XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

LIANE FRANCISCA HÜNING PAZINATO

JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM

EMERSON GABARDO

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direito administrativo e gestão pública II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Liane Francisca Hüning Pazinato

José Sérgio da Silva Cristóvam

Emerson Gabardo – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-771-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

Apresentação

O XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI, ocorrido entre os dias 19 e 21 de junho de 2019, na acolhedora Goiânia (GO), ofereceu aos seus participantes conferências, painéis e grupos de trabalho de elevada qualidade, a exemplo do Grupo de Trabalho "Direito Administrativo e Gestão Pública II", que reuniu um qualificadíssimo conjunto de pesquisadores de todas as regiões do país, com artigos marcados pela destacada pertinência acadêmica e induvidoso relevo prático.

A marca que perpassou os artigos apresentados pode ser sintetizada no apuro intelectual e atualidade, com comunicados científicos e discussões de alta qualidade, sobre as mais diversas temáticas do Direito Administrativo, de forma a envolver alunos de mestrado e doutorado, professores e profissionais, com contribuições e discussões marcadas pela perspectiva dialógica horizontal, democrática, aberta e plural.

Os artigos aqui publicados gravitam em torno das seguintes temáticas:

1. OS SERVIÇOS DE REGISTRO DE IMÓVEIS PODEM CONTRIBUIR NO COMBATE À CORRUPÇÃO E LAVAGEM DE DINHEIRO?

2. O SISTEMA DE COMPLIANCE APLICÁVEL ÀS EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA: UMA ANÁLISE DAS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI N° 13.303/2016;

3. O CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A COMPETÊNCIA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS PARA JULGAR AS CONTAS DE GESTÃO DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO MUNICIPAL;

4. MANDATO DO ADMINISTRADOR PÚBLICO: LEGITIMIDADE, LIMITES, EFICIÊNCIA, DESVIO DE FINALIDADE, EXCESSO OU ABUSO DE DIREITO DE ADMINISTRAR POR DESATENDIMENTO DE INTERESSE PÚBLICO E SOCIAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS;

5. JUDICIALIZAÇÃO E REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA NA ÁREA DA SAÚDE PÚBLICA: O CASO DE PALMAS, TO;

6. DOS FATORES IMPREVISÍVEIS E CRÍTICOS DENTRO DO ATUAL MODELO DE TRANSPORTE COLETIVO: SEUS REFLEXOS NA COMPOSIÇÃO DO VALOR TARIFÁRIO;

7. A IMPORTÂNCIA DO CONTROLE SOCIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO CONTEXTO DA GOVERNANÇA GLOBAL;

8. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E ADMINISTRAÇÃO GERENCIAL;

9. O CONTROLE SOCIAL DO TERCEIRO SETOR;

10. OS MUNICÍPIOS E A (IM)POSSIBILIDADE DE INSTITUIÇÃO DE NORMAS SOBRE LICITAÇÃO: UMA ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 423560;

11. A DESLEGITIMAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE EM RAZÃO DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO;

12. ESCOLHA PÚBLICA E ANÁLISE DA DISCRICIONARIEDADE NO ATO ADMINISTRATIVO DE DISPENSAR A LICITAÇÃO NA HIPÓTESE DO ART. 24, II, DA LEI 8.666/93;

13. PRESCRIÇÃO EM MATÉRIA DISCIPLINAR;

14. LICITAÇÕES SUSTENTÁVEIS: UMA ANÁLISE DA EFICÁCIA DO USO DO PODER DAS COMPRAS ESTATAIS FEDERAIS COMO INSTRUMENTO PARA A REALIZAÇÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL.

Um rico conjunto de temáticas, que evidencia a firme marca da interdisciplinaridade e contemporaneidade das discussões afetas à atividade administrativa e à gestão pública, de forma a indicar rumos para a pesquisa e o debate sobre os grandes temas do Direito Administrativo na atualidade.

De nossa parte, sentimo-nos profundamente honrados pela participação na Coordenação desse relevante Grupo de Trabalho (GT), com o registro da satisfação em podermos debater com todos os autores e demais participantes.

Registramos os sinceros cumprimentos ao CONPEDI, pela já costumeira qualidade dos encontros nacionais, e agradecemos aos colegas de Goiânia (GO) pela afetuosa acolhida que tivemos na UFG - nesse relevante momento de divulgação da pesquisa científica na área do Direito. A culinária e a hospitalidade do povo goianiense conquistaram a todos nós!

Cordial abraço e esperamos que os leitores apreciem essa coletânea e suas qualificadas temáticas!

Goiânia, junho de 2019.

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam – Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Prof. Dr. Emerson Gabardo – Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR)

Profa. Dra. Liane Francisca Hüning Pazinato – Universidade Federal do Rio Grande (FURG)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

ESCOLHA PÚBLICA E ANÁLISE DA DISCRICIONARIEDADE NO ATO ADMINISTRATIVO DE DISPENSAR A LICITAÇÃO NA HIPÓTESE DO ART. 24, II, DA LEI 8.666/93

PUBLIC CHOICE AND ANALYSIS OF THE DISCRETIONARITY IN THE ADMINISTRATIVE ACT OF DISPENSING THE BIDDING IN THE HYPOTHESIS OF ARTICLE 24, II, OF BRAZILIAN LAW 8.666/93

Adriano Carlos Ravaioli [1]
Cleber Sanfelici Otero [2]

Resumo

O artigo descreve os principais aspectos da Teoria da Escolha Pública, doutrina que busca imprimir tratamento econômico mais eficaz às escolhas políticas. Pretende-se demonstrar que, mesmo diante da discricionariedade em atos administrativos, a tentativa por parte do administrador de praticar uma conduta pública economicamente viável tem causado problemas de ordem judicial, com ajuizamento de ações na esfera criminal. Para tanto, são empregados os métodos dedutivo e hermenêutico, a partir de normas constitucionais com a finalidade de verificar a adequação legal e a atuação do administrador público em licitações, numa comparação entre os atos administrativos vinculados e discricionários.

Palavras-chave: Teoria da escolha pública, Ato administrativo, Discricionariedade, Lei de licitações, Dispensa de licitação

Abstract/Resumen/Résumé

This article describes the main aspects of the Theory of Public Choice, a doctrinal that seeks to give more effective economic treatment to political choices. It`s intended to demonstrate that, even in the face of the discretion of several administrative acts, the administrator's attempt to conduct more economically viable public conduct has caused judicial problems, with actions in the criminal sphere. For that, the deductive and hermeneutical methods are used, based on constitutional norms in order to verify the legal adequacy and the performance of the public administration in bids, with a comparasion between the encumbered acts and discretionary acts.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Theory of public choice, Administrative act, Discretionary, Bidding law, Bidding dispensation

---

[1] Mestrando em Ciências Jurídicas pela UniCesumar-Maringá/PR. Advogado.

[2] Mestre/Doutor em Direito Constitucional pela ITE-Bauru/SP. Professor de Direito nos Cursos de Graduação e Mestrado da UniCesumar-Maringá/PR. Professor na Especialização em Direito Previdenciário da UEL-Londrina /PR. Juiz Federal.

1 INTRODUÇÃO

A partir de meados dos anos 70, o esgotamento do modelo de desenvolvimento econômico engendrado no pós-guerra abriu espaço para a ascensão do pensamento político e econômico da chamada “Nova Direita” (BORGES, 2001, p. 159). Seus teóricos, após décadas de ostracismo intelectual, tiveram a chance de colocar em prática suas ideias sobre o funcionamento da economia e do Estado graças à ascensão de governos conservadores na Europa e nos EUA, na esteira da crise do keynesianismo socialdemocrata. A crítica da Nova Direita ao programa da socialdemocracia baseia-se nas máximas do liberalismo do século XIX: governos grandes e intervencionistas são ineficientes e prejudicam a dinâmica natural de crescimento econômico capitalista.

A crise econômica mundial dos anos 70 é apresentada como uma crise de "gestão" do Estado, e não mais como resultado de contradições internas ao próprio sistema capitalista, de maneira que o Estado e seu modelo de intervenção precisam ser reformulados e adaptados às novas condições impostas pelo capitalismo globalizado.

Dentre as várias vertentes do pensamento neoconservador, a teoria da escolha pública tem se destacado nas últimas décadas por sua enorme influência sobre a agenda de governos e agências internacionais empenhadas em promover programas de ajuste estrutural e reforma do Estado (BORGES, 2001, p. 159).

Dessa forma, a Teoria da Escolha Pública visa a imprimir uma visão econômica à administração não privada, fazendo com que os administradores públicos ajam de forma mais racional e sem interesses pessoais nas tomadas de decisão.

Em razão do novo paradigma de gestão, torna-se necessário proceder a uma análise da discricionariedade do ato administrativo, instrumento pelo qual são tomadas decisões públicas. O administrador público possui certa margem para tomar decisões e para fazer escolhas, mas, muitas vezes, tal opção lhe é tolhida, pois a decisão que necessita tomar já se encontra vinculada por lei, impedindo que ele tome decisões à sua livre escolha.

Dentro de uma margem de discricionariedade ou não vinculação, o administrador pode tomar suas decisões, sempre respeitando limites e a todo momento sob o risco de um controle judicial de seus atos.

Dentre os objetivos da pesquisa, é realizada uma análise acerca da margem de discricionariedade que possui o gestor público na Lei de Licitações (Lei n.º 8.666/93). De acordo com tal diploma legal, o administrador possui certa liberdade para contratar

serviços e adquirir produtos de forma direta, ou seja, sem a realização de procedimento licitatório, mas dentro de determinado espaço previamente definido em lei.

Por fim, torna-se relevante realizar uma breve descrição do delito tipificado no art. 89 da Lei de Licitações, crime no qual inúmeros administradores têm sido enquadrados por conta de dispensarem licitações, ao tentarem aplicar uma eficiência administrativa e econômica às suas escolhas.

2 A TEORIA DA ESCOLHA PÚBLICA E O MODELO DE BUCHANAN

O núcleo de qualquer teoria econômica da política e da decisão pública é a teoria da escolha racional. A noção de racionalidade em economia pressupõe os conceitos de preferências, ordenações e maximização condicionada por restrições (SILVA, 1996, p. 32).

As preferências são definidas de forma exógena e tomadas como um dado. A partir delas, os agentes estabelecem uma ordenação e definem, de acordo com critérios lógicos de consistência, transitividade e completude, uma ação ou decisão específica (SILVA, 1996, p. 32).

A teoria da escolha racional supõe que os agentes tomam decisões diante de restrições, isto é, existe um custo de oportunidade associado às decisões. Quando, por exemplo, opta-se por um investimento maior nos idosos, penaliza-se os jovens. Em situação semelhante na economia doméstica, quando se vai mais ao cinema, é necessário limitar os gastos com outros tipos de lazer.

Se na microeconomia a restrição à escolha é evidente, isto é, a restrição orçamentária é um fato trivial, igualmente, nas escolhas públicas, também há restrições que impõem custos de oportunidade às escolhas. A ação será racional quando, uma vez definidas as ordenações e dadas as restrições, o agente buscar a melhor forma de atingir seus objetivos. Na verdade, do ponto de vista geral, qualquer meio disponível para se atingir um fim pode conferir racionalidade à ação do agente. A definição genérica de ação racional não implica necessariamente a imposição do critério de maximização. A ação pode ser racional mesmo com informação limitada. O importante é que o agente escolherá o melhor meio para atingir um fim determinado (SILVA, 1996, p. 33).

Por exemplo, se um indivíduo tem dados de que quando aparecem mais manchas solares a fertilidade da terra é maior e, portanto, é uma boa época para se plantar, pouco

importa se outros julgarem sua crença tola ou infundada cientificamente, sua ação terá sido racional.

A grosso modo, de acordo com a teoria da racionalidade, uma vez ordenados todos os fatores e deparando-se com uma restrição orçamentária, o consumidor deve obter o máximo de utilidade possível. O produtor, por sua vez, diante dos custos e receitas, deve utilizar-se da melhor combinação entre capital e trabalho, visando a obter o maior lucro possível. *"O consumidor maximiza utilidade, dada a restrição orçamentária e o produtor, lucro, dados os custos"* (SILVA, 1996, p. 34).

Caso se introduza o ente público – no caso, o governo – nesse modelo de mundo econômico, a alocação de recursos econômicos não será feita somente pelo mercado, dito competitivo. Surge a alocação política dos recursos. Por exemplo, quando o governo cria um sistema de tarifas, automaticamente ele interfere no sistema alocativo e permite que ocorram transferências de renda. O mesmo se dá quando o governo concede algum direito de monopólio ou algum tipo de subsídio a um grupo de indivíduos.

Por tal razão, é impossível excluir o Estado das relações econômicas. Surge, então, a chamada escola da *public choice*, que teve sua origem no conjunto de reflexões que alguns autores desenvolvem desde os anos 60, visando à adoção de uma perspectiva econômica de análise dos fenômenos políticos, notadamente das decisões em situações de não mercado ou de mercado político.

A teoria da escolha pública começa a se delinear como uma escola à parte da economia neoclássica tradicional com a publicação do livro de Anthony Downs *"An economic theory of democrocy"*, uma análise do processo político a partir da utilização do ferramental microeconômico neoclássico (BORGES, 2001, p. 161). Posteriormente, James Buchanan se tornaria o autor mais importante da disciplina com seu estudo sobre a influência das regras constitucionais sobre as finanças públicas e os ciclos econômicos (BORGES, 2001, p. 161).

A teoria da escolha pública é, em grande parte, resultado do esforço de Buchanan em aplicar princípios de análise econômica à política, esforço este que lhe rendeu o prêmio Nobel da Economia em 1986. Em linhas gerais, os autores da chamada Escola de Vírginia — notadamente Tullock, Olson, Niskanen e Downs — têm trilhado o mesmo caminho aberto por Buchanan, procurando entender como e por que ocorrem as "falhas públicas" (BORGES, 2001, p. 161).

De acordo com Márcia Teixeira de Souza (1996, p. 11), foco das análises tributárias da teoria da "escolha pública" pretende alcançar as condições em que

ocorrem a alocação autorizada dos recursos públicos, definidos previamente pela escassez. Desse modo, esta abordagem visa a elaborar modelos indicativos do processo de tomada de decisão nas instituições públicas, tendo como supostos os cursos alternativos da ação pública.

Com a desaceleração do crescimento mundial após a década de 60 e o surgimento das críticas ao keynesianismo, dominante até então, Buchanan começa a desenvolver sua teoria na Universidade de Chicago. Ao perceber a efervescência deste contexto, ele apresenta as duas grandes preocupações que podem ser identificadas por trás da elaboração da teoria da escolha pública.

A primeira dizia respeito à excessiva "matematização" que, cada vez mais, assumia papel central na formulação teórica da época. Para Buchanan, ao se preocuparem em elaborar modelos de análise com enorme sofisticação matemática, os economistas estavam se esquecendo daquilo que, para ele, deveria se constituir no essencial da análise teórica: compreender as motivações que explicam as decisões dos agentes econômicos. Com evidente ironia, Buchanan referia-se aos economistas matemáticos como “eunucos ideológicos” (DIAS, 2010, p. 33).

A segunda preocupação dizia respeito à acentuada "politização" das decisões econômicas, que era decorrência direta da enorme influência das políticas econômicas de inspiração keynesiana, como já mencionado anteriormente. A transferência para o âmbito da política muitas vezes fazia com que a racionalidade econômica fosse suplantada pelos interesses dos políticos envolvidos na tomada de decisões.

Segundo ele, o economista e o político guiavam-se por vetores distintos. Enquanto os primeiros buscavam a eficiência em suas tomadas de decisões, os outros tinham por parâmetro a conquista e a manutenção do poder, o que só pode ser alcançado por intermédio do voto, nos regimes democráticos. Por conta disso, principalmente em períodos eleitorais, os políticos não se acanhavam em fazer promessas aos eleitores, visando à obtenção dos votos necessários para se elegerem, sem considerar, contudo, os limites impostos pela escassez dos recursos.

De acordo com Souza (1996, p. 12), o cerne do modelo buchaniano é que os arranjos que virão ordenar as decisões coletivas repousa numa concepção de sociedade que não apresenta clivagens sociais agudas, de maneira que a formação de coalisões previsíveis e em posição privilegiada estariam descartadas, conduzindo a uma certa igualdade entre os indivíduos que participam do processo de definição das regras de convivência.

Por isso, o que está em pauta é como o sistema democrático representativo nas sociedades ocidentais, materializado em suas instituições – sistemas eleitorais, legislatura mono ou bicameral, procedimentos decisórios ordinários (operacionais) e procedimentos para a escolha das regras de escolha (inclusive aqueles que preveem os mecanismos de reformas constitucionais) –, dimensiona e controla a produção mesma do poder (SOUZA, 1996, p. 14).

A abordagem proposta por Buchanan é derivada da visão hayekiana e pode ser chamada de cataláctica (que provém de catalaxia, que é uma teoria praxeológica sobre como um mercado livre define os preços e as trocas em um mecanismo de ordem espontânea, que ocorre, geralmente, sem a necessidade de objetivos comuns) – usando o conceito de Hayek – ou simplesmente a ciência das trocas (CASTILLA, 2011). A atenção do economista é dirigida para o processo de troca, acordo, comércio, confiança e estabelecimento de contratos. Esta abordagem introduz, como princípio básico, a ideia de ordem ou coordenação espontânea.

De acordo com Marcos Fernandes Gonçalves da Silva (1996, p. 35), essa abordagem da economia possui relação com a nova economia institucional e com a nova economia política. Desse ponto de vista, faz-se necessário o estudo das trocas simples e das trocas complexas. Estas constituem algo que vai além do acordo contratual entre duas pessoas, tratando-se de um processo que envolve um número muito grande de agentes e que resulta numa ordem espontânea.

O processo político é visto como um processo também de troca, pois é igualmente humano. Contudo, existe uma distinção entre economia e política, um critério de demarcação entre o mercado e o governo, entre o setor privado e o setor público, haja vista que as relações políticas envolvem coerção, isto é, acordos não voluntários e, nesse sentido, haveria uma separação entre ciência política e ciência econômica.

A política foi vista, dentro da tradição da ciência política, como o estudo do poder e da coerção, e isso impediu que os analistas levassem em consideração que as próprias instituições e a sociedade calcam-se num processo interativo: de um lado, não há a supressão do Estado (anarquia) e, de outro, não há a subordinação total da sociedade civil ao Estado (tirania) (SILVA, 1996, p. 36). Mais uma vez, cabe salientar que Buchanan refere-se sempre às democracias representativas ocidentais.

Esse processo interativo foi pormenorizadamente descrito por James Buchanan no livro *The Limits of Liberty Between Anarchy and Leviathan* de 1975 (SOUZA, 1996,

p. 21), no qual ele desenvolve um instrumental analítico calcado nos pressupostos da economia, para elaborar um modelo de sociedade livre na qual os indivíduos adotariam uma conduta de respeito ao outro a partir de um conjunto de normas ditadas pela tolerância mutua.

Uma das principais críticas em relação à teoria da *Public Choice* é que esta seria uma visão bastante simplista do mercado político, por considerar apenas algumas poucas variáveis, sendo que muito outros fatores entrariam em questão na determinação de visões políticas. Questões relativas à análise do governo, eleitores, legisladores e burocratas e a falta da análise sobre o Poder Executivo, partidos políticos e outras organizações comprometem o encadeamento da teoria.

As decisões relativas aos benefícios e aos custos dos bens e serviços públicos poderiam resultar de uma votação majoritária (50%+1). Como a política é feita de inúmeras questões abertas à decisão, e as preferências do corpo social são múltiplas, o comércio dos votos instalar-se-ia como um recurso natural, e não como um comportamento necessariamente antiético.

O argumento essencial é o de que, sendo o orçamento público um processo político complexo em que os participantes possuem interesses muitas vezes conflitantes, observa-se que, num ambiente de grande incerteza e pobreza, os atores têm o incentivo de desenvolver estratégias com o objetivo de aumentar sua respectiva margem de manobra. Deste processo dinâmico emergem padrões de comportamento identificados como anômalos, porém racionais.

3 ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA VINCULADA OU DISCRICIONÁRIA

Os teóricos do Direito Administrativo ofereceram diversas definições do que seria o ato administrativo.

Para Hely Lopes Meirelles (2010, p. 132):

> Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.

Já para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010, p. 25), ato administrativo é "*a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos,*

com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário".

Por fim, de acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 440), o ato administrativo é:

> A declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes - como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, sujeitas a controle de legitimidade por órgão judicial.

O Estado de Direito – fundamentado na supremacia da Constituição, na separação dos poderes, na superioridade da lei e na garantia dos direitos individuais – define, pelo ordenamento jurídico, os limites de sua atividade e a esfera de liberdade dos indivíduos. A separação dos poderes é o elemento lógico essencial do Estado de Direito, pois garante que o exercício do poder político seja dividido entre órgãos independentes e harmônicos que controlam uns aos outros. A cada âmbito dos órgãos é dado o nome de poder e a separação dos poderes corresponde a uma distinção de atividades (funções) (SUNDFELD, 2007, p. 213), já que o poder (soberania), em verdade, é um só, portanto uno e indivisível. "A função administrativa ou executiva – pela qual o Estado presta os serviços necessários à ordem, segurança e bem-estar – é realizada dentro de um conjunto de normas criadas pela função legislativa ou normativa e asseguradas, coercitivamente, pela função jurisdicional." (TÁCITO, 1959, p. 9). Cada função corresponde a uma espécie de ato ou norma estatal: a lei corresponde à função legislativa; o ato administrativo, à função administrativa; e a sentença, à função jurisdicional.

A função administrativa do Estado deve ser exercida dentro dos limites da lei. Desta forma, o ato administrativo não pode inovar a ordem jurídica. Como norma situada abaixo da lei, ao ato administrativo cabe apenas a aplicação concreta da lei, dentro dos limites por ela estabelecidos. Há, portanto, um dever de observação do princípio da legalidade – art. 37, *caput,* CF/88 – que deve ser observado pelo Estado no exercício da autoridade que lhe é conferida. Caio Tácito (1959, p. 26), neste sentido, afirma que "autoridade e legalidade são conceitos antinômicos que, no entanto, se completam". De fato, a autoridade do administrador deve ser exercida em conformidade com a legalidade e demais princípios constitucionais e administrativos.

Sem adentrarmos na análise de seus elementos constitutivos, verificamos que dentro da esfera dos atos administrativos, a doutrina, dentre outras classificações, agrupa-os, quanto ao regramento, em atos vinculados e discricionários. Os atos administrativos vinculados (também chamados atos regrados) possuem uma prévia tipificação legal, com todos os elementos pré-definidos de maneira a praticamente excluir a atuação da vontade pessoal psicológica do agente público (ARAÚJO, 2005, p. 442). Já nos atos administrativos discricionários, a Administração, utilizando-se de certa faixa de liberdade interna também previamente prevista na norma, decide sobre a conveniência ou oportunidade de sua prática.

Nos atos administrativos vinculados, o legislador, ao criar a norma, antecipa qual a conduta a ser praticada pelo administrador, restringindo ao máximo sua liberdade de ação. Consoante adverte Juarez Freitas (2004, p. 211-212), no entanto, não se pode dizer que haja absoluta exclusão da liberdade de atuação do administrador em face do princípio da legalidade se houver a possibilidade de vir a ocorrer dano irreparável – ou de difícil reparação – em decorrência da não observância dos outros princípios constitucionais:

> [...] Em conseqüência da alta valorização do princípio da legalidade, exsurge, nessa visada, que o administrador teria o dever de agir sempre e apenas na sua estrita observância. Ora bem, ainda que correto, em parte, assim pensar, urge entender tal condicionamento com as devidas cautelas hermenêuticas e constitucionais. Ocorre que, mesmo nos atos vinculados, existe um campo de liberdade residual. Está claro e indisputável que há atividades administrativas fortemente vinculadas, como sucede, expressamente, com a cobrança de tributos (CTN, art. 3º), mas a vinculação está condicionada não só à legalidade, que afugenta os juízos de conveniência, senão que à totalidade destas alavancas de Arquimedes do Direito, que são os princípios constitucionais, entendidos na sua dimensão superior. Assim, *haverá de sempre ser tomado em consideração o princípio da legalidade, porém de modo jamais excludente e inflacionado a ponto de depreciar ou desvincular a atividade administrativa dos demais princípios*. A reserva legal não pode ser a negação da fundamentalidade dos princípios. *Tampouco deve haver subsunção automática* da lei ao caso, que pudesse implicar, por exemplo, uma despreocupação com a manifesta inconstitucionalidade da lei vinculadora. [...].

Com efeito. Assim como é realizado pelo Poder Judiciário nas situações em que há colisão entre princípios/direitos fundamentais (ALEXY, 2002, p. 89-98), também a Administração deve realizar a ponderação entre as normas com base na dimensão de peso e na carga valorativa que elas trazem, sempre para verificar um propósito de justiça que deve prevalecer em sua atuação, bem como de maneira a não ferir os direitos

fundamentais dos administrados. Por vezes, a legalidade pode ter menor peso no balanceamento em face de outros princípios constitucionais.

De outra banda, nos atos administrativos discricionários, a lei, de antemão, já confere ao administrador uma margem de liberdade de atuação, a fim de que ele decida qual a melhor forma de se atingir o interesse coletivo por ela previsto diante de determinadas situações.

Para fins do presente trabalho, o que nos interessa de fato são os atos administrativos discricionários, motivo pelo qual continuaremos a dedicar o tópico a essa espécie de ato administrativo.

A discricionariedade – do verbo latino *discernere,* que significa separar, distinguir ou avaliar – tem origem na impossibilidade de disciplinar, por lei, todos os aspectos da vida social em que a Administração venha a atuar, sendo indispensável atribuir ao agente público certa margem de flexibilidade para regular a vida social e atingir o interesse da coletividade.

Discricionariedade é, assim, a margem de liberdade que remanesce ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente (MELLO, 2009, p. 831).

A noção de discricionariedade envolve um aspecto liberal, de autonomia da autoridade. Logo, atuar discricionariamente significa proceder no exercício de uma atividade, sob aspectos racionais e proporcionais, dentro do âmbito estabelecido pelo ordenamento jurídico, optando pelo melhor procedimento que irá satisfazer o bem comum, diante de uma abrangência aberta trazida pela norma posta.

Discricionariedade implica uma escolha entre duas ou mais possibilidades, em atendimento ao interesse público, próprio de sua atribuição e competência, com uma função finalística perante o fato real. A opção da melhor atitude a ser tomada pela autoridade dentre inúmeras, deve ser entendida diante de um aspecto de liberdade sempre relativa, limitada e contrastável pelo Judiciário, caso este venha a ser acionado.

Como visto, o ato vinculado encontra-se intimamente ligado aos preceitos de uma norma, ou seja, esta determina, desde seu nascedouro, a situação fática e o conteúdo do ato, não permitindo à Administração Pública conduta diversa, a não ser em

casos excepcionais se houver a possibilidade de dano irreparável em decorrência de afronta a outros princípios constitucionais.

No tocante à outra modalidade de atos administrativos, não se vislumbra propriamente um ato amplamente discricionário e aberto, mas discrição na sua execução. Devemos nos lembrar que este tipo de ato pressupõe legalmente tanto uma finalidade, qual seja, um interesse público, como a competência ou a atribuição de algum agente público no seu manuseio. Dentro destes dois aspectos, na verdade, temos um ato vinculado, porém com uma natureza discricionária própria, ou seja, vinculado quanto à finalidade e à competência, mas discricionário quanto ao momento de sua prática em face da conveniência e oportunidade.

A própria norma jurídica é quem indica, por intermédio de conceitos fluidos e muitas vezes indeterminados, a existência ou não da margem de liberdade no atuar da Administração. Será a partir da análise a ser feita desses conceitos que se visualizará uma faculdade ou obrigação de agir por parte daquele a quem é atribuída a competência para tal.

No fenômeno da vinculação, a vontade da lei só se satisfaz ao revelar claramente se, quando e como deverá a autoridade agir. Por outro lado, aquilo que é de natureza discricionária, o é exatamente por falta de exatidão nos conceitos que determinam o seu modo de se exteriorizar.

Neste plano, o comportamento administrativo discricionário não possui uma situação "pré-vista". Todavia, quando o fato é prenunciado, os conceitos que o delimitam são volúveis, sem objetividade. É exatamente aí que entra em cena o desprendimento do agente público, ao proferir um juízo de valor sobre o que é oportuno e conveniente no caso concreto. Daí o mérito do ato administrativo discricionário: o ato é bom ou ruim, atende ou não o interesse público? Só quem irá responder este questionamento será a autoridade pública, sem esquecer, é claro, dos princípios da administração arrolados no art. 37 da Constituição Federal de 1988, quais sejam: da moralidade, razoabilidade e eficiência, entre outros.

O fato de haver uma norma atribuindo certa liberdade na prática de determinado ato não o caracteriza como sendo necessariamente um ato discricionário. É preciso que se analise caso a caso. Assim, essa liberdade deve ser vista como limitada até certo ponto, uma vez que o uso dela é atribuído pela norma para ser realizado de forma prática, racional, proporcional e, antes de tudo, moral, pois o objetivo maior é atingir o interesse público.

A existência tanto de atos administrativos vinculados como daqueles praticados no exercício de atribuições discricionárias tem uma razão de ser, qual seja, o meio de se atingir o interesse de vários membros do corpo social. Neste sentido, a discricionariedade de certos atos, concedida pela norma positiva aos administradores públicos, não deve ser utilizada de forma arbitrária, sem limites, nem controle.

Releva evidenciar que o ato administrativo discricionário normalmente exige motivação, como forma de explicar a razão de se entender que há conveniência e oportunidade na tomada de uma determinada decisão, para o devido controle:

> [...] devem os atos administrativos ser motivados, em analogia com o que sucede com os atos jurisdicionais, excetuados os de mero expediente e os ordinários de feição interna, quando autocompreensivos na sua expedição e os que a Carta Constitucional admitir expressamente como de motivação dispensável (por exemplo, exoneração de ocupante de cargo em comissão). No mais, *tanto os atos administrativos discricionários como os vinculados devem ser motivados. E o administrador se vincula aos fundamentos que externar*. Em sintonia com essa orientação, sobreleva e se faz inescapável o dever de motivar os atos discricionários. Com efeito. na perspectiva adotada, é exatamente na consecução desses atos administrativos que mais aparentemente reservam liberdade ao administrador, que se deve cobrar, com rigor máximo, a devida fundamentação. Além disso, mesmo que a lei (contra a qual, por certo, militariam indícios irretorquíveis de inconstitucionalidade) dispensasse a motivação dos atos discricionários, esta seria uma obrigatoriedade descendente diretamente da Constituição, mais precisamente do núcleo fundante dos princípios constitucionais. Em suma, aplica-se ao administrador, agente do Poder Público, o dever de motivação, expressamente atribuído aos juízes no exercício da tutela jurisdicional (e aos Tribunais, inclusive, no âmbito de suas decisões administrativas), sob pena de nulidade dos atos de discricionariedade vinculada ou propriamente vinculados, sempre que afetarem direitos. (FREITAS, 2004, p. 222)

É exatamente aí que se encontra a importância da atividade judiciária quando da invalidação de atos administrativos viciados ou utilizados com abuso de poder. Podemos dizer que o ato vinculado é reflexo de respeito ao princípio da legalidade, não obstante o ato praticado no exercício de atribuições discricionárias também seja, quando bem utilizado, instrumento para a construção de um Estado Democrático de Direito. Tal qual ocorre nos atos vinculados, o controle jurídico pode ser exercido sobre os contornos legais do ato discricionário, embora não seja admitida a fiscalização jurisdicional acerca da conveniência e oportunidade desta modalidade de ato administrativo, exceto se o administrador fugir dos motivos que levaram à edição do ato discricionário. O motivo poderá ser discricionário (OLIVEIRA, 2001, p. 88), mas, após ocorrer a motivação, o administrador fica vinculado à escolha realizada.

A propósito, neste sentido observa-se antiga lição de Themístocles Brandão Cavalcanti (1955, p. 247), ao deixar claro que o Poder Judiciário, embora em posição privilegiada como intérprete da Constituição e das leis e como órgão tutelar dos direitos individuais, tem sua competência limitada pela ação discricionária dos outros poderes, justamente para que o Estado possa realizar a sua finalidade de zelar não só pelos interesses individuais, mas também os interesses coletivos.

Portanto, reitera-se, o controle jurisdicional somente se admite quanto aos aspectos regrados do contorno dos atos administrativos discricionários, e não do âmbito da conveniência e oportunidade em sua adoção, salvo se houver desvio dos motivos estabelecidos para a sua edição e realização. A discricionariedade tem como fonte a lei, que vai impor os limites da discricionariedade, e, assim, o juiz poder realizar um controle da legalidade até onde tem início a discricionariedade e quando tal limite for extrapolado, algo a ser feito com base no princípio da razoabilidade.

4 DISCRICIONARIEDADE DO ADMINISTRADOR PÚBLICO E DISPENSA DE LICITAÇÃO (ART. 24, INCISO II, DA LEI 8.666/93)

A licitação é regra quase que inflexível no Direito Administrativo brasileiro. O Poder Público não dispõe de ampla liberdade quando o tema é adquirir bens ou contratar serviços, dependendo de procedimento preliminar rigoroso previsto na Lei 8.666/93.

As modalidades de licitação estão previstas nos incisos do art. 22 do referido diploma legal, a saber, concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão, a serem exercidas em conformidade com limites estabelecidos no dispositivo seguinte:

> Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:
> I - para obras e serviços de engenharia:
> a) convite - até R$ 150.000,00 (cento e cinqüenta mil reais);
> b) tomada de preços - até R$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);
> c) concorrência: acima de R$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);
> II - para compras e serviços não referidos no inciso anterior:
> a) convite - até R$ 80.000,00 (oitenta mil reais);
> b) tomada de preços - até R$ 650.000,00 (seiscentos e cinqüenta mil reais);
> c) concorrência - acima de R$ 650.000,00 (seiscentos e cinqüenta mil reais).
> [...]. (BRASIL, 2019)

A mesma lei prevê, em seus arts. 24 e 25, respectivamente, casos em que o procedimento licitatório é dispensável e inexigível. A fim de delimitarmos a área de concentração do presente trabalho, vamos nos ater à dispensa de licitação, figura tratada no art. 24 da Lei 8.666/93, com ênfase em seu inciso II:

> Art. 24. É dispensável a licitação:
> [...]
> II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez;
> [...]. (BRASIL, 2019)

Reitera-se. De acordo com tal dispositivo, é dispensável a licitação para outros serviços e compras que não sejam de engenharia, de valor de 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a" do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos na Lei 8.666/93, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienações de maior vulto que possa ser realizada de uma única vez.

Uma consulta ao artigo anterior citado na Lei 8.666/93 – art. 23, inciso II, alínea "a" – em conformidade com o Decreto nº 9.412/18 (BRASIL, 2018), permite constatar que o valor para compras e serviços não incluídos no inciso I, na modalidade convite (a), é de R$ 176.000,00 (cento e setenta e seis mil reais).

Facilmente se conclui, portanto, que a Lei 8.666/93, no art. 24, II, alínea a, determina serem dispensáveis licitações para outros serviços e compras no valor de R$ 17.600,00 (dezessete mil e seiscentos reais), desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez.

Nas palavras de Marçal Justen Filho (2004, p. 155), "É dispensável a licitação em situações em que, embora viável a competição entre particulares, o procedimento afigura-se objetivamente inconveniente ao interesse público, já que evidente o desequilíbrio na relação custo/benefício, do seguinte modo: *"a) custo econômico da licitação; b) custo temporal da licitação; c) ausência de potencialidade de benefício; e d) destinação da contratação"*.

Vale destacar que a Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública, em momento algum, trata da relação temporal quando dispensa processos licitatórios. Noutras palavras, a lei não dispensa licitações nas compras de até R$ 17.600,00

(dezessete mil e seiscentos reais) em um dia, um mês ou ao longo de um ano. Ela simplesmente dispensa a realização de licitação em compras até esse valor, desde que as compras se enquadrem nas exigências legais, não sendo correta a correlação da dispensa com o fator temporal.

Parece-nos claro que o legislador, ao estipular esse valor – digamos pequeno quando se trata de administração pública – procurou conceder ao administrador público certa liberdade de agir nos casos em que pequenas despesas demandariam uma ação mais célere, evitando que a Administração Pública ficasse engessada por regras extremamente restritivas.

A título de exemplo, imaginemos um automóvel pertencente ao poder público, que sofre uma pequena avaria que, se não consertada, impede sua utilização no transporte de alunos da zona rural. O conserto custa, exemplificativamente, R$ 1.000,00 (mil reais). De acordo com a lei, o conserto desse automóvel pode ser realizado pela administração, independentemente da realização de qualquer procedimento licitatório.

Trata-se de um fato imprevisível, uma vez que ninguém pode prever um acidente ou um estrago – diferentemente de despesas relativas a troca de peças de manutenção e revisão dos veículos –, pois as despesas com reparos são imprevisíveis, muitas vezes urgentes, como no caso ventilado no qual, se o veículo não for consertado, o transporte escolar rural será interrompido. Obviamente, não seria razoável parar esse automóvel, interromper a prestação do serviço de transporte escolar, fazer um processo licitatório e, só então, consertá-lo. O tempo que levaria esse procedimento, fazendo com o transporte escolar ficasse parado, faria do processo licitatório algo contrário ao interesse público diante do valor irrisório do conserto.

Por isso, em casos assim, a lei faculta ao administrador a aquisição de bens e contratação de serviços de forma direta, ou seja, sem licitação.

A Lei 8.666/93, a partir do art. 89, trata dos crimes e das penas referentes a procedimentos licitatórios. O primeiro deles, no art. 89 mesmo, prevê a pena de detenção de três a cinco anos e multa a quem dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou inexigibilidade.

> Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:
> Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

> Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público. (BRASIL, 2019)

É majoritário o entendimento de que, para a caracterização do delito previsto no art. 89, é necessária a presença do dolo específico de causar dano ao erário público, bem como a existência de dano efetivo. Tal entendimento foi firmado a partir do julgamento da Ação Penal nº 480/MG pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, onde assim restou assentado:

> Os crimes previstos nos artigos 89 da Lei n. 8.666/1993 (dispensa de licitação mediante, no caso concreto, fracionamento da contratação) e 1º, inciso V, do Decreto-lei n. 201/1967 (pagamento realizado antes da entrega do respectivo serviço pelo particular) exigem, para que sejam tipificados, a presença do dolo específico de causar dano ao erário e da caracterização do efetivo prejuízo. Precedentes da Corte Especial e do Supremo Tribunal Federal. (BRASIL, 2012)

A partir de então, pacificou-se tal entendimento e formou-se robusta jurisprudência nesse sentido.

Sobre o tema, Marçal Justen Filho (2004, p. 611) sustenta:

> No tocante ao crime do caput, não parece viável exigir apenas o dolo genérico. Se a vontade consciente e livre de praticar a conduta descrita no tipo fosse suficiente para concretizar o crime, então teria de admitir-se modalidade culposa. Ou seja, quando a conduta descrita no dispositivo fosse concretizada em virtude de negligência, teria de haver a punição. Isso seria banalizar o direito penal e produzir criminalização de condutas que não se revestem de reprovabilidade. É imperioso, para a caracterização do crime, que o agente atue voltado a obter um outro resultado, efetivamente reprovável e grave, além da mera contratação direta.

Pode-se igualmente embasar na doutrina de Hely Lopes Meirelles (1985, p. 590) para fundamentar esta compreensão:

> Em se tratando de crime contra a Administração Municipal é sempre possível e conveniente perquirir se o agente atuou em prol do interesse público, ou para satisfazer interesse pessoal ou de terceiro. Se o procedimento do acusado, embora irregular, foi inspirado no interesse público, não há crime a punir.

É-nos lícito concluir, portanto, que a Lei 8.666/93 concedeu certa margem de liberdade de atuação aos administradores públicos no que se refere a dispensar licitações quando as hipóteses se enquadrarem nas previsões legais.

Essa liberdade dada pela Lei de Licitações permite que o administrador público imprima uma maior eficiência administrativa e econômica à sua gestão, refletindo os benefícios diretamente na população. Para utilizarmos o exemplo acima, ao consertar o veículo avariado, sem o processo licitatório, obviamente dentro das determinações legais, sem interromper o oferecimento do serviço de transporte público, num tempo menor, o administrador alcança a eficiência, princípio previsto no art. 37 da CF/88 que deve nortear a Administração Pública.

Apesar de, ao assim agir, não se utilizar inteiramente da Teoria da Escolha Pública, o administrador está, de alguma forma, tentando imprimir mais eficiência econômica à sua gestão em conformidade com a finalidade de alcançar o bem comum.

Muitos administradores públicos, notadamente Prefeitos, enfrentam problemas ao agirem dessa forma, porquanto se tornou praxe, em muitos Estados, o Ministério Público somar todas as despesas realizadas sem licitações e, se a soma ultrapassar o mínimo estipulado em Lei, ajuizar ações em desfavor do administrador, na maioria das vezes sem observar o princípio da eficiência e a finalidade de atingir o bem comum.

A própria Lei 8.666/93 dispensa a realização de licitações em determinados casos. Essa mesma lei e nenhuma outra vincula essa dispensa ao fator tempo, mas, ainda assim, as despesas estão sendo somadas e, se no período de um ano ultrapassam o valor de R$ 17.600,00 (dezessete mil e seiscentos reais), o administrador público é judicialmente acionado.

Torna-se necessária uma reflexão no referente ao fato de que a atuação do Ministério Público poder afugentar bons gestores, pessoas honestas, da função de administrador público, deixando-a apenas àqueles que nada têm a perder. A dispensa de licitação para serviços necessários ao longo de um ano não deveria ser entendida como antijurídica ante a constatação de que o valor gasto não superou em demasia o parâmetro legal fixado e de que a intenção do administrador não era a de causar prejuízo, mas a de respeitar outros princípios constitucionais e direitos fundamentais.

A realização imediata de despesas extraordinárias para o conserto de veículos públicos sem licitação não deveria ser imediatamente compreendida como antijurídica, ainda que a soma das despesas anuais venha a extrapolar o parâmetro legal para a dispensa do procedimento, porquanto o reparo é, muitas vezes, necessário para assegurar não só o direito de locomoção das pessoas, mas transporte escolar e de saúde, sem os quais restará ofendido o direito ao desenvolvimento da personalidade ou, até mesmo, a vida e a integridade dos usuários públicos. Com a devida motivação, o ato

estará plenamente justificado e a atuação do administrador deverá ser compreendida como lícita e adequada.

5 CONCLUSÃO

Sem a pretensão de esgotar o debate acerca do tema, pretendeu-se, no presente trabalho, dar uma noção acerca do que é a Teoria da Escolha Pública, com especial atenção àquele que, certamente, foi seu maior expoente, James Buchanan. Apesar das críticas que recebe, a Teoria da Escolha Pública possui pontos positivos, principalmente quanto à tentativa de aplicar uma visão mais econômica e racional às decisões no âmbito da Administração Pública.

Uma visão com viés mais econômico, com o administrador deixando de agir por interesses pessoais, sem dúvida, em muito contribuiria para acertos nas decisões públicas, visando à racionalização e à desburocratização das escolhas.

Evidentemente que, em toda escolha pública, a decisão a ser tomada pelo administrador ocorre por intermédio de atos administrativos. Por conta disso, discorremos sobre a natureza dos atos administrativos, principalmente no que se refere à sua discricionariedade, destacando-se que somente nos atos discricionários é que o administrador tem margem para executar qualquer tipo de escolha conforme a oportunidade e conveniência. Nos atos vinculados, a possibilidade de escolher praticamente não existe, o que não significa que o administrador é obrigado a agir de maneira contrária aos princípios constitucionais. Ora, se até nos atos vinculados a Administração não deve agir nas hipóteses em que pode causar prejuízos devido a ferir princípios constitucionais, muito mais nos atos discricionários, não só no que diz respeito aos critérios de oportunidade e conveniência, mas também quanto aos contornos legais que envolvem esta espécie de ato administrativo.

Ao término do presente trabalho, ressaltou-se a existência de uma certa discricionariedade concedida ao administrador público pela Lei 8.666/93, legislação bastante rígida, mas que não deve ser interpretada de maneira restrita a ponto de deixar o administrador público refém de uma margem de atuação que, ao final, venha a impedir a eficiência administrativa e uma atuação em prol do bem comum. É de amplo conhecimento que a Lei de Licitações deixa muito pouco espaço à discricionariedade do administrador público.

Com destaque para as dispensas de licitação existentes na lei, procurou-se demonstrar que, mesmo agindo de acordo com o que nela está estipulado, muitos administradores enfrentam problemas, porquanto são alvo de ações judiciais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução para o espanhol de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 13 abr. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm. Acesso em: 28 jan. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 9.412, de 18 de junho de 2018**. Atualiza os valores das modalidades de licitação de que trata o art. 23 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9412.htm. Acesso em: 13 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial), **Ação Penal n. 480/MG**. Autor: Ministério Público Federal. Ré: Adriane Barbosa de Faria. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Relator p/ Acórdão: Ministro Cesar Asfor Rocha, 29 de março de 2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1128412&num_registro=200602590900&data=20120615&formato=PDF. Acesso em: 28 jan. 2019.

BORGES, André. Democracia vs. eficiência: a teoria da escolha pública. **Lua Nova**: Revista de Cultura e Política. São Paulo, n. 53, p. 159-179, 2001. Disponível em: http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64452001000200008. Acesso em: 28 jan. 2019.

CASTILLA, Adolfo. Praxeología y catalaxia I. **Economía y futuro**. 8 enero 2011. Disponível em: https://economiayfuturo.es/praxeologia-y-catalaxia-i/. Acesso em: 13 abr. 2019.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Freitas Bastos, 1955, v. I.

DIAS, Marco Antonio. James Buchanan e a “Política” na escolha pública. **Revista Estratégica**, São Paulo, v. 9, n. 8, p. 32-45, jun. 2010. Disponível em: http://estrategica.faap.br/ojs/index.php/estrategica/article/view/15/13. Acesso em: 28 jan. 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito Administrativo Brasileiro**. 36. ed São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Ato Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. Políticas de Governo e planejamento estratégico como problema de escolha pública - I. **Revista de Administração de Empresas**. São Paulo, v. 36, n. 3, p. 32, jul./set. 1996. Disponível em: http://www.fgv.br/rae/artigos/revista-rae-vol-36-num-3-ano-1996-nid-46209/. Acesso em: 14 abr. 2019.

SOUZA, Márcia Teixeira de. James Buchanan e a construção do consenso social. **Perspectivas**: Revista de Ciências Sociais. São Paulo, v. 19, p. 11-32, 1996. Disponível em: https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/108120/ISSN1984-0241-1996-19-11-32.pdf?sequence=1. Acesso em: 13 abr. 2019.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos do Direito Público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TÁCITO, Caio. **O abuso do poder administrativo no Brasil**. Rio de Janeiro: Departamento Administrativo do Serviço Público - Instituto Brasileiro de Ciências Administrativas, 1959.