

SIG/MP n. 06.2016.00005309-3

Inquérito Civil

**RECOMENDAÇÃO Nº. 0007/2017/PJ/CER****Dispensa e Inexigibilidade de Licitação**

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA**, por seu Promotor de Justiça, Guilherme Brito Laus Simas, em exercício na Promotoria de Justiça da Comarca de Campo Erê, no uso de suas atribuições que lhe são conferidas pelos artigos 127 e 129, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88, combinados com os artigo 1º, inciso VIII, da Lei Federal nº. 7.347, art. 27, parágrafo único, inciso IV, da Lei n.º 8.625/93, art. 82, inc. VI, alínea "b", e inc. IX, art. 83, XII, ambos da Lei Complementar n.º 197/2000;

CONSIDERANDO que o art. 37 da Constituição Federal estipula que "A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de **legalidade, impessoalidade, moralidade**, publicidade e eficiência";

CONSIDERANDO que o art. 3º da Lei n. 8.666/93 prevê que "a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da **isonomia**, a **seleção da proposta mais vantajosa** para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da **legalidade**, da **impessoalidade**, da **moralidade**, da **igualdade**, da **publicidade**, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos".

CONSIDERANDO que os arts. 24 e 25 da Lei n. 8.666/93 enumeram quais os casos em que é dispensável e inexigível a licitação;

CONSIDERANDO que o art. 26 *caput* e parágrafo único da Lei n. 8.666/93 **exigem um procedimento prévio para a hipótese de dispensa ou de inexigibilidade da licitação**, instruído com: I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso; II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço; IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados;

CONSIDERANDO que "o **processo de dispensa ou de inexigibilidade deverá ser instruído com os seguintes elementos**: caracterização da situação emergencial ou calamitosa, quando for o caso; razão da escolha do fornecedor ou do executante; e justificativa do preço (art. 26, parágrafo único). Além desses, a Lei 9.468, de 1998, introduziu o 'documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados' (art. 26, parágrafo único, IV). Sem esses elementos o ato administrativo poderá ser anulado por ilegal, já que não foram obedecidos os requisitos exigidos pela lei"<sup>1</sup>;

CONSIDERANDO que "**a contratação direta se submete a um procedimento administrativo, como regra**. Ou seja, ausência de licitação não equivale a contratação informal, realizada com quem a administração bem entender, sem cautelas nem documentação. Ao contrário, a contratação direta exige um procedimento prévio, em que a observância de etapas e formalidades é imprescindível"<sup>2</sup>;

CONSIDERANDO que "contratos firmados sem licitação pública devem guardar conformidade aos princípios norteadores da atividade administrativa, entre os quais se destacam os da **legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência**, pois previstos no caput do art. 37 da Constituição Federal, e outros, de largo conteúdo normativo, como os da razoabilidade e da proporcionalidade. Tudo porque a ausência de licitação pública não derroga os princípios jurídicos administrativos, que incidem em todos os quadrantes de atuação da Administração Pública"<sup>3</sup>;

CONSIDERANDO que "é imperativo que a Administração Pública decline as razões que a levaram a escolher o contratado (inciso II do art. 26 da Lei nº 8.666/93, princípio da indisponibilidade do interesse público), bem como justifique o preço pactuado, comprovando que ele é compatível com os valores de mercado (inciso III do mesmo artigo e

<sup>1</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e contrato administrativo. 14 ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo e Vera Monteiro. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 111

<sup>2</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 7ª ed. São Paulo: Dialética, 2000, p. 228

<sup>3</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. Dispensa e inexigibilidade de licitação pública. 4ª ed. Belo Horizonte: 2015. p. 77

§2º do art. 25)<sup>4</sup>;

CONSIDERANDO que o Tribunal de Justiça de Santa Catarina já se manifestou no sentido de que "cabia ao réu formalizar o **processo de dispensa de licitação**, pois **essencial para a legalidade do ato de contratação direta**. Como exposto acima, referida omissão implica em ofensa aos princípios da moralidade administrativa, legalidade e licitação, **constituindo o ato de improbidade administrativa** previsto no art. 11, II, da Lei 8.429/92."<sup>5</sup>

CONSIDERANDO que o art. 11, caput e inciso I da Lei de Improbidade Administrativa descrevem que "**constitui ato de improbidade administrativa** que atenta contra os **princípios da administração pública** qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, **legalidade**, e lealdade às instituições, e notadamente praticar ato visando **fim proibido em lei** ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

CONSIDERANDO que o art. 89 da Lei n. 8.666/93 tipifica como **crime** o ato de dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou **deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade**, prevendo pena de 3 a 5 anos de detenção e multa;

Resolve **RECOMENDAR** aos chefes do Poder Executivo e do Poder Legislativo Municipais e aos demais servidores que:

**1)** em todos os casos de contratação direta, a Administração Pública deve motivar o ato de dispensa ou de inexigibilidade, apontando os fatos e as justificativas que lhe fundamentam, inclusive indicando o suporte legal tomado em consideração (caput do art. 26, princípio da motivação e da indisponibilidade do interesse público)<sup>6</sup>

**2)** formalizem o processo de dispensa e de inexigibilidade de licitação,

<sup>4</sup> Idem. p. 81

<sup>5</sup> TJSC, Apelação Cível n. 2013.047357-1, de Lages, rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, j. 22-03-2016

<sup>6</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. Dispensa e inexigibilidade de licitação pública. 4ª ed. Belo Horizonte: 2015. p. 78

instruindo-o com:

- I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;
- II - razão da escolha do fornecedor ou executante;
- III - justificativa do preço;
- IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados;

3) A justificativa do preço deverá ser acompanhada de no mínimo três orçamentos, devendo a Administração justificar caso não opte pelo de menor valor;

Poderão ser requisitadas cópias dos procedimentos de dispensa ou de inexigibilidade de licitação pelo Ministério Público, a qualquer tempo, com base no art. 129, VI, da Constituição Federal, no art. 26, inciso I, "b", da Lei n. 8.625/93, no art. 83, inciso I, "b" da Lei Complementar n. 197/00 e no art. 8º, §1º, da Lei n. 7.347/85.

Por fim, adverte-se que a não observância dessa recomendação poderá ensejar o ingresso de **AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA** por violação aos princípios da **legalidade** e da **impessoalidade**, previstos no art. 11 da Lei n. 8.429/92, ficando desde já afastada a hipótese de ausência de dolo, inabilidade ou desconhecimento por parte do agente público.

Campo Erê/SC, 23 de agosto de 2017.

(assinado digitalmente)

**Guilherme Brito Laus Simas**  
**Promotor de Justiça**