



Jaques Reolon: A inexigibilidade de licitação para livros didáticos

Há tempos o tema da inexigibilidade de licitação configura quase um tabu na República, tamanha a atenção (e tensão) que cercam processos do tipo, sobretudo por órgãos de controle, entes políticos e opinião pública. Daí a importância da decisão técnica corajosa do Supremo Tribunal Federal no recente julgamento da Ação Penal 962, no qual a 1ª Turma absolveu[1] agente político processada por suposta prática de inexigibilidade indevida de licitação e por peculato. A ação dizia respeito à compra de material didático com recursos do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), que ocorreu quando a ré era secretária estadual de Educação.

Por sua própria natureza, a escolha de materiais didáticos deveria ser feita com base na melhor técnica aplicada na produção do conteúdo ofertado aos estudantes, mas a licitação “melhor técnica” ou “técnica e preço” não se aplica a esse tipo de compra, na forma do artigo 46 da Lei 8.666/1993[2].

A inexigibilidade surge como solução quando há inviabilidade de competição, claramente demonstrada nos autos do procedimento administrativo. Embora o artigo 25 da Lei 8.666/1993 disponha as hipóteses em que será inexigível a licitação, este rol não é exaustivo, pois há múltiplas hipóteses de inviabilidade de competição.

Para fins penais, este ponto é fundamental, considerando que situações não necessariamente descritas nos três incisos do artigo 25 não podem, automaticamente, ser consideradas ilícitas e, por consequência, passíveis de sanção penal. A caracterização do crime não pode se dar *a priori*. A irregularidade prevista no artigo 89 é uma norma penal em aberto, passível de interpretações e, em seu cerne, eivada de uma indeterminação semântica cabal.

Embora o tema tenha chegado à apreciação do STF há pouco tempo, ele não é novidade em outras instâncias decisórias. O Tribunal de Contas da União, ainda no ano de 2002, em decisão de relatoria do ministro Iram Saraiva, apreciou a matéria sobre a aquisição de materiais didáticos por meio da contratação direta por inexigibilidade.

O caso concreto tratava da compra de livros didáticos pelo governo do Ceará, por meio da Secretaria de Educação, referente ao programa Telecurso 2000, distribuídos pela Editora Globo. Ao ser instado a abrir auditoria para apurar possíveis irregularidades na contratação, o TCU assentou[3], após apurações, que não encontrou “irregularidades que motivassem a realização de auditoria para o aprofundamento do exame da contratação direta”. Ao cotejar as possibilidades existentes no caso, ficou configurada a inviabilidade da competição em razão da grande quantidade de volume de produtos comprados diretamente da editora.

Esta não foi a única manifestação da corte sobre o tema. Já no ano de 2011, por meio do Acórdão 3.290/2011 – Plenário, a corte fixou que é lícita a aquisição direta de livros, por inexigibilidade de licitação, quando feita junto a editoras que têm contratos de exclusividade com os autores para editoração e comercialização das obras, o que, porém, não isenta o gestor de justificar os preços contratados.



A dúvida, assim, não está na possibilidade ou impossibilidade da aquisição do material por inexigibilidade, mas se deve observar com atenção:

- a escolha do bem a ser adquirido: os motivos determinantes do ato administrativo;
- a aquisição diretamente com o produtor — editora — ou representante comercial exclusivo, comprovado por atestado;
- a justificativa dos preços praticados.

A criminalização de inexigibilidade de licitação somente pelo fato de a conduta não estar descrita nos incisos do artigo 25 é o mesmo que criminalizar compras de produtos provenientes de atividades em regime de monopólio, hipóteses de credenciamento de empresas e outros — todos realizados com base na inviabilidade da competição.

A dinâmica do Direito e a realidade social impuseram novas hipóteses não detalhadas no dispositivo, mas perfeitamente condizentes com o conceito de inviabilidade de competição que motiva a inexigibilidade. O julgamento do STF seguiu o entendimento já pacífico no âmbito do TCU. E não havendo irregularidades na aquisição, não há motivos para se questionar a existência de crime.

A decisão do ministro Luiz Fux pela absolvição se deu em razão da dificuldade de o Ministério Público Federal demonstrar o dolo na opção do gestor pela inexigibilidade. Isso porque, no entendimento do ministro, o crime só seria caracterizado caso demonstrado o favorecimento de terceiros com a conduta do agente. O entendimento foi acompanhado pelos ministros Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso e Rosa Weber.

A conduta delituosa para a subsunção ao crime previsto no artigo 89 da Lei 8.666/1993 exige razões fraudulentas de escolha do fornecedor e justificativa simulada de preços. Esses cenários, entretanto, devem ser flagrantes, e não apenas sujeitos a juízos de razoabilidade e prudência, que, na realidade, são conceitos jurídicos indeterminados ou, melhor, palavras valorativas. A subsunção da conduta à norma penal deve levar em consideração, assim, a intenção do agente em fraudar o procedimento licitatório.

Falhas culposas — negligentes —, ainda que graves, não permitem a sanção penal. E mais: a aprovação de razões de escolha e justificativa de preços, fundadas em pareceres técnico-jurídicos, só poderia ser enquadrada como dolosa em caso de prova de ação coordenada, orquestrada e tramada com aqueles que elaboraram os mencionados pareceres técnico-jurídicos.

A aquisição dos livros didáticos julgada no STF foi feita com base em pareceres de equipe técnico-pedagógica, sem a participação da ré. A instituição de comissão especializada e isenta para a escolha do material didático, nesse sentido, representou a melhor solução encontrada pela gestora no momento da compra dos produtos, considerando o grau de subjetividade dessa seleção e a característica técnica muito particular do produto.



A decisão do STF é muito relevante por garantir que a aquisição dos livros didáticos seja feita com base em parâmetros técnicos condizentes com a importância do tema. Em casos como esse, uma mera competição no mercado não seria suficiente para garantir a qualidade do produto. A compra tem de ser efetuada em bases pedagógicas sólidas, ainda que para tal seja necessário comprar o produto de fornecedor específico.

Importante destacar que o voto do ministro Luiz Fux está em alinhamento com a inspiração estabelecida no Código de Processo Civil, que o magistrado bem conhece. No artigo 489, parágrafo 3º, está previsto que a decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

A decisão do STF robustece os precedentes do TCU, estabelecendo as balizas para a atuação dos julgadores diante da suspeita de crimes cometidos por se promover uma inexigibilidade de licitação. Um avanço tanto para o Direito Administrativo quanto para o Direito Penal.

[1] Ação Penal 962/STF.

[2] Art. 46. Os tipos de licitação "melhor técnica" ou "técnica e preço" serão utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos, ressalvado o disposto no § 4º do artigo anterior.

[3] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo TC 016.529/2001-5. Decisão 1.500/2002 – Plenário. Relator: ministro Iram Saraiva. **Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 6.nov.2002.

Date Created

15/06/2019