of tributary typicity fails in bringing certainty and proposes a new pattern to heal the legal uncertainty in this field of law. As a study methodology, the inductive method will be used.

KEYWORDS: Public administration. Administrative contract. Inexigibility of bidding. Corruption; Bias.

Sumário: 1. Introdução; 2. O mito da licitação e suas vicissitudes; 3. Desmistificando a inexigibilidade de licitação; 4. O preconceito dos controladores; 5. O medo dos gestores; 6. Conclusão. 7. Bibliografia.

Summary: 1. Introduction; 2. Bidding mith and its vicissitudes; 3. Demistifying the inexigibility of bidding; 4. Controller bias; 5. Manager fear; 6. Conclusion; 7. Bibliography.

1. INTRODUÇÃO.

O cotidiano dos brasileiros é marcado pela perda da confiança na lisura das contratações públicas, em qualquer de suas modalidades. Não é por menos. Basta folhear os jornais para se deparar com vultuosos escândalos, seja na prática de cartelização destinada a fraudar licitações públicas, na lavratura de termos aditivos superfaturados, na omissão do dever de fiscalizar a execução contratual, dentre outras condutas ilegais cujo único objetivo é locupletar-se a custo do erário.

¹Advogado. Procurador do Município de Angra dos Reis/RJ. Pós-Graduado em Direito do Estado e Regulação pela Fundação Getúlio Vargas/RJ.

Neste cenário, é natural que a regulação das licitações e dos contratos administrativos despertem discussões e controvérsias. Para alguns é necessário recrudescer a legislação a fim de evitar a famigerada corrupção, como ocorreu após o impeachment do Presidente Collor, em que houve a revogação do Decreto-Lei n.º 2300/86 pela Lei n.º 8666/93. Noutra viés, ainda existe quem defenda a modernização e desburocratização da Lei Nacional de Licitações, haja vista sua ineficiência em garantir a melhor contratação para o Poder Público, bem como a ausência de qualquer ganho na contenção da corrupção.

Por outro lado, povoa no imaginário coletivo, especialmente nos órgãos de controle, a demonização da inexigibilidade de licitação, que reiteradamente é assimilada como ilegal e imoral. Sendo assim, os administradores públicos acabam optando por esquivar-se das contratações diretas, por medo de responsabilização, em que pese a positividade da contratação direta na Constituição da República e na Lei Federal n.º 8.666/93.

A conjugação do preconceito dos controladores ao medo dos gestores tem limitado a inexigibilidade de licitação como um instrumento idôneo a alcançar contratações eficientes.

2. O MITO DA LICITAÇÃO E SUAS VICISSITUDES.

O Constituinte Originário regulou os negócios públicos e definiu a obrigatoriedade de prévio procedimento licitatório para a seleção dos contratantes em seu artigo 37, XXI. A jurisprudência e a doutrina pátria² compreendem o referido dispositivo como a positividade do Princípio Universal da Licitação³, sobre o qual não se aplica nem a técnica da ponderação destinada a resolução de colisões. Para tanto, a licitação aproximar-se-ia de uma figura mítica, imprescindível a garantir a probidade e eficiência do sistema de compras governamentais.

Contudo, indaga-se: será a licitação pública um verdadeiro princípio constitucional?

Para responder à questão, será necessária uma breve digressão sobre a teoria da norma jurídica.

² Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 17 ed. revista e atualizada até as emendas 41 (da previdência) e 42, de 2003. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 491.

³ A Expressão foi cunhada por Carlos Ari Sundfeld e André Rosilho, no artigo “Onde está o princípio Universal da Licitação”. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (org.). Contratos públicos e direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2015

Os princípios são uma espécie de norma jurídica que estabelecem mandados de otimização, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas, enquanto as regras determinam condutas e obrigações específicas. Ou seja, trata-se de uma diferença estrutural⁴.

De outro lado, Humberto Ávila⁵ ensina que os princípios e regras diferenciam-se devido ao grau de generalidade e abstração. Confira-se:

Diante do exposto, pode-se definir os princípios como normas imediatamente finalísticas, para cuja concretização estabelecem com menor determinação qual o comportamento devido, e por isso dependem mais intensamente da sua relação com outras normas e de atos institucionalmente legitimados de interpretação para a determinação da conduta devida. As regras podem ser definidas como normas mediamente finalísticas. Para cuja concretização estabelecem com maior determinação qual o comportamento devido, e por isso dependem menos intensamente da sua relação com outras normas e de atos institucionalmente legitimados de interpretação para a determinação da conduta devida. Como se vê, esta é uma distinção baseada no critério de abstração da prescrição normativa.

Destarte, pela singela leitura da disposição constitucional, percebe-se que a licitação possui a natureza jurídica de regra, quer pela doutrina da distinção estrutural de Robert Alexy, quer pela concepção abstrativista de Humberto Ávila. Com efeito, a discussão acerca da classificação da licitação como princípio constitucional, está formada por ideologias, preconceitos e receios, o que torna irracional o pensamento lógico-jurídico⁶, tendente a transformá-la em um dogma ou mito⁷.

4 Segundo Alexy, “princípios são normas que estabelecem que algo deve ser realizado na maior medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas presentes. Por isso são eles chamados de mandamentos de otimização. Importante, nesse ponto, é a idéia de que a realização completa de um determinado princípio pode ser - e freqüentemente é - obstada pela realização de outro princípio. [...]. As regras, ao contrário dos princípios, expressam deveres e direitos definitivos, ou seja, se uma regra é válida, então deve se realizar exatamente aquilo que ela prescreve, nem mais, nem menos.” SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1, 2003, p. 610/611.

5 ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo* 215, 1999, p. 167.

6 Cf. SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. Onde está o princípio Universal da Licitação. In SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (org.). *Contratos públicos e direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 23.

7 “A retomada do texto da Constituição não deixa margem para dúvidas: a Constituição não criou – nem sequer cogitou criar – o princípio universal da licitação. Suas normas revelam quão implausível é falar na existência de tal princípio. Interpretação em sentido contrário importaria, necessariamente, distorcer o texto constitucional, ignorar os comandos normativos existentes e pressupor a existência de outros que não existem. A afirmação de que a presunção estaria contida nos princípios constitucionais não é menos exagerada. Extrair dever geral de licitar - algo bastante concreto, palatável - de princípios constitucionais abstratos e de baixa densidade normativa é um equívoco. Fazê-lo também importaria substituição ao constituinte. O texto constitucional, quando quis, impôs, de maneira expressa o dever de licitar, identificando com clareza seus sujeitos e objetos.” *Ibidem*, p. 37.

Assim, a licitação constitui-se como uma exigência constitucional que determina à Administração Pública a obrigatoriedade de realizar um procedimento prévio e competitivo a figurarem todos os interessados em contratar com o Poder Público, sendo selecionados por intermédio de critérios objetivos.

Infere-se que o procedimento licitatório se destina a garantir igual acesso aos interessados no mercado de contratações públicas, de forma a concretizar o princípio da isonomia. Sendo assim, no atual Estado Democrático de Direito, todos os agentes econômicos, que estejam aptos a participar do certame, possuem o direito de concorrer em igualdade de condições, sem qualquer espécie de favorecimentos ou privilégios⁸.

A igualdade, no entanto, não é o único comando que regula as licitações públicas. Na verdade, a isonomia reflete o atendimento de interesses privados dos agentes do mercado, de modo a assegurar a inexistência de irrazoáveis cláusulas de barreiras à entrada ou privilégios odiosos a um dos interessados no contrato administrativo⁹.

Ainda, não se pode olvidar que o procedimento licitatório visa a satisfação de uma necessidade pública -seja uma obra, bem ou serviço- a ser suprida por meio de um contrato administrativo que alcance a melhor relação entre custo e benefício. Nessa acepção, reside o interesse público, personificado pelo eficiente atendimento de uma finalidade estatal através do bem da vida adquirido.

Desta maneira, no procedimento licitatório devem coexistir, harmonicamente, a igualdade e a eficiência administrativa, sem qualquer prevalência entre eles, sob pena de privilegiar o interesse público ou privado, conforme o caso.

Aliás, frisa-se o caráter instrumental do procedimento licitatório. Modernamente, a Administração Pública cumpre as finalidades constitucionais por intermédio de contratos e, assim, a licitação apenas configura o percurso para a realização do interesse público, consubstanciado na necessidade estatal satisfeita pelo referido contrato. Dessa forma, não se pode transformar a licitação num fim em si mesmo, sob pena de não dar cumprimento à finalidade pública¹⁰.

8 "A Constituição aponta princípios fundamentais, que fazem da licitação a regra e, a contratação direta a exceção: os princípios da igualdade e moralidade. É imprescindível licitar, porque não se pode fazer uma discriminação entre iguais: todos aqueles que se apresentem no mundo de uma eventual contratação, com iguais aptidões, não devem sofrer privilegiamentos ou detrimientos, sem uma razão lógico-jurídica, solidamente detectável e palpável." FIGUEIREDO, Lúcia Valle; FERRAZ, Sérgio. *Dispensa e inexigibilidade de licitação*. 3 ed., rev. ampl. e atual. de acordo com a Constituição Federal de 1988 e as Leis 8.666-93 e 8.883-94. São Paulo, Malheiros, 1994, p. 40.

9 Cf. MENDES, Renato Geraldo; MOREIRA, Egon Bockmann. *Inexigibilidade de licitação*. Repensando a contratação pública e o dever de licitar. Curitiba: Zênite, 2016, p. 67.

10 GARCIA, Flávio Amaral. *Dispensa de licitação em face de situação emergencial do contratado*. Fórum de Contratação e Gestão Pública FCGP, Belo Horizonte, ano 4, n. 47, nov. 2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=31900>>. Acesso em: 30/08/ 2017.

Os objetivos da licitação, portanto, traduzem-se no igual acesso dos agentes econômicos ao contrato administrativo e na obtenção da proposta mais vantajosa. Porém existe mais um objetivo implícito, inclusive pouco citado pelos doutrinadores e pela jurisprudência: a diminuição da corrupção nos negócios públicos¹¹.

A Lei Federal n.º 8.666/1993, originária do projeto legislativo n.º 1.491, é fruto da resposta do Congresso Nacional aos escândalos de corrupção que assolaram o país no início da década de 90. O Presidente Fernando Collor de Mello tomou posse em 15 de março de 1990, e em pouco mais de um ano, começaram a surgir rumores de superfaturamento nos contratos de sua gestão. Em meados de 1992, instalou-se Comissão Parlamentar de Inquérito com o desiderato de apurar a espúria relação do Presidente da República com Paulo Cesar Farias. Com o encerramento da CPI PC Farias, foi inaugurado o processo de impeachment e cassado o mandato de Fernando Collor de Mello¹². Verifica-se que conjuntura política de outrora, não muito diversa da presente, influenciou decisivamente a edição da Lei Federal n.º 8.666/93.

Desta forma, ao colacionar os objetivos da licitação aos efeitos da aplicação da Lei Federal n.º 8.666/1993, é possível perceber que, infelizmente, o legislador fracassou. A isonomia não é plenamente assegurada, tendo em vista a exigência legal de fortes barreiras de entrada no mercado de negócios públicos, tais como¹³: a) exigência de qualificação econômica financeira; b) exigência de qualificação técnica-operacional; c) garantias da proposta e do contrato; d) a prévia habilitação dos licitantes; e) a imutabilidade do preço ofertado; e, por fim, f) a presunção de inexequibilidade das propostas¹⁴.

Quanto ao objetivo de negócios públicos eficientes e econômicos, a Lei Federal n.º 8.666/93 não possui melhor sorte. Qualquer pessoa que milita no Poder Público sabe que uma licitação pública é burocrática, morosa e com resultado incerto – todos conhecem a fábula da caneta que não escreve -; tampouco os preços obtidos serão economicamente mais vantajosos, em razão de inexistir uma verdadeira guerra de preços¹⁵, mas sim uma competição dirigida as empresas de médio porte e de âmbito regional.

11 Cf. GARCIA, Flavio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 54. E ROSILHO, André. *Licitação no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 30.

12 *Ibidem*, p. 95.

13 Cf. ROSILHO, André. *Licitação no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 128/139.

14 "Sob a aparência de terem sido postas rígidas regras para um jogo competitivo e probo, criou-se, na realidade, uma licitação de dados viciados; os procedimentos foram pré-programados para levarem sempre ao mesmo resultado." *Ibidem*, p. 7.

15 Expressão de Carlos Ari Sundfeld em *Contratações públicas e o princípio da concorrência*, In: _____. (org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 20.

De igual modo, não houve sucesso na mitigação da corrupção e superfaturamento dos contratos públicos, basta assistir ao telejornal e a operação Lava-Jato, em suas intermináveis fases.

O procedimento licitatório, inicialmente, foi pensado para diminuir os custos de contratação do Poder Público, enquanto garantiria a isonomia e a melhor proposta, uma vez que o dispêndio de tempo e recursos públicos seria muito maior, caso a Administração Pública negociasse isoladamente com cada agente do mercado. Sendo assim, a licitação constitui-se apenas em um sistema de negociação coletiva, pela qual é ofertado o objeto contratual a todos os agentes do mercado concomitantemente¹⁶.

Contudo, o modelo de contratação pública instituído pela Lei Federal n.º 8.666/1993 se afastou da lógica econômica do mercado, e, portanto, onerou incrivelmente os custos de transação¹⁷. Ora, convive-se com a impossibilidade de negociação de preços; com a inexistência de lances verbais; com uma preocupação exacerbada com os documentos de habilitação; com a inexistência de uma fase saneadora; com o despropósito de uma inicial fase de habilitação; com a generalidade de suas normas, o que induz a igual regramento para a compra de material de escritório quanto para a construção de um aeroporto¹⁸.

Sendo assim, percebe-se que a Lei de Licitações não foi produzida pelas virgens vestais da Roma Antiga, mas por falíveis congressistas insertos na conjuntura política do impeachment do Presidente Fernando Collor; tampouco existe o imponderável princípio universal da licitação, a ensejar a pecha de ilegal e imoral a qualquer contratação pública não precedida de licitação. Entretanto, é inegável que não se pode confundir as mazelas da equivocada regulação jurídica do procedimento licitatório com o próprio instituto da licitação.

16 Cf. MENDES, Renato Geraldo; MOREIRA, Egon Bockmann. Inexigibilidade de licitação. Repensando a contratação pública e o dever de licitar. Curitiba: Zênite, 2016, p. 40.

17 Por custos de transação entende-se todos os custos referentes a pactuação do contrato administrativo. Cf. MOREIRA, Egon Bockmann. GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Licitação Pública. A Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 97/99.

18 "Para a mensuração da eficiência de um instituto de Direito, é preciso que a lógica (econômica) dos resultados não seja afastada ou anulada pela lógica (ética) dos princípios. Fundamental, pois, a busca de harmonização entre resultados econômicos e princípios jurídicos. Este é o desafio do direito econômico e está a sua provocação. (...) Neste contexto, impunha-se a apresentação de respostas às críticas quanto ao formato das licitações da Lei n.º 8666/93, a saber, a generalidade, já que a mesma lei se destinava tanto à compra de clipes como a construção de uma usina nuclear; a burocracia, eis que a lei estava pensada para um rigoroso exame de documentos, cada vez mais complexos e detalhistas; institui-se um "campeonato de papelada -vencia quem sabia melhor cumprir a burocracia; a morosidade, eis que, como visto, o processo centrado na papelada e não nas propostas, se tornava demasiadamente lento, sem o necessário proveito em termos de qualidade ou preços; e a onerosidade, tanto para a Administração como para o particular." SOUTO, Marcos Juruena Villela. Licitações e controle de eficiência: repensando o princípio do procedimento formal à luz do "placar eletrônico". In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). Direito Administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 560-561.

Dessa forma, após uma singela análise do mito da licitação, passa-se a analisar a impossibilidade fática da licitação, ou melhor, a sua inexigibilidade.

3. DESMISTIFICANDO A INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO.

Um dos temas mais controversos do direito administrativo contratual é a impossibilidade fática de licitar, ou seja, a sua inexigibilidade. Inclusive existem divergentes posicionamentos doutrinários, ora apontando os seus malefícios¹⁹, ora sinalizando os seus benefícios e inferindo o equívoco em tratá-la como uma hipótese excepcionalíssima²⁰. Aliás, atualmente tramita no Egrégio Supremo Tribunal Federal o recurso extraordinário n.º 656.558, com repercussão geral reconhecida, e a ação declaratória de constitucionalidade n.º 45, ambos possuindo como objeto a problemática da contratação direta, realizada por meio da inexigibilidade de contratação, de escritórios de advogados pelo Poder Público.

Semelhante à licitação, a contratação direta, seja por inexigibilidade ou por dispensa, possui matriz constitucional, sendo regrada na parte inicial do dispositivo constitucional.

A inexigibilidade exsurge na crise²¹ da licitação, em razão de não se caracterizar como o meio apto a selecionar a proposta mais vantajosa ao interesse público, por inexistirem os pressupostos²² necessários para o certame licitatório, quais sejam: a) o pressuposto lógico; b) o pressuposto jurídico; e c) o pressuposto fático.

O pressuposto lógico de um procedimento licitatório desdobra-se na disputa e na competição. Por disputa, entende-se a existência de pluralidade de agentes, ou seja, no mínimo, dois agentes econômicos operando no mercado no qual o Poder Público possua o interesse em adquirir bens ou serviços. Quanto à competição, é necessário que os bens ou serviços sejam similares, a fim de possibilitar a comparação e a escolha por meio de padrões e critérios objetivos.

19 BITTENCOURT, Sidney. Contratando sem licitação: contratação direta por dispensa ou inexigibilidade. São Paulo: Almedina, 2016, p. 12-14.

20 Cf. MENDES, Renato Geraldo; MOREIRA, Egon Bockmann. Inexigibilidade de licitação. Repensando a contratação pública e o dever de licitar. Curitiba: Zênite, 2016, p. 51-63.

21 Expressão cunhada por Marçal Justen Filho In: Comentários À Lei De Licitações E Contratos Administrativos. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 482.

22Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 17 ed. revista e atualizada até as emendas 41 (da previdência) e 42, de 2003. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 496-502.

O pressuposto jurídico relaciona-se com as hipóteses em que o interesse público não se coaduna com o certame licitatório, por não consistir no meio apto para satisfazer a necessidade estatal. A princípio, esse pressuposto confunde-se com as hipóteses de dispensa, em razão do legislador ter elencado situações nas quais preponderam outros interesses legitimamente tutelados, que não o igual acesso aos negócios públicos e a vantajosidade advinda da concorrência. Contudo, deve ser confirmado pelo administrador a ponderação abstrata definida pelo legislador, ou seja, ocorre a transferência da escolha entre licitar ou contratar diretamente a julgar pela prevalência do interesse tutelado.

Já o pressuposto fático vincula-se ao interesse concreto dos agentes econômicos em participarem de uma licitação, competindo e formulando propostas pelo objeto contratual.

Destarte, não sendo preenchidos os pressupostos da licitação, torna-se inviável a realização do procedimento licitatório, restando apenas ao administrador o caminho da contratação direta, seja por inexigibilidade, seja por dispensa. Na hipótese de dispensa, estão presentes os pressupostos lógicos e fáticos da licitação, ou seja, existe a possibilidade de disputa e competição, além de existirem agentes econômicos interessados no certame; todavia, o legislador autorizou, diante do caso concreto, a não realização da licitação, pois, em uma análise de custo-benefício, se entendeu como inconveniente o certame por sacrificar outros interesses juridicamente protegidos, a serem declarados discricionariamente pelo Administrador. Já na inexigibilidade, encontram-se ausentes os pressupostos lógicos ou fáticos, portanto, na verdade, caracteriza-se como impossível a realização da licitação²³.

Desta forma, verifica-se que as hipóteses reguladas pelos incisos do artigo 25 da Lei Federal n.º 8.666/93 são meramente exemplificativas, uma vez o próprio legislador federal ter reconhecido a impossibilidade de descrever todas as situações ensejadoras da inviabilidade de licitação por ausência de seus pressupostos²⁴.

É possível, entretanto, analisar as corriqueiras situações que impedem o procedimento licitatório.

A primeira situação é a ausência de pluralidades de alternativas para Administração Pública²⁵. Trata-se da hipótese mais comum de inexigibilidade, na qual existe apenas um

23 Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. Ainda a Inviabilidade de Competição para Contratação de Serviços Técnicos Profissionais Especializados. Fórum de Contratação e Gestão Pública, Belo Horizonte, Editora Fórum, v.2, n.17, maio 2003, p. 2057-2073.

24 Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei De Licitações e Contratos Administrativos. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 486.

25 Cf. Idem. Ainda a Inviabilidade de Competição para Contratação de Serviços Técnicos Profissionais Especializados. Fórum de Contratação e Gestão Pública, Belo Horizonte, Editora Fórum, v.2, n.17, maio 2003, p. 2057-2073.

contratante apto a satisfazer a necessidade estatal, ou o bem da vida perseguido pelo Poder Público é único.

Assim, nesse caso, não existe a disputa por inexistir a pluralidade de contratantes, tampouco encontra-se presente a competição em razão do objeto pretendido ser único; desse modo, a licitação é inviável por não haver o seu pressuposto lógico. Aliás, a referida situação, em uma de suas acepções, encontra-se prevista no inciso I do artigo 25 da Lei Geral de Licitações, qual seja a do fornecedor exclusivo.

De outro lado, existem as situações, bem mais complexas, que são insuscetíveis de serem definidas por critérios objetivos, seja no tocante ao objeto, seja na sua comparação e julgamento²⁶.

A licitação pública é destinada a proceder à seleção de propostas através do julgamento objetivo. Nada mais natural, uma vez que a objetividade concretiza os princípios da isonomia, impessoalidade e harmoniza-se com a regra da vinculação ao edital. Aliás, a própria competição se opera pela disputa de objetos equivalentes²⁷.

Desta forma, é necessário que o objeto contratual seja descrito pormenorizadamente em parâmetros objetivos e, conseqüentemente, possibilite o confronto das propostas.

A inviabilidade de ser definido um parâmetro objetivo de julgamento, comumente, está atrelado às atividades artísticas e culturais, uma vez que os referidos objetos são intrinsecamente dotados de subjetividade. Como se pautar por regras objetivas para escolher entre Roberto Carlos ou Chico Buarque? A decisão invariavelmente passará por preferências ou critérios pessoais. Assim, é impossível julgar baseado em critérios objetivos. A escolha não será sistematicamente a mesma, variará ao talante do administrador, pois a única solução será a decisão pautada em subjetivismo²⁸.

Aliás, a obrigatoriedade legal do julgamento estritamente objetivo somente é exigida de acordo com a sua real possibilidade. Pensar de outra maneira seria subverter a realidade para adequá-la a letra fria da Lei Geral de Licitações; ou pior, seria inviabilizar todas

26 MOREIRA, Egon Bockmann. GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Licitação Pública. A Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 427.

27 "Ademais, é noção elementar e inerente a qualquer licitação a necessidade de a elaboração da proposta ser orientada com base em itens homogêneos. A fim de que se confira concretude ao princípio do julgamento objetivo, deve-se partir da comparação de preços que são formados a partir de um mesmo objeto. Em outras palavras: a licitação deve ser estruturada em parâmetros que permitam um julgamento objetivo e que coloquem as propostas dos licitantes em igualdade de condições." GARCIA, Flavio Amaral. Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 90.

28 Cf. MENDES, Renato Geraldo. A inexigibilidade de licitação na visão do tcu. Revista Zênite de Licitações e Contratos – ILC. Ano XVIII • nº 209 • Julho 2011. P. 629-638.

as contratações públicas relacionadas a bens culturais e artísticos, pois a sua regulação pública pautar-se-á apenas por decisões objetivas e uniformizáveis²⁹.

Noutro giro, a inexistência de condições objetivas para a comparação entre propostas comumente ocorre nos serviços técnicos especializados³⁰. Nestas hipóteses, a intelectualidade e a criatividade humana inerentes a essas atividades caracterizam os seus produtos como heterogêneos ou singulares e, portanto, insuscetíveis de serem comparados por serem bens díspares³¹.

A ausência de parâmetros objetivos de comparação traduz certo grau de subjetividade na decisão de escolha do contratado. Contudo, tal subjetividade é reduzida em razão da obrigatoriedade de expertise do contratado, que induz confiança ao gestor na satisfação da necessidade estatal. O próprio Tribunal de Contas da União conferiu uniformidade a esse entendimento, alterando a vetusta redação da súmula 39³².

Pois bem. Apesar da inexigibilidade advir da impossibilidade fática de um objeto ser licitado, a doutrina nacional³³ continua caracterizando-a com uma exceção à regra ou ao princípio - para aqueles que a entendem como um princípio universal - da licitação. Contudo,

29 Cf. MARÇAL, Justen Filho. Ainda a Inviabilidade de Competição para Contratação de Serviços Técnicos Profissionais Especializados. Artigo publicado em Fórum de Contratação e Gestão Pública, Belo Horizonte, Editora Fórum, v.2, n.17, maio 2003, p. 2057-2073.

30 Cf. MENDES, Renato Geraldo. A inexigibilidade de licitação na visão do tcu. Revista Zênite de Licitações e Contratos – ILC. Ano XVIII • nº 209 • Julho 2011. P. 629-638.

31^A Inviabilidade de competição, no caso examinado, envolve alguns pontos comuns com a situação prevista no inc. III, com inúmeras outras peculiaridades. Em primeiro lugar, configura-se também a inviabilidade de seleção fundada em critérios objetivos, mas por outros motivos. Não se trata de variações subjetivas inerentes à avaliação estética, mas da impossibilidade de comparação objetiva entre alternativas heterogêneas, cuja implementação dependerá da capacidade intelectual e da habilidade prática de cada ser humano. A cada profissional corresponde uma “proposta de solução” diversa para as necessidades da Administração Pública, sendo impossível determinar antecipadamente qual a melhor proposta de solução— inclusive porque essa avaliação dependerá da evolução dos fatos. Ou seja, a impossibilidade de julgamento objetivo deriva da limitação da capacidade de avaliação humana. A heterogeneidade das alternativas inviabiliza comparação objetiva entre elas. Se houvesse um cotejo entre diferentes propostas, o julgamento ou se fundaria em critérios subjetivos do julgador ou em características alheias à proposta propriamente dita. Assim, poderia selecionar-se um dos possíveis interessados segundo o critério de conhecimento teórico ou pelo desempenho anterior em contratos semelhantes. Isso não asseguraria que a Administração estaria julgando objetivamente a melhor proposta.” JUSTEN FILHO, Marçal. Ainda a Inviabilidade de Competição para Contratação de Serviços Técnicos Profissionais Especializados. Fórum de Contratação e Gestão Pública, Belo Horizonte, Editora Fórum, v.2, n.17, maio 2003, p. 2057-2073.

32 “A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos com pessoas físicas ou jurídicas de notória especialização somente é cabível quando se tratar de serviço de natureza singular, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação, nos termos do art. 25, inciso II, da Lei nº 8.666/1993.” BRASIL Tribunal de Contas da União. Disponível em <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/13/%252a/NUMERO%253A39/DTRELEVA_NCIA%2520desc/false/1/false>. Acesso em 11/10/2017.

33 Nesse sentido: MUKAI, Toshio. Licitações e Contratos Públicos. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1999. P.04; FIGEIREDO, Lúcia Valle, FERRAZ, Sergio. Dispensa e Inexigibilidade de Licitação. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 41.

tal pensamento é assistemático e equivocado. Regra e exceção pressupõe sua incidência a uma dada realidade fática³⁴.

A inexigibilidade, portanto, configura-se como a não incidência da regra da licitação a um dado caso concreto, isto é, por não restarem preenchidos os pressupostos lógicos e fáticos (disputa, competição e interesse fático) da licitação, não incidirá a regra da prévia obrigatoriedade da licitação a contratação de um objeto.

Aliás, apenas é possível afirmar que a contratação por inexigibilidade é uma exceção, no seu sentido leigo e, portanto, de menor probabilidade de ocorrência fática, uma vez que à grande maioria dos casos aplica-se a regra da licitação.

Observa-se, desta maneira, que a licitação e inexigibilidade são procedimentos prévios a uma contratação da Administração que se aplicam a situações diversas. A licitação pública incide quando existir possibilidade de disputa, competição e interesse pelo objeto contratual pretendido pelo Poder Público. Já a inexigibilidade, de outro lado, quando não existirem os citados pressupostos.

Ainda, a contratação direta por inexigibilidade possui a função primordial de diminuir a ocorrência de riscos³⁵ para o Poder Público, nas hipóteses em que a pretensão é a contratação de objetos complexos. Normalmente, em seu cotidiano a Administração Pública se depara com alguns problemas de difícil resolução, os quais, inclusive, possuem uma relação direta com a impossibilidade de serem definidos parâmetros objetivos de comparação e julgamento de propostas. Também, é possível a existência de hipóteses em que a Administração sequer consegue definir a solução pretendida, a exemplo de projetos de infraestrutura, ou tampouco, possui expertise para decidir racionalmente, dentre as mais diversas soluções possíveis, qual será mais consentânea ao interesse público.

Carlos Ari Sundfeld, Vera Monteiro e André Rosilho³⁶ explicam a impossibilidade de se utilizar a licitação nas hipóteses citadas:

34 "Um dos conceitos fundamentais da teoria geral do direito é o de incidência. A regra incide sobre o dado-de-fato. Esse dado-de-fato é o suporte fático. A incidência nem sempre toma-o em sua complexidade compositiva. Recorta-o, simplificando. O suporte fático que entra no campo-de-incidência é o fato jurídico (o 'fatispecie', o 'tatbestand', o 'stateofaffairs'). [...] por faltar uma teoria da estrutura da norma, Pontes fala assim em incidência de regra de direito. Creio que o que tem incidência é a hipótese fática (o pressuposto): é ela que tem função juridicizadora (ou a simétrica, desjuridicizadora) dos fatos. "VILANOVA, Lourival. Escritos jurídicos e filosóficos. Volume 1. São Paulo: AsisMundi IBET, 2003, p. 407.

35 Cf. MOREIRA, Egon Bockmann; MENDES, Renato Geraldo. A questão da redução dos riscos e a garantia da segurança. Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 265.

36 SUNDFELD, Carlos Ari; MONTEIRO, Vera; ROSILHO, André. A estruturação das concessões por meio de parceria com particulares autorizados (art. 21 da Lei nº 8.987/1995) RDA – revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 275, maio/ago. 2017, p. 41-66.

Processos licitatórios são úteis e viáveis apenas quando a administração, já tendo uma visão muito clara daquilo que precisa, consegue estipular critérios prévios e objetivos para escolher entre os proponentes e as ofertas que surjam. Nesses casos, sim, pode-se ter um procedimento rígido de competição, com paridade de armas e julgamento objetivo. Mas, em muitas situações, a ajuda de que a administração precisa é justamente para o desafio prévio de definir suas necessidades — de modo que não há como publicar um edital com definição clara e precisa do objeto da disputa (como a Lei nº 8.666, de 1993, art. 40, I, exige para os contratos). Ademais, em inúmeras situações da vida administrativa não há como circunscrever com critérios exatos o universo de participantes e antecipar o método de julgamento (Lei nº 8.666, de 1993, art. 43, IV e V). É por isso que não se pode, por temor exagerado da discricionariedade administrativa, fazer interpretações ampliativas, ainda que bem intencionadas, para forçar o uso dos processos de licitação para além dos casos, de resto específicos, em que eles são capazes de funcionar bem.

Sendo assim, a contratação direta por inexigibilidade, nesses casos, é o único meio apto para redução do risco na busca de soluções eficientes para a satisfação da necessidade administrativa³⁷.

Em que pese o exposto, a maioria dos gestores públicos ainda preferem construir falsos critérios objetivos a fim de protegerem-se com o sacro manto da licitação. Tal conduta advém, em grande parte, do preconceito dos controladores para com o instituto da inexigibilidade, somado ao medo da responsabilização pessoal dos gestores.

4.O PRECONCEITO DOS CONTROLADORES.

A psicologia social, dentre a sua ampla gama de objetos, tem se dedicado ao estudo do preconceito, suas origens e sua natureza desde os idos de 1920. No entanto, a obra *The Nature of Prejudice*, do Gordon Allport³⁸, trouxe novos contornos a análise do tema.

Sendo assim, o preconceito consiste na conduta refratária a um agrupamento social, exclusivamente, em razão de generalizações falsas, imperfeitas ou imprecisas desse grupo. Forma-se então o que a literatura classifica de estereótipo: ignora-se a individualidade das pessoas pertencentes a um grupo para generalizar traços, disposições de personalidade e atributos eminentemente individuais³⁹.

37 "Essas ponderações foram feitas para perceber que a ordem jurídica permite, por exemplo, se o objeto é insuscetível de definição, comparação e julgamento por critérios objetivos, que ele seja contratado por inexigibilidade, porque inexistente a possibilidade de assegurar tratamento isonômico. Nesse caso, querer realizar a licitação para escolher o parceiro, por exemplo, por meio de pregão, é potencializar o risco de insucesso e de fracasso, ou seja, é violar o valor constitucional da eficiência; é praticar ilegalidade." MOREIRA, Egon Bockmann; MENDES, Renato Geraldo. A questão da redução dos riscos e a garantia da segurança. Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 265.

38 SOUZA, Guilherme Muniz de; FICAGNA, Lais Regina Dall'Agnol. DO PRECONCEITO À INTOLERÂNCIA RELIGIOSA. Revista EDUC-Faculdade de Duque de Caxias/Vol. 03- Nº 2/Jul - Dez 2016. Disponível em <<http://uniesp.edu.br/sites/biblioteca/revistas/20171006092335.pdf>> Acesso em 06/09/17.

39 Cf. BAPTISTA, Maria Manuel. Estereotipia e representação social. Disponível em:

O preconceito dos controladores com a contratação direta, a princípio, resulta desse estereótipo: todo gestor público é corrupto por natureza, como o mercado, nessa ótica, é vocacionado a ilicitamente enriquecer às custas dos cofres públicos.

De acordo com essa visão, somente licitação pública injetaria probidade à contratação administrativa. A inexigibilidade, assim, é o *modus operandi* do administrador público para lesar o erário, normalmente em conluio com a iniciativa privada; restaria aos controladores conduzir com rigor a fiscalização das contratações diretas por inexigibilidade, reiteradamente compreendendo-a como medida excepcionalíssima.

Além de estigmatizar a contratação direta, propugna os controladores a indispensabilidade de que a regulação das licitações públicas seja rígida, pormenorizada e detalhista com a função de reduzir ao máximo a discricionariedade do gestor público. Afinal, a liberdade de conformação do administrador público na matéria fomenta a corrupção⁴⁰. Neste sentido, a lição de André Rosilho⁴¹:

Desta forma, por meio de uma lei rígida e minuciosa, reduziu-se significativamente a margem de discricionariedade do gestor público, amarrando-o ao que fora previamente definido pelas normas. Procurou-se criar a figura do gestor boca de lei, na expectativa de que a corrupção fosse reduzida cujo epicentro, segundo o diagnóstico da época, estaria na liberdade gozada pela Administração para decidir como melhor contratar.

Causa espécie, no entanto, que mesmo com esse ideário, o Brasil figurou no ano de 2016 em 79º lugar, dentre 176 países, no *ranking* sobre a percepção da corrupção elaborado pela entidade Transparência Internacional - TI, com 40 pontos em 100 possíveis⁴².

Os Estados Unidos da América está melhor posicionado no ranking –encontram-se na 18ª posição no citado *ranking*, com 74 pontos. Assim, pela lógica dos controladores, deduz-se que a sua sistematização do procedimento licitatório é bem mais firme que o brasileiro, isto é, totalmente vinculado a sua legislação e sem qualquer espaço de liberdade ao administrador.

O FAR (FEDERAL ACQUISITION REGULATION), contudo, apesar de extremamente detalhista⁴³, confere ampla margem de atuação ao gestor público.

<<http://ltcead.nutes.ufjf.br/constructore/objetos/Aula%201%2020Representac%5es%20sociais%20e%20esterotipia.pdf>> Acesso: 06/09/17.

40 Cf. ROSILHO, André Janjácómo. As licitações segundo a Lei nº 8.666: um jogo de dados viciados. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, set. 2012/fev. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=86113>>. Acesso em: 03/10/2017

41 ROSILHO, André. Licitação no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 20-21.

42 Disponível em <https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016#table> Acesso em 11/10/2017.

43 O FAR possui 1917 páginas em sua última atualização datada de 11.06.2017. Disponível em <<https://www.acquisition.gov/browsefar>> Acesso em 11/10/2017.

Aliás, o sistema americano almeja principalmente “entregar em tempo hábil o produto ou serviço de melhor valor ao administrado, mantendo a confiança do público e cumprindo os objetivos da política pública”⁴⁴. Desta forma, compete aos funcionários de compras governamentais respeitarem as seguintes diretrizes:

“(1) Satisfazer o cliente em termos de custo, qualidade e pontualidade do produto ou serviço entregue, por exemplo - (i) Maximizar o uso de produtos e serviços comerciais; (ii) Usando empreiteiros que tenham um histórico de desempenho passado bem sucedido ou que demonstrem uma habilidade superior atual para executar; e (iii) Promover a concorrência; (2) Minimizar os custos operacionais administrativos; (3) Realizar negócios com integridade, equidade e abertura; e (4) Cumprir os objetivos da política pública”⁴⁵.

Os métodos de contratação mais frequentes nos Estados Unidos são a *Sealed bids* (ofertas seladas) e *negotiated acquisitions* (contratações negociadas)⁴⁶. As ofertas seladas configuram-se por possibilitar a qualquer interessado ao negócio público oferecer propostas imutáveis. Aplicam-se quando preenchidos os seguintes requisitos: a) ausência de urgência, a possibilitar publicação de edital, recebimento de propostas e julgamento; b) o critério de julgamento se baseia no preço ou relacionáveis ao preço; c) desnecessidade de maior interação e negociação com os proponentes; e d) interesse fático de mais de um agente do mercado⁴⁷.

De outro lado, a contratação negociada é operada na inviabilidade do método da oferta selada, por faltar os seus requisitos; nas contratações superiores US\$150.000,00 (cento e cinquenta mil dólares americanos); ou, ainda, nas contratações de bens ou serviços tecnicamente complexos⁴⁸.

A contratação negociada caracteriza-se pela intensa troca de informações com o mercado privado, seja no momento da formulação do objeto contratual⁴⁹, seja na fase competitiva⁵⁰, em que se busca moldar as propostas ao interesse do Poder Público; pela ampla

44 FAR (FEDERAL ACQUISITION REGULATION) Subpart 1.102. “The vision for the Federal Acquisition System is to deliver on a timely basis the best value product or service to the customer, while maintaining the public’s trust and fulfilling public policy objectives.”. Disponível em <<https://www.acquisition.gov/browsefar>> Acesso em 11/10/2017.

45 FAR (FEDERAL ACQUISITION REGULATION) Subpart 1.102. “(1) Satisfy the customer in terms of cost, quality, and timeliness of the delivered product or service by, for example— (i) Maximizing the use of commercial products and services; (ii) Using contractors who have a track record of successful past performance or who demonstrate a current superior ability to perform; and (iii) Promoting competition; (2) Minimize administrative operating costs; (3) Conduct business with integrity, fairness, and openness; and (4) Fulfill public policy objectives. Disponível em <<https://www.acquisition.gov/browsefar>> Acesso em 11/10/2017.

46 FAR Subpart 6.102. Disponível em <<https://www.acquisition.gov/browsefar>> Acesso em 11/10/2017.

47 FAR Subpart 6.401. Disponível em <<https://www.acquisition.gov/browsefar>> Acesso em 11/10/2017.

48 FAR Subpart 6.401, “b” e Part 15. Disponível em <<https://www.acquisition.gov/browsefar>> Acesso em 11/10/2017.

49 Far Subpart 15.2. Disponível em <<https://www.acquisition.gov/browsefar>> Acesso em 11/10/2017.

50 FAR Subpart 15.306. Disponível em <<https://www.acquisition.gov/browsefar>> Acesso em 11/10/2017.

liberdade de avaliação das propostas, especialmente em relação as experiências pregressas do proponente⁵¹; e por fim, pela discricionariedade da decisão adjudicatória, não existindo a obrigatoriedade da utilização do critério do menor preço⁵².

Nesse sentido, Daniel Gordon e Gabriella Racca⁵³:

O sistema dos EUA tem enorme flexibilidade em relação a escolha do procedimento. Desde a Segunda Guerra Mundial, a utilização de critérios de avaliação não-preço e a condução de discussões (o termo usado para negociações entre a agência contratante e os fornecedores) tornaram-se cada vez mais comum. Desde a década de 1970, os funcionários de compras foram essencialmente livres para escolher se usavam procedimentos negociados, permitindo-lhes a considerar fatores além do preço e discussões, ou usar a licitação "selada", segundo a qual as ofertas são avaliadas apenas para garantir que a "resposta", ou seja, a conformidade com o edital (chamado a solicitação), com o contrato geralmente sendo adjudicado ao licitante que apresentar o menor preço na resposta, com discussões proibidas.

Especificamente sobre a experiência pregressa nas contratações negociadas, Steven Feldman⁵⁴, explica que "o agente de contratação tem ampla liberdade para fazer avaliações de desempenho, que é uma das tarefas mais altamente discricionárias para avaliadores de agências e agentes de seleção”.

Ainda, o FAR possibilita que cada agência governamental edite regulamentos próprios, com o condão de adequar o procedimento de contratação pública às especificidades de cada departamento administrativo americano, apenas sendo vedado a violação de seus princípios⁵⁵.

Extrai-se dessa breve digressão que as estruturas minimalistas⁵⁶ da regulação das contratações públicas não induzem a corrupção. Os Estados Unidos da América possuem um sistema de compras governamentais flexível, adaptável e altamente discricionário; no entanto, ocupam excelente posição no ranking de corrupção da Transparência Internacional. Na verdade,

51 Far Subpart 15.305.(2). Disponível em <<https://www.acquisition.gov/browsefar>> Acesso em 11/10/2017.

52 Far Subpart 15.308. Disponível em <<https://www.acquisition.gov/browsefar>> Acesso em 11/10/2017.

53 GORDON, Daniel; RACCA, Gabriella M. Integrity challenges in the EU and U.S. procurement systems. In: RACCA, Gabriella M; YUKINS, Christopher R. Integrity and efficiency in sustainable public contracts. Bruxelas: Bruylant, [s.d.]. p. 122-123, apud. FORTINI, Cristiana; MOTTA, Fabrício. Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, abr./jun. 2016, p. 93-113 – tradução nossa.

54 FELDMAN, Steven W. Government contracts in a nutshell. 6. ed. Huntsville: West Academic, 2016. p. 293, apud. FORTINI, Cristiana; MOTTA, Fabrício. Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, abr./jun. 2016, p. 93-113 – tradução nossa.

55 Far 1.301. Disponível em <<https://www.acquisition.gov/browsefar>>. Acesso em 11/10/2017.

56 “O minimalismo parte da premissa de que a discricionariedade não é uma imperfeição do sistema -algo que precisa, a qualquer custo, ser eliminado-, mas sim, importante ingrediente a ser trabalhado pela legislação para que atinja fins específicos. O maximalismo, por outro lado, teme a discricionariedade e é, em boa medida, movido por este sentimento. Sua premissa, portanto, é outra: os agentes públicos -ou os Legislativos Estaduais ou Municipais- não são confiáveis, sendo necessário olhá-los de perto; é preciso cercá-los e limitar a sua mobilidade.” ROSILHO, André. Licitação no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 30-31.

as preocupações americanas se reduzem a viabilizar a contratações públicas eficientes, seja pela via de sua licitação selada, seja por via da contratação negociada, ou até mesmo diretamente. Para tanto, o FAR reiteradamente remete ao agente público a obrigatoriedade de se buscar *the best value*, compreendido como o binômio benefício-custo, isto é, uma contratação eficiente.

Destarte, conclui-se que os controladores têm dirigido o seu preconceito a lugares equivocados.

A corrupção no Brasil é endêmica e assola o país desde os seus primórdios, não importando o regime e, tampouco, a ideologia do governante; todos os períodos, sem alguma exceção, foram marcados pelo estigma da corrupção⁵⁷. Apesar da doutrina ter se debatido sobre suas causas, duas prosperam: o patrimonialismo e a cordialidade do homem brasileiro.

O patrimonialismo herdado de Portugal caracteriza-se por uma clara confusão entre o público e o privado, na qual o interesse público não destoa da vontade particular do governante de ocasião. Nessa obscuridade, portanto, é normal que ocorra a corrupção. Neste sentido, Sérgio Buarque de Holanda⁵⁸:

“A própria gestão pública apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles auferem, relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e que a interesses objetivos, como o verdadeiro Estado burocrático, em que prevalecem as especializações das funções e o esforço para se assegurarem as garantias dos cidadãos”.

De outro lado, a cordialidade⁵⁹ apresenta-se como o hábito dos brasileiros em possuir afetividade pelos seus próximos, inclusive fomentado e remindo as suas pequenas transgressões as normas jurídicas⁶⁰. Neste sentido, Lucas Rocha Furtado⁶¹:

Na busca pela definição do traço comum, do que seria a principal característica do brasileiro, o autor constrói o perfil do “homem cordial”. Essa cordialidade brasileira se manifestaria pela tendência a estabelecer suas relações com base na afetividade e, principalmente, na dificuldade de objetivar ou racionalizar suas relações, criando a figura do “jeitinho brasileiro” como meio de transgredir regras. Pequenas violações ou transgressões não apenas não seriam repudiadas pela sociedade, mas, ao contrário, constituiriam motivo de orgulho. O homem cordial, segundo o autor, é aquele que age com o coração, com paixão e sentimento.

57 Cf. LORENTE, Vitória Marques. Corrupção no Brasil e estratégias de combate. Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP, Belo Horizonte, ano 5, n. 14, maio/ago. 2016, p. 203-257.

58 BUARQUE DE HOLANDA, Sérgio. Raízes do Brasil. Rio de Janeiro: Jose Olympio, 1982. apud. FURTADO, Lucas Rocha. As raízes da corrupção no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 18.

59 Conceito cunhado por Sérgio Buarque de Holanda In Raízes do Brasil. Rio de Janeiro: Jose Olympio, 1982. apud FURTADO, Lucas Rocha. As raízes da corrupção no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

60 Cf. LORENTE, Vitória Marques. Corrupção no Brasil e estratégias de combate. Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP, Belo Horizonte, ano 5, n. 14, p. 203-257, maio/ago. 2016.

61 FURTADO, Lucas Rocha. As raízes da corrupção no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2015. Pág.18.

Assim, as fontes da corrupção são históricas, sociais e culturais; mas dentre elas não se encontram a contratação direta por inexigibilidade, tampouco um sistema de contratações públicas minimalista.

Ainda, a doutrina⁶² tem apontado que um planejamento eficiente, seja orçamentário, seja administrativo, possui maior aptidão para reduzir a corrupção que o recrudescimento do procedimento licitatório ou o preconceito com a inexigibilidade. Na verdade, o regular planejamento das contratações públicas, com estudos técnicos e de viabilidade econômico-financeira, evitaria (e muito!) a necessidade de modificar unilateralmente o contrato, e, conseqüentemente, diminuiria a quantidade de termos aditivos, bastante aptos a propiciar atos de corrupção, conforme observa-se das investigações no âmbito da Operação Lava-Jato.

Ademais, o referido preconceito dos controladores tem induzido a um interessante fenômeno: agentes públicos mal-intencionados têm se amparado sob a mistificação da licitação para forjarem contratos e infundáveis termos aditivos, enquanto gestores modernos, com o escopo de celebrar contratos eficientes e que satisfaçam o interesse estatal, se valem da inexigibilidade acreditando que esta alcançará melhores resultados, ainda mais na complexidade atual da sociedade moderna.

Em sentido assemelhado, Egon Bockmann e Renato Geraldo⁶³:

Sempre que a palavra “polícia federal” e “operação” aparecem juntas, em seguida, ouvimos outra associada: “licitação. Raramente aparece a palavra “inexigibilidade” no lugar de licitação. A razão é simples. Quem tem predisposição para praticar a corrupção não contrata por dispensa ou inexigibilidade, faz licitação (muitas vezes, do tipo técnica e preço) e sucessíveis e inexplicáveis termos aditivos. É assim que os cartéis funcionam: por meio de pactos que dirigem o resultado de várias licitações, a beneficiar indevidamente a todos os envolvidos. (...) A licitação, em diversos desses casos, tem servido de alibi; é tudo o que alguns precisam para justificar o que não deveria fazer. Pretende-se legitimar o resultado -qualquer que seja ele, por mais lesivo

62 “Como que para remediar a irresponsabilidade reinante no momento da contratação, passou-se à utilização desmedida das anacronicamente chamadas “cláusulas exorbitantes” do contrato administrativo, com a celebração de aditamentos, subcontratações e a concessão de reajustes, que, em seu conjunto, são reconhecidos como o campo mais fértil para a corrupção. Tudo isso poderia ser evitado se as disposições constitucionais sobre o sistema de planejamento orçamentário fosse efetivamente observado. Políticas públicas e, por conseguinte, prioridades governamentais, deveriam ter raízes no plano plurianual, num momento ainda distante da licitação, para depois passar pelo crivo da lei de diretrizes orçamentárias, que deve ser efetivamente havida como condicionante do orçamento anual e, por decorrência, da efetiva execução dos projetos e programas orçamentários. Não é possível garantir que a corrupção seria extirpada, mas, pelo menos, seria bastante dificultada, com ganhos substanciais para o erário e para a coletividade.” DALLARI, Adilson de Abreu. Sem planejamento orçamentário, licitação não evita corrupção. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-fev-16/interesse-publico-planejamento-orcamentario-licitacao-nao-evita-corrupcao>>. Acesso em: 03/10/2017.

63 MENDES, Renato Geraldo; MOREIRA, Egon Bockmann. Inexigibilidade de licitação. Repensando a contratação pública e o dever de licitar. Curitiba: Zênite, 2016, p. 84-85.

aos cofres públicos- pelo procedimento. (...) Por outro lado, ao contrário do que se pode pensar, a contratação por inexigibilidade de objetos que não podem ser licitados por inexistir padrão objetivo de julgamento revela a boa-fé e o espírito público do agente em viabilizar o melhor negócio para a Administração, bem como também em pautar sua conduta pela transparência e não pela dissimulação⁶⁴.

Não se pode incidir no desacerto dos antigos hebreus, que no *YomKipur* (dia do perdão), transferiam todos os seus pecados para um bode no templo de Salomão e o libertavam no deserto a fim de expurgar todos pecados do povo de Israel. Desse modo, não pode ser a inexigibilidade transmutada em bode expiatório da corrupção brasileira.

Desta forma, parece falacioso imputar a pecha de imoral ou ilegal à contratação direta por inexigibilidade, apenas no sentimento de encontrar um singelo culpado para a corrupção no Brasil.

5. O MEDO DOS GESTORES.

O cotidiano da Administração Pública Brasileira está sitiado pela cultura do medo. Inicialmente, imaginar-se-ia que o medo apenas espraiou pelos agentes públicos ímprobos e desonestos, uma vez a descoberta de uma amplíssima rede de corrupção no governo brasileiro através da Operação Lava-Jato. Mas, na verdade, o medo se irradiou para qualquer agente público que seja dotado de alguma parcela de poder decisório, ou ainda, que atue em qualquer fase de alguns procedimentos estatais mais sensíveis aos olhos dos órgãos de controle, como as contratações públicas e os licenciamentos.

A doutrina⁶⁵ tem classificado o medo dos agentes públicos em 04 (quatro) subespécies. Em primeiro lugar, o agente público possui o medo das consequências de suas ações para a própria Administração Pública. Ou seja, possui receio de que a sua conduta seja prejudicial ao interesse público ao invés de tutela-lo. Dessa forma, a sua inclinação é agir com maior parcimônia e responsabilidade a fim de evitar falhas⁶⁶.

64 “Não é porque se fez uma licitação, não é porque o rito foi seguindo, que o resultado passa a ser sagrado, intocável. A licitação tem-se transformado, sim, numa ritualística inconsequente, numa maneira de acobertar a fraude, de dar segurança àqueles que se aproveitam do dinheiro público.” DALLARI, Adilson Abreu. Aspectos Jurídicos da Licitação. 7 ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 212.

65 Cf. MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. O Medo e o Ato Administrativo. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rodrigo-tostes-mascarenhas/o-medo-e-o-ato-administrativo>>. Acesso em: 11/10/2017.

66 GARCIA, Flavio Amaral; MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. Contratos públicos, improbidade e o Estado amedrontado (ou “Crime de hermenêutica dos outros é refresco”). Cedido pelos autores.

De outro lado, o agente público teme as consequências dos atos para terceiros, isto é, os efeitos colaterais de sua conduta que não são passíveis de mensuração pelo atual estado da arte. Destarte, esse medo vincula-se ao princípio da precaução, as sociedades de risco, a aversão a perda, a indiferença a probabilidade e aos efeitos sistêmicos⁶⁷.

A terceira espécie de medo relaciona-se com os efeitos eleitorais das condutas do agente público. O agente político, como qualquer homem racional e econômico, tende a maximizar os seus próprios interesses. Assim, as suas condutas são voltadas a conseguir os votos necessários a perpetuação no poder⁶⁸.

Já o quarto tipo de medo se conecta com as consequências pessoais dos atos praticados pelo agente público. Esses efeitos possuem duas acepções: a) a primeira remete ao risco quanto a integridade física do agente público, ameaçada por decisões administrativas quem contrariam interesses legítimos ou não de grupos específicos; e b) ao risco de responsabilização pelos Órgãos de Controle por decisões ou atos administrativos fundados em divergência relevante na doutrina e jurisprudência dos Tribunais e Cortes de Contas, mas que no entendimento do agente público é legítimo e adequado ao ordenamento jurídico⁶⁹.

Neste cenário lança-se as bases para compreender o medo do gestor público em proceder contratações públicas por inexigibilidade de licitação, mesmo nas hipóteses em que a regra do prévio procedimento licitatório não incide por ausência de seus pressupostos.

A inexigibilidade de licitação, como dito no capítulo III, não possui suas hipóteses de incidência exaustivamente discriminada na Lei Federal n.º 8.666/93, mas deriva da inexistência no caso concreto de concorrência e competição, desta forma, apenas possui alguns exemplos expressos de inviabilidade de licitar. Assim, não é permitido ao agente público se proteger dos Órgãos de Controle pela mera aplicação de uma regra jurídica expressa.

Em sentido assemelhado, Onofre Alves Batista Júnior e Sarah Campos:

67 SUSTEIN, Cass R.. Para além do princípio da Precaução. *Beyond the Precautionary Principle*. Tradução de Letícia Garcia Ribeiro Dyniewicz, Luciana Rampato Schena e Michelle Denise Durieux Lopes Destri. Revisão técnica de Diego Werneck Arguelhes. ISSN 0034.8007 – rda – revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 259, p. 11-71, jan./abr. 2012

68 “O representante e seu partido são recompensados pela descoberta e pela realização dos desejos políticos dos seus constituintes; a recompensa é o sucesso na eleição e as eventuais rendas de gabinete. Se votar contra uma política econômica que prejudicaria a sociedade pudesse garantir a reeleição, com certeza o representante votaria sempre nesse sentido.” STIGLER, George, J. A teoria da regulação econômica. In. MATTOS, Paulo. (coord.); PRADO, Mariana Mota; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da; COUTINHO, Diogo R.; OLIVA, Rafael (organizadores). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004, p. 35.

69 GARCIA, Flavio Amaral; MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. *Contratos públicos, improbidade e o Estado amedrontado (ou “Crime de hermenêutica dos outros é refresco”)*. Cedido pelos autores.

À luz de uma ideia de “legalidade estéril”, na cultura administrativa burocrática mais ortodoxa, é ineficiente o agente que descumpra o que vier estabelecido nos manuais; é censurável (e punível) aquele servidor que deixar de observar os mais ínfimos detalhes da lei, as “curvinhas” do “bloco de legalidade”, agigantado, confuso, prolixo e mutante. (...) A cultura administrativa reinante, nesse contexto, é a do medo, a do receio da punição. Não se tenta aperfeiçoar ou buscar a solução adequada, mas o receio enraizado aponta sempre para a solução de privilégio de uma interpretação literal dos regulamentos e ordens do hierarca. A eficiência administrativa e o bem comum são postos de lado em prol de uma atuação servil e, por vezes, medrosa e covarde. Sempre que possível, os agentes administrativos se escondem por detrás das normas ou respondem negativamente, com receio das punições que possam ser aplicadas, nos termos dos regulamentos, em casos de inobservância dos estritos termos das normas de conduta previamente estabelecidas. O “não”, na maioria das vezes, traduz prejuízos desarrazoados para o administrado e significa, por vezes, a não prestação do serviço público, entretanto, o “não” protege o servidor que o disse⁷⁰.

Destarte, incrementa-se o risco pessoal do agente público autorizar a contratação por inexigibilidade de licitação e, conseqüentemente, os gestores a rechaça, mesmo que em muitos casos seja o único instrumento posto pelo ordenamento jurídico para a solução da necessidade pública.

Aliás, Marcos Juruena Villela Souto cunhou uma expressão que resume a prática dos agentes públicos quando se defrontam com problemas que a solução não se encontra descrita textualmente em norma legal: “na dúvida, dorme tranquilo quem indefere”⁷¹. No presente contexto, ressalta-se que: dorme tranquilo o gestor público que não contrata por inexigibilidade de licitação.

Desse modo, o gestor público tem sido incentivado pelos Órgãos de Controle a sempre realizar o procedimento licitatório, mesmo que não seja o caminho adequado por não estarem preenchidos os pressupostos necessários para a licitação. Para tanto, o Controlador não infere nenhuma irregularidade na conduta do agente público inventar critérios objetivos para a definição, comparação e julgamento das propostas, onde não existem. Tampouco, extrai qualquer ineficiência administrativa em operar a máquina pública para uma licitação, que se

70 BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; CAMPOS, Sarah. A Administração Pública consensual na modernidade líquida. Fórum Administrativo- FA, Belo Horizonte, ano 14, n. 155, jan. 2014, p. 38-39.

71 RIBEIRO, Leonardo Coelho. Na dúvida, dorme tranquilo quem indefere e o Direito Administrativo como caixa de ferramentas. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/columnistas/leonardo-coelho-ribeiro/na-duvida-dorme-tranquilo-quem-indefere-e-o-direito-administrativo-como-caixa-de-ferramentas>>. Acesso em: 11/10/2017.

sabe de antemão, que irá frustrar os seus objetivos por uma inexistência real de disputa e competição, face ausência de parâmetros objetivos.

Nessa toada, Flávio Amaral Garcia e Rodrigo Tostes Mascarenhas⁷²:

Aqui cabe um alerta específico a propósito do “medo” em celebrar contratações direta por dispensa ou inexigibilidade, ainda que se revelem claramente mais vantajosas ao atendimento do interesse público do que a realização de licitação formal.

Encerra enorme equívoco forçar a realização da licitação quando não é cabível ou mesmo quando não se revelar o instrumento mais adequado para a satisfação do interesse público. No setor público ocorre com bastante frequência a preferência por realizar licitação ainda quando evidente sua inviabilidade, seja por proporcionar maior segurança aos gestores frente aos órgãos de controle, seja por conferir aparência de legalidade ao processo de contratação pública. São licitações ilegais, porquanto não encerram uma disputa efetiva e concreta no mercado, eis que abertas por razões estranhas à essência do princípio constitucional meritório da seleção da proposta mais vantajosa para o atendimento do interesse público.

Ora, nesses casos as licitações públicas têm sido realizadas apenas pelo medo do gestor público se tornar réu em ações civis públicas por improbidade administrativa ou em ações criminais por dispensa irregular de licitação.

O medo da responsabilização pessoal do agente público é potencializado pela Lei Federal n.º 8.429/92, em razão do seu caráter extremamente aberto, que apenas definiu os tipos de improbidade, quais sejam, o enriquecimento ilícito, o prejuízo ao erário e a violação dos princípios da Administração Pública; entretanto sem qualquer elucidação do que seja o ato ímprobo⁷³.

Nesse sentido, a lição de Mauro Roberto Gomes de Mattos⁷⁴:

Todavia, como a lei em comento possui comandos muito abertos, é necessário que haja uma certa prudência no manejo indiscriminado de ações de improbidade para que não seja enfraquecida e se torne impotente, pelo excesso de sua utilização, para os casos que não comportem o devido enquadramento. Isso porque, o comando legal em questão se preocupou apenas em definir tipos de improbidade, sem, contudo, definir o que venha ser ato ímprobo. Ao deixar de definir o conteúdo jurídico do que venha ser o ato de improbidade administrativa, a Lei n.º 8429/92 permitiu ao interprete uma utilização ampla da ação de improbidade, gerando grande equívocos, pois possibilitou que atos administrativos ilegais, instituídos sem má-fé ou sem prejuízo ao ente público fossem confundidos com os tipos previstos na presente lei. [...] Entendemos que o ato de improbidade administrativa é aquele em que o agente público pratica ato comissivo ou omissivo com devassidão (imoralidade), por meio de uma conduta consciente e dolosa. É a prática de ato lesivo ao erário, ou que demonstre uma imoralidade qualificada.

72 GARCIA, Flavio Amaral; MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. Contratos públicos, improbidade e o Estado amedrontado (ou “Crime de hermenêutica dos outros é refresco”). Cedido pelos autores

73 Ibidem.

74 MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. O limite da improbidade administrativa: Comentários a Lei n.º 8429/92. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010, p. 27-28 e 31.

A contratação direta por inexigibilidade é reiteradamente qualificada como ato de improbidade pelos Órgãos de Controle em razão de uma suposta violação ao princípio da legalidade administrativa (ou ainda por uma afronta ao princípio da licitação), bem como pela presunção *juris et de jure* de prejuízo ao erário em face da ausência do procedimento licitatório; apesar de muitas vezes não restar outra opção ao agente público se não a declaração da situação de inexigibilidade por inexistência dos pressupostos da licitação, esta com assento na doutrina especializada e em precedentes jurisprudenciais.

Esse cenário de medo tem desencadeado algumas externalidades negativas, não somente na esfera da contratação pública, mas em todas as esferas de atuação da Administração Pública.

A primeira delas consiste na paralisia e inércia da atividade administrativa em função exclusivamente do medo do agente público. Os gestores públicos têm se esquivado de prolatar decisões administrativas, por mais corriqueira que seja, em razão do receio da imputação de responsabilidade pessoal, muito embora tenha balizado posicionamento da Advocacia Pública favorável a realização do ato.

Outrossim, é cerceada qualquer solução heterodoxa do agente público plasmada para inovar a gestão pública, assim como o gestor é condicionado a preservar uma administração formalista e legalista, ao invés de fomentar a busca de soluções eficientes para a satisfação do interesse público⁷⁵.

Nessa toada, Fernando Vernalha Guimarães⁷⁶:

O administrador público vem, aos poucos, desistindo de decidir. Ele não quer mais correr riscos. (...) Decidir sobre o dia a dia da Administração passou a atrair riscos jurídicos de toda a ordem, que podem chegar ao ponto da criminalização da conduta. Sob as garras de todo esse controle, o administrador desistiu de decidir. Viu seus riscos

75 “Na avaliação dos fiscalizados, a perpetuação de tal cultura provoca a percepção de que os auditores agem como algozes em busca de situações que possam promover punições aos funcionários públicos. Tal percepção dificulta a construção de diálogo e impede o aprendizado mútuo, que poderia ser muito rico na medida em que ambos teriam muitas experiências a compartilhar. Os entrevistados nos ministérios relatam, ainda, que muitos gestores e tomadores de despesas vêm evitando assinar projetos ou autorizar gastos temendo a ação dos órgãos de controle, o que acarreta prejuízos ao andamento das políticas públicas. Alegam que existem situações em que auditores priorizam uma visão meramente legalista e apontam erros de formalidades que não têm nenhum efeito sobre o uso eficiente dos recursos públicos. Segundo eles, tal situação gera problemas significativos para os gestores na medida em que eles precisam prestar esclarecimentos e muitas vezes são chamados a depor em inquéritos conduzidos, também, por órgãos de polícia, e que se desdobram em desgaste emocional desnecessário e que poderia ser evitado caso houvesse propensão ao diálogo.” LOUREIRO, Maria Rita. (Coord.). Coordenação do sistema de Controle da Administração Pública Federal. Série Pensando o Direito, nº 33/2009, Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, Brasília, 2009, p. 76-77.

76 GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/columnistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>> Acesso em 11/10/2017.

ampliados e, por um instinto de autoproteção, demarcou suas ações à sua “zona de conforto”. Com isso, instalou-se o que se poderia denominar de *crise da ineficiência pelo controle*: acuados, os gestores não mais atuam apenas na busca da melhor solução ao interesse administrativo, mas também para se proteger. Tomar decisões heterodoxas ou praticar ações controvertidas nas instâncias de controle é se expor a riscos indigestos. E é compreensível a inibição do administrador frente a esse cenário de ampliação dos riscos jurídicos sobre suas ações. Afinal, tomar decisões sensíveis pode significar ao administrador o risco de ser processado criminalmente. Como consequência inevitável da retração do administrador instala-se a ineficiência administrativa, com prejuízos evidentes ao funcionamento da atividade pública.

De outro lado, um efeito pouco explorado na doutrina consiste em uma implícita alteração na distribuição das competências decisórias no arranjo institucional dos Poderes do Estado⁷⁷. É inegável a extinção da autonomia do agente público que ao ser recomendado a fazer ou se abster de realizar um ato pelos Órgãos de Controle, também é cientificado que o seu descumprimento caracterizará dolo, para fins do ajuizamento de ação de improbidade administrativa. Assim, são redistribuídas as atribuições de instituir políticas públicas, ou modificadas, por Órgãos de Controle, geralmente, sem qualquer responsabilidade política.

Dessa forma, o medo não pode constituir um impedimento a ação administrativa, tampouco uma reforma silenciosa da Constituição da República. O arranjo institucional da Administração Pública deve incentivar a busca dos agentes públicos por eficiência; deve fomentar as soluções heterodoxas e “fora da caixa”⁷⁸ que possuem um maior benefício-custo.

Carlos Ari Sundfeld⁷⁹ resume bem a questão:

O gestor tem de ser protegido contra os excessos de fiscalização. Do contrário, morrendo de medo de algum processo, ele cruza os braços e fica esperando a aposentadoria chegar. Nossa máquina pública funciona cada vez menos. O que o direito tem de fazer agora é multiplicar os incentivos para a ação pública, e não ficar criando novos riscos para quem age, incentivando a acomodação e a paralisia. Em suma: mais sim, menos não.

O gestor público não pode deter um medo irremovível das contratações diretas por inexigibilidade, pelo contrário, deve ser incentivado a utilizar o instituto nas hipóteses de impossibilidade de prévia licitação. Nesse cenário, cabe aos Órgãos de Controle fomentar a sua operação adequada e hostilizar apenas os casos indevidos de emprego do instituto.

77 Cf. GARCIA, Flavio Amaral; MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. Contratos públicos, improbidade e o Estado amedrontado (ou “Crime de hermenêutica dos outros é refresco”). Cedido pelos autores.

78 Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. Direito administrativo para céticos. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

79 SUNDFELD, Carlos Ari. Chega de axé no direito administrativo. Disponível em: <http://www.huffpostbrasil.com/carlos-ari-sundfeld/chega-de-axe-no-direito-administrativo_a_21667314/> Acesso em:03/10/2017.

6. CONCLUSÃO.

A licitação pública, atualmente, tem sido içada a um elevado patamar: princípio universal ou dogma. O gestor público pode “dormir tranquilo” se licitar, pois presumem-se, em absoluto, que o resultado da licitação é sempre o mais eficiente e econômico para o interesse público. Em direção diametralmente oposta, a contratação direta por inexigibilidade é demonizada e arriscada para o agente público; deve ser rechaçada, uma vez que não garante a isonomia, nem a eficiência, e, tampouco, reduz a corrupção. Essa é a visão reinante nos Órgãos de Controle.

Mas, na verdade, ambas são instrumentos para aplicações diversas. A licitação é operada nas hipóteses em que se verifica um ambiente negocial competitivo e disputado, isto é, quando existe a pluralidade de fornecedores e seu objeto é comparável. De outro lado, o lugar da inexigibilidade é nas hipóteses em que inexistam padrões objetivos para a definição, comparação e julgamento do objeto buscado. Assim, como as engrenagens de um relógio, cada forma de contratação possui funções e objetivos complementares, inclusive a Máquina Pública necessita de todas as suas engrenagens para atuar em prol do interesse público.

O sistema de negócios públicos –licitações públicas e contratações diretas- deve ser desmistificado, não pode ser confundido com as suas mazelas. Aliás, o sistema deve ser encarado como instrumental, haja vista que a finalidade do Estado consiste na prestação da numerosa gama de direitos fundamentais instituídos pela Constituição da República Federativa do Brasil.

Os Órgãos de Controle, normalmente, identificam as contratações diretas por inexigibilidade como um ato ilícito, inclusive a caracterizando como uma situação excepcional que não deve ser empregada de forma corriqueira na Administração Pública. Esse preconceito advém da ampla margem de atuação conferida ao gestor público na inexigibilidade. Contudo, nos sistemas de contratações públicos minimalistas, como nos Estados Unidos da América, os índices de corrupção são bem inferiores ao brasileiro. Assim, não prevalece a regra de ouro dos maximalistas: a discricionariedade do gestor deve ser tolhida para a redução da corrupção.

Aliás, o preconceito dos controladores institui um clima de medo na Administração Pública. Os gestores deixam de tomar decisões com receio de sua responsabilização pessoal, uma vez que divergências doutrinárias e jurisprudência são caracterizadas como ato ímprobo. Nesse contexto, os agentes públicos não contratam mais por inexigibilidade, preferem falsificar critérios objetivos em editais de licitação, a fim de reduzir o risco pessoal.

O preconceito e o medo não podem extirpar um instrumento de contratação previsto na Constituição e na Lei Federal n.º 8.666/93.

7. BIBLIOGRAFIA.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. Revista de Direito Administrativo 215, 1999, p. 167.

BAPTISTA, Maria Manuel. *Estereotipia e representação social*. Disponível em: <<http://ltcead.nutes.ufrj.br/constructore/objetos/Aula%201%2020Representac%0f5es%20socialis%20e%20esterotipia.pdf>>. Acesso: 06/09/17.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; CAMPOS, Sarah. *A Administração Pública consensual na modernidade líquida*. Fórum Administrativo– FA, Belo Horizonte, ano 14, n. 155, jan. 2014, p. 31-43.

BITTENCOURT, Sidney. *Contratando sem licitação: contratação direta por dispensa ou inexigibilidade*. São Paulo: Almedina, 2016.

CAMMAROSANO, Márcio. *Inexigibilidade de licitação – Conceito e preconceito*. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 15, n. 170, fev. 2016, p. 58-65.

CAMPANA, Priscilla de Souza Pestana. *A cultura do medo na administração pública e a ineficiência gerada pelo atual sistema de controle*. Revista de direito viçosa, v. 9, n.1, 2017.

DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos Jurídicos da Licitação*. 7 ed., São Paulo: Saraiva, 2006. _____. *Sem planejamento orçamentário, licitação não evita corrupção*. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-fev-16/interesse-publico-planejamento-orcamentario-licitacao-nao-evita-corrupcao>>. Acesso em: 03/10/2017.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle; FERRAZ, Sérgio. *Dispensa e inexigibilidade de licitação*. 3 ed., rev. ampl. e atual. de acordo com a Constituição Federal de 1988 e as Leis 8.666-93 e 8.883-94. São Paulo, Malheiros, 1994.

FORTINI, Cristiana; MOTTA, Fabrício. *Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional*. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, abr./jun. 2016, p. 93-113.

_____.; SHERMAM, Ariane. *Governança pública e combate à corrupção: novas perspectivas para o controle da Administração Pública brasileira*. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 19, n. 102, mar./abr. 2017, p. 27-44.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Escola de Administração de Empresas de São Paulo. Fundação Getulio Vargas (FGV-EAESP). Série pensando o direito. *Coordenação do sistema de controle da administração pública federal*. Relatório de Pesquisa apresentado ao Ministério

da Justiça/ PNUD, no projeto “Pensando o Direito”, Referência PRODOC BRA 07/004, São Paulo, dezembro de 2010.

FURTADO, Lucas Rocha. *As raízes da corrupção no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

GARCIA, Flávio Amaral. *A atuação do advogado público em tempos de lava jato: revisitando os limites e parâmetros de sua responsabilização*. Cedido pelo autor.

_____. *Dispensa de licitação em face de situação emergencial do contratado*. Fórum de Contratação e Gestão Pública FCGP, Belo Horizonte, ano 4, n. 47, nov. 2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=31900>>. Acesso em: 27/09/17.

_____. *Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

_____.; MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. *Contratos públicos, improbidade e o Estado amedrontado (ou “Crime de hermenêutica dos outros é refresco”)*. Cedido pelos autores.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>> Acesso em 11/10/2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Ainda a Inviabilidade de Competição para Contratação de Serviços Técnicos Profissionais Especializados*. Fórum de Contratação e Gestão Pública, Belo Horizonte: Fórum, v.2, n.17, maio 2003.

_____. *Comentários à Lei De Licitações e Contratos Administrativos*. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *O direito administrativo de espetáculo*. Fórum Administrativo Direito Público FA, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=57927>>. Acesso em: 06/09/ 2017.

LORENTE, Vitória Marques. *Corrupção no Brasil e estratégias de combate*. Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP, Belo Horizonte, ano 5, n. 14, maio/ago. 2016, p. 203-257.

LOUREIRO, Maria Rita. (Coord.). *Coordenação do sistema de Controle da Administração Pública Federal*. Série Pensando o Direito, nº 33/2009, Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, Brasília, 2009.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Os grandes desafios do controle da Administração Pública*. Fórum de Contratação e Gestão Pública FCGP, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, abr. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=66621>>. Acesso em: 29/08/17.

MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. *O Medo e o Ato Administrativo*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rodrigo-tostes-mascarenhas/o-medo-e-o-ato-administrativo>>. Acesso em: 11/10/2017.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da improbidade administrativa: Comentários a Lei n.º 8429/92*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010.

MATTOS, Paulo. (coord.); PRADO, Mariana Mota; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da; COUTINHO, Diogo R.; OLIVA, Rafael (organizadores). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004.

MAYRINK, Cristina Padovani; BLEME, Hudson Oliveira; DUARTE, Paola Braga. *A (in)compatibilidade da justificativa do preço na contratação de serviços advocatícios por inexigibilidade de licitação*. Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM, Belo Horizonte, ano 13, n. 43, jan./mar.2012, p. 79-97.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17 ed. revista e atualizada até as emendas 41 (da previdência) e 42, de 2003. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Licitação – Do objeto licitável*, RDP n.º 8, abr.-jun de 1969.

MENDES, Renato Geraldo. *A inexigibilidade de licitação na visão do tcu*. Revista Zênite de Licitações e Contratos – ILC. Ano XVIII • nº 209 • Julho 2011. P. 629-638.

_____.; MOREIRA, Egon Bockmann. *Inexigibilidade de licitação. Repensando a contratação pública e o dever de licitar*. Curitiba: Zênite, 2016.

MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich. *Licitação: passado, presente e futuro*. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 14, n. 158, fev. 2015, p. 41-49.

MOREIRA, Egon Bockmann. GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação Pública. A Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____.; MENDES, Renato Geraldo. *A questão da redução dos riscos e a garantia da segurança*. Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 265.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flavio. *Desastres naturais e as contratações emergenciais*. RDA - Revista de Direito Administrativo, Belo Horizonte, ano 2014, n. 265, jan. / abr. 2014.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e Inexigibilidade de licitação Pública*. 4. ed. rev. e ampliada.. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

OLIVEIRA, Christiaan Allessandro Lopes de. *Compras públicas no âmbito federal nos Estados Unidos da América*. Análise sucinta acerca das principais modalidades de compras de bens e serviços, bem como dos principais instrumentos contratuais decorrentes ou antecedentes. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 67, ago. 2015. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao067/Christiaan_deOliveira.html> Acesso em: 12/11/17.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. *Na dúvida, dorme tranquilo quem indefere e o Direito Administrativo como caixa de ferramentas*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/leonardo-coelho-ribeiro/na-duvida-dorme-tranquilo-quem-indefere-e-o-direito-administrativo-como-caixa-de-ferramentas>>. Acesso em: 11/10/2017.

ROSILHO, André Janjácómo. *As licitações segundo a Lei nº 8.666: um jogo de dados viciados*. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, set. 2012/fev. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=86113>>. Acesso em: 03/10/17.

ROSILHO, André. *Licitação no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1, 2003, p. 610/611.

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

SOUZA, Guilherme Muniz de; FICAGNA, Lais Regina Dall’Agnol. *Do preconceito à intolerância religiosa*. Revista EDUC-Faculdade de Duque de Caxias/Vol. 03- Nº 2/Jul - Dez 2016. Disponível em <http://uniesp.edu.br/sites/_biblioteca/revistas/20171006092335.pdf> Acesso em 06/09/17.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Chega de axé no direito administrativo*. Disponível em: <http://www.huffpostbrasil.com/carlos-ari-sundfeld/chega-de-axe-no-direito-administrativo_a_21667314/> Acesso em:03/10/2017.

_____. (org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____.; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (org.). *Contratos públicos e direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____.; MONTEIRO, Vera; ROSILHO, André. *A estruturação das concessões por meio de parceria com particulares autorizados* (art. 21 da Lei nº 8.987/1995) RDA – revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 275, maio/ago. 2017, p. 41-66.

SUSTEIN, Cass R.. *Para além do princípio da Precaução*. Beyond the Precautionary Principle. Tradução de Letícia Garcia Ribeiro Dyniewicz, Luciana Rampato Schena e Michelle Denise Durieux Lopes Destri. Revisão técnica de Diego Werneck Arguelhes. ISSN 0034.8007 – rda – revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 259, jan./abr. 2012, p. 11-71.

TANAKA, Sonia Yuriko. *Dispensa e inexigibilidade de licitação* in GARCIA, Maria (coordenação); GASPARINI, Diógenes; DALLARI, Adilson Abreu (prefácio) et al. *Estudos sobre a lei de licitações e contratos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

VILANOVA, Lourival. *Escritos jurídicos e filosóficos*. Volume 1. São Paulo: AsisMundi IBET, 2003.

