Alguns Casos Polêmicos de Licitação Dispensável e Inexigível o Contrato de Gestão

Ivan Barbosa Rigolin
Advogado

I - Nenhum assunto como figurado na atual lei nacional de licitações e contratos administrativos pode ser havido como pacífico, assente, ou mansamente aceito pelos profissionais envolvidos naquelas questões. Por mais que passe o tempo entretanto, nessa matéria de licitações e contratos, o tema que resulta inevitavelmente o mais controvertido, sempre suscitador de intermináveis discussões entre estudiosos, aplicadores da legislação, fiscais daquela aplicação e fornecedores da Administração permanece sendo o da *dispensa* e da *inexigibilidade* de licitação, exatamente as hipóteses em que ela é excluída.

Com efeito, tal qual em medicina um dos maiores problemas ao profissional é diagnosticar com que doença está lidando, no trato das licitações a primeira grave dificuldade consiste em saber *quando não é caso de licitar.* Sim, porque é sabido que licitação dispensada ou declarada inexigível constitui exceção à regra geral, tanto constitucional quanto legal, da obrigatoriedade de licitação sempre que a Administração deseje, em uma hipótese, contratar *obra, serviço ou fornecimento de material,* ou em outra hipótese deseje contratar *concessão de uso de bem público* (administrativa sem maior especificidade ou sob a forma de *concessão de direito real de uso de bem público*), *concessão de obra pública, concessão de serviço público,* ou em uma terceira hipótese deseje outorgar *permissão de uso de bem público* ou *permissão de serviço público.* Constituindo exceção regra geral da obrigatória licitação, as exceções a essa regra estão sempre previstas de modo expresso na lei, seja ela qual for.

II - Na primeira hipótese, contratação de obra, serviço ou fornecimento, as hipóteses excludentes de licitação se acham discriminadas, específica ou genericamente, nos arts. 24 e 25, da lei nacional de licitações, a Lei federal nº 8.666, de 21 de junho de 1.993. Na segunda e na terceira hipóteses, concessões e permissões, a matéria é de ser disciplinada por legislação local, uma vez que tal matéria é insuscetível de disciplinamento geral por lei federal que valha para toda esfera de governo.

Eis aí enunciado o primeiro problema a enfrentar: o que pode constituir *norma geral de licitação e contratação.* Apenas o que constituir norma geral de licitação poderá ser disciplinado uniforme e generalizadamente pela União, por lei, para a própria União, o Distrito Federal, os Estados e os Municípios, graças à competência legislativa reservada à União para isso pelo art. 22, inc. XXVII, da Constituição de 1.988. O impasse surgiu com a espantosa previsão constante do art. 1°, da Lei nº 8.666/93, que determina serem normas gerais de licitação e contrato todas as suas previsões, num conjunto de 126 longos e, em geral, tecnicamente pavorosos artigos, alguns dos quais contenedores de matéria que, por seu casuísmo e sua microscópica

particularidade, não mereceria figurar sequer de decreto do Executivo, constituindo matéria de mera instrução. Esse absurdo, patenteado e alardeado por toda a doutrina brasileira desde a edição da lei em 1.993, suscita as mais declaradas dissenções entre todo o público envolvido com licitações, e mereceu figurar como tema inicial desta exposição para o efeito de, desde já, declararem-se inequivocamente *normas gerais de licitações e contratos as hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação.* Se muitos artigos da Lei nº 8.666, e diversamente do que insinua a lei, não contêm normas gerais de matéria alguma e de coisa nenhuma, esse não é o caso das hipóteses excluidoras de licitação.

III - No Decreto-lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1.986, não existia dúvida quanto ao acima afirmado, pois que aquele diploma, que diretamente antecedeu e inspirou a Lei nº 8.666, já declarava de modo expresso, em seu art. 85, parágrafo único, al. *a*, que os casos de dispensa e inexigibilidade não podiam ser ampliados por legislação local. Doutrinadores como Toshio Mukai desde logo se pronunciaram a respeito dessa questão, reafirmando o caráter geral de normas como as que estabeleciam as hipóteses de dispensa e inexigibilidade, o que depois se confirmou jurisprudencialmente ([1]). Quando a Lei nº 8.666, sucedendo aquele decreto-lei de 1.986, incluiu as dispensabilidades e as inexigibilidades entre suas normas gerais, nada fez senão confirmar o que antes de seu advento já ficara assentado como certo - e quanto a isso ninguém se atreveu a divergir, vista observação que adiante se tece quanto à licitação inexigível.

É importante ter presente esta primeira assertiva, uma vez que se conhecem tentativas de empresas estatais, de variado nível de governo a começar pelo federal, que, a título de exercerem sua autonomia administrativa e sua "independência" com relação à rigidez das normas publicísticas que vigoram para a Administração centralizada e autárquica, quando editam seus regulamentos de licitações acabam com freqüência indo além do permitido, e ampliando o rol das hipóteses de licitação dispensada.

IV - Quanto à licitação inexigível, não é idêntica a sua configuração com relação a dispensável porque a única característica da licitação inexigível é a *inviabilidade de competição*, de modo que nem sequer exemplificar hipóteses a lei nacional precisaria, como faz no art. 25. Bastaria à lei enunciar que será inexigível qualquer licitação cujo objeto seja insuscetível de ensejar competição entre vários possíveis fornecedores, e isso seja pela razão que for, pois muitas podem ser, na prática, as razões por que uma competição se faz impossível: o objeto é único; o objeto somente pode ser fornecido por um vendedor; apenas um autor é o mais indicado para o trabalho intelectual pretendido, ou outras hipóteses.

Vista esta primeira observação, vêm à mente exemplos de contratos diretamente efetuados, sem licitação, que merecem comentário em razão da freqüência com que no dia-a-dia da Administração ocorrem, ocasionando uma até enfadonha repetição dos mesmíssimos problemas.

V - Observe-se, antes de adentrarmos aos exemplos, que as dificuldades em se aplicar corretamente a lei são da mais diversa natureza: a lei é obscura e confusa, omitindo pontos essenciais para sua intelecção, ou confundindo idéias que até o momento pareciam claras;

---

[1] *V., desse autor,* O estatuto jurídico das licitações e contratos administrativos, *ed. Saraiva, SP, 1.988, p. 11 e seguintes.*

ou a lei é repetitiva, contendo vários fundamentos para exatamente o mesmo problema; ou a lei é contraditória consigo mesma, contendo dispositivos um a negar e contrariar outro; ou o aplicador, diante dos defeitos da lei, não tem segurança para adotar uma tese de dispensa e sustentá-la por inteiro e até o fim no respectivo expediente administrativo; ou o aplicador tem, pessoalmente, convicção da tese dispensiva, porém conhece julgados em sentido inverso, tanto dos Tribunais de Contas quanto por vezes do Poder Judiciário.

Pode também ocorrer do aplicador da lei não dispor de elementos comprobatórios de certa situação em que se justifica a dispensa, situação essa a qual de resto é conhecida pela generalidade das pessoas na comunidade, e com isso não pode carrear ao expediente administrativo a prova material de que necessita para contratar sem licitação. Sucede ainda do aplicador não saber que caminho trilhar, se de dispensa, se de inexigibilidade, ante a dupla, ou tripla, ou múltipla, possibilidade que vislumbra no processo; ou, de outra forma, o aplicador dispõe de elementos de convicção e conta com rol probatório dessa convicção a juntar ao processo, porém os setores técnicos de sua entidade, sobretudo o jurídico, opinam em contrário à contratação direta, apresentando suas razões em sentido divergente e com tanto suscitando conflito interno na entidade.

VI - Ocorre por vezes para o aplicador o impasse de não saber se pode utilizar a mesma possibilidade de contratação direta com base nos incs. I ou I, do art. 24, da lei de licitações, ou seja, a contratação direta porque o valor não atingiu o mínimo que a lei estabelece como exigidor de licitação -, por diversas vezes no mês, por "ouvir dizer que alguém teria dito que dentro do mês apenas uma vez pode ser utilizado cada inciso, ou duas, ou duas vírgulas trinta e sete vezes"... A enxurrada de boatos e falas entrecortadas quanto a este ponto não têm fim.

Tantas são, de tal sorte, as dificuldades com que se depara o aplicador da torpe, infame, inglória, infausta, juridicamente *nauseabunda* e tecnicamente *asquerosa* Lei nº 8.666/93 - o mais horripilante fruto da presunção e da ignorância jurídica já patenteado no universo legislativo brasileiro desde o descobrimento do país há cinco séculos - que merece uma palavra de auxílio, uma ainda que humilde achega, o que se passa a tentar oferecer.

VII - Primeiro exemplo, ao menos um tanto controvertido, de licitação dispensável: *locação ou compra de imóvel,* sempre que as suas características peculiares condicionem a escolha (Lei nº 8.666/93, art. 24, inc. X).

Quis a lei permitir ao aplicador, a Administração pública, comprar ou alugar qualquer imóvel, diretamente do proprietário sem licitação, desde que pudesse demonstrar que o imóvel tinha características como localização, tamanho, se edificado a distribuição interna e externa de dependências, equipamentos arquitetônicos e funcionais, vizinhança, utilizações específicas possíveis, e outras ainda sem conta, que o tornassem o mais adequado - dentro do que seja razoavelmente exigível à Administração saber e conhecer - ao uso que o Poder Público interessado lhe destine. E mais: que o preço seja de mercado, razoável, realístico ou plausível, e não absurdo ou superavaliado, conforme o possa demonstrar, a qualquer tempo, a Administração.

Nem sempre a entidade pública tem condição de atestar categoricamente que aquele imóvel, edificado ou não, demonstra-se o melhor dentre quantos possam existir à venda dentro da área geográfica de interesse; ninguém, sem bola de cristal, o poderia. Nem sempre pode avaliar corretamente o preço, nem mesmo com assessoria experimentada de peritos em avaliação imobiliária, eis que por vezes o imóvel tem características pouco comuns ou usuais

no mercado imobiliário, que dificultam o serviço de avaliação até para especialistas. O que sempre precisa poder demonstrar a Administração é que aquele imóvel em questão reúne condições ao menos próximas das ideais, segundo a finalidade pretendida e a concepção da Administração, e que o preço não refoge da realidade mercadológica, ao menos aproximadamente, o que precisará demonstrar através de avaliações efetuadas por profissionais da área, juntadas ao processo de compra ou de locação, se for o caso.

Cuidou a lei de permitir o negócio direto, desde que parametrado por circunstâncias acautelatórias que, seguramente, serão cobradas pelos Tribunais de Contas *a posteriori*, de modo a exigir da autoridade contratante o cuidado de inserir no expediente administrativo, antecipadamente, todas aquelas demonstrações - que no mais nenhum mistério envolvem. A lei, cá como alhures, não é para ser temida por misteriosa e enganadora - até mesmo esta Lei nº 8.666, de 1.993... -, porém cuidadosa e respeitosamente observada em suas exigências, neste ponto claras e compreensíveis.

VIII - Segundo exemplo de dispensabilidade que pode ensejar dificuldade: *obras ou serviços de engenharia de valor até R$ 15.000,00; outros serviços e compras de valor até R$ 8.000,00, e o dobro desses valores para as entidades paraestatais.* (Lei nº 8.666/93, art. 24, incs. I e II, e parágrafo único).

Neste passo o ponto que se deseja levantar, além de definir o que seja serviço de engenharia - e ele é o serviço que, a teor da nem sempre clara e atualizada legislação, os regulamentos e as instruções disciplinadoras das profissões de engenharia e de arquitetura, exigem a assinatura de um desses profissionais, regularmente inscritos nos Conselhos respectivos, como forma de responsabilização e controle de exercício profissional -, é a *freqüência* com que podem ser utilizadas essas modalidades de contratação dispensa em razão do valor de cada operação, definido na lei como dispensador do procedimento licitatório.

Os fantasmas e as aparições abantesmáticas e flogísticas de entes misteriosos, que afirmam que alguém teria dito a alguém que somente uma vez por mês poderia ser realizada compra de até R$ 7.999,99, ou contratado serviço de engenharia de até R$ 15.999,99, ou que apenas dentro de um ano é que tais limites poderiam ser exercitados, ou dentro de um semestre, ou apenas dentro de condições muito particulares, tais e quais, assim ou assado. Essa tremenda empulhação, exemplo de moralismo fácil e próprio de discurso de formatura de colegiais, com forte coeficiente de hipocrisia indisfarçável de fariseus a quem aparentemente falta o que fazer - fariseus desempregados talvez -, não tem o mais longínquo propósito nem a mínima causação jurídica direta, indireta, oblíqua, transversa, próxima ou remota, nem explicação alguma, por mais inventiva. Se a lei quis que oito ou quinze mil reais fosse o limite da licitação dispensada *sem maiores exigências ou condicionamentos*, então pode ser adquirido o bem, ou contratado o serviço de valor que dispense licitação quantas vezes forem necessárias, sempre que preciso, em um século, um ano, uma semana, um lustro ou um mês lunar dos fenícios.

Basta que a Administração proceda naturalmente, sem forçar necessidades em verdade inexistentes, sem "picar" ou fragmentar artificial e artificiosamente suas necessidades efetivas, apenas para maliciosamente burlar a regra geral da licitabilidade necessária., e seu procedimento será rigorosamente lícito e legítimo, se utilizar o inc. I ou o inc. II, do art. 24, da lei de licitações, repetidamente em dado espaço de tempo. Assim como lhe era permitido valer-se indiscriminadamente - se de fato isso

lhe era necessário no seu dia-a-dia - dos limites financeiros anteriores aos atuais que foram dados pela Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1.998, também hoje é rigorosamente lícito à mesma Administração pública valer-se repetidamente dos limites atuais. Nada mudou, exceto os valores. Quem espalha boatarias sobre matéria que desconhece ou que inventa para o momento, como alguma limitação certa ao uso dos incisos I e II, do art. 24, deveria a esta altura do desenvolvimento da ciência jurídica saber que não existe o bicho-papão com que, amiúde, zelosas mamães amedrontam seus filhos de berço, refratários a ingerir a papinha oferecida.

IX - Terceiro exemplo: *compra de bens padronizados,* ou *compra de componentes originais* (art. 24, inc. XVII). Não é bem assim que está redigido o dispositivo da lei quanto a objetos padronizados, porém o tema é sempre bom. Ao se padronizar algum bem, equipamento, objeto, procedimento ou mesmo serviço o que se institui é um *norma* a ser obedecida. As normas técnicas da ABNT - Associação Brasileira de Normas Técnicas não faz senão instituir, aglutinar e sistematizar normas e procedimentos sobre uma gama infinita de assuntos e temas, para sobretudo a indústria. Quem padroniza elege um *standard,* uma regra rígida a seguir, um padrão necessário de comportamento, de medida, de peso, de cor, de forma, de tamanho, de cheiro, de gosto, de consistência, de dureza, de maleabilidade, de temperatura, de concentração, de princípio ativo, e, por que não, de marca, de tipo, de modelo, de variedade, de espécie, de natureza. Tudo pode ser padronizado, se a padronização revelar-se lógica, inteligente, econômica, razoável, útil, proveitosa, homogeneizadora, ou de qualquer outro modo *interessante* para algum efeito ponderável.

Se, nessa esteira, a Administração padroniza, por ato ou norma escrita, a cor de seus carpetes, ou o modelo de suas cadeiras, ou o tamanho de seus aparelhos de ar refrigerado, ou o princípio ativo dos medicamentos que fabrica ou distribui, ou uma marca de máquina (que custa menos, produz mais e melhor, quebra menos e é facilmente reposta), então o único condão deste ato padronizatório, se existir uma pluralidade de fornecedores do objeto padronizado, é o de permitir ao edital de licitação que indique a característica padronizada a ser cotada por quem a tiver para oferecer, nada mais. *Não estará dispensada* a licitação se existir uma pletora de possíveis fornecedores, porque não existe nesse caso motivo algum para se eliminar a competição, através da qual a melhor proposta *do objeto padronizado, que será indicado expressamente no edital, se for o caso com marca e modelo,* poderá ser formulada e aceita. A única hipótese de licitação *inexigível* e não dispensável nesse caso será a de existir no mercado apenas um isolado fornecedor do objeto, e será então caso de inexigibilidade por inviabilidade de competição, não se tratando de dispensa.

Estará dispensada a licitação, por outro lado, para a aquisição de componentes e peças de reposição nacionais ou estrangeiras, se a aquisição direta, junto ao fabricante, for condição para a celebração do contrato de manutenção daquele equipamento, conforme prevê o inc. XVII, do art. 24 da lei de licitações. Curioso e minúsculo, quase microscópico, casuísmo, que a lei das licitações fez constar de seu texto, e que já tem provocado engulhos e resistências por parte de autoridades fiscalizadoras, as quais pelo que se sabe simplesmente não aceitam a dispensabilidade em casos assim. Lastimavelmente para tais autoridades entretanto, e por mais bem intencionadas que estejam, a entidade pública que se valer do dispositivo tema seu favor a letra expressa da lei, bastando a ela demonstrar que a condição de contrato de exclusividade de compra de componentes é cláusula expressa do contrato de manutenção, para que a aquisição daqueles componentes seja lícita.

X - Quarto exemplo "cabuloso": *aquisição de bens destinados* exclusivamente *à pesquisa científica, com recursos concedidos por entidades de fomento à pesquisa credenciadas pelo CNPq* (art. 24, inc. XXI). Aos relativamente poucos usuários deste permissivo, é de saber que uma folha de papel sulfite utilizada pelo pesquisador para anotar sua pesquisa pode ser comprada sem licitação com base neste inciso; garrafas de água mineral, que servirá para aplacar a sede dos pesquisadores no campo, idem; botas para o pesquisador trabalhar, idem, e assim variam até o infinito o número de exemplos de objetos que parecem, à primeira mirada, sem nenhuma relação com o núcleo deste inciso XXI, porém que podem ser adquiridos diretamente com base nele, por indiretamente, de algum modo vincularem-se a pesquisas.

Quer-se com isso enfatizar que é apenas aparente ou ilusório imaginar que o advérbio *exclusivamente* possa de fato restringir o número de objetos adquiríveis com base neste inciso, pois que é tão vasta a plêiade dos bens e produtos que se poderão vincular mediata ou imediatamente ao trabalho de pesquisas que em verdade o "moralista" advérbio resta no contexto assim como, digamos, um bobo alegre, tão relevante quanto um refrigerador para esquimós ou a pedra na sopa do conhecido dístico popular - tal qual inúmeros outros advérbios presentes na Lei nº 8.666/93, como os *cinco* que figuram no § 3º, do art. 46, os quais enfraquecem, até ao ponto de anulá-la por inteiro, qualquer objetiva cogência da lei.

XI - Quinto exemplo de possível impasse: a impropriedade da lei quando classifica como simplesmente dispensável a licitação para contratação de objetos que *arrisquem ou comprometam a segurança nacional* (art. 24, inc. IX), ou a contratação do serviço de *fornecimento de energia elétrica (art. 24, inc. XXII).* Dentre as incontáveis impropriedades da lei nacional de licitações, duas que constam deste art. 24 aqui se enumeram: primeira) consta, inc. IX, como simplesmente dispensável a licitação de contrato cuja publicidade possa comprometer a segurança nacional, em casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, e ouvido o Conselho de Segurança Nacional.

Ainda que exista, ainda em vigor ao que se sabe, um decreto remanescente dos duros tempos do governo militar, o Decreto nº 79.099, de 6 de janeiro de 1.977, denominado o "regulamento para a salvaguarda de assuntos sigilosos" que talvez - na sua insânia - pretenda enumerar as hipóteses, concordamos com Marcos Juruena Villela Souto, para quem essa enumeração é virtualmente impossível (v. obra referida ao final), tendo-se na hipótese do inc. IX um caso de licitação simplesmente proibida, vedada, como corretamente figurava no direito anterior, o Decreto-lei nº 2.300/86.

Ora, imagine alguém que porventura conste uma hipótese no decreto presidencial de negócio estratégico, ora pretendido pelo governo, cuja publicidade comprometa a segurança nacional; ouvido o Conselho de Segurança Nacional, ele confirma a ameaça em caso de publicidade daquele negócio, e ainda assim a autoridade o licita! Nem em um país do quinto mundo, nem na casa da sogra ou no cafundó do Judas o ordenamento jurídico pode prestigiar uma tal hipótese! Apenas para o autor da Lei nº 8.666/93, talvez democratizante em excesso, um negócio que ameace a segurança do país - e eles existem, com ou sem governo militar, em qualquer país do mundo - pode ser licitado. Recomenda-se: nessa hipótese exemplificada, *jamais licite,* pena, talvez, de enquadramento na lei de segurança nacional...

XII - Ainda no quinto exemplo, eis a segunda impropriedade que se quer denunciar: apenas quando houver mais de uma possível empresa fornecedora de energia elétrica, seja

estatal, seja privada por concessão, de maneira que permita a competição entre elas numa eventual licitação de prestação de serviço de fornecimento de energia elétrica, é que terá sentido o inc. XXII, do art. 24.

Enquanto o mundo - que se apregoa mágico e encantado, e redentor da Administração - das privatizações, e dos múltiplos fornecedores de um mesmo serviço público aos usuários, não implementar as maravilhas que promete e anuncia, e enquanto existir apenas uma concessionária de serviço de eletricidade para cada região do país, é evidente que não se tem caso de dispensa de licitação no inc. XXII, mas de inexigibilidade, vez que inviável a competição de alguém consigo mesmo - já não se está falando aqui de conflitos psicológicos, interiores, de uma pessoa consigo mesma.... Por enquanto, não foi possível ainda atinar com a motivação que inspirou o autor daquele dispositivo, neste abril de 1.999 quando se escrevem estas linhas.

XIII - Sexto exemplo a chamar a atenção: *contratação de artistas e inexigibilidade de licitação* (art. 25, inc. III). De nada adianta, também aqui, pretender a lei revestir esta inexigibilidade de licitação de condições e requisitos, como o de o artista ser consagrado pela opinião pública ou pela crítica especializada, ou *bobagem* equivalente. Cada artista é rigorosamente único em sua arte e seu trabalho, insuscetível de qualquer comparação, na medida em que a manifestação artística constitui a abstração das abstrações, a subjetividade maior dentre as subjetividades existentes.

Se o artista pretendido pela Administração acaso não for consagrado nem por um nem pela crítica nem, desabridamente, pela opinião pública, então a sua contratação precisará ser licitada? Com que critério de julgamento, então: o de *menor preço*? Venceria nessa hipótese um calouro do apresentador Ratinho, de discutíveis pendores para a arte de Caruso e para quem, em função disso, um reforçado sanduíche de mortadela como *cachê* já terá valido a empreita; assim, não serve este critério.

Eleger-se-ia talvez o critério da *melhor técnica* de imitação de Cauby Peixoto? Nesse caso, a imitação do artista quando ostentava bigode ensejaria porventura maior atribuição de pontos que a imitação na fase atual, em que o ídolo está desprovido do antigo bigode? Difícil imaginar...

Seria aconselhável quiçá o critério da *técnica e preço*, em que se combinaria a melhor imitação, com bigode ou sem a depender do edital, com o maior parcelamento para pagamento, que o licitante vencedor consignaria em sua proposta? Alguém consegue imaginar algo mais ridículo?

XIV - Ainda no mesmo exemplo, e por outro lado, estaria acaso pretendendo a lei que se o artista for consagrado pode ser contratado diretamente, e se não o for simplesmente *não pode ser contratado,* tendo-se algo semelhante a uma contratação que ameace a segurança *auditiva* nacional, estadual, municipal, distrital?

Então, aquele artista, ainda que não se possa afirmar "consagrado" mas que é de sobejo conhecido e estimado pela população do pequeno Município interiorano, cuja arte - seja de engolir espadas, seja de cuspir fogo pelas ventas, seja ainda a façanha de executar o *scherzo-tarantella* de Wieniawski em octobaixo - é significativamente estimada na localidade, esse, por não ser inquestionavelmente consagrado no senso comum da palavra, estará impedido de ser contratado pela pequena Prefeitura no festejo de aniversário da comuna? Onde a mínima lógica de uma tal idéia?

Não, nunca! Sendo *artista* o cidadão, ainda que notório na vizinhança por suas *performances* vocais durante a ducha matinal ou enquanto prepara o churrasco de domingo, pode ser contratado sem a mínima constrição, nem parâmetro algum senão princípios como *razoabilidade* ou *economicidade* ante valores correntios de mercado, e ainda assim segundo um senso médio que na prática varia de um a cem entre os julgadores, e nada além disso - nada além do bom-senso, é o que se quer afirmar - a lei pode exigir objetivamente como requisito à contratação de artistas.

É também, e por evidente, *inexigível* licitação, já que a competição entre artistas e entre obras artísticas, para fim de o poder público obter "a proposta mais vantajosa", carece de qualquer sentido e qualquer remota racionalidade - nada obstante o tatear pueril e ingênuo da lei a tentá-lo.

XV - Sétimo exemplo especioso: *contratos de gestão com organizações sociais* (art. 24, inc. XXIV). Este tema, o contrato de gestão, aqui foi trazido apenas pela novidade que representa em nosso direito, e a qual é de imaginar que muito em breve passará a ser largamente utilizada entre nós, neste ciclo de privatizações dos serviços públicos e da, ao que parece definitiva, tendência de redução do tamanho e da influência do Estado na sociedade.

Contrato de gestão é aquele novo instrumento contratual pelo qual se anuncia que o poder público irá poder traspassar à iniciativa privada, sempre sob rígido controle, serviços e atividades que até ontem sempre foram tidos e havidos como inerentes à própria função estatal, praticamente inalienáveis aos núcleos centrais do Estado, aquelas que se confundem ou se confundiam com o próprio Estado.

O contrato de gestão, tão alardeado como outra das múltiplas panacéias que tenderão a aperfeiçoar a atividade administrativa do Estado, vem pioneiramente descrito, ainda que não em detalhe, na Lei federal nº 9.637, de 15 de maio de 1.998, nos arts. 5º a 10. Essa constitui neste momento a principal fonte de direito sobre o contrato de gestão, ainda praticamente a única, considerando-se a inacreditável *estupidez* que se lê no § 8º, do art. 37, da Constituição Federal, quando menciona o contrato de gestão como sendo aquele celebrado entre o poder público e o poder público...

Entendemos firmemente que deve ser simplesmente *ignorado* aquele inacreditável dispositivo constitucional, com sua tautologia de envergonhar calouros de direito, de economia e de administração pública. Diga-se, amargamente, de passo: o Brasil continuará sendo acampamento de ciganos, e não país institucionalizado, enquanto o legislador permitir-se escrever na Constituição Federal grotescas insânias como o § 8º, do art. 37.

XVI - Afora a lei acima mencionada, foi publicada mais recentemente a Lei federal nº 9.790, de 23 de março de 1.999, que dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas *de direito privado* - e não como disse a Constituição no dispositivo citado -, sem fins lucrativos, como organizações sociais.

Assim sendo, sempre que a entidade privada, particular, conseguir, por atender aos requisitos da última lei mencionada, a qualificação de organização social, então poderá celebrar todo e qualquer contrato de gestão, que tenha por objeto a prestação de serviço, com dispensa de licitação, diretamente com o poder público. Bastará para tanto, repita-se para concluir, que a entidade seja, na forma da Lei nº 9.790, de 23 de março de 1.999, uma organização social, e que o contrato de gestão, de serviço, atenda aos requisitos da Lei nº

9.637, de 15 de maio de 1.998.

XVII - Rematemos este artigo com uma consideração sobre inexigibilidade que é freqüentemente reiterada aqui e ali pelos mais variados autores, porém que não será demais, ainda outra vez, levantar.

Uma vez que o único fator determinante de uma inexigibilidade de licitação é a inviabilidade de competição, então todos os *exemplificativos* incisos do art. 25 da lei de licitações são rematadamente inúteis. Com efeito, e a bem da verdade, à guisa de orientar o aplicador, antes eles o atrapalham e confundem de modo por vezes drástico. O legislador faria grande favor à comunidade jurídica e "licitatória" se os fizesse desaparecer de vez, sepultando-os sob sete palmos de concreto, quiçá, no quinto dos infernos, e mantendo apenas o coerente e lógico *caput*, com sua precisa e concisa lição: é inexigível a licitação sempre que houver inviabilidade de competição.

O inc. I do art. 25 é o festival internacional do *non-sense*: declara inexigível a licitação na aquisição de material que só possa ser fornecido por produtor ou representante comercial exclusivo; até aí não disse mais que o óbvio, porém a seguir determina ser "vedada a preferência de marca". Estava sóbrio o autor dessa insânia, quando a escreveu? Se alguém vai adquirir diretamente do produtor o produto *x*, porque somente ele o vende, que sentido faz a advertência "vedada a preferência de marca", quando pelo visto *apenas e tão-somente a marca foi o que interessou?* O representante comercial exclusivo representa aquela marca daquele produto. Como afastar a preferência da marca?

XVIII - Segue a estupidez animada ainda no inciso, onde a lei exemplifica como documentos hábeis a demonstrar aquela exclusividade atestados *sabidamente inidôneos para aquele fim,* como registros de comércio, atestados de sindicatos, confederações ou "entidades equivalentes". Inidôneos, sim, porque esses organismos mencionados, por mais idôneos que sejam como de fato o são, atestam apenas que "consta que..." ou "não consta que exista...", o que não demonstra coisa alguma. Em segundo lugar, existem muitíssimos Municípios que não possuem nenhuma das entidades mencionadas no inciso, devem apelar as suas administrações, então, para as "entidades equivalentes" àquelas. Que entidade equivale a um sindicato ou uma federação de comércio? Uma associação de amigos de bairro? Um clube de xadrez? A associação internacional dos contrabaixistas? Ninguém sabe.

Afora a rematada sandice de se imaginar necessário provar que, por exemplo, uma assinatura de revista ou de jornal somente poderá ser feita junto ao editor, ao seu preço e nenhum mais - como por exemplo ao assinar a revista *Veja* passará pela cabeça de alguém precisar demonstrar com certidões e atestados que o seu produtor exclusivo é o editor, a Editora Abril, de São Paulo, e que o único preço é o que este estabelece? -, a lei se esforça em auxiliar o aplicador, porém o faz de modo que muito mais auxiliaria se nada dissesse, para não confundir tanto o aplicador quanto, depois, o auditor do Tribunal de Contas, que pretenderá ver cumprida a lei, que ele próprio não entende, o aplicador não entende e, por seguro, nem o infame autor deve ter entendido.

Na mesma esteira são os incisos II e III, do mesmo art.25, os quais, por rebarbativos e inúteis, não mais constaram do anteprojeto de lei que iria substituir a Lei nº 8.666, publicado no DOU em fevereiro de 1.997 para receber sugestões de todos os segmentos inte-

ressados da sociedade, e depois engavetado e desaparecido nos escaninhos do governo federal, como é o destino de quase tudo que venha a melhorar a vida dos cidadãos. Neste caso, fica mantida a pústula jurídica que é a Lei nº 8.666/93, a qual ao que parece precisa ser *exorcizada* para desaparecer do ordenamento, já que não se a consegue revogar.

Enquanto dure tal estado de coisas, e em conclusão, basta que a Administração demonstre a inviabilidade de competição, o que muita vez faz com mínimo esforço, pra que, apenas pelo art. 25, *caput*, possa adquirir diretamente o objeto desejado, sem necessidade de descer a inciso; verificará o aplicador que, no seu dia-a-dia, casos de licitação inexigível, por inviável a competição entre possíveis fornecedores, acontecem, e não estão previstos em qualquer inciso do art. 25, como neste único exemplo: as companhias do sistema Telebrás imprimiram cartões magnéticos de telefonia, de um lado com instruções de uso e a logomarca da empresa, e venderam a impressão do outro lado como espaço publicitário de quem desejasse utilizá-lo para esse fim. O preço era igual para todos os interessados, e a ninguém estava vedado participar, de modo que restava inviável a competição - num caso real e não previsto nos exemplos da lei de licitações, art. 25.

1 – Bibliográfia

1. Hely Lopes Meirelles, *Licitação e contrato administrativo,* 11ª ed. Malheiros, SP, 1.996;

2. J.C. Mariense Escobar, *Licitação - teoria e prática*, Livraria do Advogado, RGS, 1.993;

3. Marcos Juruena Villela Souto, *Licitações e contratos administrativos,* ed. Esplanada, RJ, 1.993;

4. Américo Servídio, *Dispensa de licitação pública*, ed. RT, SP, 1.979;

5. Sidney Bittencourt, *Licitação passo a passo,* 2ª ed. Lumen Juris, RJ, 1.997;

6. Jessé Torres Pereira Júnior, *Comentários à nova lei das licitações públicas,* ed. Renovar, RJ, 1.993;

7. Wolgran Junqueira Ferreira, *Licitações e contratos na administração pública*, ed. Edipro, SP, 1.994;

8. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 5ª ed. Dialética, SP, 1.998;

9. Ivan Barbosa Rigolin, *Manual prático das licitações,* 2ª ed. Saraiva, SP, 1.998 (col. Marco Tullio Bottino).