



LICITAÇÕES E CONTRATOS

(Módulo Introdutório)

CURSO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS (MÓDULO INTRODUTÓRIO)

Orientadora:

Alessandra Cristina Giroto Rodrigues, Diretora Técnica em Licitações e Contratos na Secretaria de Administração da Prefeitura de Jundiaí, com 10 anos de experiência em contratações públicas e recursos junto ao Tribunal de Contas, Especialista e Mestranda em Direito Administrativo pela PUC-SP, advogada e consultora na área de licitações e contratos, professora em cursos de licitações e contratos administrativos.

Jundiaí, 2014

Sumário

| | |
|--|-----------|
| 1. Aspectos conceituais da lei: finalidade, importância e hierarquia da lei | 4 |
| 1.1. Finalidade | 4 |
| 1.2. Importância | 4 |
| 1.3. Hierarquia da Lei | 5 |
| 2. Noções gerais da lei de licitações - Lei nº 8.666/93 | 7 |
| 3. Regimes de execução: empreitada por preço global, empreitada por preço unitário, tarefa, empreitada integral | 9 |
| 4. Tipos de licitação: menor preço; melhor técnica; técnica e preço e maior lance ou oferta | 9 |
| 5. Modalidades de licitação: concorrência; tomada de preços; convite; concurso e leilão | 13 |
| 6. Pregão | 16 |
| 6.1. Peculiaridades desta modalidade de licitação | 16 |
| 6.2. O pregão como modalidade prioritária de licitação – Obrigatoriedade? | 20 |
| 6.3. Bens e serviços comuns | 21 |
| 6.4. Objetos de Engenharia – Obras e Serviços podem ser licitados por Pregão? | 26 |
| 7. Registro de Preços | 29 |
| 7.1. Demanda aleatória | 30 |
| 7.2. Qualidade, condições e quantidades usuais de mercado | 31 |
| 7.3. Incerteza quanto à existência de recursos orçamentários | 32 |
| 7.4. Obras e serviços comuns, continuados e de engenharia | 32 |
| 7.5. Limites do SRP | 33 |
| 7.5.1. Modalidade licitatória vinculada | 33 |
| 7.5.2. Reequilíbrio econômico-financeiro | 34 |
| 7.5.3. Vigência da ata | 35 |
| 7.5.4. Verificação da compatibilidade dos preços registrados | 35 |
| 7.5.5. Indicação de prévia dotação orçamentária | 35 |
| 7.5.6. Prorrogação de prazo e acréscimo de 25% do contrato | 36 |
| 7.5.7. Critério de menor preço por item e aglutinação de bens ou serviços | 36 |
| 7.5.8. “Adesão legal” e “Carona” | 37 |
| 7.5.9. Novo Panorama Acerca do “Carona” | 38 |
| 8. Exceções à obrigatoriedade de licitação: dispensa e inexigibilidade | 39 |
| 8.1. Diferença entre licitação Dispensada, Dispensável e Inexigível | 39 |
| 8.2. Dispensabilidade de Licitação | 40 |
| 8.2.1. Apresentação de proposta com preços superiores aos do mercado nacional | 40 |
| 8.2.2. Aquisição de hortifrutigranjeiros, pão e outros gêneros perecíveis | 41 |
| 8.2.3. Aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos | 41 |
| 8.2.4. Compra ou locação de imóvel | 43 |
| 8.2.5. Dispensa por valor | 45 |
| 8.2.6. Emergência ou calamidade pública | 46 |
| 8.2.7. Fornecimentos da Administração Pública | 50 |
| 8.2.8. Imprensa oficial | 52 |
| 8.2.9. Instituição brasileira de pesquisa, ensino, apoio e outros | 53 |

| | | |
|-------------|--|-----------|
| 8.2.10. | Licitação deserta | 56 |
| 8.2.11. | Remanescente de fornecimento, obra ou serviço | 57 |
| 8.3. | Inexigibilidade de Licitação | 59 |
| 8.4. | Justificativa e Formalização de um processo de contratação direta | 59 |
| 8.4.1. | Orçamento estimado e pesquisa de Preço | 59 |
| 8.4.2. | Exame e aprovação jurídica - Prévio Exame das minutas de editais e contratos administrativos por setor jurídico | 61 |
| 8.5. | Credenciamento | 62 |
| 9. | Comissão de licitação: Prerrogativas e obrigações | 63 |
| 9.1. | Funções | 63 |
| 9.2. | Composição | 64 |
| 9.3. | Responsabilidade dos membros | 64 |
| 9.4. | Remuneração dos membros | 64 |
| 10. | Pregoeiro e Equipe de Apoio: Prerrogativas e obrigações | 65 |
| 10.1. | Características técnicas e pessoais do servidor a ser designado como pregoeiro ou membro de equipe de apoio | 66 |
| 11. | Termo de Referência e Projeto Básico | 67 |
| 11.1. | Indicação do objeto de forma precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem ou frustrem a competição ou sua realização | 68 |
| 11.2. | Justificativa da necessidade da contratação | 70 |
| 11.3. | Estimativa do custo, diante de orçamento detalhado, considerando os preços praticados no mercado | 71 |
| 11.4. | Definição dos prazos, locais e procedimentos de entrega | 73 |
| 11.5. | Cronograma físico-financeiro | 74 |
| 11.6. | Deveres do contratado e do contratante | 74 |
| 11.7. | Prestação de garantia | 75 |
| 11.8. | Procedimentos de fiscalização e gerenciamento do contrato | 76 |
| 11.9. | Sanções por inadimplemento | 77 |
| 12. | Alterações Contratuais | 78 |
| 13. | Bibliografia | 83 |

1. Aspectos conceituais da lei: finalidade, importância e hierarquia da lei

1.1. Finalidade

A Lei de licitações e Contratos Administrativos tem por finalidade, nos termos do seu artigo 3º, garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Licitação é um procedimento administrativo, ou seja, uma série de atos sucessivos e coordenados, voltada, de um lado, a atender ao interesse público, pela escolha do negócio mais vantajoso para atender a Administração Pública, e de outro, a garantir aos administrados, a oportunidade de disputar entre si a participação em contratações que as pessoas administrativas entendam realizar com os particulares.

A Constituição Federal adotou a premissa de que a realização de procedimento licitatório possibilita a melhor contratação, entendida como aquela em que se assegura a melhor vantagem possível ao interesse público, observada a igualdade de condições entre todos os interessados (princípio da isonomia). Essa é a ideia consagrada no art. 37, inc. XXI,¹ da Constituição Federal, posteriormente reafirmada no art. 3º, *caput*, da Lei nº 8.666/93.²

A expressa menção à necessidade de assegurar "igualdade de condições" aos interessados não é despropositada. Tanto a Constituição Federal quanto a Lei nº 8.666/93 fazem questão de classificar a isonomia como um dos objetivos fundamentais da licitação.

Quanto ao desenvolvimento nacional sustentável, não só a licitação deva ser tomada como um procedimento embasado em parâmetros de eficiência, eficácia e competitividade, mas também é preciso reconhecer o papel do Estado como agente responsável pelo fomento ao desenvolvimento sustentável.

Em vista disso, verifica-se o dever de a Administração estabelecer, no edital, exigências voltadas a assegurar a aquisição de bens e a contratação de serviços que atendam a critérios de sustentabilidade (aspectos ambientais e sociais).

1.2. Importância

¹ "XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações."

² "Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos"

A isonomia é um dos motivos que justifica a própria existência da regra geral que obriga a Administração a licitar, pois considera-se que, em um Estado Democrático de Direito, é necessário assegurar aos interessados igualdade de condições de contratar com a Administração.

Pode-se então dizer que a licitação possui dois objetivos principais: um sob o prisma do interesse público e outro do privado. Sob o prisma do interesse público, destina-se a possibilitar a contratação mais vantajosa para a Administração; sob o prisma do interesse privado, visa a possibilitar que todos os interessados em contratar com a Administração concorram em igualdade de condições. É somente em razão da necessidade de observar esses dois objetivos que a Constituição e a Lei determinam ser obrigatória, em regra, a realização de licitação prévia às contratações administrativas.

O princípio da igualdade constitui um dos alicerces da licitação, na medida em que visa, não apenas permitir à Administração a escolha da melhor proposta, como também assegurar igualdade de direitos a todos os interessados em contratar.

"Os nortes, portanto, desse procedimento, previsto no art. 37 (XXI) da CF, são a busca de um universo de ofertas que permita escolher aquela que melhor atenda ao interesse público, e o respeito à isonomia dos concorrentes, objetivos cuja consecução se liga a estrita observância da probidade administrativa." (MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Questões de Direito Administrativo*. Florianópolis: Editora Obra Jurídica, 1999, p. 42).

1.3. Hierarquia da Lei

A Constituição Federal, conforme explicitado nos tópicos anteriores determina em seu artigo, 37, inciso XXI, que ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública arrolando originariamente as principais condições para a sua adequação, vejamos:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

...

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Em seguida, em seu Art. 22 traz a regra de que compete privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

No uso dessa prerrogativa constitucional, a União, em 1993, editou a Lei nº 8.666, até hoje vigente com algumas alterações posteriores.

A Lei nº 8.666/93, conforme seu Art. 1º estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Normas Gerais³ são aquelas que veiculam apenas preceitos que estabelecem os princípios, os fundamentos, as diretrizes, os critérios básicos conformadores das leis, que necessariamente terão de sucedê-las para completar a regência da matéria. De acordo com Diogo de Figueiredo Moreira Neto,⁴ pode-se destacar em relação às normas gerais as seguintes características:

- 1) declaram um valor juridicamente protegido;
- 2) conformam um padrão vinculatório para a norma particularizante;
- 3) vedam o legislador e o aplicador de agirem em contrariedade ao valor nelas declarado, e, além, distintamente dos princípios;
- 4) aplicam-se concreta e diretamente às relações e situações específicas no âmbito de competência administrativa estadual (ou municipal), sempre que o Estado-membro (ou Município) não haja exercido sua competência concorrente particularizante;
- 5) aplicam-se concreta e diretamente às relações e situações específicas no âmbito de competência administrativa estadual (ou municipal), sempre que o Estado-membro (ou Município) haja exercido sua competência concorrente particularizante em contrariedade ao valor nelas declarado.

Tais normas gerais são ditadas, em âmbito nacional, pela Lei nº 8.666/93, que contém regras e princípios derivados das leis anteriores, amoldados aos sistemas da Constituição de 1988, e que vincula toda a Administração Pública direta, indireta, e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, pelos estados, pelo Distrito Federal e pelos municípios, segundo disposição expressa, no art. 1º, parágrafo único, da referida legislação.

Desse modo, fica a cargo da União ditar normas gerais, e aos estados, municípios e ao Distrito Federal, normas especiais a respeito de licitação. Apenas as normas gerais são de obrigatoria observância para as demais esferas de governo, que ficam liberadas para regular diversamente o restante, exercendo competência legislativa irreduzível para dispor acerca das normas específicas.

Não por outro motivo, vários estados e municípios da Federação editaram suas próprias leis sobre o tema, como Bahia, Sergipe, São Paulo (estado e município) e, inclusive, o Paraná, que em 2007 lançou seu próprio estatuto sob o nº 15.608.

³ Ressalta-se que há na doutrina e na jurisprudência uma enorme dificuldade no alcance de uniformidade em relação à conceituação de normas gerais e quais seus limites. Entretanto, não é tema central desse trabalho.

⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência Concorrente limitada – O problema da conceituação das normas gerais. Separata da Revista de Informação Legislativa. n. 100, ano 25, out./dez. 1988 *apud* FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de direito administrativo. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 464-466.

2. Noções gerais da lei de licitações - Lei nº 8.666/93

Para fins de entendimento de como se processam os procedimentos licitatórios e as dispensas e inexigibilidades de licitação, faz-se necessário esclarecer o sentido e significado de algumas expressões que farão parte do dia-a-dia do administrador público, e ainda, trazer à colação algumas obrigações e penalidades previstas por descumprimento, determinadas pela Lei.

A obrigação de licitar - As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas na própria Lei nº 8.666/93 ou em outras que tratam de matérias especiais.

O que será caracterizado como contrato - Considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

Vedações legais - É vedado aos agentes públicos: admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato;

- Também é vedado aos agentes públicos: estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais;

Proibição de Sigilo - A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura;

Segue abaixo os conceitos trazidos pela Lei nº 8.666/93 com algumas expressões que serão utilizadas na rotina dos agentes públicos, para fins de localização destas definições na Lei 8.666/93 vamos manter a numeração constante da própria Lei, assim, alguns incisos que foram vetados, aqui nesta apostila, simplesmente não serão mencionados, todos estes conceitos estão descritos no artigo 6º da Lei:

I - **Obra** - toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta;

II - **Serviço** - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais;

III - **Compra** - toda aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente;

IV - **Alienação** - toda transferência de domínio de bens a terceiros;

V - **Obras, serviços e compras de grande vulto** - aquelas cujo valor estimado seja superior a 25 (vinte e cinco) vezes o limite estabelecido na alínea "c" do inciso I do art. 23 desta Lei;

IX - **Projeto Básico** - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:

a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza;

b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem;

c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;

d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;

e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso;

f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados;

X - **Projeto Executivo** - o conjunto dos elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, de acordo com as normas pertinentes da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT;

XI - **Administração Pública** - a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas;

XII - **Administração** - órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente;

XIII - **Imprensa Oficial** - veículo oficial de divulgação da Administração Pública, sendo para a União o Diário Oficial da União, e, para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, o que for definido nas respectivas leis;

XIV - **Contratante** - é o órgão ou entidade signatária do instrumento contratual;

XV - **Contratado** - a pessoa física ou jurídica signatária de contrato com a Administração Pública;

XVI - **Comissão** - comissão, permanente ou especial, criada pela Administração com a função de receber, examinar e julgar todos os documentos e procedimentos relativos às licitações e ao cadastramento de licitantes.

XVII - **produtos manufaturados nacionais** - produtos manufaturados, produzidos no território nacional de acordo com o processo produtivo básico ou com as regras de origem estabelecidas pelo Poder Executivo federal;

XVIII - **serviços nacionais** - serviços prestados no País, nas condições estabelecidas pelo Poder Executivo federal; (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)

XIX - **sistemas de tecnologia de informação e comunicação estratégicos** - bens e serviços de tecnologia da informação e comunicação cuja descontinuidade provoque dano significativo à administração pública e que envolvam pelo menos um dos seguintes requisitos relacionados às informações críticas: disponibilidade, confiabilidade, segurança e confidencialidade.

VI - **Seguro-Garantia** - o seguro que garante o fiel cumprimento das obrigações assumidas por empresas em licitações e contratos;

3. Regimes de execução: empreitada por preço global, empreitada por preço unitário, tarefa, empreitada integral

Execução indireta - a que o órgão ou entidade contrata com terceiros sob qualquer dos seguintes regimes:

a) **empreitada por preço global** - quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo e total;

b) **empreitada por preço unitário** - quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas;

d) **tarefa** - quando se ajusta mão-de-obra para pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais;

e) **empreitada integral** - quando se contrata um empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para que foi contratada;

Execução direta - a que é feita pelos órgãos e entidades da Administração, pelos próprios meios.

4. Tipos de licitação: menor preço; melhor técnica; técnica e preço e maior lance ou oferta⁵

⁵ Equipe de Redação, Os Tipos de Licitação, Zênite Informação e Consultoria DOUTRINA - 637/125/JUL/2004

Um dos elementos essenciais do procedimento licitatório é o tipo adotado. Tanto é assim que a Lei nº 8.666/93 determina que o tipo de licitação conste já no preâmbulo do edital (art. 40, caput).

Por isso, é indispensável que o tipo selecionado pela Administração seja efetivamente adequado a reger o julgamento do objeto licitado.

Nessa oportunidade, serão tecidas considerações gerais sobre cada qual dos tipos de licitação existentes, bem como esclarecidas algumas dúvidas sobre o assunto.

JULGAMENTO OBJETIVO

Licitação é o procedimento administrativo destinado a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, com observância do princípio da isonomia. Para assegurar o tratamento isonômico, dentre outros princípios, a lei determina que o julgamento ocorra de forma objetiva (art. 3º, caput da Lei nº 8.666/93).

Como julgamento objetivo entende-se aquele que se realiza fundado em parâmetros concretos, precisos, previamente estipulados em função do interesse público a ser satisfeito e de acordo com o próprio ordenamento jurídico, privilegiando assim a legalidade. É o julgamento no qual não cabem subjetivismos, permitindo, assim, a efetivação da igualdade entre todas as propostas a serem julgadas.

Nessa linha, dispõe o art. 45 da Lei nº 8.666/93 que:

Art. 45 O julgamento das propostas será objetivo, devendo a comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os **tipos de licitação**, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle. (Grifamos.)

Nota-se, assim, que o tipo de licitação é um dos elementos que viabilizam o julgamento objetivo, devendo, por isso, constar expressamente no edital da licitação. O tipo adotado, além de orientar o julgamento das propostas, repercutirá no procedimento que será seguido na fase externa da licitação, já que o rito variará de acordo com o tipo que for adotado.

DISTINÇÃO ENTRE TIPO, FATOR E CRITÉRIO.

Como visto, a lei menciona que o julgamento das propostas será objetivo e realizar-se-á em conformidade com “os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos” (art. 45, caput da Lei nº 8.666/93). Nota-se, assim, que se faz uma distinção entre tipos, critérios e fatores.

a) tipos: são aqueles elencados no § 1º do art. 45: menor preço; melhor técnica; técnica e preço e maior lance ou oferta.

b) fatores: em que pese a lei não defini-los, pode-se aferir da sua sistemática que fatores são os quesitos ou variáveis que serão levados em consideração para a definição dos critérios. São exemplos de fatores: preço, prazo, durabilidade, velocidade, experiência anterior, rendimento, metodologia, recursos e materiais utilizados, etc.

c) critérios: são as formas através das quais os fatores são julgados ou sopesados.

Exemplifiquemos para melhor elucidar essa distinção:

Exemplo 1: Licitação para aquisição de materiais de escritório, na qual foi adotado o tipo menor preço. Os vários materiais foram divididos em itens, sagrando-se vencedor de cada item o licitante que ofertar o menor preço. Nessa licitação o tipo é o menor preço, o fator considerado para julgamento é o preço e o critério utilizado é o menor preço por item.

Exemplo 2: Licitação do tipo melhor técnica e preço, para contratação de um projeto de engenharia, na qual serão considerados para fins de julgamento o preço, a metodologia e os recursos utilizados. Nesse certame o tipo será o técnica e preço; os fatores considerados para fins de julgamento serão o preço, a metodologia e os recursos e os critérios serão os pesos atribuídos a cada qual desses fatores.

QUAIS SÃO OS TIPOS DE LICITAÇÃO

A Lei nº 8.666/93 indica os seguintes tipos de licitação: menor preço, técnica e preço, melhor técnica e melhor lance ou oferta (art. 45, § 1º). A Lei nº 10.520/2002, que instituiu o pregão, não trouxe qualquer inovação a esse rol, determinando a adoção do tipo menor preço nas licitações realizadas sob essa modalidade (art. 4º, inc. X). Tratemos, pois, de cada qual desses tipos.

a) Menor preço: quando o fator determinante para a escolha da proposta mais vantajosa for o preço.

b) Melhor técnica: quando há preponderância dos fatores de ordem técnica para a seleção da proposta mais vantajosa.

c) Técnica e preço: quando o preço e os fatores técnicos forem considerados em conjunto na escolha da proposta mais vantajosa;

d) Maior lance ou oferta: quando o preço ou outros fatores que resultem em benefícios forem predominantes no julgamento. O raciocínio é o oposto do tipo menor preço, já que, nesse caso, a Administração buscará o valor mais elevado ofertado ou o maior benefício.

ROL EXAUSTIVO

A relação constante do art. 45 da Lei nº 8.666/93 é exaustiva, esgotando todos os tipos de licitação admitidos. Não é possível, portanto, inovar, através da criação de um novo tipo de licitação.

Aliás, o § 5º do art. 45 dispõe expressamente que é vedada a “utilização de outros tipos de licitação não previstos neste artigo”.

TIPO MENOR PREÇO X CONTRATAÇÃO DE PRODUTOS E SERVIÇOS DE MÁ QUALIDADE

É equivocada a ideia de que as licitações realizadas sob o tipo menor preço conduzem à contratação de produtos e serviços de má qualidade.

Mesmo nas licitações realizadas sob esse tipo, a Administração tem o dever de estabelecer os requisitos que deverão ser preenchidos pelo produto ou serviço ofertado: qualidade, rendimento, produtividade, etc. Essa conclusão decorre da própria Lei de Licitações. Veja:

O art. 46, § 1º da Lei nº 8.666/93, ao definir esse tipo, prescreve que será vencedor aquele que “apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço”. Ao empregar o cognitivo e – que tem função aditiva –, o dispositivo em comento deixa claro que, para que o licitante sagre-se vencedor do certame realizado sob o tipo menor preço, além de ofertar a proposta de menor valor, terá que atender as especificações do edital, aí consideradas aquelas relativas à descrição do objeto.

Portanto, nas licitações realizadas sob o tipo menor preço, para evitar a contratação de produtos ou serviços de má qualidade, a Administração deverá se preocupar em descrever adequadamente o objeto pretendido no edital, elencando todos os requisitos técnicos relacionados com a qualidade do produto, os quais deverão ser comprovados pelo proponente. Mas saliente-se: as exigências deverão ser feitas em vista do mínimo necessário a atender o interesse público em questão, conforme deflui da interpretação do disposto no art. 37, inc. XXI da Constituição da República.

Ressalte-se que essas condições de ordem técnica a serem cumpridas pelos proponentes não poderão ser consideradas como fatores de julgamento, mas sim como condicionantes de admissibilidade da proposta. Dessa forma, se não atendida alguma das condições fixadas, a proposta deverá ser desclassificada, com base no art. 48, inc. I da Lei nº 8.666/93.

Enfim, o que se deve ter em mente é que, nas licitações realizadas sob esse tipo, a vantajosidade será alcançada através da seleção da proposta que atenda todas as exigências de qualidade estipuladas no edital e que consigne o menor preço.

MENOR PREÇO: VERIFICAÇÃO DO MENOR ÔNUS À ADMINISTRAÇÃO

Existem casos em que a Administração, além de ter que arcar com o valor consignado na proposta do licitante para executar o objeto licitado, terá outros gastos.

Isso ocorre, por exemplo, quando é contratada cooperativa. Isso porque, quando os serviços são prestados por intermédio de cooperativas, regra geral, a Administração deverá recolher à Seguridade Social 15% sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura (art. 201 do Decreto nº 3.048/99, com redação alterada pelo Decreto nº 3.265/99).

Em situações como essa, o julgamento não poderá respaldar-se tão somente no preço consignado na proposta. Nesses casos, a comissão ou o pregoeiro deverá aferir o real ônus que a contratação do licitante trará à Administração, considerando, além do preço proposto pelo licitante, o valor do encargo que terá que ser suportado quando da contratação. Vencerá aquele que apresentar a proposta que represente o menor ônus à Administração.

Assim, v.g, diante de proposta apresentada por cooperativa, para que se afira o real custo da oferta deverá ser adicionado o montante correspondente a 15% do preço ofertado pelo licitante (referente a contribuição social que terá que ser paga pela Administração contratante).

SELEÇÃO DO TIPO ADEQUADO

O legislador da Lei nº 8.666/93 somente apontou as situações em que são cabíveis os tipos melhor técnica, técnica e preço e maior lance ou oferta. Diante dessa disciplina legal, pode-se aferir que, quando o objeto licitado se enquadrar em algum desses, deverá ser adotado o tipo expressamente indicado pela lei. Caso contrário, por exclusão, deverá ser adotado o tipo menor preço. Como dito anteriormente, no pregão, obrigatoriamente deverá ser adotado o tipo menor preço (art. 4º, inc. X da Lei nº 10.520/2002).

Em regra, a adoção do tipo menor preço tem lugar quando não se faz necessária a análise aprofundada dos elementos de ordem técnica do objeto licitado, sendo suficiente que o julgamento seja respaldado tão somente no fator preço. Essa ideia decorre da própria Lei do Pregão que, ao disciplinar modalidade destinada à contratação de bens e serviços comuns, indica a adoção obrigatória do tipo menor preço.

Os tipos melhor técnica ou técnica e preço, por sua vez, terão cabimento nas licitações dos seguintes objetos:

a) “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,...” (art. 46);

b) o “fornecimento de bens e execução de obras ou prestação de serviços de grande vulto majoritariamente dependentes de tecnologia nitidamente sofisticada e de domínio restrito,...” (§ 3º do art. 46), entendendo-se de grande vulto, nos termos do que dispõe o art. 6º, inc. V, da lei, as obras, serviços e compras com valor estimado superior a 25 vezes o limite estabelecido para concorrência de obras e serviços de engenharia.

O tipo técnica e preço é cabível, ainda, para a contratação de bens e serviços de informática, de acordo com o que determina o § 4º do art. 45.

Já o tipo maior lance ou oferta é adequado às hipóteses de alienação de bens, de concessões de direito real de uso (art. 45, § 1º, inc. IV), aplicando-se, também, por analogia, às concessões e permissões de uso de bens públicos viabilizadas pela Administração.

Nota-se, assim, que a seleção do tipo de licitação decorre diretamente do objeto da licitação. A Administração, com base nas características do objeto licitado, deverá adotar o tipo indicado expressa ou implicitamente pela lei.

5. Modalidades de licitação: concorrência; tomada de preços; convite; concurso e leilão⁶

Licitação é um procedimento destinado a um fim, qual seja, a seleção de propostas em face de um contrato pretendido pela Administração. Este procedimento variará, em regra, de acordo com a natureza do negócio desejado ou do valor estimado da contratação.

Tem-se, assim, que modalidade de licitação é uma forma particular ou específica pela qual o procedimento licitatório é realizado. As modalidades de licitação apresentam características comuns entre si, bem como traços específicos que lhes dão identidade.

ESPÉCIES

Entre as modalidades elencadas pela Lei nº 8.666/93, em seu art. 22, temos:

⁶ Equipe de Redação, Os Tipos de Licitação, Zênite Informação e Consultoria DOUTRINA - 41/35/JAN/1997;

- Concorrência: "modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução do seu objeto".

- Tomada de Preços: "modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação".

- Convite: "modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas".

- Concurso: "modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores,..."

- Leilão: "modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a Administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, ..."

PREVISÃO LEGAL

A Lei de Licitações e Contratos Administrativos disciplina a matéria em seus arts. 22 e 23, especificando, além dos conceitos acima expostos, o âmbito de suas aplicações e o prazo de publicidade a ser observado na adoção de cada modalidade.

Note-se que a doutrina considera as três primeiras espécies, Concorrência, Tomada de Preços e Convite, como modalidades "comuns", em virtude de serem cabíveis, a rigor, a qualquer contratação. Já o Concurso e o Leilão são tidos como modalidades "especiais", pois destinam-se apenas a contratações específicas, à vista das peculiaridades do negócio pretendido.

CRITÉRIOS DETERMINANTES DA ESCOLHA

O critério predominante para a escolha da modalidade de licitação, entre as consideradas comuns, é o valor da contratação, isto é, o valor estimado da contratação é que determinará a adoção da Concorrência, Tomada de Preços ou Convite. É o que prevê o art. 23 da Lei nº 8.666/93, em seus incisos I e II, que faz, ainda, distinção entre obras e serviços de engenharia e compras e demais serviços. Essa distinção justifica-se em virtude do vulto das primeiras.

Mas, apesar de o valor ser o critério predominante, haverá situações em que o custo da contratação não servirá de parâmetro para a escolha da modalidade de licitação. Assim é que nas modalidades especiais, Concurso e Leilão, o que justificará a escolha será o próprio objeto da contratação, visto que essas modalidades destinam-se especificamente à seleção de trabalho técnico, científico ou artístico e a alienação de bens, respectivamente.

Ademais, a adoção da modalidade Concorrência será obrigatória, por força do disposto no § 3º do art. 23, qualquer que seja o valor, na compra, alienação de bens imóveis, incluindo-se aí a concessão de direito real de uso, bem como a concessão e a permissão de uso e a instituição do sistema de registro de preços.

VALOR ESTIMADO DA CONTRATAÇÃO: FIXAÇÃO – ERRO NA ESTIMATIVA

Ao pretender contratar, deve a Administração, inicialmente, definir claramente o seu objeto, especificando a quantidade desejada, em função do consumo ou utilização provável do produto a ser adquirido, tendo em vista sempre a sua necessidade anual, para poder, dessa forma, efetuar a estimativa do seu custo.

Essa estimativa é de suma importância, uma vez que dela decorre, em geral, a adoção da modalidade de licitação apropriada. Saliente-se que nessa estimativa deve estar computada a despesa para todo o exercício financeiro, visto que a aquisição mês a mês de um mesmo produto ou o parcelamento indevido, que não respeite o contido no § 2º do art. 23, configura burla à licitação.

É essencial, portanto, que ao efetuar sua estimativa o administrador tenha em mente o custo do objeto desejado para todo o período, sob pena de incorrer em erro, que pode ensejar a anulação do procedimento.

Assim é que se a estimativa errônea levar à adoção da modalidade Convite, por exemplo, e o valor das propostas recair em limite atribuído à Tomada de Preços, não poderá a Administração contratar, devendo anular a licitação, por vício na escolha da modalidade.

PARCELAMENTO/FRACIONAMENTO

O art. 15 da Lei nº 8.666/93 estabelece, em seu inciso IV, que as compras serão divididas em tantas parcelas quantas forem necessárias, visando a sua economicidade.

Nesse mesmo sentido, dispõe o § 1º do art. 23, explicitando que, quando viável, técnica e economicamente, deverão as obras, serviços e compras ser parceladas.

Vê-se, pois, que o parcelamento é imposto pela Lei como forma de se buscar uma proposta mais vantajosa, partindo-se da idéia de que assim, dividindo-se o objeto, maiores interessados terão oportunidade de participar do certame, o que resultará em maiores chances de obtenção de uma proposta melhor, em decorrência do aumento da competitividade.

Contudo, sempre que pretender parcelar o objeto, tem a Administração o dever de adotar a modalidade cabível ao total da contratação, isto é, pode e deve a Administração, quando isto resultar em benefícios, dividir o seu objeto e realizar mais de um procedimento licitatório com vistas à contratação, mas deverá sempre utilizar a modalidade de licitação pertinente ao custo total da contratação, sob pena de incorrer em ilegalidade.

Por outro lado, cumpre destacar que o custo total da contratação, como parâmetro de escolha da modalidade, deve ser observado quando a Administração pretender parcelar obras ou serviços.

A obrigatoriedade da observância do custo total da contratação para fins de escolha da modalidade não é exigido nos seguintes casos:

- a) quando as obras ou serviços forem de naturezas distintas;
- b) quando, apesar de serem da mesma natureza, a sua execução estiver programada para locais diversos;
- c) ou, ainda, quando o objeto, apesar de ser executado no mesmo local, comportar parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço.

SERVIÇOS CONTÍNUOS

Os serviços contínuos, entendidos como aqueles que não podem ser interrompidos sob pena de causar sérios prejuízos ao normal desempenho da máquina administrativa, por força do contido no inciso II do art. 57, podem ter seus prazos prorrogados até o limite de 60 (sessenta) meses.

Cuidado deve ter, no entanto, o administrador ao licitá-los, uma vez que não poderá nunca efetuar prorrogações que resultem em custos superiores aos relativos à modalidade de licitação adotada inicialmente.

Exemplificando, não seria lícito considerar, para efeito da escolha da modalidade de licitação, apenas o custo da contratação pelo período de 12 (doze) meses, quando já se tem intenção de prorrogá-la por períodos sucessivos, nos termos do permissivo legal (II, art. 57).

Se a Administração planeja utilizar-se da prorrogação prevista em lei, deverá, para não ferir princípios básicos da licitação, adotar a modalidade mais ampla ou então limitar as prorrogações, de modo que o custo da contratação não extrapole o limite atribuído à modalidade de licitação adotada.

POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DE UMA MODALIDADE POR OUTRA

Prevê a Lei a possibilidade de a Administração, a seu critério, adotar modalidade mais ampla, ou seja, cabendo Convite poderá utilizar Tomada de Preços, cabendo Tomada de Preços poderá adotar Concorrência, podendo, ainda, esta última ser adotada em qualquer caso, visto ser a modalidade mais ampla.

Saliente-se, entretanto, não ser possível o inverso, isto é, adotar-se Convite quando deveria ser utilizada Tomada de Preços, por exemplo. Tal fato caracterizaria burla à licitação, não sendo admitido sob hipótese alguma.

6. Pregão

6.1. Peculiaridades desta modalidade de licitação

O pregão, procedimento simplificado, foi criado para imprimir celeridade ao processo de aquisição e ampliar a competição entre os interessados no contrato, gerando forte estímulo à redução de preços.

O que diferencia o pregão é a estruturação procedimental - a inversão das fases de habilitação e julgamento, bem como a possibilidade de renovação dos lances pelos licitantes - a forma de elaboração de propostas - por escrito, verbal ou por via eletrônica - e o universo de possíveis participantes - os quais não precisam estar inscritos em cadastro.

No pregão são mitigados os requisitos de participação, fato justificável em razão da aptidão desse instrumento licitatório para aquisição, unicamente, de bens e serviços comuns. Dessa forma, a lei resguardou a aplicação do pregão aos bens e serviços comuns pois o risco de inadimplemento do contratado é reduzido.

O Pregão é uma modalidade licitatória inconfundível com aquelas constantes da Lei nº 8.666/93.

– **Lances** – Conjugação de propostas e lances em sessão pública. Possibilidade de renovação de lances por todos ou alguns dos licitantes, até chegar-se à proposta mais vantajosa. O pregão comporta propostas por escrito, mas o desenvolvimento do certame envolve a formulação de novas proposições (“lances”) sob forma verbal (ou por via eletrônica) em que se estimula a redução da proposta de preços, enquanto que nas modalidades da lei 8.666/93 o preço concorrente será apenas aquele consignado na própria proposta.

– **Inversão de Fases** – Inversão das fases de Habilitação e Julgamento. O procedimento previsto no art. 43 da Lei nº 8.666/93, prevê a análise e julgamento da habilitação em momento anterior à abertura das propostas, vejamos:

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

I - abertura dos envelopes contendo a documentação relativa à habilitação dos concorrentes, e sua apreciação;

II - devolução dos envelopes fechados aos concorrentes inabilitados, contendo as respectivas propostas, desde que não tenha havido recurso ou após sua denegação;

III - abertura dos envelopes contendo as propostas dos concorrentes habilitados, desde que transcorrido o prazo sem interposição de recurso, ou tenha havido desistência expressa, ou após o julgamento dos recursos interpostos;

IV - verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis;

V - julgamento e classificação das propostas de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital;

VI - deliberação da autoridade competente quanto à homologação e adjudicação do objeto da licitação.

§ 1º A abertura dos envelopes contendo a documentação para habilitação e as propostas será realizada sempre em ato público previamente designado, do qual se lavrará ata circunstanciada, assinada pelos licitantes presentes e pela Comissão.

§ 2º Todos os documentos e propostas serão rubricados pelos licitantes presentes e pela Comissão.

§ 3º É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.

§ 4º O disposto neste artigo aplica-se à concorrência e, no que couber, ao concurso, ao leilão, à tomada de preços e ao convite. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 5o Ultrapassada a fase de habilitação dos concorrentes (incisos I e II) e abertas as propostas (inciso III), não cabe desclassificá-los por motivo relacionado com a habilitação, salvo em razão de fatos supervenientes ou só conhecidos após o julgamento. § 6o Após a fase de habilitação, não cabe desistência de proposta, salvo por motivo justo decorrente de fato superveniente e aceito pela Comissão.

O procedimento previsto para o Pregão é diferente, logo após o credenciamento dos representantes, que declaram expressamente que cumprem os requisitos de habilitação, o Pregoeiro recebe os envelopes e abre primeiro o de proposta, nos termos do art. 4º, inciso VII, da Lei nº 10.520/02, vejamos:

Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

(...)

VII - aberta a sessão, os interessados ou seus representantes, apresentarão declaração dando ciência de que cumprem plenamente os requisitos de habilitação e entregarão os envelopes contendo a indicação do objeto e do preço oferecidos, procedendo-se à sua imediata abertura e à verificação da conformidade das propostas com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório;

(...)

XII - encerrada a etapa competitiva e ordenadas as ofertas, o pregoeiro procederá à abertura do invólucro contendo os documentos de habilitação do licitante que apresentou a melhor proposta, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital;

– **Celeridade** – O Pregão é uma modalidade procedimental simplificada e rápida. Aos operadores do pregão sempre caberá zelar para que assim o seja, a jurisprudência dos Tribunais de Contas vão neste sentido.

A sessão de julgamento é única, ao passo que nas demais modalidades poderá ser dividida em “atos”; A fase recursal também é única, nas demais há uma fase recursal para cada etapa encerrada do procedimento licitatório;

TCE – SP - TC-003044/026/10

“... importante que a análise das amostras se dê em momento posterior à escolha do vencedor da proposta comercial, seguindo com a chamada dos remanescentes, caso o eleito não atenda a contento as exigências do edital, de forma que tudo aconteça numa mesma sessão pública, isso, evidentemente, para assegurar que a contratante resolva de pronto suas demandas administrativas.”

“... De outra parte, o precedente citado pela representante tratou de corrigir edital divulgado com sistemática de avaliação de amostras juntamente os laudos dos produtos, posto que tal condição recaísse sobre todos os interessados, não se amoldado, portanto, à situação disciplinada pelo edital em exame (cf. TC-042858/026/10, Exame Prévio de Edital, sessão plenária de 02/02/11, relator eminente Conselheiro Robson Marinho).

Quanto à irrisignação voltada contra o prazo de 02 (dois) dias úteis para entrega de laudos dos produtos, entendo que se trata de medida afeta à competência discricionária do Poder Público e se mostra compatível com a celeridade da modalidade licitatória.

Recordo que recentemente o E. Plenário deste Tribunal aprovou voto que proferi no sentido de que seja possível exigir apresentação de laudo bromatológico para produtos panificados entre a adjudicação e a assinatura do contrato (cf. TC-004641/026/11, Exame Prévio de Edital, sessão de 16/02/11).”

– Termo de Referência – Diferentemente das modalidades previstas na Lei de Licitações e Contratos (nº 8.666/93), que obriga a Administração a elaborar projeto básico para a contratação de serviços e caracterizar adequadamente o objeto das compras, a Lei do Pregão obriga a Administração a justificar a necessidade de contratação e definir o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento e exige que a definição do objeto seja precisa, suficiente e clara, vedando especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição.

Ao regulamentar esta nova modalidade de licitação o poder executivo federal deu nome ao instrumento que reuniria todas estas informações, é o chamado Termo de Referência.

– Adjudicação pelo Pregoeiro – Nas modalidades tradicionais de licitação a Adjudicação do objeto ocorre logo após a homologação do procedimento pela autoridade competente, no momento em que, esta autoridade, “entrega” o objeto da licitação ao vencedor. Na sistemática do Pregão, esta atribuição é do Pregoeiro, que faz a adjudicação do objeto, imediatamente após o encerramento da sessão, caso não haja qualquer recurso, encaminhando o processo para a autoridade competente apenas para homologação, esta é a dicção do Art. 3º, inciso IV, da Lei nº 10.520/02.

JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Ministro Walton Alencar Rodrigues, ao proferir voto que impulsionou o Acórdão nº 1.547/2004 - Primeira Câmara:

“O pregão foi instituído, como modalidade licitatória, pela Medida Provisória 2.026, de 4.5.2000, convertida na Lei 10.520/2002, regulamentada pelo Decreto 3.555/2000, impondo importantes alterações na sistemática da legislação pátria.

Configura modalidade alternativa ao convite, tomada de preços e concorrência para contratação de bens e serviços comuns. Não é obrigatória, mas deve ser prioritária e é aplicável a qualquer valor estimado de contratação.

Independentemente da ausência de obrigatoriedade, o gestor deverá justificar sempre que deixar de utilizar a modalidade pregão, se, tecnicamente, havia condições para tanto. As razões são óbvias. A característica de celeridade procedimental, decorrente da inversão das fases de habilitação e da abertura das propostas de preços, é apenas a parte mais perceptível do processo. Há outras questões relevantes que recomendam, peremptoriamente, a sua adoção.

Em especial, destaco o disposto no parágrafo único do art. 4º do Regulamento da Licitação na Modalidade de Pregão, aprovado pelo Decreto 3.555/2000, in verbis: 'As normas disciplinadoras da licitação serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não comprometam o interesse da Administração, a finalidade e a segurança da contratação.'

A ampliação da disputa entre os interessados tem como consequência imediata a redução dos preços. Aliada à celeridade, a competitividade é característica significativa do pregão. A possibilidade de simplificar o procedimento licitatório, sem perda da essência da competitividade e da isonomia, deve marcar toda licitação."

Limite de Valor – Não existe limite de valor para a utilização de Pregão, o que facilita eventuais prorrogações de contratos e salva a administração quando falha o planejamento, bastando que o objeto a ser contratado tenha natureza comum;

6.2. O pregão como modalidade prioritária de licitação – Obrigatoriedade?

A administração deve dar preferência à modalidade de licitação pregão, não obstante o caráter facultativo que lhe confere a Lei nº 10.520/02. A adoção de outra opção deve ser devidamente justificada.

O Tribunal de Contas da União, em decisões mais recentes, vem-se manifestando no sentido de que a Administração deve dar preferência à modalidade pregão, não obstante o caráter facultativo que lhe confere a Lei nº 10.520/2002, e que a adoção de outra opção deve ser devidamente justificada.

Isso vem ocorrendo, em função das vantagens que esse sistema vem trazendo para o Setor Público, com a redução dos preços praticados, a simplificação dos procedimentos e a maior celeridade dos certames. Vejamos alguns precedentes:

Voto do Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa, condutor do Acórdão nº 2.094/2004 - Plenário:

"Forçoso concluir, portanto, que, apesar do uso do pregão ser uma faculdade da Administração, se no caso concreto os bens e serviços de informática forem considerados 'comuns', a nosso sentir, tudo indica que a licitação na modalidade pregão afigurar-se-á como a solução mais econômica, além de mais célere e ágil, possibilitando a obtenção de preços mais baixos."

Determinação feita pelo Tribunal à Companhia de Eletricidade do Acre, no item 9.4.2 do Acórdão nº 1.182/2004 - Plenário:

"realize procedimento licitatório na modalidade pregão sempre que os produtos e serviços de informática possuam padrões de desempenho e de qualidade objetivamente definidos pelo edital, com base em especificações usuais no mercado, conforme prevê o art. 1º, parágrafo único, da Lei 10.520/2002, haja vista a experiência que a Administração Pública vem granjeando na redução de custos e do tempo de aquisição de bens, adquiridos por intermédio daquela espécie de certame público"

Por força do artigo 1º do Decreto 5.504/05 os recursos derivados de transferências voluntárias realizadas pela União obrigam ao beneficiário (conveniente, ente público ou privado) ao regime do pregão, preferencialmente eletrônico.

Art. 1o (...):

§ 1o Nas licitações realizadas com a utilização de recursos repassados nos termos do caput, para aquisição de bens e serviços comuns, será obrigatório o emprego da modalidade pregão, nos termos da Lei no 10.520, de 17 de julho de 2002, e do regulamento previsto no Decreto no 5.450, de 31 de maio de 2005, sendo preferencial a utilização de sua forma eletrônica, de acordo com cronograma a ser definido em instrução complementar.

§ 2o A inviabilidade da utilização do pregão na forma eletrônica deverá ser devidamente justificada pelo dirigente ou autoridade competente.

6.3. Bens e serviços comuns

Consoante a Lei nº 10.520/2002, pregão é a modalidade licitatória que é utilizada para a aquisição de bens e serviços comuns. Mas o que seriam bens e serviços comuns? Seriam, conforme própria dicção legal, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais do mercado. Infelizmente, essa definição não nos oferece um campo preciso de trabalho. Atente-se, assim, que bem ou serviço comum revela-se como um conceito polissêmico, na medida em que pode ter vários significados.

Se por um lado, a aplicação da modalidade pregão aos bens e serviços comuns caracteriza-se como obrigatória e de fácil compreensão, por outro, a questão relacionada ao significado de bem e serviço comum apresenta-se, no mínimo, como complexa, seja em decorrência da própria indeterminação do Direito - que, ao contrário da pretensão iluminista de resolver todos os problemas do mundo através da simples emanção de normas gerais e abstratas reguladoras de todas as

situações concretas, revela-se como um problema real para o intérprete do Direito, seja em decorrência da multiplicidade de entendimentos, na maioria das vezes contraditórios, tomados pela administração pública, poder judiciário e tribunal de contas sobre o mesmo assunto.

Nas palavras de Joel de Menezes Niebuhr “ o Pregão deve ser utilizado para licitação de objetos simples, que não demandam especificações técnicas complexas para serem definidos”.

Em outras palavras podemos dizer que o objeto deve ser definido por meio de critérios objetivos e usuais no mercado. Ocorre que todo julgamento de propostas, independentemente da modalidade licitatória empregada, deve utilizar-se de critérios objetivos, como determina o art. 44 da Lei nº 8.666/93. A primeira parte da definição então pouco orienta, pois não pode ser considerada intrínseca ao pregão.

A segunda parte da definição também é vaga, pois não informa nem quais os critérios para considerar algo usual, nem a qual mercado se refere. Por exemplo, as especificações de um pregão para aquisição de aeronaves, que não podem ser consideradas usuais em relação ao mercado em geral, pois aeronaves não são bens negociados pela grande maioria das pessoas ou empresas, por outro lado, podem ser corriqueiras no mercado aeronáutico.

Deste modo, haverá casos de certeza positiva absoluta, certeza negativa absoluta e, por fim, casos que envolvem uma zona cinzenta de incerteza. Tornando inteligível o conceito, o professor Marçal Justen Filho nos oferece alguns parâmetros hermenêuticos: para que o bem ou o serviço seja qualificado como comum, mister que possua disponibilidade no mercado próprio, padronizado, bem como fungibilidade. Cumpre consignar que a qualidade de comum não é atributo essencial do bem ou do serviço, mas sim uma qualidade circunstancial ou externa do mesmo, de sorte que não se pode reconhecer a existência de um bem ou serviço comum pelo exame dele próprio. Deve-se, logo, examinar o mercado, para constatar se o bem ou serviço está ou não disponível; se é ou não comum.

JURISPRUDÊNCIA

“... o que caracteriza um objeto como comum é a padronização de sua configuração que é viabilizada pela ausência de necessidade especial a ser atendida e pela experiência e tradição do mercado.” (TCU. Acórdão 165/03. Plenário. Relator: Min. Benjamin Zymler. DOU 17/03/2003)

Serviços Advocatícios

É vasta a jurisprudência no sentido de que não é permitido à Administração Pública contratar por pregão serviços de advocacia. A alocação dos serviços jurídicos como “serviços comuns” conflita com o código de ética da OAB e com a própria Lei nº 8.666/93.

Em pesquisa jurisprudencial acerca do tema verificamos que as cortes de contas têm entendimentos divergentes, o Tribunal de Contas da União, quando do Julgamento do Acórdão nº 1336-20/10-Plenário, firmou posição no sentido de que se a licitação não diz respeito ao patrocínio de causas específicas com valor determinado na tabela de honorários e sim contratação de serviços por valor global, não há aviltamento do preço dos serviços advocatícios e sendo assim não infringe o Código de Ética do Advogado. Vejamos:

Representação. Pregão Eletrônico. Contratação de escritório de advocacia para prestação de serviços jurídicos. Afastamento da alegação de que o procedimento licitatório na modalidade pregão contraria disposições da Lei nº 8.906/1994, uma vez que a disputa de lances entre os licitantes interessados não causa o aviltamento do preço dos serviços advocatícios. Indeferimento de medida cautelar. Procedência parcial.

[VOTO]

2. Quanto ao mérito, a firma [Advocacia Empresarial] alega que o procedimento licitatório na modalidade pregão contraria o disposto nos arts. 31 e 33 da Lei nº 8.906/1994, uma vez que a competição entre advogados avilta o valor da contraprestação a ser pago pelos serviços prestados.

3. A esse respeito, verifico que o objeto do pregão eletrônico realizado pela Amazonas Distribuidora de Energia S.A. não diz respeito ao patrocínio de causas específicas com valor determinado na tabela de honorários, mas à contratação de serviços por valor global, que serão prestados nas áreas de direito civil e administrativo. Assim sendo, a disputa de lances entre os licitantes interessados não causa o aviltamento do preço dos serviços advocatícios e, por conseguinte, não infringe o Código de Ética do Advogado.

4. Portanto, não cabe conceder medida cautelar para suspender o certame nem determinar à empresa que modifique a modalidade de licitação para a contratação de serviços jurídicos.

(Informações AC-1336-20/10-P Sessão: 09/06/10 Grupo: II Classe: VII Relator: Ministro JOSÉ MÚCIO MONTEIRO – Fiscalização)

No mesmo sentido o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo em sede de Recurso Ordinário julgado pelo TRIBUNAL PLENO na SESSÃO de 15/07/2009 admitiu a utilização da modalidade pregão para contratação de serviços advocatícios, conforme o voto de relatoria do Conselheiro RENATO MARTINS COSTA, que abaixo transcrevemos:

“não se pode atribuir aos serviços de recuperação de créditos vencidos, mormente os de natureza tarifária, a singularidade que, em outras situações, efetivamente motiva a contratação direta de profissional cuja habilitação, currículo e notória especialização servem para afastar qualquer hipótese de escolha mediante disputa licitatória.

No caso presente, portanto, claro me parece que os serviços ajustados com os diversos escritórios são corriqueiros, consistindo em atividades e atribuições que, inclusive, até o eventual ajuizamento de demanda de cobrança sequer podem ser consideradas privativas de Advogado.

Assemelha-se tal objeto, se é que verdadeiramente não se identifica, ao chamado “contencioso de massa”, onde o conjunto de atividades conferidas ao profissional é de tal forma padronizado que a fixação dos correspondentes honorários passa pela medição dos serviços, conforme a execução de unidades determinadas.

Corroborar essa conclusão o aspecto da economicidade dos ajustes, seja porque a questão da recuperação de créditos constitui demanda constantemente premente para a SABESP, refletindo diretamente em seu fluxo de caixa, seja porque não restou evidente na instrução que os preços obtidos nos pregões, sempre condicionados ao êxito perseguido nas

demandas, tenham apontado violação aos princípios da advocacia ou mesmo implicado desvalorização dos profissionais envolvidos.

Ademais, como bem consignado no voto condutor dos julgados recorridos, também compreendo que o enfoque da ética profissional emprestado pela recorrente à matéria refoge por completo à esfera de competências desta Corte de Contas, não encontrando espaço de análise neste campo relativo ao controle exercido por esta Corte sobre os atos da Administração Pública geradores de despesa."

No entanto, como se pode observar, em um e outro caso, o objeto dos pregões refere-se ao dito "contencioso de massa".

No mais, em outros tantos julgados o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo repudiou a utilização do pregão, modalidade licitatória que, no caso, afrontaria a dignidade da advocacia, seja porque seu exercício não pode ser dissociado da figura do advogado, configurando, nessa medida, a singular subjetividade do objeto, seja porque os honorários advocatícios não poderiam ser definidos a partir de critério de menor preço, consoante se extrai dos julgamentos exarados pelo Tribunal Pleno, em sede de exame prévio de edital nos autos do TC-009.834/026/06 e do TC-000.985/026/07. Conforme segue:

EMENTA: IMPOSSIBILIDADE DE SE ALOCAR A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICO-JURIDICOS OBJETO DO CERTAME DENTRE OS SERVIÇOS COMUNS DE QUE TRATA A LEGISLAÇÃO DE REGENCIA (LEI NUMERO 10.520/020; CONFLITO DO CODIGO DE ÉTICA E DISCIPLINA DA OAB E A SISTEMATICA DO PREGÃO; IMPRECISÃO NA ESPECIFICAÇÃO DO OBJETO. REPRESENTAÇÃO PROCEDENTE.

(TC-009.834/026/06 – EXAME PRÉVIO DE EDITAL - ÓRGÃO JULGADOR: PLENO - PUBLICADO NO DOE DE 30.05.2006 - RELATOR: EDGARD CAMARGO RODRIGUES)

EMENTA: EDITAL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATICIOS. INAPLICABILIDADE DA MODALIDADE DE PREGÃO. CONFLITO COM O ESTATUTO E COM O CODIGO DE ETICA DA OAB. IMPRECISÃO NA ESPECIFICAÇÃO DO OBJETO. CORREÇÃO DETERMINADA

(TC-00985/026/07 – EXAME PRÉVIO DE EDITAL - ÓRGÃO JULGADOR: PLENO - PUBLICADO NO DOE DE 23.03.2007 - RELATOR: ROBSON MARINHO)

Não se pode deixar de trazer ao debate, por tudo isso, algumas regras especiais que regulam a profissão do advogado.

O art.34, inc. IV, do Estatuto da OAB, proíbe expressamente ao advogado angariar ou captar causas, com ou sem a intervenção de terceiros. Por sua vez, o Código de Ética da Classe, no art. 5º, finca o princípio da incompatibilidade do exercício da advocacia com procedimentos de mercantilização e, no art. 7º, veda o oferecimento de serviços profissionais que impliquem, direta ou indiretamente, inculcação ou captação de clientela.

Serviços de Engenharia

O Tribunal de Contas da União no v. Acórdão 296/2007 (que trata da contratação de serviços de engenharia por pregão) julga imprópria a adoção da modalidade pregão para a contratação de Serviços de Engenharia, que são também serviços intelectuais.

Do acórdão mencionado, retiramos uma preocupação que reside no fato de que no pregão são mitigados os requisitos de participação, vez que a aferição da qualificação do licitante só é procedida no final do certame e apenas em relação à proposta vencedora. O pressuposto é de que

os serviços são menos especializados, razão pela qual a fase de habilitação é relativamente simples. De outra forma, a Administração poderia se ver forçada a, frequentemente, desclassificar a proposta de menor preço, se não confirmada a capacidade técnica do fornecedor. Nesse contexto, a lei resguardou a aplicação do pregão aos bens e serviços comuns.

Colacionamos então o Acórdão 601/2011 também do Plenário do Tribunal de Contas da União que parece resolver em definitivo a questão; Vejamos:

ACÓRDÃO 0601/2011 – PLENÁRIO - Relator: JOSÉ JORGE - REPRESENTAÇÃO. SERVIÇOS DE ENGENHARIA. MODALIDADE LICITATÓRIA INADEQUADA. PROVIMENTO CAUTELAR. OITIVA DA REPRESENTADA. JUSTIFICATIVAS INSUFICIENTES PARA ELIDIR A IRREGULARIDADE. PROCEDÊNCIA. DETERMINAÇÕES. ANULAÇÃO DO CERTAME. ARQUIVAMENTO. 1. O pregão não deverá ser utilizado para a contratação de serviços de natureza predominantemente intelectual, assim considerados aqueles que podem apresentar diferentes metodologias, tecnologias e níveis de desempenho e qualidade, sendo necessário avaliar as vantagens e desvantagens de cada solução. 2. Se o projeto ou estudo a ser elaborado por um profissional ou empresa for similar ao que vier a ser desenvolvido por outro(a), o serviço pode ser caracterizado como comum. Caso contrário, se a similaridade dos produtos a serem entregues não puder ser assegurada, o objeto licitado não se enquadra na categoria de comum. 3. É possível a existência de soluções distintas para o objeto licitado, mas a consequência advinda da diferença entre elas não deverá ser significativa para o ente público que adota o pregão. Se, no entanto, os serviços comportarem variações de execução relevantes, a técnica a ser empregada pelos licitantes merecerá a devida pontuação no certame (Diário Oficial da União: 21/03/2011)

Verifica-se que a tipificação do objeto como comum depende, substancialmente, das características do objeto, o qual deve se revestir de especificações usuais de mercado, de forma a permitir a avaliação das propostas dos licitantes exclusivamente com base nos preços.

Destarte, o pregão mostra-se modalidade licitatória indevida em situações que sejam necessárias medidas mais cautelosas para segurança do contrato, em razão dos riscos decorrentes de inadimplência da contratada ou da incerteza sobre a caracterização do objeto.

Para corroborar essa tese, cabe transcrever o art. 46 da Lei 8.666, de 1993.

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. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994). (grifos nossos)

É nesse sentido o entendimento do Tribunal de Contas sobre a questão, consoante trecho exarado no Acórdão 1.615/2008-TCU-Plenário:

(...)

15. A aplicação do pregão aos bens e serviços incomuns representa risco à segurança contratual, pela possibilidade de conduzir a Administração à celebração de contrato com pessoa sem qualificação para cumpri-lo ou pela aceitação de proposta inexecutável.

16. Por essa razão, em situações que sejam necessárias medidas mais cautelosas para segurança do contrato, em razão dos riscos decorrentes de inadimplência da

contratada ou da incerteza sobre a caracterização do objeto, deve o gestor preferir o pregão em favor de outras modalidades licitatórias cercadas de maior rigor formal.

17. O gestor, ao classificar bens e serviços como comuns, deve se certificar de que a descrição do objeto é suficientemente clara a ponto de não suscitar dúvidas, no afã do procedimento concorrencial do pregão, acerca das especificações do objeto ofertado pelos licitantes. Ademais deverá observar a complexidade das especificações não encetará insegurança ao adimplemento contratual pelos potenciais contratados em face da inexistência da habilitação prévia.

18. Não se nega que, com o advento do Decreto nº 5.450/2005, restou, em tese, possibilitada a contratação de serviços de engenharia por meio de pregões. Contudo, não foi afastada a exigência de que sejam esses serviços enquadráveis como comuns. Até porque, tal exigência decorre expressamente do art. 1º da Lei nº 10.520/2002. (...)

Face ao exposto, conclui-se que os serviços de advocacia que não são “serviços de massa”, bem como os serviços de engenharia, constituem-se de serviços que comportam variações de execução relevantes, que os tornam incompatíveis com a definição legal de bens e serviços comuns estabelecidos pela lei, que condiciona o pregão aos objetos cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado. Além das regras especiais que regulam a profissão do advogado que trazem mais razões para não se tolerar o leilão reverso dos serviços de advogado.

Há ainda precedentes recentes em que o Tribunal se posicionou no sentido de ser o pregão modalidade de licitação inadequada para contratação de qualquer serviço incomum (Acórdão nº 1615/2008 - Plenário, por exemplo). Também há julgados que sinalizam a inadequação dessa modalidade de licitação para contratação de serviços de consultoria (Acórdão nº 492/2006 - Plenário, por exemplo).

6.4. Objetos de Engenharia – Obras e Serviços podem ser licitados por Pregão?

Obras e serviços de engenharia que não sejam comuns não devem, em hipótese alguma, ser licitados por meio de pregão.

No entanto, admite-se, ainda que excepcionalmente, obras e serviços de engenharia de natureza comum; não há razão alguma para excluir de antemão obras e serviços de engenharia da incidência da modalidade pregão. Se não vejamos:

“Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.

Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.”

Assim, o que se nota é que a balisa utilizada pelo legislador para determinar se certo objeto, pode ou não ser licitado por pregão, é a natureza do objeto, se é comum nos termos do parágrafo primeiro do artigo 1º da Lei nº 10.520/02.

Diante do quadro normativo vigente, não se propõe que obras e serviços de engenharia sejam licitados, em regra, por pregão, haja vista que a maioria delas não se compadece ao conceito de bem ou serviço comum. Todavia, há obras e serviços de engenharia comuns, que são em larga medida uniformes, pelo que nada obsta o uso do pregão em relação a elas.⁷

Dos serviços de engenharia

A Lei nº 10.520/02 não exclui previamente o uso do pregão para contratação de serviços de engenharia, determinando, tão-somente, que o objeto a ser licitado se caracterize como bem ou serviço comum; as normas regulamentares que proíbem a contratação de serviços de engenharia pelo pregão carecem de fundamento de validade, visto que não possuem embasamento na Lei nº 10.520/02.

SÚMULA 257 DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

“O uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei nº 10.520/2002”

Há tanta jurisprudência do TCU que ampara e até recomenda a contratação de serviços comuns de engenharia mediante pregão que bastaria encerrar a questão dizendo que a Administração do Tribunal, ao usar a modalidade para adjudicação dos trabalhos preliminares à construção do edifício Anexo III, andou na mais pura sintonia com o pensamento dessa Corte de Contas, manifestado nos julgamentos dos atos dos seus jurisdicionados.

O fato é que a lei que disciplina a modalidade pregão não proíbe aplicá-la a serviços comuns de engenharia. E não é porque não seja expressa em aceitar o pregão nesse propósito que se deva entendê-la como proibitiva, pois, mesmo com o conceito dado pelo parágrafo único do art. 1º da Lei nº 10.520/2002, 'serviço comum' ainda é uma expressão relativamente aberta, bastando que o serviço de engenharia, para nela se enquadrar, tenha 'padrões de desempenho e qualidade' que 'possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado'.

Ficou para o juízo administrativo categorizar o comum e o incomum, dentro desses parâmetros.

Conquanto o Decreto nº 3.555/2000 tenha estatuído que o pregão não se aplica aos serviços de engenharia, cabe ressaltar que sua base normativa era a Medida Provisória nº 2.026-3/2000, que conferia ao regulamento a incumbência de dispor sobre o elenco de serviços comuns. Porém, tal poder caiu quando a medida provisória final foi convertida na Lei nº 10.520/2002. No máximo, o rol de serviços comuns ainda presente no decreto poderia funcionar como um guia para o administrador, mas não compete ao regulamento instituir vedação não sinalizada pela lei, sobretudo por ir de encontro às nítidas vantagens proporcionadas pela modalidade pregão.

⁷ NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação Pública e Contrato Administrativo. Curitiba: Zênite, 2008. Pág. 128.

Note-se, a propósito, que o Decreto nº 5.450/2005, que regulamenta o pregão na forma eletrônica e é mais recente, visivelmente resolveu excluir a vedação da modalidade para os serviços de engenharia.

É incabível porém, a licitação na modalidade pregão para a contratação de serviços de engenharia que se revelem complexos e cujos padrões de desempenho e qualidade não possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

Em situações que sejam necessárias medidas mais cautelosas para segurança do contrato, em razão dos riscos decorrentes de inadimplência da contratada ou da incerteza sobre a caracterização do objeto, deve o gestor preterir o pregão em favor de outras modalidades licitatórias cercadas de maior rigor formal.

Não se nega que, com o advento do Decreto do Governo Federal nº 5.450/2005 (utilizado como base por estados e municípios), restou, em tese, possibilitada a contratação de serviços de engenharia por meio de pregões. Contudo, não foi afastada a exigência de que sejam esses serviços enquadráveis como comuns. Até porque, tal exigência decorre expressamente do art. 1º da Lei nº 10.520/2002.

JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. PREGÃO. SENDO BEM OU SERVIÇO COMUM, A UTILIZAÇÃO DO PREGÃO É A REGRA

[ACÓRDÃO]

9.2. determinar à Companhia Docas do Estado de São Paulo S.A, que:

9.2.1. utilize, como regra, a modalidade pregão, preferencialmente em sua forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, inclusive os de engenharia, que só poderá ser preterido quando comprovada e justificadamente for inviável sua utilização, por força do art. 1º da Lei nº 10.520/2002 e arts. 1º, 2º, § 1º, e 4º do Decreto nº 5.450/2005 (Acórdãos 2.807/2009-2ª Câmara, 2.194/2009-2ª Câmara, 2.664/2007-Plenário, 988/2008-Plenário, 631/2007-2ª Câmara, 463/2008-1ª Câmara, 2.901/2007-1ª Câmara);

[VOTO]

Os serviços contratados pela Codesp - manutenção do sistema de distribuição de energia elétrica nas áreas comuns do porto de Santos - são padronizáveis e normalmente disponíveis no mercado, conforme registrado pela Unidade Técnica.

Dessa forma, de acordo com a pacífica jurisprudência deste Tribunal, a entidade deveria ter utilizado a modalidade pregão, preferencialmente em sua forma eletrônica, para realizar a aludida contratação. Somente se admite a utilização de outras modalidades licitatórias para a contratação de bens e serviços comuns quando comprovada e justificadamente houver inviabilidade da realização de pregão.

Das Obras

Carece de amparo legal a utilização da modalidade licitatória denominada pregão objetivando a contratação de empresa para execução de obras. O Tribunal de Contas da União prolatou precedente que veda a utilização do pregão para as obras, admitindo apenas em relação aos serviços de engenharia:

Acórdão 296/2007 - Segunda Câmara – TCU

9.2. determinar à Companhia de Eletricidade do Acre - Eletroacre que se abstenha de utilizar a modalidade licitatória denominada pregão, seja presencial ou eletrônico, para a contratação de obras de engenharia, atendendo aos ditames estabelecidos pela Lei nº 10.520/2002 (art. 1º e seu parágrafo único), bem como pelos arts. 5º e 6º dos Decretos nº 3.555/2000 e 5.450/05, respectivamente;

O aclamado Professor Joel de Menezes Niebur discorda deste posicionamento, entende que tanto pode haver obra quanto serviços de engenharia comuns. Se houver obra comum, por força do artigo 1º da Lei nº 10.520/02, é cabível o pregão, na linha da argumentação bem expendida no Acórdão nº 817/2005 do Tribunal de Contas da União.⁸

Em decisão mais recente o TCU adotou um novo entendimento: Vejamos:

“...este Tribunal vem firmando entendimento, (...) de que a Lei 10.520/02 não exclui previamente a utilização da modalidade de licitação Pregão para contratação de Obras e Serviços de Engenharia, determinando, tão-somente, que o objeto a ser licitado se caracterize como bem ou serviço comum, e que as normas regulamentares que proíbem a contratação de obras e serviços de engenharia pelo Pregão carecem de fundamento de validade, visto que não possuem embasamento na Lei 10.520/02. (TCU. Acórdão 5226/08. Plenário. Rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti).

7. Registro de Preços⁹

⁸ Idem.

⁹ Alexandre Manir Figueiredo Sarquis, Rosemeire da Silva Cardoso Ramos, CONTROVÉRSIAS DO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS - TCE-SP

O Registro de Preços é um procedimento especial de licitação que se efetiva por meio de uma concorrência ou pregão, selecionando a proposta mais vantajosa, para eventual e futura contratação pela Administração, vale dizer, o ente público realiza a licitação (mais comumente se utiliza a modalidade pregão) e, ao final, edita um documento, denominado ata de registro de preços, no qual ficarão registrados, por determinado período, os preços oferecidos pelos interessados em fornecer bens e prestar serviços, que serão adquiridos ou contratados pela Administração apenas quando for conveniente.

Uma vez registrados os preços, não há obrigatoriedade de repetir o procedimento ou proceder à contratação, o que reduz a necessidade de planejamento das compras e de estoques. Da mesma forma, não é necessária a existência de dotação orçamentária, o que simplifica o processamento contábil. Além disto, existindo preços registrados em outro órgão da administração, há permissivo para que a licitação seja abreviada ou mesmo evitada. São diversas as faculdades do Sistema de Registro de Preços e o legislador expressamente o sugeriu, pedindo sua utilização “sempre que possível”.

Apesar de sua previsão na Lei nº 8.666 de 1993, o sistema encontrou utilização firme somente após o ano de 2001, quando, de fato, se formou infraestrutura propícia: a rede de computadores tornou a informação registrada disponível; a estabilidade de preços deu utilidade para o tabelamento; e o Decreto Federal 3.931/01 contornou com clareza um instituto poderoso e flexível para o procedimento de compras e contratação de serviços na Administração Pública.

Embora a Lei 8.666/93 cuide de regras gerais, é pacífica a opinião de que nem todas as suas disposições são gerais. No caso específico do SRP, a regra é específica e o Decreto que o regulamenta deve ser local.¹⁰

Consoante entendimento exarado em decisão do TCE/SP, “a utilização do sistema de registro de preços visa, primordialmente, a redução da instauração de diversas licitações para o mesmo objeto, porquanto se concentra em um único procedimento a possibilidade de realizar diversas aquisições, recorrentes e necessárias, durante certo lapso, em face de os preços permanecerem à disposição da Administração.”

Para o TCE/SP é imprescindível que: a) haja planejamento nas aquisições de bens e serviços pretendidos pela administração pública; b) a escolha da modalidade licitatória seja pautada em critérios que assegurem a adoção mais adequada à satisfação do interesse público envolvido; e c) não se admita o uso do SRP em casos que demandem a rápida transmissão do objeto desejado, mas, apenas nas licitações de bens e prestação de serviços para eventuais e futuras contratações.

Uma clara vantagem do SRP pode ser reconhecida na otimização do controle do estoque, sem perda de produtos em função da validade ou condições de armazenamento,

fatores que contribuem sobremaneira para mitigar o desperdício, possibilitando ao gestor público a alocação de recursos em necessidades mais urgentes.

7.1. Demanda aleatória

¹⁰ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Comentários à lei de licitações e contratos da administração pública. 7ª edição. Ed. Renovar, 2007. p. 192.

O princípio da anualidade informa a contabilidade pública e a sua prestação de contas. O consumo de qualquer bem ou serviço, no entanto, está submetido à incerteza. Alguns serviços, por sua própria natureza ou forma de consumo, estão mais sujeitos à previsibilidade. Para exemplificar tal situação, citamos o consumo de energia elétrica auferido em um edifício público de um mês para o outro, que pode apresentar variações tão pequenas quanto 2%.

Em situação diversa, encontrar-se-ia um pequeno hospital com um contrato de remoção aérea de pacientes levados a tratamento intensivo: o serviço poderia ser utilizado uma única vez no espaço de um ano para, no ano seguinte, ser utilizado duas, três, ou mesmo nenhuma vez, em uma variação muitas vezes superior a 100%.

A Lei 8.666/93 consentiu variações de 25% como normais em contratos administrativos, aceitando até 50% no caso de reformas. Nesta magnitude, certamente, a demanda não é tida por aleatória¹¹. No entanto, variações esperadas acima dessas podem, ou não, ser assim consideradas.

Dito isso, tem-se como surpreendente apenas a demanda que, além de imprevisível, exija satisfação imediata ou breve, pois se ela pode aguardar a solução de um torneio licitatório regular, então este deve ser o caminho a ser escolhido.

De igual maneira, deve restar claro que os métodos de previsão usuais na administração não socorreriam o administrador a se antecipar. Por exemplo, não poderia se declarar surpreso o administrador levado a adquirir nova ambulância por exaustão da vida útil da anterior. Bens e serviços cuja demanda seja aleatória são patentes candidatos a serem licitados com a utilização do SRP.

Dito isso, tem-se como surpreendente apenas a demanda que, além de imprevisível, exija satisfação imediata ou breve, pois se ela pode aguardar a solução de um torneio licitatório regular, então este deve ser o caminho a ser escolhido.

7.2. Qualidade, condições e quantidades usuais de mercado

O SRP causará a lavra de uma ata na qual os objetos serão ladeados por preços, basicamente. Algumas condições, tais como frete, seguro, apresentação, impostos, local e horário de entrega, quantidades mínimas e máximas dos lotes, ou outras indispensáveis para o fornecimento pretendido, poderão ser criteriosamente lançadas por ocasião de eventual ajuste. Nada impede que seja celebrado contrato administrativo quando da efetivação do pedido, desde que sua minuta conste do instrumento convocatório do certame.

É essencial, entretanto, que a qualidade do produto, as condições e quantidades almejadas sejam usuais no mercado, de forma a constituir transação rotineira para os fornecedores envolvidos. A contratação não poderá, por exemplo, implicar em mobilização e desmobilização relevantes.

Um mesmo objeto poderá ter a licitação para seu provimento sugerida pelo SRP ou não, a se considerar diferentes quantidades, qualidades ou condições. Pode-se registrar o preço da resma de papel A4 em uma entidade, enquanto, em outra, o SRP pode estar desaconselhado, notadamente, quando o certame visa precipuamente a impressão de periódicos e necessita do objeto em lotes, condições de entrega, de apresentação ou de qualidade diferentes dos usualmente encontrados no mercado.

¹¹ O sentido de “aleatório” utilizado aqui não é o mesmo da ciência estatística, pois nela uma variável sujeita a qualquer nível de incerteza é aleatória, ao passo que neste artigo classificamos como aleatória a variável que apresentar incerteza superior à razoável.

Em suma, a pergunta a se fazer é a seguinte: o mercado possibilita, nas quantidades, condições e qualidades solicitadas, que o objeto pretendido se amolde a contratações individuais e autônomas por um determinado preço? Se sim, o SRP pode ser uma opção desejável. Evidentemente, é imperativo que o fornecimento se dê em unidades, afastando, portanto, qualquer característica subjetiva de avaliação, tal como ANS¹², BDI¹³, bônus de performance ou outros que caracterizem a inviabilidade do tabelamento de preços.

7.3. Incerteza quanto à existência de recursos orçamentários

Não é aleatória, como no sentido colocado acima, a demanda cuja incerteza esteja na capacidade de se pagar pelos bens ou serviços, ou mesmo quanto à existência de recursos financeiros.

A bem da verdade, esse exemplo constitui outro caso em que o SRP pode ser proveitoso. Municípios compelidos ao contingenciamento de suas transferências e convênios, certamente, podem experimentar esta incerteza.

Portanto, é útil a escolha do SRP em tal circunstância, mas, cumulativamente a esta duvidosa provisão, devem estar presentes outros requisitos indispensáveis ao uso do instituto, como os já mencionados anteriormente.

7.4. Obras e serviços comuns, continuados e de engenharia

O caráter de imprevisibilidade emprestado ao SRP evidencia que a regra geral,¹⁴ instituída pela Lei 8.666/93, está direcionada às compras. Desta forma, a jurisprudência do TCE/SP, por interpretação extensiva e sistemática, reconhece a utilização do instituto para serviços somente nos casos em que não se apresente a demanda por execução continuada ou a complexidade geralmente atribuída às contratações de engenharia.

Nesses moldes, o SRP se torna aceito somente para serviços de pequenos reparos e de pouca monta, desde que caracterizados pela condição de imprevisíveis, mas passíveis de mensuração. Atividades de fácil manejo e execução, não destacadas pelas especificidades das obras e serviços de engenharia.¹⁵

É certo que a adoção do SRP para serviços de engenharia já contou com o visto do TCE/SP, notadamente nas situações onde se verificou tanto a ausência de complexidade do objeto, quanto a existência de padrões para o desempenho exigido na execução contratual¹⁶, não se admitindo, contudo, a eleição desse instituto para a prestação de serviços semelhantes aos de manutenção e conservação do sistema viário, pontes, viadutos, implantação e operacionalização de

¹² Acordo de Nível de Serviço, ou ANS, é pacto acessório ao contrato administrativo que especifica níveis de bonificação ou penalidades a serem aplicadas de acordo com a avaliação dada ao objeto executado.

¹³ Bonificações e Despesas Indiretas, ou BDI, representa o rateio dos custos não inclusos nas composições de custos unitários diretos ou corresponde ao rateio dos custos indiretos e do lucro aplicado ao custo direto. Geralmente é apresentado sob a forma de percentual, e sua composição, que contempla impostos diretos, margem de lucro e taxa de administração.

¹⁴ Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

[...]

II - ser processadas através de sistema de registro de preços; (Lei 8.666/93)

¹⁵ TC-033635/026/11 – CONSELHEIRO ANTONIO ROQUE CITADINI – TRIBUNAL PLENO – SESSÃO DE 09/11/2011.

¹⁶ TC-000299/001/09 - CONSELHEIRO FULVIO JULIÃO BIAZZI - TRIBUNAL PLENO - SESSÃO DE 29/04/2009.

“sistema de gestão e fiscalização de trânsito” e outros mais que demandem a elaboração de projeto básico e orçamento detalhado.¹⁷

No mesmo sentido, os entendimentos do TCE/SP caminham para a inviabilidade de adoção do SRP quando o objeto pretendido recai sobre a consecução de serviços a serem prestados continuamente à população, como se percebe nos casos de conservação e higiene de escolas, hospitais, ou asseio e manutenção de logradouros públicos, onde não há como conceber que a manutenção de adequadas condições de limpeza esteja submetida a regime que se caracteriza pela eventualidade, pela impossibilidade de mensuração objetiva dos quantitativos e pela não obrigatoriedade da contratação.¹⁸

Ressalte-se ainda que o TCE/SP considera também inadequada a escolha do SRP para contratação de empresas especializadas em eventos, especialmente, quando os editais de licitação especificam os serviços pretendidos de forma pormenorizada, não deixando qualquer margem de incerteza no tocante aos quantitativos exigidos e as datas programadas para a realização dos festejos.¹⁹

7.5. Limites do SRP

Apesar de geralmente conferir vantagens aos procedimentos administrativos para aquisição de bens e serviços, o SRP tem suas limitações.

7.5.1. Modalidade licitatória vinculada

No SRP, o certame licitatório deverá ser processado nas modalidades concorrência ou pregão²⁰, ambas no tipo “menor preço”. Todavia, excepcionalmente, poderá ser adotada a concorrência do tipo “técnica e preço”, a critério do órgão gerenciador do registro de preços e mediante despacho devidamente fundamentado pela autoridade máxima do órgão licitante.

No âmbito Federal, a divulgação de pregão realizado para o sistema de registro de preços, independentemente do valor estimado, será feita também em jornal de grande circulação nacional ou regional²¹. Na esfera estadual, entretanto, as regras são as da Lei do pregão, que estão vinculadas apenas ao valor total a ser registrado.

¹⁷ TC-019250/026/05 E TC-019267/026/05 - CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES - TRIBUNAL PLENO - SESSÃO DE 03/08/2005; TC-003367/003/07 - CONSELHEIRO ROBSON MARINHO - SEGUNDA CÂMARA - SESSÃO DE 05/05/2009; TC-028973/026/09 - CONSELHEIRO ANTONIO ROQUE CITADINI - TRIBUNAL PLENO - SESSÃO DE 30/09/2009; TC-034912/026/09 - CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA - TRIBUNAL PLENO - SESSÃO DE 11/11/2009; TC-032915/026/11 - CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES - TRIBUNAL PLENO - SESSÃO DE 09/11/2011.

¹⁸ TC-000966/001/09 - CONSELHEIRO EDUARDO BITTENCOURT CARVALHO - TRIBUNAL PLENO - SESSÃO DE 21/10/09.

¹⁹ TC-001296/007/10 - CONSELHEIRO FULVIO JULIANO BIAZZI - TRIBUNAL PLENO - SESSÃO DE 10/02/2010.

²⁰ Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão: [...] § 3o O sistema de registro de preços será regulamentado por decreto, atendidas as peculiaridades regionais, observadas as seguintes condições: I - seleção feita mediante concorrência; (Lei 8.666/93); Art. 11. As compras e contratações de bens e serviços comuns, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, quando efetuadas pelo sistema de registro de preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, poderão adotar a modalidade de pregão, conforme regulamento específico. (Lei 10.520/02)

²¹ Brasil. Tribunal de Contas da União. Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU. 4ª Edição. Secretaria Especial de Editoração e Publicações. fl.282

Cabe observar que, na esfera Federal, o critério de julgamento também pode se encontrar vinculado. Embora o “menor preço” seja a regra (art. 46 da Lei 8.666/93), o Decreto Federal 3.931/01 (§1º do art. 3º) permitiu expressamente o tipo “técnica e preço” em licitações do SRP.

No entanto, esta permissão não foi recepcionada no regulamento paulista. Inclusive, o TCE/SP já determinou a anulação de concorrência para constituição de ARP por entender inaplicável o julgamento por “técnica e preço”²², mesmo sendo o objeto serviço de informática, para o qual a lei pede expressamente a utilização do referido critério²³.

7.5.2. Reequilíbrio econômico-financeiro

Os contratos somente têm sentido quando fazem Lei entre as partes. Esta justiça contratual, conhecida como *pacta sunt servanda*, é relativizada em contratos de trato sucessivo ou execução diferida, pois implícita está a cláusula *rebus sic stantibus*, ou seja, a convenção não permanece caso se alterem as condições originais.

Desta forma, a comutatividade do Contrato é direito subjetivo do contratado, mas está sujeita, por supremacia do interesse público, no caso de contratos administrativos, ao regime de direito público.

Na hipótese de contratos decorrentes do SRP essa condição se faz mais pronunciada, mesmo porque se assume que os objetos licitados pelo Sistema tenham preços estáveis, reduzindo a chamada “álea ordinária”.

Álea é risco e, por ordinário, deseja-se falar daquilo que é previsível. Nos contratos administrativos, corrige-se a avença original por flutuações previsíveis dos preços dos insumos somente após o lapso de um ano, por força do que dispõe a Lei do Plano Real²⁴. Por outro lado, a chamada álea extraordinária é a possibilidade de ocorrência de fatos imprevisíveis ou, se previsíveis, de consequências indetermináveis que alterem severamente a simetria da relação contratual como originalmente avençada (art. 65, inciso II, alínea “d” da Lei 8.666/93).

Como a validade da ata é restrita a um ano²⁵, a compreensão existente no TCE/SP é de que não cabe a repactuação da avença. Afasta-se, com isto, a reforma do valor por álea ordinária em caso de Registro de Preços. Entretanto, será aceita a alteração dos preços registrados na eventualidade da álea extraordinária, desde que uma das partes contratantes esteja submetida a onerosidade excessiva da prestação, em patente desequilíbrio contratual²⁶.

²² TC-012883/026/08 - CONSELHEIRO CLÁUDIO FERRAZ DE ALVARENGA - TRIBUNAL PLENO - SESSÃO DE 03/12/2008

²³ Art. 45. [...]

²⁴ § 4º Para contratação de bens e serviços de informática, a administração observará o disposto no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991, levando em conta os fatores especificados em seu parágrafo 2º e adotando obrigatoriamente o tipo de licitação “técnica e preço”, permitido o emprego de outro tipo de licitação nos casos indicados em decreto do Poder Executivo.

²⁵ Art. 28. Nos contratos celebrados ou convertidos em REAL com cláusula de correção monetária por índices de preço ou por índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, a periodicidade de aplicação dessas cláusulas será anual.

²⁶ § 1º É nula de pleno direito e não surtirá nenhum efeito cláusula de correção monetária cuja periodicidade seja inferior a um ano. (Lei 9.069/95)

²⁷ Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão: [...] § 3º O sistema de registro de preços será regulamentado por decreto, atendidas as peculiaridades regionais, observadas as seguintes condições: [...] III - validade do registro não superior a um ano. Lei 8.666/93.

²⁸ TC-001432/010/07 - CONSELHEIRO EDUARDO BITTENCOURT CARVALHO – TRIBUNAL PLENO - SESSÃO DE 09/11/2011.

7.5.3. Vigência da ata

Por expressa determinação legal, o prazo de validade da ata, como já dito antes, não poderá ultrapassar o período de um ano, computadas neste as eventuais prorrogações decorrentes de ata inicialmente firmada por tempo inferior. Logo, estabelecer a sua vigência para além dos doze meses é procedimento que fere o princípio da legalidade, decorrendo disso que até a simples previsão editalícia de prorrogar a vigência da ARP é, atualmente, aspecto em flagrante descompasso com a jurisprudência do TCE/SP²⁷.

Ressalte-se, entretanto, que até fevereiro de 2010²⁸, o TCE/SP adotou posições mais condescendentes, relevando tal irregularidade nos casos em que fora devidamente comprovada a economicidade do ajuste, assim como demonstradas as cautelas administrativas que asseguravam: a) o desempenho satisfatório da contratada na execução do objeto licitado; b) o compromisso da empresa em fornecer os produtos pelos preços fixados na ARP; e c) a pesquisa prévia atestando que os valores pactuados encontravam-se abaixo dos praticados no mercado, elementos que, por vezes, permitiram considerar a natureza singular dos casos analisados para excepcionar a regra geral aplicável²⁹.

7.5.4. Verificação da compatibilidade dos preços registrados

Muito embora os preços registrados sejam supostamente estáveis, que apenas a álea extraordinária possa ser arguida para a alteração, e de resultarem de regular certame licitatório, os mesmos devem ser verificados na oportunidade da efetiva contratação, por meio de pesquisa, para se aferir a compatibilidade com os valores praticados no mercado. A validade da pesquisa é trimestral e deve ser assim mantida nos casos de Registros demandados com frequência.

7.5.5. Indicação de prévia dotação orçamentária

A jurisprudência do TCE/SP dispensa a documentação de existência de créditos orçamentários para realização de certame licitatório do SRP, pois o sistema não obriga a administração a firmar os contratos decorrentes da ata. Esta circunstância permite que o bloqueio preceda somente o efetivo pedido de compra ou autorização de fornecimento.³⁰

Dessa forma, o permissivo simplifica a realização do procedimento licitatório, mas dificulta o controle administrativo, uma vez que, para a realização do pedido, há que se promover a pesquisa de preços de mercado, o bloqueio de recursos orçamentários e a celebração de contrato ou ordem de fornecimento, com nota de empenho individualizada.

²⁷ TC-038240/026/08 E TC-037165/026/08 - CONSELHEIRO CLAUDIO FERRAZ DE ALVARENGA - TRIBUNAL PLENO - SESSÃO DE 03/12/2008 E 17/12/08; TC-002307/003/07 - SUBSTITUTA DE CONSELHEIRO MARIA REGINA PASQUALE - PRIMEIRA CÂMARA - SESSÃO DE 31/08/2010.

²⁸ TC-044523/026/09 - SUBSTITUTO DE CONSELHEIRO SÉRGIO CIQUERA ROSSI - TRIBUNAL PLENO - SESSÃO DE 03/02/2010 - NOTAS TAQUIGRÁFICAS.

²⁹ TC-007166/026/09 - SUBSTITUTO DE CONSELHEIRO OLAVO SILVA JUNIOR - SEGUNDA CÂMARA - SESSÃO DE 26/05/2009; TC-037967/026/08 - CONSELHEIRO ROBSON MARINHO - SEGUNDA CÂMARA - SESSÃO DE 02/02/2010.

³⁰ TC-010019/026/07 - CONSELHEIRO FULVIO JULIÃO BIAZZI - TRIBUNAL PLENO - SESSÃO DE 28/03/2007; TC-042913/026/06 - CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA - SEGUNDA CÂMARA - SESSÃO DE 31/03/2009.

7.5.6. Prorrogação de prazo e acréscimo de 25% do contrato

A Nota de Empenho não é o único instrumento disponível para formalizar uma ordem de fornecimento processada pelo SRP. A administração pode também celebrar contratos, especialmente se condicionados à forma parcelada de entrega ou resultarem em obrigações futuras.

Neste caso, há julgados do TCE/SP que consideraram tanto a prorrogação de prazo quanto o acréscimo dos quantitativos originalmente pactuados, como regras inerentes a qualquer contrato administrativo, ante o juízo de que as alterações promovidas atendiam às normais legais incidentes³¹.

Todavia, evoluindo na apreciação de contratos de fornecimento originados de ARP, o TCE/SP passou a considerar irregular a alteração porventura havida nos contratos provenientes do SRP, fazendo constar em sua jurisprudência que “Há de prevalecer o entendimento de que, formado o registro e subscrita a ata correspondente, qualquer fornecimento dela decorrente somente pode ocorrer nos exatos limites temporais da validade dos preços registrados, não cabendo, com isso, admitir-se qualquer hipótese de revisão de preços ou prorrogação de vigência, tanto da ata, como dos contratos dela decorrentes.

Qualquer disposição diversa implica no desvirtuamento do instituto que, por excelência, “serve para conferir às compras de bens e serviços necessários à Administração dinâmica de fornecimento pontual contra o respectivo pagamento”.³²

7.5.7. Critério de menor preço por item e aglutinação de bens ou serviços

A adoção do tipo menor preço por lote para aquisição de bens não encontra óbices legais, nem tampouco reprovação sumária no TCE/SP, eis que pode favorecer a administração tanto no que diz respeito à condução do certame, quanto ao gerenciamento dos contratos subsequentes.

Assim, em casos pontuais e quando devidamente justificados os aspectos técnicos, econômicos e logísticos que envolvem o objeto da licitação, o TCE/SP, mesmo no SRP, tem aceitado a eventual aglutinação de itens, importando também que o procedimento vise à garantia de maior competitividade nos certames e maior economia aos cofres públicos.

É de se observar, entretanto, que a ausência de critério na aglutinação do objeto pode, eventualmente, revelar-se prejudicial à competitividade e à economicidade almejada, pois tanto alija da disputa o licitante incapaz de fornecer todos os itens que compõem o lote, quanto embaraça a busca da Administração pela oferta de menor preço. Contudo, a aglutinação de bens ou serviços que não guardem perfeita relação entre si, pode ser resolvida com a admissão de empresas reunidas em consórcio.³³

³¹ TC-028396/026/07 - SUBSTITUTO DE CONSELHEIRO CARLOS ALBERTO DE CAMPOS - SEGUNDA CÂMARA - SESSÃO DE 09/09/2008; TC-000726/026/07 E 016910/026/07 - CONSELHEIRO CLAUDIO FERRAZ DE ALVARENGA - PRIMEIRA CÂMARA - SESSÃO DE 17/03/09.

³² TC-009656/026/11; TC-010285/026/11; e TC-010286/026/11 – CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA – TRIBUNAL PLENO – SESSÃO DE 13/04/2011.

³³ TC-004072/026/10 – CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA – TRIBUNAL PLENO – SESSÃO DE 03/02/2010; TC-000064/001/10 e TC-000088/001/10 – CONSELHEIRO CLAUDIO FERRAZ DE ALVARENGA – TRIBUNAL PLENO – SESSÃO DE 24/03/2010; TC-044225/026/10 – CONSELHEIRO ROBSON MARINHO – TRIBUNAL PLENO – SESSÃO DE 02/02/2011; TC-009295/026/11 e TC-000128/012/11 – CONSELHEIRO EDUARDO BITTENCOURT CARVALHO – TRIBUNAL PLENO – SESSÃO DE 23/03/2011.

7.5.8. “Adesão legal” e “Carona”

Como já dito, o certame licitatório destinado ao registro de preços deverá observar as normas gerais da Lei 8.666/93, como também da Lei 10.520/02, quando a modalidade eleita for o pregão, pautando-se, ainda, em decreto que regulamente o SRP na esfera de governo em que o órgão ou entidade estiver inserida.

Quanto à operacionalização do SRP, o Decreto Federal nº 3.931/01 (atualizado pelo Decreto Nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013) preconiza o “órgão gerenciador”, responsável pela licitação que antecede o registro de preços e pelo gerenciamento da ata dele decorrente, bem como institui o “participante”, órgão ou entidade que toma parte nos procedimentos iniciais do SRP e integra a ARP, situação entendida como “adesão legal”³⁴, e prevendo, ainda, a existência de um terceiro, conhecido como “carona”³⁵, que poderá se utilizar da ARP depois de terminado o processo, ou seja, sem que tenha participado da elaboração ou condução do certame licitatório.

O “carona”, embora inserido formalmente no ordenamento paulista por meio do Decreto Estadual 51.908/07, tem sido proibido nos julgados do TCE/SP³⁶, ante o juízo de que essa figura, na forma como instituída nos Decretos Federal e Estadual, burla preceito da Constituição Republicana de 1988, por afrontar os princípios da competição e da igualdade de condições entre os licitantes.

Isso porque, a utilização do “carona” possibilita a cada órgão que aderir à ARP, individualmente, contratar até 100% dos quantitativos nela registrados, situação que confere ganho imensurável ao licitante vencedor, pois as quantidades adquiridas por entidades que não participam do certame não são computadas para fins de exaurimento dos limites do registro de preços.

Nesse sentido, a interpretação do TCE/SP se harmoniza com o decidido pelo Tribunal de Contas da União no Acórdão 1487/2007³⁷, onde restou demonstrado “que a contratação adicional, não prevista originalmente, é potencialmente danosa aos cofres públicos. Daí se segue que a sua adoção envolve a assunção do administrador público do risco de produzir uma contratação equivocada. A comprovação de que a prática da “carona” produziu enriquecimento injusto e indevido para o fornecedor privado deve conduzir à severa responsabilização dos agentes estatais que a adotaram”.

De forma diversa, a “adesão legal” é procedimento destinado a reunir num único certame todos os órgãos que manifestarem interesse em adquirir bens e serviços que serão licitados, antes da publicação do edital, daí as expressões “órgão gestor” e “participante”, situação prevista no artigo 6º do Decreto 47.945/03 e aceita pelo TCE/SP, desde que os participantes não sejam estranhos à esfera de governo que promove a disputa pelos preços.

A condição imposta pelo TCE/SP para reconhecer a “adesão legal” conduz ao seguinte raciocínio: a se aceitar que esferas diferentes utilizem suas atas reciprocamente, possibilitar-se-ia que entes jurisdicionados por Tribunais de Contas distintos acatassem integralmente os atos praticados em seus ritos licitatórios, o que não se faz desejável, pois, como visto, o regulamento do Registro de Preços é, necessariamente, local.

³⁴ Regrado pelo art. 3º, § 3º do Decreto Federal 3.931/01 e pelo artigo 6º do Decreto Estadual 47.945/03.

³⁵ Regrado pelo art. 8º do Decreto Federal 3.931/01 e pelo artigo 15A do Decreto Estadual 47.945/03.

³⁶ TC-038240/026/08 e TC-037165/026/08 - CONSELHEIRO CLAUDIO FERRAZ DE ALVARENGA - TRIBUNAL PLENO - SESSÃO DE 03/12/2008 E 17/12/08.

³⁷ Acórdão nº 1.487/2007, Plenário, rel. Min. Valmir Campelo.

Nesse sentido, a interpretação do TCE/SP se harmoniza com o decidido pelo Tribunal de Contas da União no Acórdão 1487/2007, onde restou demonstrado “que a contratação adicional, não prevista originalmente, é potencialmente danosa aos cofres públicos. Daí se segue que a sua adoção envolve a assunção do administrador público do risco de produzir uma contratação equivocada. A comprovação de que a prática da “carona” produziu enriquecimento injusto e indevido para o fornecedor privado deve conduzir à severa responsabilização dos agentes estatais que a adotaram”.

Por tudo isso, temos que o sistema do “carona” não deve ser utilizado, considerando os óbices legais e constitucionais que permeiam a matéria e, bem assim, a jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo contrária à aplicação do instituto.

7.5.9. Novo Panorama Acerca do “Carona”

O legislador editou, recentemente, a Lei Federal nº 12.816 de 05 de junho de 2013, regramento que, tratando de diversas questões da área da educação, acabou prevendo a adesão às atas de registro de preços do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE³⁸).

A novidade, insere no artigo 6º da mencionada Lei nº 12.816/2013, assim dispõe:

“Art. 6º Os registros de preços realizados pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação poderão ser utilizados pelos Estados, Distrito Federal e Municípios para aquisição de bens e contratação dos serviços necessários à execução das ações e projetos educacionais, inclusive quando empregados recursos próprios.”

Em linhas gerais, a partir da edição da lei, os registros de preços realizados pelo FNDE poderão ser utilizados pelos Estados, Distrito Federal e Municípios para a aquisição de bens e contratação dos serviços necessários à execução das ações e projetos educacionais.

Ressalte-se que, em verdade, no passado já havia sido adotada solução semelhante à examinada por ocasião da Lei Federal nº 10.191/2001³⁹. Verifica-se que contém dispositivo que, analogamente, prevê a figura do “carona”, porém destinado à aquisição de produtos visando a implementação de ações no âmbito do Ministério da Saúde.

Se antes um dos maiores entraves à utilização do instituto do “carona” era a ausência de previsão legal, agora, com o advento da lei em comento, a crítica não mais subsiste quando se refira, especificamente, a adesões às atas de registro de preços do FNDE.

³⁸ O Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) é uma autarquia federal criada pela Lei nº 5.537, de 21 de novembro de 1968, e alterada pelo Decreto-Lei nº 872, de 15 de setembro de 1969, responsável pela execução de políticas educacionais do Ministério da Educação (MEC). – Fonte: www.fnde.gov.br/fnde/institucional - Consulta em 22/07/13

³⁹ Art. 2º O Ministério da Saúde e os respectivos órgãos vinculados poderão utilizar reciprocamente os sistemas de registro de preços para compras de materiais hospitalares, inseticidas, drogas, vacinas, insumos farmacêuticos, medicamentos e outros insumos estratégicos, desde que prevista tal possibilidade no edital de licitação do registro de preços.

§ 1º Os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, bem como as respectivas autarquias, fundações e demais órgãos vinculados, também poderão utilizar-se dos registros de preços de que trata o caput, desde que expressamente prevista esta possibilidade no edital de licitação (g.n.)

Há de se destacar que a benesse refere-se tão somente às atas do FNDE, para objetos deveras específicos, quais sejam aquisições de bens e contratações de serviços derivadas de atas daquela autarquia federal.

8. Exceções à obrigatoriedade de licitação: dispensa e inexigibilidade

8.1. Diferença entre licitação Dispensada, Dispensável e Inexigível

A exigência de realização de procedimento licitatório como providência preliminar à celebração de contratos pela Administração Pública tem sólidos fundamentos constitucionais. Entretanto, embora a exigência de licitação seja a regra geral, é certo que tal regra não é absoluta, comportando exceções que são disciplinadas pela legislação ordinária.

Embora se tenha a licitação como regra geral a preceder as contratações em que a Administração figure na posição de contratante, o legislador excepcionou hipóteses nas quais as referidas contratações podem, em situações especiais, ser levadas a efeito sem o devido procedimento licitatório. Nos ensinamentos do Professor Marçal Justen Filho:

“A Constituição acolheu a presunção (absoluta) de que a prévia licitação produz a melhor contratação – entendida como aquela que assegura a maior vantagem possível à Administração Pública, com observância do princípio da isonomia. Mas a própria Constituição se encarregou de limitar tal presunção absoluta, facultando contratação direta nos casos previstos em lei.”⁴⁰

A Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, estabelece em seu art. 2º, in verbis:

*“Art. 2º. As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, **ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei**” (grifo nosso).*

A expressão grifada tem origem no inciso XXI do art. 37 da Constituição da República (“ressalvados os casos especificados na legislação,...”) e refere-se às hipóteses disciplinadas nos arts. 17, 24 e 25, da Lei nº. 8.666/93, as quais, por sua vez, tratam da dispensa e da inexigibilidade da licitação.

Dessa forma, temos que a regra geral impõe a necessidade de instauração e realização de procedimento licitatório, o qual se processa em momento prévio à contratação. As exceções, portanto, recaem sobre os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação.

⁴⁰ Filho, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Dialética. 11ª Ed. São Paulo. 2005. Pág. 227.

A licitação é dispensada para a disposição de bens imóveis e para a disposição de bens móveis conforme o artigo 17 da Lei 8.666/93 que versa normas jurídicas a respeito do gerenciamento dos bens públicos. De acordo com o *caput* do artigo, a alienação de bens públicos é subordinada à existência de interesse público devidamente justificado e, de todo modo, deve ser precedida de avaliação. Em seguida, o artigo é subdividido em dois incisos, acompanhados de alíneas, que, respectivamente, tratam das hipóteses de dispensa de licitação para disposição de bens imóveis e móveis.

A licitação é dispensável em situações em que, embora viável a competição entre particulares, a licitação afigura-se objetivamente inconveniente com os valores norteadores da atividade administrativa, porém a licitação apenas é dispensável nas hipóteses previstas pela legislação. Diferentemente das hipóteses de inexigibilidade que contam com um rol exemplificativo de casos em que a licitação é inviável, o rol das dispensabilidades é taxativo (restrito).

Diferentemente do que ocorre na inexigibilidade, em que há inviabilidade de licitação, na dispensa a licitação é possível, por haver possibilidade de competição, mas não é obrigatória porque o normativo que rege as licitações e contratos do órgão/entidade, em casos excepcionais e expressamente previstos, afasta a regra da obrigatoriedade da licitação.

As inexigibilidades de licitação alcançam as circunstâncias em que, é impossível a competição, a Administração está autorizada a celebrar contratação direta, em razão de critérios relacionados a determinadas situações excepcionais.

São licitáveis unicamente objetos que possam ser fornecidos por mais de uma pessoa, uma vez que a licitação supõe disputa, concorrência, ao menos potencial entre ofertantes. Da mesma forma quando o objeto não tem equivalente no mercado, quando somente quem dispõe dele poderá fornecê-lo, não é lógico proceder ao certame licitatório.

Cumpra salientar que a relação dos casos de inexigibilidade não é exaustiva. Com efeito, o art. 25 refere que a licitação é inexigível quando inviável a competição. E apenas destaca algumas hipóteses. Em suma: o que os incisos I a III do art. 25 estabelecem é, simplesmente, uma prévia e já resolvida indicação de hipóteses nas quais ficam antecipadas situações características de inviabilidade, nos termos ali enumerados, sem exclusão de casos não catalogados, mas igualmente possíveis.⁴¹

8.2. Dispensabilidade de Licitação

8.2.1. Apresentação de proposta com preços superiores aos do mercado nacional

É dispensável a licitação, nos termos do art. 24, inciso VII, da Lei de Licitações, quando as propostas apresentarem preços manifestamente superiores aos de mercado ou incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes e os concorrentes não aceitarem rebaixá-los no prazo de oito dias, ou, no caso de convite, em três, admitir-se há adjudicação direta por valor não superior ao constante do registro de preços.

⁴¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de Direito Administrativo. 26ª edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional 57, de 18.12.2008. Ed. Malheiros. São Paulo. 2009. Pág. 542

TCU - ACÓRDÃO - 1315-32/04 – PLENÁRIO - Sessão: 01/09/04 - RELATOR: MINISTRO LINCOLN MAGALHÃES DA ROCHA

[ACÓRDÃO]

9.2. determinar ao Banco do Brasil S/A, no âmbito das licitações e contratações vindouras, que exija da empresa contratada por meio de dispensa de licitação, com fulcro no art. 24, inciso VII, da Lei nº 8.666/93, a comprovação das condições de habilitação e da proposta estipuladas no edital da licitação precedentes à qual a contratação direta se vincula, salvo motivo devidamente comprovado;

8.2.2. Aquisição de hortifrutigranjeiros, pão e outros gêneros perecíveis

A Lei de Licitações e Contratos prevê no inciso XII do art. 24 a dispensa de licitação para realizar-se a compra direta de produtos perecíveis, realizadas diretamente, com base no preço do dia, no tempo necessário à efetivação dos correspondentes procedimentos licitatórios, a exemplos de leite pasteurizado, pão, hortifrutigranjeiros, biscoito, ovos de galinha etc, *IN VERBIS*:

“Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

XII - nas compras de hortifrutigranjeiros, pão e outros gêneros perecíveis, no tempo necessário para a realização dos processos licitatórios correspondentes, realizadas diretamente com base no preço do dia.”

Assim, outros que não se enquadram no conceito de perecibilidade não podem ser adquiridos sem o devido procedimento licitatório, a exemplo de carne bovina congelada, filé de peixe congelado, açúcar, sal e óleo de soja, etc.

Nos termos do ACÓRDÃO – 1082-22/08 – Plenário do Tribunal de Contas da União por voto do Relator: Ministro AUGUSTO NARDES apenas produtos de fato perecíveis podem ser comprados via dispensa de licitação, de modo que, nesses casos, é perfeitamente possível que as aquisições sejam amparadas pelo aludido comando legal.

De toda sorte o dispositivo refere-se a uma situação de emergência, portanto se verá quando dos comentários das aquisições e contratações emergenciais, que o TCU entende que “a falta de planejamento do administrador não é capaz de justificar a contratação emergencial”. Permitir chegar-se às vésperas da necessidade de aquisição dos alimentos, para iniciar o procedimento de contratação, caracterizando a situação emergencial, é evidente burla à obrigatoriedade do procedimento licitatório, devendo o gestor responsável apresentar justificativa plausível que legitime tal procedimento, sob pena da apuração de responsabilidades.

8.2.3. Aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos

É dispensável a licitação para aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos de autenticidade certificada, se compatíveis ou inerentes às finalidades do órgão.

O dispositivo exige que a aquisição ou restauração refira-se a obras de arte e objetos históricos originais, autênticos. Mais ainda, o órgão contratante deve ter finalidade institucional compatível com tal atuação, motivo pelo qual deverá ser considerada ilícita a utilização de tal hipótese quando inexistir essa vinculação finalística.⁴²

Sobre o tema, assim dispõe Jessé Torres Pereira Junior:

“a obra de arte ou objeto histórico a ser adquirido ou restaurado há de ser original (...) a dispensabilidade somente aperfeiçoa-se se o órgão público ou a entidade vinculada, comprador ou contratante do serviço, tiver por finalidade institucional a de atuar com obras de arte ou objetos históricos (museus, bibliotecas e teatros públicos, fundações culturais ou educacionais, entre outros da mesma natureza); a compra ou a restauração dependerá de licitação se o órgão ou a entidade interessada na compra ou na restauração tiver competência estranha àqueles objetos e obras. (2003, p.289)”

ACÓRDÃO - 5262-44/08-1 - Sessão: 02/12/08 - Relator: Ministro MARCOS BEMQUERER - Prestação de Contas do Senac/SP, exercício de 2004.

[ACÓRDÃO]

9.6. determinar ao Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial ' Administração Regional no Estado de São Paulo ' Senac/SP que cumpra o disposto nos arts. 2o, 9o, inciso XI, 10, 11, 13, caput e § 1o, e 40, da Resolução Senac/SP n. 07/2006, em especial que:

[...]

9.6.3. atente para a necessidade de justificativas circunstanciadas, inclusive quanto ao preço, relativamente às contratações previstas no art. 11 da Resolução Senac/SP n. 07/2006;

[...]

[VOTO]

5. [...] pontos relacionados às várias aquisições questionadas no processo, especialmente os casos de contratação direta, por indevida [...] dispensa inadequada do processo licitatório [...].

[...]

9. Sobre as aquisições de diversas obras de arte, ainda que tenham sido acolhidas as razões de justificativa referentes à não-realização de procedimento licitatório, ante o previsto no art. 9o, inciso XVI, da Resolução Senac/SP n. 41/2002, então em vigor ('A licitação poderá ser dispensada para aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que compatíveis ou inerentes às finalidades da

⁴² CHARLES, Ronny. Leis de Licitações Públicas Comentadas. 3ª ed. Revista, Ampliada e Atualizada. Editora Podvim. Salvador. 2010. Pág.131

entidade'), os responsáveis não ofertaram justificativas acerca do valor pago por essas obras, cerca de R\$ 240.000,00.

10. Aliás, como ocorrência comum aos processos examinados, é apontada a falta das devidas justificativas para os preços contratados, indo de encontro ao próprio normativo do Senac/SP (art. 11 da Resolução em vigor à data dos fatos).

[RELATÓRIO]

1.1.1. Análise [da Unidade Técnica]

1.1.1.1. [...]

1.1.1.2. [...]

1.1.1.3. O art. 9º, inciso XVI, da Resolução Senac/SP n. 41/2002 estabelecia: 'A licitação poderá ser dispensada para aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que compatíveis ou inerentes às finalidades da entidade' (fls. 249 e 251 do Volume 1).

8.2.4. Compra ou locação de imóvel

O art. 24, inciso X, da Lei n. 8.666/1993 estabelece a possibilidade de dispensa de licitação para a locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades da Administração Pública.

O enquadramento no dispositivo supra requer, basicamente, o atendimento a quatro requisitos, quais sejam:

- a) imóvel deve ser destinado ao atendimento das finalidades precípuas da Administração;
- b) escolha deve ser balizada pelas necessidades de instalação e localização do órgão ou entidade;
- c) preço deve ser compatível com o valor de mercado; e
- d) importância a ser despendida deve ter sido apurada por avaliação prévia.

TCU - ACÓRDÃO - 1436-29/08 – PLENÁRIO - SESSÃO: 23/07/08 - RELATOR: MINISTRO MARCOS BEMQUERER - DENÚNCIA SOBRE POSSÍVEIS IRREGULARIDADES NA LOCAÇÃO DE IMÓVEL, POR DISPENSA DE LICITAÇÃO.

[RELATÓRIO]

4.4. os requisitos legais para a dispensa de licitação estão presentes no caso concreto, pois o imóvel locado se destina ao atendimento das finalidades precípuas da Administração; sua escolha foi condicionada às necessidades de instalação e localização da entidade pública contratante; houve avaliação prévia garantindo a compatibilidade do preço da locação com o de mercado; também a opção do INPI em locar um imóvel para desenvolver suas atividades foi devidamente justificada mediante pareceres técnicos que demonstram a inadequação dos imóveis de sua propriedade para o atendimento de suas necessidades.

TCU - ACÓRDÃO - 6259-29/11-2 - SESSÃO: 16/08/11 - RELATOR: MINISTRO ANDRÉ LUÍS DE CARVALHO - REPRESENTAÇÃO. DISPENSA DE LICITAÇÃO PARA A

AQUISIÇÃO DO IMÓVEL. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE DESTINAÇÃO AO ATENDIMENTO DAS FINALIDADES PRECÍPUAS DA ENTIDADE

[ACÓRDÃO]

9.3. dar ciência ao Conselho Regional de Enfermagem do Rio Grande do Sul (Coren/RS) que restaram comprovadas as seguintes falhas nos presentes autos:

[...]

9.3.2. a dispensa de licitação para a aquisição do imóvel destinado ao Centro Histórico e Cultural não atendeu ao requisito da comprovação de sua destinação ao atendimento das finalidades precípuas da entidade, em desacordo com o disposto no art. 24, inciso X, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993;

TCU - ACÓRDÃO - 5281-30/10-1 - SESSÃO: 24/08/10 - RELATOR: MINISTRO JOSÉ MÚCIO MONTEIRO - REPRESENTAÇÃO. DISPENSA DE LICITAÇÃO. ILEGALIDADE DE LOCAÇÃO DE IMÓVEL DE PARENTE

[VOTO]

Em exame processo de representação sobre irregularidades praticadas por [omissis], ex-prefeita de Guarabira/PB, relativas à ausência de licitação e à inobservância dos princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade, quando da locação, com a utilização de recursos públicos da área de saúde, de imóvel de propriedade de seu esposo.

2. Realizada a audiência, a responsável apresentou razões de justificativa em que alega basicamente que a despesa com o aluguel foi realizada com recursos próprios do município, não teria havido má-fé ou dolo em sua conduta e seria dispensável a licitação, nos termos do art. 24, inciso X, da Lei nº 8.666/1993.

3. Observo que os argumentos da ex-prefeita são improcedentes e incapazes de comprovar a correção do procedimento de alugar imóvel destinado ao uso da Administração com dispensa de certame licitatório, mesmo com a comprovação de que havia pelo menos outro imóvel com características semelhantes, que poderia servir de alternativa à locação, e a agravante de que o prédio pertence ao seu esposo, com violação do disposto no art. 2º da Lei nº 8.666/1993 e dos princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade.

4. Em razão da gravidade da ocorrência, aprovo a proposta de aplicar a [omissis] a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei nº 8.443/1992, no valor de R\$ 3.000,00.

[ACÓRDÃO]

9.5. determinar à Prefeitura Municipal de Guarabira/PB que não renove o contrato de locação com o Sr. [omissis], por ter sido efetuado sem licitação;

9.6. alertar a Prefeitura Municipal de Guarabira/PB que, doravante, caso haja a necessidade da locação de imóvel destinado a acomodar os profissionais de saúde que prestam serviços ao município, realize procedimento licitatório ou, em caso de dispensa prevista no art. 24, inciso X, da Lei nº 8.666/1993, autue processo correspondente, em que fique bem definida a

situação de excepcionalidade e característica única do imóvel e a impossibilidade de competição;

8.2.5. Dispensa por valor

O art. 24 da Lei 8.666/93 arrola em seus incisos I e II como casos de licitação dispensável, obras, serviços compras e alienações de modesto valor, de valor até 10%, cf. Lei 9.648, de 27.5.98, de uma importância fixada na alínea “a” do inciso I do art. 23 para obras e serviços de engenharia, e na alínea “a” do inciso II para outros serviços e para compras e alienações, importâncias, estas, que, na conformidade do art. 120, com a redação que lhe foi atribuída pela mencionada lei, sempre que necessário, serão revistas pelo Poder Executivo Federal, que as publicará no Diário Oficial.

Tais dispensas, entretanto, não são admissíveis nos casos de obras e serviços de engenharia quando se trate de parcelas de uma mesma obra ou serviço ou quando em causa obras ou serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente.

Também não são admissíveis no caso de outros serviços, no de compras e no de alienações permitidas em lei, quando referentes a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação que possam ser realizados de uma só vez.

A ausência de realização de processo licitatório para contratações ou aquisições de mesma natureza, em idêntico exercício, cujos valores globais excedam o limite legal previsto para dispensa de licitação, demonstra falta de planejamento e implica fuga ao procedimento licitatório e fracionamento ilegal da despesa.

TCU - ACÓRDÃO - 3550-38/08-1 - Sessão: 21/10/08 - Relator: Ministro MARCOS BEMQUERER

2. Veda-se a contratação por dispensa de licitação fundada no art. 24, inciso II, da Lei n. 8.666/1993 quando o somatório dos gastos realizados ao longo do exercício com determinada despesa supera o limite imposto pelo dispositivo supradito.

[ACÓRDÃO]

9.3.3. **agrupe**, em uma mesma licitação, os objetos de futuras contratações que sejam similares por pertencerem a uma mesma área de atuação ou de conhecimento, atentando para a possibilidade de parcelamento prevista no art. 23, §§ 1º e 2º, da Lei n. 8.666/1993;

9.3.4. **abstenha-se de contratar serviços por dispensa de licitação quando o total das despesas anuais não se enquadrar no limite estabelecido pelo art. 24, inciso II, da Lei n. 8.666/1993;**

TCU - ACÓRDÃO - 1473-15/08-1 - Sessão: 13/05/08 - Relator: Ministro GUILHERME PALMEIRA

[ACÓRDÃO]

1. determinar à Prefeitura Municipal de Araguari/MG que observe rigorosamente as disposições da Lei n.º 8.666/93, **coibindo o uso irregular da dispensa de licitação em aquisições de mesma natureza, cujo montante total ultrapasse o limite máximo vigente**, tendo em vista o disposto nos art. 23, § 2º, c/c o art. 24, II, da referida Lei;

TCU - ACÓRDÃO - 0120-04/07-2 - Sessão: 13/02/07 - Relator: Ministro BENJAMIN ZYMLER

A [...] irregularidade consistiria na contratação de diversas pequenas obras e serviços de engenharia mediante dispensa de licitação, quando a soma dos valores contratados exigiria a realização de convite. Acontece que, embora os procedimentos em questão refiram-se a obras e serviços de engenharia, não se vislumbra que essas obras pertençam a um mesmo objeto de modo a ensejar uma única licitação. Trata-se por exemplo de serviços de roçagem e limpeza em barragem, serviços de pintura em salas de aula, serviços de manutenção de rede elétrica de diversos setores da instituição, troca de piso da quadra de esportes, dentre outros. São sim pequenas obras com natureza diversa a serem prestados em diferentes locais. O fracionamento estaria evidente caso, por exemplo, fosse efetuada uma contratação para cada prédio objeto dos serviços de energia elétrica, o que não ocorreu.

TCU - ACÓRDÃO - 0623-11/08 - PLENÁRIO - Sessão: 09/04/08 - Relator: Ministro UBIRATAN AGUIAR

[ACÓRDÃO]

9.3. [...]

9.3.1. realize planejamento anual dos serviços e obras a serem contratados e utilize a modalidade de licitação recomendada em função do valor do somatório dos serviços e obras de natureza semelhante, com vistas a observar a regra do parcelamento prevista no art. 23, §§ 1º e 5º, da Lei nº 8.666/93, de modo a assegurar o melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e a ampliação da competitividade sem perda da economia de escala;

8.2.6. Emergência ou calamidade pública

A licitação poderá ser dispensada em casos de emergência ou calamidade, quando urgente o atendimento e situação que possa causar prejuízo ou comprometimento à segurança de pessoas, obras, serviços ou bens.

Nestes casos, a adstrição aos requisitos legais, observando os prazos das vias normais para aquisição de materiais, com a fiel observância dos procedimentos licitatórios, não será

adequada ou eficaz se existe uma situação de emergência, que precisa ser imediatamente resolvida.

A exigência de realização de procedimento licitatório como providência preliminar à celebração de contratos pela Administração Pública tem sólidos fundamentos constitucionais. Entretanto, embora a exigência de licitação seja a regra geral, é certo que tal regra não é absoluta, comportando exceções que são disciplinadas pela legislação ordinária.

O principal dispositivo sobre esse assunto é o que consta do inciso IV do art. 24 da Lei nº 8.666/93, cujo teor é o seguinte:

"Art. 24 - É dispensável a licitação:

(...)

IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;"

De fato, o essencial é a existência de uma situação de urgência, exigindo uma atuação imediata da Administração Pública, incompatível com as delongas inevitavelmente inerentes ao procedimento licitatório.

Deverá ficar muito claro que haverá prejuízo ou comprometimento advindo da não-aquisição, isto é, que essa aquisição emergencial é necessária para o atendimento da situação que não pode aguardar o decurso de tempo do procedimento licitatório.

Antônio Carlos Cintra do Amaral cuida da emergência no contexto da licitação, destacando, inicialmente, que tal situação gera não apenas uma faculdade, mas, sim, uma obrigação de atuar de maneira expedita, rapidamente, incompatível com o procedimento da licitação:

"A rigor, esse não é o caso de dispensabilidade de licitação, mas sim de dever jurídico de contratar sem licitação.

*Já tive, em meu Licitações nas Empresas Estatais (São Paulo, Editora McGraw Hill, 1979), oportunidade de discorrer sobre as contratações de emergência, sem licitação prévia. Disse, na época (p. 54): A emergência é, a nosso ver, caracterizada pela inadequação do procedimento formal licitatório ao caso concreto. Mais especificamente: um caso é de emergência quando reclama solução imediata, de tal modo que a realização de licitação, com os prazos e formalidades que exige, pode causar prejuízo à empresa (obviamente prejuízo relevante) ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços ou bens, ou, ainda, provocar a paralisação ou prejudicar a regularidade de suas atividades específicas. Quando a realização de licitação não é incompatível com a solução necessária, no momento preconizado, não se caracteriza a emergência".*⁴³

⁴³ CINTRA DO AMARAL, Antonio Carlos. *Dispensa de licitação por emergência*. in Revista Trimestral de Direito Público, nº 1/1993. Malheiros Editores. p. 189.

Carmen Lúcia Antunes Rocha enfoca o significado jurídico do vocábulo urgência, deixando claro que a urgência real e concreta tem o condão de autorizar a adoção lícita de comportamentos alternativos ao que seria normal:

"Urgente é o que não pode esperar sem que prejuízo se tenha pelo vagar ou que benefício se perca pela lentidão do comportamento regular, demasiado lerdo para a precisão que emergiu.

No Direito, o conceito de urgência não refoge a estas idéias que se alocam na definição leiga da palavra. Também o conteúdo jurídico da palavra urgência contém quer o sentido de tempo exíguo e momento imediato, de um lado, quer a idéia de necessidade especial e premente, de outro.

Urgência jurídica é, pois, a situação que ultrapassa a definição normativa regular de desempenho ordinário das funções do Poder Público pela premência de que se reveste e pela imperiosidade de atendimento da hipótese abordada, a demandar, assim, uma conduta especial em relação àquela que se nutre da normalidade aprazada institucionalmente".⁴⁴

A exigência de licitação, portanto, não é nem pode ser absoluta, pois sua realização pode ser impossível, em algumas situações, ou altamente danosa a interesses públicos relevantes, em outras situações.

Ainda sobre o assunto, assevera Marçal Justen Filho:

"Emergência ou calamidade (inc. IV)

A hipótese merece interpretação cautelosa. A contratação administrativa pressupõe interesse público. Isso significa que a ausência da contratação representaria um prejuízo para o bem público. Se inexistisse um interesse público em risco, nem caberia intervenção do Estado. A atividade pública não pode ser suprimida ou diferida para o futuro. Afinal, essas são características inerentes à Administração Pública.

Na generalidade dos casos em que o Estado dispõe-se a contratar, é motivado a atuar para evitar dano potencial. Toda e qualquer contratação administrativa retrata a necessidade e conveniência de uma atuação conjugada entre o Estado e terceiros. Uma interpretação ampla do inc. IV acarretaria, por isso, a dispensa de licitação como regra geral. O argumento da urgência sempre poderia ser utilizado. Ora, a ausência de licitação não constitui a regra, mas a exceção. O inc. IV deve ser interpretado à luz desse princípio.

O dispositivo enfocado refere-se aos casos onde o decurso de tempo necessário ao procedimento licitatório normal impediria a adoção de medidas indispensáveis para evitar danos irreparáveis. Quando fosse concluída a licitação, o dano já estaria concretizado. A dispensa de licitação e a contratação imediata representam uma modalidade de atividade acautelatória do interesse público".⁴⁵

No mais a aquisição deve ater-se aos bens necessários ao atendimento da situação calamitosa e à contratação de parcela de obras ou serviços que possa ser concluída em 180 dias ininterruptos, contados da emergência ou calamidade, vedada qualquer espécie de prorrogação.

⁴⁴ ANTUNES ROCHA, Carmen Lúcia. *Conceito de urgência no Direito Público Brasileiro*. in Revista Trimestral de Direito Público, nº 1/1993. Malheiros Editores. p. 234.

⁴⁵ Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 5a edição, p.215.

O Tribunal de Contas da União entende que é incabível a aplicação do art. 24, IV, da Lei nº 8.666/93 a situações de emergência resultantes da falta de planejamento, incúria ou inércia administrativa, há vários julgados nesse sentido:

TCU – ACÓRDÃO - 1996-31/11 – PLENÁRIO - SESSÃO: 03/08/11 - RELATOR: MINISTRO VALMIR CAMPELO REPRESENTAÇÃO. CONTRATAÇÕES NA ÁREA DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO PARA A COPA DO MUNDO DE FUTEBOL DE 2014 E AS OLIMPIADAS DE 2016. CONTRATAÇÃO POR DISPENSA DE LICITAÇÃO, DADA COMO DE EMERGÊNCIA OU DE CALAMIDADE PÚBLICA. INCABÍVEL POR FALTA DE PLANEJAMENTO, DA DESÍDIA ADMINISTRATIVA OU DA MÁ GESTÃO DOS RECURSOS DISPONÍVEIS. RECOMENDAÇÕES

[ACÓRDÃO]

9.2. recomendar ao Ministério dos Esportes e, por meio da Casa Civil da Presidência da República, a outros órgãos do Poder Executivo Federal envolvidos na organização da Copa do Mundo de 2014, com base no art. 250, inciso III, do Regimento Interno do Tribunal, que observem as seguintes ações com vistas ao alcance de contratações eficientes e eficazes na área de tecnologia da informação que se fizerem necessárias para subsidiar a realização da Copa do Mundo de Futebol de 2014 e das Olimpíadas de 2016:

[...]

9.2.9. contratação com base no art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/1993, unicamente, nos casos em que a situação adversa, dada como de emergência ou de calamidade pública, não se tenha originado, total ou parcialmente, da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos disponíveis, ou seja, que ela não possa, em alguma medida, ser atribuída à culpa ou dolo do agente público que tinha o dever de agir para prevenir a ocorrência de tal situação, conforme entendimentos dos Acórdãos 3.754/2009-TCU-1ª Câmara (item 1.5.1.4), 3.022/2009-TCU-2ª Câmara (item 9.3), 2.254/2008-TCU-Plenário (item 9.8.3);

TCU - ACÓRDÃO - 0763-17/07 - PLENÁRIO - Sessão: 02/05/07 - Relator: Ministro MARCOS BEMQUERER

[ACÓRDÃO]

9.5.1. planeje adequadamente seus certames, a fim de não incorrer em contratações indevidas por dispensas de licitação, amparadas no art. 24, inciso IV, da Lei n. 8.666/1993, como ocorreu na celebração dos Contratos ns. 183/2003 e 162/2004;

9.5.2. em casos de dispensa de licitação, proceda a uma pesquisa prévia de preços, de modo a justificar a compatibilidade entre os valores contratados e aqueles normalmente praticados no mercado, em consonância com os incisos II e III, parágrafo único, art. 26 da Lei n. 8.666/1993;

TCU - ACÓRDÃO - 3022-18/09-2 - Sessão: 09/06/09 - Relator: Ministro BENJAMIN ZYMLER

[ACÓRDÃO]

9.3. determinar à Universidade Federal Rural da Amazônia que, quando da aplicação do disposto no art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/93, observe o disposto no item 'a.1' da Decisão 347/1994 ' Plenário, proferida em sede de consulta, no sentido de que somente estaria justificada a contratação fundamentada nesse dispositivo legal quando 'a situação adversa, dada como de emergência ou de calamidade pública, não se tenha originado, total ou parcialmente, da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos disponíveis, ou seja, que ela não possa, em alguma medida, ser atribuída à culpa ou dolo do agente público que tinha o dever de agir para prevenir a ocorrência de tal situação;'

Por outro lado, haverá casos em que, ainda que a situação emergencial ou calamitosa tenha sido causada pela desídia do agente público será o caso de realizar-se a contratação direta para a solução imediata do problema que não pode aguardar o decurso do tempo para a realização de um procedimento licitatório, sob pena de causar prejuízos ainda maiores aos administrados, nestes casos o Tribunal de Contas da União entende que a situação prevista no art. 24, IV, da Lei nº 8.666/93 não distingue a emergência real, resultante do imprevisível, daquela resultante da incúria ou inércia administrativa, sendo cabível, em ambas as hipóteses, a contratação direta; Porém, na segunda hipótese, será reponsabilizado o agente público que não adotou tempestivamente as providências a ele cabíveis, nos termos do acórdão 0138-10/98-Plenário do TCU de 25/03/1998 que serviu de fundamento para muitos outros, vejamos alguns:

8.2.7. Fornecimentos da Administração Pública

Outro caso qualificado pela Lei nº 8.666/93 como de licitação dispensável é o de aquisição, feita por pessoa jurídica de Direito Público, de bens ou serviços prestados por entidade da Administração Pública, criada para este fim específico antes da vigência da Lei 8.666/93, e os preços forem compatíveis com os de mercado, *in verbis*:

“Art. 24 – é dispensável a licitação:

(...)

VIII – para aquisição por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o de mercado.”.

Com efeito, os requisitos para que se opere a legitimidade na contratação direta tornam-se necessários, à saber:

- a) que o contratante seja pessoa jurídica de direito público interno;
- b) que o contratado seja órgão ou entidade que integre a Administração Pública;
- c) que o contratado tenha sido criado para o fim específico do objeto pretendido pela Administração contratante;

- d) que a criação do órgão ou entidade contratado tenha ocorrido antes da vigência da Lei 8.666/93;
- e) que o preço seja compatível com o praticado no mercado.

Passamos a analisar cada um dos requisitos:

a) que o contratante seja pessoa jurídica de Direito Público Interno.

No ordenamento jurídico pátrio os Municípios, os Estados e a União são pessoas jurídicas de direito público interno. Possuem a peculiaridade das prerrogativas de poder de *imperium*. Portanto, podem integrar o elenco de órgãos contratantes que se podem servir dessa possibilidade de dispensa.

b) que o contratado seja órgão ou entidade que integre a Administração Pública.

A futura relação contratual deverá ter outro sujeito, órgão ou entidade que também integre a Administração Pública.

c) que o contratado tenha sido criado para o fim específico do objeto pretendido pela Administração contratante.

Outro requisito inafastável da Lei, para que ocorra a contratação direta é que o objeto a ser contratado pela Administração seja coincidente com a finalidade precípua e fundamental do órgão.

Neste sentido os elementos ensejadores da criação do órgão ou entidade deverão estar diretamente relacionados com o objeto de interesse da Administração contratante.

d) que a criação do órgão ou entidade contratado tenha ocorrido antes da vigência da Lei nº 8.666/93.

Esse limite temporal é condição *sine quan non* para a contratação direta devendo constar dos autos da Dispensa de Licitação a comprovação do atendimento desta regra.

e) que o preço seja compatível com o praticado no mercado.

Desse requisito ora enfatizado, depreende-se a obrigação imposta genericamente no art. 26, inciso III, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Neste sentido, portanto, deverá o responsável pela contratação direta, sem licitação, demonstrar no processo a compatibilidade dos preços cobrados com os praticados no mercado, significando que compatível é o que se ajusta com uma média de mercado, sendo dispensado que seja o mais vantajoso, há de ser compatível, razoável, tão somente.

Na opinião do ilustre Professor Marçal Justen Filho, 'as previsões dos incisos VIII e XVI do art. 24 da Lei nº 8.666/93 não se referem às entidades que desenvolvam atividade econômica, mas tão-somente às prestadoras de serviço público' e essa regra normalmente é acolhida pelo entendimento jurisprudencial.

TCU ACÓRDÃO - 1933-39/07 - PLENÁRIO - Sessão: 19/09/07 - Relator: Ministro VALMIR CAMPELO

[RELATÓRIO]

Outra ocorrência recorrente nos diversos trabalhos de auditoria realizados pelas equipes das regionais foi a contratação direta em desacordo com o previsto na legislação.

[...]

A esse respeito vale ilustrar os casos constatados nos convênios firmados pelo MCT com a SECTES/MG. Como levantado pela equipe de auditoria, a empresa [omissis] foi contratada, por dispensa de licitação, com base no art. 24, VIII, da Lei nº 8.666/93, infringindo o art. 2º da mesma lei e o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988. De acordo com a auditoria, tendo em vista que a empresa [omissis] foi criada para desenvolver atividade econômica, conforme seu estatuto social, não poderia ter o privilégio de contratar direta e preferencialmente com as pessoas de direito público. Isso seria assegurar-lhe regime incompatível com o princípio da isonomia.

É importante mencionar que tal fato ganha especial importância quando se observa que a [empresa] subcontratou empresas específicas de prestação de serviços, dentre elas a [omissis], infringindo o art. 78, inc. VI, da Lei nº 8.666/93. A subcontratação somente poderia ocorrer se prevista no contrato (não há previsão) ou no edital (não houve, pois a contratação foi feita via dispensa de licitação), e é inadmissível no caso de dispensa de licitação fundamentada em especificidades da contratada.

TCU – ACÓRDÃO - 0576-12/09 – PLENÁRIO - Sessão: 01/04/09 - Relator: Ministro JOSÉ JORGE

[ACÓRDÃO]

1.5. Determinações:

1.5.1. Determinar à Infraero que, nas próximas contratações de "selos adesivos de controle de embarque de passageiros", abstenha-se de contratar a Casa da Moeda do Brasil por meio da dispensa de licitação de que trata o art. 24, VIII, da Lei nº 8.666/93, e promova o correspondente procedimento licitatório, em obediência ao art. 2º da referida lei;

8.2.8. Imprensa oficial

É dispensável a licitação, nos termos do art. 34, inciso XVI, para a impressão de diários oficiais, formulários padronizados de uso da Administração, edições técnicas oficiais, bem como serviços de informática, a pessoa jurídica de Direito Público, por entidades que integrem a Administração Pública, criadas para esse fim específico.

Valem os mesmo comentários do item acima acerca das atividades exercidas pela contratada, a dispensa prevista no artigo 24, inciso XVI não se refere às entidades que desenvolvam atividade econômica, mas tão-somente às prestadoras de serviço público.

No mais a universalidade de fornecedores destes produtos e serviços nos leva a crer que a contratação direta deverá ser levada a efeito apenas em regime de exceção, haja vista, que os valores praticados pelo mercado para fornecimentos destes bens e serviços, considerando a economia de escala, são absurdamente mais baratos do que os cobrados pelas entidades que integram a Administração.

TCU – ACÓRDÃO - 0706-09/07-1 - Sessão: 27/03/07 - Relator: Ministro MARCOS VINÍCIOS VILAÇA

[ACÓRDÃO]

9.4.4.4. restrinja as contratações por dispensa de licitação com fulcro no art. 24, inciso XVI, da Lei nº 8.666/93 aos casos em que reste comprovado o nexo entre o mencionado dispositivo, a natureza da instituição e o objeto a ser contratado, observando sempre a razoabilidade do preço cotado, bem como a inexistência de outras entidades em condições de prestar os serviços a serem contratados;

8.2.9. Instituição brasileira de pesquisa, ensino, apoio e outros

A regra da licitação tem sede constitucional, inspirada que é na defesa dos princípios da moralidade, da impessoalidade e da isonomia. Nesse sentido, apenas para se harmonizar com outros mandamentos constitucionais de igual relevo pode a lei autorizar o afastamento do procedimento licitatório por parte do administrador público.

Jessé Torres Pereira Junior, examinando o teor do art. 24, inciso XIII, do Estatuto das Licitações e Contratos, registra que:

"A lei licitatória cumpre, neste inciso, a ordem do art. 218 da Constituição Federal, que incumbe o Estado de promover e incentivar 'o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas'. A determinação do § 4º do preceito constitucional nitidamente inspira esta hipótese de dispensabilidade, ao cometer à lei, imperativamente, o dever de apoiar e estimular 'as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de recursos humanos...'" (in Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública, Rio de Janeiro, ed. Renovar, 1994, p. 161).

O art. 24. inc. XIII, da Lei nº 8.666/93, autoriza a dispensa de licitação **“na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos”**. (Grifamos.)

O legislador considerou dispensável a licitação (Art. 24, XIII, da Lei 8.666/93), quando a contratação envolver serviço que atenda, simultaneamente, a quatro condições:

- a) seja o prestador uma instituição brasileira;
- b) o fim buscado pela instituição deverá abranger pesquisa, ensino, desenvolvimento institucional ou a recuperação social do preso;
- c) a instituição tenha reputação inquestionável;
- d) ausência de fins lucrativos.

Sobre o tema, escreve com muita propriedade o ilustre Ministro do TCU, Professor Benjamin Zymler (2005, p.129). Tendo por base seus ensinamentos, poderíamos, sinteticamente, apresentar os seguintes elementos, em relação à pessoa da contratada, como requisitos necessários à configuração da hipótese desta dispensa: 1. a dispensa de licitação, com fundamento nesse dispositivo de lei, decorre da qualidade da pessoa e do objeto contratado, que deve estar

voltado ao desenvolvimento daquelas áreas previstas no normativo; 2. a alusão ao termo “instituição” exclui, de pronto, a possibilidade de contratação de pessoa física; 3. a entidade deve ser regularmente constituída; 4. a instituição deve ser constituída sob as leis brasileiras, o que não exclui as instituições fundadas no exterior, desde que atuem no país sob as leis locais; 5. é imperioso que a entidade atue em uma das áreas mencionadas no inciso; 6. a instituição deve ter inquestionável reputação ético-profissional (o aspecto ético refere-se à credibilidade da entidade no mercado; o aspecto profissional relaciona-se à capacidade para executar o objeto); 7. por fim, como expressamente estipulado no dispositivo, não deve a instituição possuir fins lucrativos.

Questão importante a se trazer a colação é o que se encaixa no conceito de “Desenvolvimento Institucional”, o Tribunal de Contas da União em diversos julgados (conceito amplamente discutido pelo plenário do tribunal quando da prolação do acórdão nº 328/2005) entende por desenvolvimento institucional os programas, ações, projetos e atividades, inclusive aqueles de natureza infra-estrutural, que levem à melhoria das condições para o cumprimento da missão institucional do órgão público, desde que seja mensurável a 'melhoria da eficácia e eficiência no desempenho da instituição beneficiada'.

A contratação para execução de projeto de desenvolvimento institucional apenas está autorizada pela lei quando o produto resultar em efetivo aprimoramento do órgão público, caracterizado pela melhoria mensurável da eficácia e eficiência no desempenho de suas atribuições.

O eminente professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, em artigo de sua autoria denominado “Contratação direta via Instituição sem fins lucrativos”, transcreve parte do voto do Ministro José Antônio Barreto de Macedo, proferido naquela Egrégia Corte de Contas que sintetiza o posicionamento do TCU a respeito das contratações com fundamento neste dispositivo:

“5.2.1 – A nosso ver, o propósito do art. 24, XIII, do Estatuto é estimular as instituições que menciona, favorecendo-lhes a obtenção de contratos com o serviço público como forma de ajudar-lhes no seu autocusteio. Com isso, o Estado estará estimulando, em cumprimento aos mandamentos constitucionais, ainda que por via indireta, as ações voltadas para o ensino, a pesquisa e o desenvolvimento institucional. Nesse sentido, pouco importa o objeto específico da contratação, desde que seja compatível com os objetivos sociais da instituição contratada e possa ser satisfatoriamente prestado com sua própria estrutura.”

Assim, é perfeitamente viável obedecer ao comando legal, promovendo a pesquisa, o ensino e o desenvolvimento institucional, sem ferir a também constitucional regra de licitar e de obediência aos princípios da razoabilidade, moralidade e legalidade, norteadores da Administração Pública.

A quarta exigência legal, a questão da ausência de fins lucrativos, o que se exclui é a contratação de entidades que, modeladas pelos princípios da iniciativa privada, sejam vocacionadas essencialmente para o lucro. A instituição que não distribui lucros a seus associados nem lhes transfere benefícios a qualquer título cumpre integralmente o comando legal.

A Súmula 250 do TCU da união disciplina que a contratação de instituição sem fins lucrativos, com dispensa de licitação, com fulcro no art. 24, inciso XIII, da Lei n.º 8.666/93, somente é admitida nas hipóteses em que houver nexo efetivo entre o mencionado dispositivo, a natureza da instituição e o objeto contratado, além de comprovada a compatibilidade com os preços de mercado.

TCU - DC-0030-02/00 – PLENÁRIO - Sessão: 26/01/00 - Relator: Ministro GUILHERME PALMEIRA

(...)

Com as vênias devidas, não vislumbro correlação entre o serviço contratado pelo INSS (revisão da estrutura organizacional da autarquia) e a atividade de pesquisa, na acepção que tem o termo no art. 24, XIII, da Lei nº 8.666/93. Ali, trata-se da pesquisa exploratória, formulada em tese; da busca do novo.

No contrato, de modo diferente, busca-se apenas aplicar conhecimentos pré-existentes na solução de um caso concreto. Para tanto, evidentemente, é necessário um cuidadoso trabalho de pesquisa, tanto para a perfeita formulação da situação-problema como para a concepção de possíveis soluções. Esse tipo de pesquisa, entretanto, é requerido, via de regra, em qualquer trabalho de natureza intelectual, não podendo ser confundido com aquele que mereceu distinção especial do legislador constituinte.

(...)

8.2.determinar ao INSS que:

8.2.1. limite-se a efetuar contratações com dispensa de licitação fundamentada no art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93 quando, comprovadamente, houver nexo entre esse dispositivo, a natureza da instituição contratada e o objeto contratual, este necessariamente relativo a ensino, a pesquisa ou a desenvolvimento institucional, o que não é o caso de serviços de consultoria organizacional;

Ressaltamos a impossibilidade de sub-contratação do objeto pactuado através de dispensa licitatória prevista neste inciso. Deve o contrato ser realizado diretamente pela instituição contratada. Vejamos:

TCU – ACÓRDÃO - 0275-01/10-1 - Sessão: 26/01/10 - Relator: Ministro WALTON ALENCAR RODRIGUES - Recurso de reconsideração. TCE. Contratação de serviços técnicos especializados por dispensa de licitação. Impossibilidade de subcontratação

[VOTO]

(...)

Não foi por outra razão que o relator original dos autos, ao relatar o Acórdão 1345/2005 - Plenário, já se manifestara nos seguintes termos:

"...neste caso, a impossibilidade da subcontratação é evidente. Se uma entidade é contratada por dispensa de licitação por possuir determinados atributos, como é o caso das entidades contratadas com base no art. 24, inciso XIII, por óbvio não se pode permitir a subcontratação, pois isso implicaria transferir a execução dos serviços para uma outra pessoa que não possui aqueles atributos que fundamentaram a contratação (...)".

8.2.10. Licitação deserta

O dispositivo que trata sobre esse assunto é o inciso V do art. 24 da Lei nº 8.666/93, cujo teor é o seguinte:

“Art. 24 É dispensável a licitação:

...

V – quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas”

A hipótese do inciso V se aperfeiçoa pela presença de quatro elementos: O primeiro é a realização de licitação anterior, concluída infrutiferamente; O segundo é a ausência de interessados em participar da licitação anterior, apesar de regularmente processada; O terceiro é o risco de prejuízos se a licitação vier a ser repetida; Por fim, a contratação tem de ser efetivada em condições idênticas às daquelas da licitação anterior.

A questão temporal, por vezes, já indica o prejuízo advindo com a realização de novo certame, contudo, tal potencial dano deve ser formalmente justificado pela comissão e ratificado pela autoridade competente.

Situação equivalente foi julgada pelo tribunal de Contas do Estado de São Paulo que opinou pela regularidade da contratação nos autos do TC-037609/026/08, vale a consulta.

Nas palavras do Professor JOEL DE MENEZES NIEBUHR:

“... o legislador criou hipóteses de dispensa relacionadas a situações em que a licitação pública ou o contrato administrativo não foram bem sucedidos e que, em razão disso, a repetição do procedimento se demonstra danosa ao interesse público. Trata-se de situações bastante específicas, causadas, mormente, pela desídia daqueles que participaram de licitação pública, cujos comportamentos não são condizentes com a seriedade imprescindível para o trato da coisa pública. E, em razão de tais comportamentos, a Administração vê-se envolvida em situação potencialmente danosa ao interesse público, que, ao critério do legislador, agrega densidade para afastar a obrigatoriedade de novo certame...” (Licitação Pública e Contrato Administrativo, Curitiba: Zênite, 2008.)

Conforme ensinamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴⁶ (em especial sobre o inciso V, do referido artigo):

“Em razão de situações excepcionais, a dispensa é possível em certas situações em que a demora do procedimento é incompatível com a urgência na celebração do contrato ou quando sua realização puder, ao invés de favorecer, vir a contrariar o interesse público, ou ainda quando houver comprovado desinteresse dos particulares no objeto do contrato. Nessa categoria incluem-se as seguintes hipóteses:

.....

⁴⁶ In Direito Administrativo, 8ª edição, Ed. Atlas, pg. 268.

“3. quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas (inciso V do art. 24); essa hipótese é denominada de licitação deserta; para que se aplique, são necessários três requisitos: a realização de licitação em que nenhum interessado tenha apresentado a documentação exigida na proposta; que a realização de novo procedimento seja prejudicial à Administração; que sejam mantidas na contratação direta todas as condições constantes do instrumento convocatório. Esta última restrição se justifica porque, alteradas as condições, é possível que, aberta nova licitação, apareçam licitantes interessados. Note-se que o dispositivo, atendendo ao princípio da motivação, exige que seja justificada a impossibilidade de repetir a licitação sem prejuízo para a Administração”.

A Advocacia-Geral da União expediu Orientação Normativa no sentido de que essa hipótese de dispensa não pode ser utilizada nas situações em que o certame fracassado ou deserto tenha ocorrido na modalidade convite:

Ementa: Não se dispensa licitação, com fundamento nos incisos V e VII do art. 24 da Lei nº 8.666/93, caso a licitação fracassada ou deserta tenha sido realizada na modalidade convite. (Orientação Normativa AGU nº 12, de 01 de abril de 2009).

TCE/SP - TC-010147/026/10 - Dispensa de Licitação (artigo 24, V, da Lei n. 8.666/93). Nota de empenho n. 08NE08799. Valor de R\$ 1.092.200,00 - Sala das Sessões, 23 de novembro de 2010. CONSELHEIRO CLÁUDIO FERRAZ DE ALVARENGA

VOTO

2.1 A dispensa de licitação foi fundamentada no artigo 24, V, da Lei n. 8.666/93, diante da falta de licitantes interessados no certame previamente realizado pregão presencial n. 182/08) e declarado deserto.

Verifico, nas justificativas encartadas aos autos, que a conjuntura para a comercialização do medicamento era, naquele momento, desfavorável e que a necessidade imediata dos pacientes impediu a repetição do certame.

2.2 Ante o exposto, acompanho as manifestações unânimes dos órgãos de instrução e técnicos e da DD. PFE para julgar regular a dispensa de licitação e legal a nota de empenho.

8.2.11. Remanescente de fornecimento, obra ou serviço

A hipótese de dispensa contida no inciso XI, do artigo 24 da Lei 8.666/93, pressupõe rescisão de um contrato precedido de regular licitação, condicionando-a ao atendimento da ordem de classificação das licitantes, vejamos:

“Art.24 – É dispensável a licitação:

(...)

XI – na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido;”

TCE/SP - TC-018450/026/10 - PRIMEIRA CÂMARA - SESSÃO DE 14.06.2011

Objeto: Prestação de serviços de controle, operação e fiscalização de portarias nos edifícios administrativos, oficinas, pátios e lavadoras, subestações de energia e repetidoras, bases de restabelecimento da rede aérea e estacionamentos da CPTM.

VOTO

Não tenho razões para discordar dos Órgãos Instrutivos e Técnicos desta Casa, no sentido da regularidade dos atos praticados.

A respeito, verifica-se estar adequada ao caso a hipótese de dispensa invocada, porquanto a contratação em exame é remanescente do ajuste celebrado em 4 de dezembro de 2006, entre a CPTM e a empresa [OMISSIS], precedido do pregão presencial nº8266631061, tratados no TC-001509/026/07, os quais já foram julgados regulares por esta C. Primeira Câmara, em sessão de 18 de setembro de 2007 (Relatora eminente Substituta de Conselheiro Maria Regina Pasquale).

Por outro lado, observa-se que a empresa [OMISSIS], foi a segunda classificada no referido pregão e aceitou as mesmas condições oferecidas pela licitante vencedora, relativamente à preços, quantidades e prazos, conforme documento juntado às fls.3.

Assim, diante da constatação da presença dos requisitos necessários, considero tipificada a dispensa efetuada, com base no disposto no artigo 24, inciso XI1, da Lei nº 8666/93. No mais, averigua-se estarem presentes os atos necessários referentes à autorização e ratificação da dispensa, pela autoridade competente, respectiva publicação, parecer técnico-jurídico e à publicação do extrato do contrato.

Ainda, quanto ao reajustamento de valores ocorrido, previsto na cláusula décima primeira do termo contratual, que utilizou o índice IPC/FIPE, encontra-se correto, segundo asseverou a Assessoria Técnica competente desta Casa.

Nessas condições, e acompanhando as manifestações favoráveis expendidas pelo Órgão de Fiscalização desta Casa, Assessorias Técnicas de ATJ, respectiva Chefia e pela douta PFE, voto no sentido da regularidade do contrato de fls.43/61 e da precedente dispensa de licitação, com fulcro no artigo 24, inciso XI, da Lei nº8666/93, bem como da legalidade do ato determinativo das despesas.

TCU - ACÓRDÃO - 0772-10/07-1 - Sessão: 10/04/07
CAMPELO

Relator: Ministro VALMIR

[ACÓRDÃO]

1. à Prefeitura Municipal de Brejão/PE que:

1.1 observe os ditames da Lei nº 8.666/93 e, em caso se utilize do permissivo contido no art. 24, inciso XI, daquele diploma, observe a obrigatoriedade de que a contratação do remanescente de obra, serviço ou fornecimento só pode ser realizada nas mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor que não tenha cumprido inteiramente o contrato.

8.3. Inexigibilidade de Licitação

A inexigibilidade de licitação decorre da inviabilidade de competição, por força da ausência de algum(ns) dos pressupostos que autorizariam a instauração do certame, estando prevista no art. 25 da Lei nº 8.666/93, que traz em seus incisos hipóteses meramente exemplificativas das situações em que é possível sua configuração.

Quando se fala em inexigibilidade, em regra, pensa-se na ausência de pluralidade de sujeitos em condições de contratar. Contudo, a inexigibilidade não se restringe a essa situação. Pode restar caracterizada diante da impossibilidade de se comparar bens heterogêneos (já que, nesse caso, não há como estabelecer critérios objetivos de julgamento, como é o caso das hipóteses previstas nos incs. II e III do art. 25 da Lei nº 8.666/93).

8.4. Justificativa e Formalização de um processo de contratação direta

As justificativas para a inexigibilidade e dispensa de licitação devem estar circunstancialmente motivadas, com a clara demonstração de ser a opção escolhida, em termos técnicos e econômicos, a mais vantajosa para a administração, consoante determina o art. 26, parágrafo único da Lei 8.666/93.

8.4.1. Orçamento estimado e pesquisa de Preço

ACÓRDÃO - 6499-41/09-1 - Sessão: 17/11/09 - Relator: Ministro VALMIR CAMPELO - Prestação de contas. Licitação. Contratação direta. Requisitos. Comprovação da compatibilidade com preços de mercado.

[ACÓRDÃO]

1.5.1. determinar ao Banco Central do Brasil a adoção das seguintes medidas:

1.5.1.1. doravante, quando realizar contratação emergencial ou renovação do instrumento de contrato, observe rigorosamente, além do disposto no art. 24, inciso IV, c/c o art. 26, parágrafo único, incisos I a III da Lei nº 8.666/93, a necessidade de só efetivar contratações diretas de entidades após comprovação da compatibilidade dos preços praticados com os

de mercado, mediante pesquisa de preços em pelo menos três empresas do ramo, devendo a documentação pertinente constar do respectivo processo de dispensa ou inexigibilidade;

ACÓRDÃO - 0576-12/09 - PLENÁRIO - Sessão: 01/04/09 - Relator: Ministro JOSÉ JORGE

[ACÓRDÃO]

1.5. Determinações:

[...]

1.5.2. Determinar à Infraero que, na hipótese de dispensa de licitação do art. 24, VII, da Lei 8.666/93, realize pesquisa de preços a fim de demonstrar a equivalência entre o preço contratado e os praticados pelo mercado, **abstendo de adotar, como parâmetro de aceitabilidade, o preço de contratações em exercícios anteriores;**

CONTRATAÇÃO DIRETA / JUSTIFICAÇÃO E FORMALIZAÇÃO / JUSTIFICAÇÃO E FORMALIZAÇÃO - FORMALIZAÇÃO DOS PROCESSOS DE INEXIGIBILIDADE E DISPENSA DE LICITAÇÃO

As justificativas para a inexigibilidade e dispensa de licitação devem estar circunstancialmente motivadas, com a clara demonstração de ser a opção escolhida, em termos técnicos e econômicos, a mais vantajosa para a administração, consoante determina o art. 26, parágrafo único da Lei 8.666/93.

(AC-1192-12/08-1 Sessão: 22/04/08 Grupo: I Classe: I Relator: Ministro GUILHERME PALMEIRA – Fiscalização)

TCU ACÓRDÃO - 2611-51/07 – PLENÁRIO - Sessão: 05/12/07 - Relator: Ministro AUGUSTO NARDES

[RELATÓRIO]

45. Também importante é o entendimento pacífico de que a justificativa de preço é elemento essencial da contratação, posto que a sua validade depende da verificação da razoabilidade do preço ajustado, conforme prevê o inciso III do art. 26 da Lei nº 8.666/1993.

[...]

47. Por outro lado, diferentemente da tese do recorrente, a inviabilidade de competição não constitui óbice, por si, à verificação da razoabilidade do preço. Diversos são os parâmetros que poderão ser utilizados para se avaliar a adequação dos preços, mesmo quando se tratar de fornecedor exclusivo.

48. Sobre esse tema, o jurista Marçal Justen Filho (Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 9ª ed., 2002, p. 290-291) evidencia, de forma objetiva, a existência de vários métodos exequíveis para se evidenciar a razoabilidade dos preços. Por exemplo, um dos parâmetros poderia ser os preços praticados pelos particulares ou por

outros órgãos governamentais, conforme sinaliza, inclusive, o inciso IV do art. 43 da Lei nº 8.666/1993. Ensina o autor que, na ausência de outros parâmetros, 'o contrato com a Administração Pública deverá ser praticado em condições econômicas similares com as adotadas pelo particular para o restante de sua atividade profissional (...).'

49. Em conclusão, a justificativa dos preços tanto era exequível como também era exigência legal, visto que a Administração Pública não pode contratar por valor desarrazoado.

8.4.2. Exame e aprovação jurídica - Prévio Exame das minutas de editais e contratos administrativos por setor jurídico

TCU - ACÓRDÃO - 5820-28/11-2 - Sessão: 09/08/11 - Relator: Ministro ANDRÉ LUÍS DE CARVALHO - Prestação de Contas. Contratação por dispensa de licitação. Serviços remanescentes de vigilância. Não observância de proposta e parecer jurídico prévios. Irregularidades

[ACÓRDÃO]

9.6. dar ciência à sociedade de economia mista Indústrias Nucleares do Brasil S.A. das seguintes falhas verificadas nas presentes contas:

9.6.1. irregularidade constatada no âmbito do Processo GSEMP.F - 2008/05/0002, assim como no respectivo contrato dele advindo, consistente na contratação, por dispensa de licitação, da empresa segunda colocada no aludido processo licitatório, para prestar os serviços remanescentes de vigilância, no valor de R\$ 1.221.559,68, preliminarmente à formalização da proposta da referida empresa e à apresentação do parecer jurídico sobre a matéria, decorrente do descumprimento do art. 24, inciso XI, da Lei nº 8.666, de 1993;

[RELATÓRIO]

5.3.1 Esta irregularidade foi constatada pela SFC no processo GSEMP.F - 2008/05/0002, que teve por objeto a contratação de serviços de segurança física para as unidades da INB em Resende/RJ e no Rio de Janeiro/RJ, por meio de dispensa de licitação, amparada no inciso XI do Art. 24 da Lei 8.666/93, para um período inicialmente de seis meses, pelo valor de R\$1.221.559,68 [...]. A justificativa apresentada para a contratação, aposta na Requisição de Material/Serviço GSEMP.F 2008/05/00002, de 20/05/2008, foi a de que havia ocorrido a rescisão do contrato anterior por inadimplemento da contratada, e que, com base no inciso XI do Art. 24 da Lei 8.666/93, a segunda colocada foi consultada a respeito de assumir a execução dos serviços, com o que concordou. A Gerência Financeira da INB - GEFIN.F calculou a correção do valor do contrato em 7,26%, visto que o contrato anterior, de nº 3/07/012, havia sido assinado em 01/11/2007. O valor mensal para a prestação dos serviços passou de R\$ 189.813,28 [...] para R\$ 203.593,28 [...]. Segundo informações constantes no Relatório de Auditoria, a Resolução da Diretoria Executiva nº 045/08, de 05/05/2008, autorizou a contratação da segunda colocada para dar continuidade aos serviços, preliminarmente à formalização da proposta pela empresa, em 13/05/2008, e à apresentação do parecer jurídico sobre a matéria, emitido em 21/05/2008.

8.5. Credenciamento

A Administração Pública tem o dever de licitar quando pretender contratar com terceiros (art. 37, inc. XXI, da Constituição da República), salvo nas hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação, previstas nos arts. 17, 24 e 25 da Lei nº 8.666/93.

A dispensa tem cabimento nas situações em que a licitação, em tese, seria possível, todavia algumas razões justificam que se deixe de efetuar-la em nome de outros interesses públicos. As hipóteses de dispensa de licitação, que são taxativas, estão elencadas nos arts. 17 e 24 da Lei nº 8.666/93.

Já a inexigibilidade de licitação decorre da inviabilidade de competição, por força da ausência de algum(ns) dos pressupostos que autorizariam a instauração do certame, estando prevista no art. 25 da Lei nº 8.666/93, que traz em seus incisos hipóteses meramente exemplificativas das situações em que é possível sua configuração.

Quando se fala em inexigibilidade, em regra, pensa-se na ausência de pluralidade de sujeitos em condições de contratar. Contudo, a inexigibilidade não se restringe a essa situação. Pode restar caracterizada diante da impossibilidade de se comparar bens heterogêneos (já que, nesse caso, não há como estabelecer critérios objetivos de julgamento, como é o caso das hipóteses previstas nos incs. II e III do art. 25 da Lei nº 8.666/93), ou, ainda, quando o interesse público determinar a contratação de uma pluralidade de particulares que atendam as condições fixadas pela Administração, sem que haja relação de exclusão. Essa última situação é denominada de credenciamento.

Quando o interesse público, ao invés de determinar a escolha de apenas um ou alguns contratados, impuser a contratação de todos os interessados, em igualdade de condições, não haverá relação de exclusão entre eles, tornando-se inviável a competição e, por conseguinte, a licitação. Joel de Menezes Niebuhr assim sintetiza essa situação:

A licitação pública serve para reger a disputa dum contrato; se todos são contratados, não há o que se disputar, inviável é a competição e, por corolário, está-se diante de mais um caso de inexigibilidade, quer queira ou não o legislador.⁴⁷

Portanto, o credenciamento retrata hipótese de inexigibilidade de licitação, podendo ser adotado com base no art. 25, caput, da Lei nº 8.666/93.

TCU ACÓRDÃO 0416-07/08 - PLENÁRIO - Sessão: 12/03/08 - Relator: Ministro UBIRATAN AGUIAR

8. Serviços advocatícios, nos termos avençados entre o Confea e o escritório [...] [serviços de assessoramento jurídico, em especial consultoria e serviços de advocacia perante o Tribunal de Contas da União, (...) ou qualquer outro que se fizer necessário, para defender interesse do Contratante], podem ser objeto de licitação ou, caso reste comprovada a necessidade de 'maior grau de conhecimento técnico', de credenciamento, conforme constou do subitem 1.2 do acórdão recorrido, no qual foi feita menção à jurisprudência desta Casa acerca dessa possibilidade (Acórdãos nº 116/2002 - Plenário, 1.320/2003 - 2ª Câmara e 2.521/2003 - 1ª Câmara).

9. Lembro que, caso o credenciamento seja a opção do órgão ou entidade contratante, deve ser dada ampla divulgação ao instrumento convocatório, com a fixação de critérios e exigências para a pré-qualificação, em respeito aos princípios constitucionais

⁴⁷ NIEBUHR, Joel de Menezes. Dispensa e inexigibilidade de licitação pública. São Paulo: Dialética, 2003. p. 211

da legalidade, da publicidade e da impessoalidade (art. 37, caput, da Constituição Federal).

A conveniência administrativa e o próprio interesse que impulsiona a ação do Poder Público impõem a necessidade de que dado objeto, seja executado por mais de um prestador, sem que um exclua a atuação do outro. Assim é que, identificada essa excepcionalidade, é facultado à Administração Pública utilizar-se do denominado sistema de credenciamento.

Ou seja, a execução do objeto por apenas um contratado não atenderá a finalidade e interesse públicos, motivo pelo qual a licitação mostra-se inadequada, haja vista que através dessa somente se elege um prestador.

Neste contexto entendemos, seja cabível o CHAMAMENTO PÚBLICO para cadastramento de eventuais interessados, com regras disciplinadas no Edital, principalmente porque, desta forma garante-se igualdade de oportunidades a todos os interessados, vencendo-se a inviabilidade de competição.

9. Comissão de licitação: Prerrogativas e obrigações

A Lei nº 8.666/93, em seu art. 6º, inciso XVI, traz o seguinte conceito de comissão:

"XVI - Comissão - comissão, permanente ou especial, criada pela Administração com a função de receber, examinar e julgar todos os documentos e procedimentos relativos às licitações e o cadastramento de licitantes".

À vista do conceito antes reproduzido (art. 6º, XVI), podemos, inicialmente, definir comissão de licitação como aquela designada pela Administração para recebimento, análise e julgamento de documentos e propostas de procedimentos licitatórios instaurados.

A comissão de licitação pode ser permanente ou especial, entendendo-se a primeira como a comissão instituída para análise e julgamento de todas as licitações realizadas no âmbito da entidade, no ano em curso, e a segunda como aquela designada especialmente para determinada licitação, que, por sua especialidade, exija, por exemplo, conhecimentos mais específicos.

9.1. Funções

A Lei menciona genericamente, tanto no art. 6º, XVI, como no art. 51, as funções da comissão de licitação, atribuindo-lhe o julgamento da documentação e proposta, como já apontado.

Contudo sua função é sempre mais complexa, cabendo-lhe, à vista dos dispositivos legais constantes no Estatuto:

- instruir o processo licitatório, juntando documentos pertinentes (art. 38);
- prestar informações aos interessados;
- providenciar a publicação dos atos em tempo hábil (art. 21, § 1º, art. 109);
- instaurar a fase de habilitação, promovendo, na data previamente marcada, a abertura dos envelopes, a rubrica e a análise dos documentos;
- realizar diligências e habilitar ou inhabilitar proponentes (art. 43);

- rever, de ofício ou mediante provocação (recurso), suas decisões, informando, quando necessário, à autoridade superior os recursos interpostos (art. 109, § 4º);
- analisar, julgar e classificar as propostas (art. 43), findando suas atividades com o encerramento da fase de julgamento das propostas, esgotamento do prazo recursal ou julgamento dos recursos eventualmente interpostos, e remessa do processo à autoridade superior.

Compete, ainda, à comissão de licitação exercer o poder de polícia nos locais onde se realizam os trabalhos, bem como outras atividades que lhe forem atribuídas.

Registre-se que, para desempenho de todas essas atribuições, pode a comissão de licitação, sempre que necessitar, valer-se do assessoramento de terceiros, sejam técnicos ou órgãos especializados. Contudo os pareceres, laudos, etc. emitidos por esses não vincularão a decisão da comissão de licitação, servindo apenas como subsídios, visto que compete tão-somente a ela (comissão) a tomada de decisões relativas à habilitação e julgamento das propostas.

9.2. Composição

A comissão de licitação, nos termos da Lei, deve ser composta de, no mínimo, 3 (três) membros devidamente qualificados. Destes, pelo menos 2 (dois) devem pertencer ao quadro permanente do órgão ou entidade responsável pela licitação. Saliente-se que esta proporcionalidade - 2/3 - deve ser sempre respeitada, independentemente do número de membros que venham a compor a comissão.

9.3. Responsabilidade dos membros

Sendo a comissão de licitação um colegiado, suas decisões decorrem do consenso da maioria de seus membros. Dessa forma, todos são responsáveis pelas decisões tomadas, respondendo, por conseguinte, solidariamente pelas conseqüências delas decorrentes.

Todos os seus membros têm, pois, o dever de observar a Lei e buscar a finalidade perseguida pela Administração, que é a satisfação do interesse público.

Assim sendo, quando um dos membros não concordar com certa decisão ou certo procedimento adotado, por considerá-lo ilegal ou contrário aos princípios gerais, deverá expressar entendimento, fundamentá-lo e exigir seu registro em ata, a fim de afastar uma possível responsabilização. Essa é a conduta, prevista no art. 51, § 3º, da Lei nº 8.666/93, que visa também evitar a continuidade de eventuais vícios, por meio de sua publicidade.

9.4. Remuneração dos membros

A função de membro de comissão é normalmente desempenhada pelo servidor, sem prejuízo das atribuições inerentes a seu cargo. Ocorre, em verdade, um acúmulo de funções, pois ao mesmo tempo em que responde por suas atividades normais, responsabiliza-se o servidor também pelas decorrentes da nomeação ou designação como membro de comissão. E, como essa

exige dedicação, muitas vezes até por tempo integral, em face do volume das contratações realizadas, nada mais justo que o servidor perceba, pelo desempenho, uma gratificação.

Apesar de a Lei nº 8.666/93 não regulamentar este aspecto, não há impedimentos à sua aplicação, podendo a entidade licitante fundamentar-se em legislação local já existente que discipline o funcionalismo público (Estatuto dos Funcionários) e que preveja a concessão de gratificação ou adicional pela prestação de serviço, e até mesmo editar norma específica disciplinando o assunto.

10. Pregoeiro e Equipe de Apoio: Prerrogativas e obrigações

PREGOEIRO: aquele servidor a quem competirá não apenas a realização da Sessão de Julgamento do Pregão, mas também a análise de impugnações ao edital e pedidos de esclarecimentos que porventura venham a ser apresentados.

PERFIL - O pregoeiro, incumbido de perseguir o melhor negócio para a administração, ao lado de profundo conhecimento da legislação em vigor, necessita reunir alguns outros talentos como liderança, habilidade em técnicas de negociação e facilidade de comunicação.

Não é necessário ter formação em Direito. No entanto, "é imprescindível" o conhecimento da legislação pertinente ao Pregão.

O Pregão não é um procedimento estático e inteiramente previsto em Lei; a cada sessão, criam-se situações novas e as soluções devem ser inteligentes e embasadas nos princípios de Direito Administrativo.

O pregoeiro deve buscar uma postura tranqüila e amigável, sem, contudo, perder a liderança e autoridade sobre o procedimento. Haverá casos em que será necessário adotar uma postura mais agressiva e pontual de negociação.

ATRIBUIÇÕES E COMPETÊNCIAS: Ao Pregoeiro deverá ser disponibilizado o suporte material adequado, como: sala, mobiliário, computador com software para a realização do pregão, aparelho de fax, acesso a internet, livros, cursos de aperfeiçoamento, pessoal e tudo aquilo que se demonstre necessário para a boa condução dos processos licitatórios.

Ao Pregoeiro designado pela autoridade superior caberá: coordenar o processo licitatório; receber, examinar e decidir as impugnações e consultas ao edital, apoiado pelo setor responsável pela sua elaboração; conduzir a sessão pública na internet; verificar a conformidade da proposta com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório; dirigir a etapa de lances; verificar e julgar as condições de habilitação; receber, examinar e decidir os recursos, encaminhando à autoridade competente quando mantiver sua decisão; indicar o vencedor do certame; adjudicar o objeto, quando não houver recurso; conduzir os trabalhos da equipe de apoio; e encaminhar o processo devidamente instruído à autoridade superior e propor a homologação.

O pregoeiro poderá exercer o poder de polícia, podendo retirar da sessão os licitantes ou ouvintes que estejam atrapalhando o bom andamento da sessão; O Pregoeiro poderá também, autenticar documentos na sessão, comparando-os com os originais, em razão da fé-pública que detém;

EQUIPE DE APOIO: A equipe de apoio deverá ser integrada em sua maioria por servidores ocupantes de cargo efetivo ou emprego da administração, preferencialmente pertencentes ao quadro permanente do órgão ou entidade promotora do evento (Art. 3º, §1º, da Lei 10.520/02).

PERFIL: A equipe de apoio, integrada em sua maioria por servidores ocupantes de cargo efetivo ou emprego da administração, pertencentes ao quadro permanente do órgão ou da entidade promotora do pregão, pelo que se depreende da norma regulamentar tem por missão precípua prestar assistência ao pregoeiro, dando suporte às atividades que lhe incumbem executar.

ATRIBUIÇÕES E COMPETÊNCIAS: A equipe de apoio será, pelo Pregoeiro coordenada e dirigida. Encarregar-se-á, nesse contexto, da formalização de atos processuais, realização de diligências diversas, assessoramento ao pregoeiro nas sessões do certame, redação de atas, relatórios e pareceres etc.

Oportuno asseverar que a equipe de apoio não possui atribuições que importem em julgamento ou deliberação, sendo tais atos de responsabilidade exclusiva do pregoeiro. Nada impede, todavia, que a seus membros se impute a responsabilidade de realizar o exame de propostas quanto aos aspectos formais, sugerindo a classificação ou a desclassificação. Ao pregoeiro cabe examinar a proposição feita e tomar a decisão que entender compatível na hipótese tratada. O mesmo se pode dizer em relação à habilitação em cada certame licitatório, quando poderá a equipe de apoio analisar os documentos à luz do que estatuir o edital, emitindo parecer destinado a subsidiar a decisão a ser adotada pelo pregoeiro.

10.1. Características técnicas e pessoais do servidor a ser designado como pregoeiro ou membro de equipe de apoio

O pregoeiro e a equipe de apoio deverá velar pela observância das disposições legais e editalícias, neste sentido, é imprescindível que tenha conhecimento adequado das regras incidentes.

JURISPRUDÊNCIA

LICITAÇÃO. TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. INOBSERVÂNCIA, PELO PREGOEIRO, DA VINCULAÇÃO DA SUA RESPOSTA, EM SEDE DE CONSULTA, AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO, NÃO ATENUANDO, POR CONSEQUENTE, A SUA RESPONSABILIZAÇÃO.

[VOTO]

10. Como se observa, em que pese o fato de que os responsáveis agiram seguindo orientações do setor de informática da Funasa, não se pode atenuar a responsabilidade dos mesmos quanto aos equívocos cometidos na condução do certame, em especial, pela desclassificação da empresa [omissis].

11. É forçoso reconhecer que o pregoeiro afirmou, em um primeiro momento, que o item 1.2.3 do anexo II do edital dizia respeito à quantidade total de slots e não a livre. Tal assertiva, como já mencionado, e consoante jurisprudência do STJ, tem efeito vinculante para os participantes, nos termos do art. 41 da Lei 8.666/1993, pois ocorreu em sede de esclarecimentos feitos à recorrente e posteriormente repassados aos demais licitantes.

12. Diante dessa resposta, a empresa [omissis] passou a crer que seu produto atendia as especificações previstas no edital, quanto ao número mínimo de slots. Todavia, posteriormente, foi a mesma desclassificada por apresentar uma máquina que efetivamente tinha 4 slots livres, e que, ao contrário do afirmado, não atenderia a exigência mínima de 5 slots livres para uso do órgão.

13. Não se trata, portanto, de responsabilizar o pregoeiro por eventuais erros no edital, mas, sim, responsabilizá-lo por informação por ele prestada, que, nitidamente, acabou prejudicando a licitante.

[ACÓRDÃO]

9.2. rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelo Sr. [omissis], pregoeiro do Pregão Eletrônico n.º 3/2007 da Fundação Nacional de Saúde;

9.3. aplicar aos responsáveis Srs. [omissis] e [omissis] a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei n.º 8.443/92, c/c art. 268, inciso II, do RITCU, nos valores individuais de R\$ 3.000,00 (três mil reais) e 5.000,00 (cinco mil reais) respectivamente, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprovem perante o Tribunal o recolhimento das dívidas aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente a partir do término do prazo estabelecido até a data do efetivo recolhimento, na forma da legislação em vigor;

ACÓRDÃO-0915-17/09-PLENÁRIO Sessão: 06/05/09 Grupo: I Classe: VII Relator: Ministro JOSÉ JORGE – Fiscalização

11. Termo de Referência e Projeto Básico

A expressão “termo de referência” é um rótulo novo. Ainda que possa ter sido empregada em outros momentos, sob o ponto de vista legal, ela surge apenas no ano de 2000, com a edição do Decreto nº 3.555. Portanto, é preciso observar que essa expressão não foi um rótulo criado pelo Poder Legislativo, mas pelo Poder Executivo, em razão de sua competência de regulamentar a lei. Assim, nem a Lei nº 8.666/93 nem a Lei nº 10.520/02 (pregão) utilizam-na. Foi no momento de regulamentar o pregão que o “legislador” cunhou o rótulo “termo de referência”, até aquele momento o instrumento mais comum era o Projeto Básico previsto no Art. 6º da Lei nº 8.666/93. Em ambos os casos porém, os requisitos listados em seguida são essenciais.

Termo de Referência é o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar a avaliação do custo pela Administração, diante de orçamento detalhado, considerando os preços praticados no mercado, a definição dos métodos, a estratégia de suprimento e o prazo de execução do contrato.

Projeto Básico é o conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:

- a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza;
- b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem;
- c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
- d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
- e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso;
- f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados;

11.1. Indicação do objeto de forma precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem ou frustrem a competição ou sua realização

Ao preparar o termo de referência ou o Projeto Básico, o agente deve reunir as informações que traduzam de forma precisa a sua necessidade. Com efeito, se a necessidade estiver bem configurada, o objeto da futura licitação será definido de forma precisa e suficiente, pois uma coisa decorre da outra.

A descrição do objeto do futuro contrato deve ser realizada com toda a precaução, valendo-se a Administração de estudos técnicos sólidos, para definir, de maneira precisa, o que realmente contempla o interesse público. Ora, é necessário que a Administração saiba o que quer e, para tanto, não há outro caminho afora o de procurar conhecer as possibilidades ofertadas no mercado, consultando especialistas a respeito do objeto que se pretende contratar⁴⁸

Com efeito, poderíamos dizer que o termo de referência responde à seguinte pergunta: qual é a necessidade (ou o problema) da Administração? A descrição do objeto apresentaria resposta para outra pergunta, a saber: qual é a solução para o problema?

⁴⁸ NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação Pública e Contrato Administrativo. Curitiba: Zênite, 2008. Pág. 162

O termo de referência e o Projeto Básico devem conter informações do requisitante que possibilitem à autoridade competente definir o objeto da contratação. Ademais, o termo de referência é uma providência necessária na fase preparatória da contratação, independentemente de qual será a modalidade a ser adotada.

Portanto, mesmo nos casos de contratação direta em que não se fala em modalidade de licitação, o termo de referência é indispensável. Além disso, é preciso não esquecer que a identificação da necessidade é o “marco zero” da contratação pública, não sendo condicionada pela modalidade adotada, nem pelo tipo de licitação, nem pelo regime de execução e tampouco com qualquer outro instituto jurídico próprio da contratação. Ela não é condicionada por uma razão bem simples: é providência anterior a todas as demais. Logo, é ela que condiciona as outras decisões, e não o contrário.

“Nenhuma licitação poderá ser instaurada sem que a Administração tenha conhecimento do que pretende contratar. É oportuno lembrar que a licitação não é um fim em si mesma, mas objetiva sempre alcançar uma contratação que satisfaça as necessidades da Administração. E é indispensável, nessas condições, que se conheça exatamente quais as características do bem ou do serviço que satisfarão integralmente essas necessidades. O regulamento fala em definição do objeto de forma precisa, suficiente e clara. Examinemos cada um desses vocábulos.

Precisa é a definição que delimita exatamente o que é necessário. Precisão não admite hesitação, mas pode admitir alternativas. Exemplifiquemos: a Administração necessita adquirir um microcomputador, equipamento que será utilizado na execução de uma determinada tarefa que exige a digitação de textos, a realização de cálculos em planilhas eletrônicas e a conexão à internet. Conhece a Administração o volume de trabalho que será executado nesse equipamento, a quantidade de arquivos que nele serão mantidos e a forma como esses arquivos serão tratados. O conhecimento desses elementos (e de mais alguns outros que os especialistas em informática considerarão indispensáveis) permitirá definir quais as características efetivas do microcomputador que atenderá as necessidades: características do processador, capacidade do disco rígido e necessidade de outras formas de armazenamento, características dos componentes de vídeo e áudio, etc. Tudo perfeitamente definido, sem dúvidas, de forma precisa. Mas, permitindo aos fornecedores interessados em participarem do certame a seleção de alternativas, isto é, dentre os diversos modelos de microcomputadores disponíveis no mercado e que atendem integralmente as especificações, cada licitante oferecerá em sua proposta aquele que lhe parece conduzir à melhor possibilidade de negociação em torno do preço, à maior possibilidade de vir a ser declarado o vencedor da disputa, com direito à contratação seqüente. Isso é a precisão a que se refere o texto regulamentar.

O regulamento exige, igualmente, que a definição do objeto seja suficiente. Esse comando busca escoimar do ato convocatório qualquer definição que seja excessiva, irrelevante ou desnecessária e que, por isso mesmo, além de em nada ajudar a Administração, ainda virá a prejudicá-la, na medida em que poderá afastar do certame potenciais licitantes que teriam condições de ofertar a melhor proposta, isto é, aquela que atende integralmente as necessidades, com o menor custo. Voltando ao exemplo do microcomputador, podemos afirmar que, em regra, é absolutamente irrelevante se o mesmo tem gabinete em forma de torre ou desktop. Como, em geral, é irrelevante se o mesmo possui conexão para mouse na parte frontal ou traseira, ou em uma das laterais do gabinete.(Nota 4) E, em sendo irrelevante, essas exigências não podem ser feitas no instrumento convocatório, porque a Administração, em função delas, estaria correndo o risco de direcionar o objeto do certame a um único ou a um pequeno grupo de fornecedores, eliminando da disputa a maioria dos interessados sem que houvesse um motivo justo para tal. Como diz o decreto, por uma definição excessiva, irrelevante e desnecessária, a Administração estaria limitando a

competição. Isto é, estaria contrariando fundamentalmente o princípio da competitividade, criando um vício editalício. E, exatamente por esse motivo, é expressamente vedado pelo texto do decreto.

Exige, finalmente, o regulamento que a definição seja clara. Ser claro significa não deixar dúvidas. Muitas e muitas vezes a definição do objeto do certame é feita no edital de forma absolutamente confusa ou imprecisa, dando margem a interpretações divergentes. E fazendo com que o licitante ofereça em sua proposta um objeto que julga atender integralmente o edital, mas que não é realmente o pretendido pela Administração. Exemplifiquemos: um edital descreve como objeto do certame a aquisição de uma certa quantidade de “cartuchos de tinta preta para impressora marca X, modelo Y”. Por razões fundamentalmente técnicas (por exemplo, a impressora ainda está no período de garantia e essa é, em geral, uma exigência do fabricante para que essa garantia seja honrada) a Administração só poderá aceitar no certame propostas que ofereçam os cartuchos assim denominados “novos e originais”, isto é, aqueles de primeiro uso e que são fabricados pela mesma empresa que fabricou a impressora. Como essa condição técnica não ficou clara no edital, um licitante poderá ser tentado a oferecer um cartucho compatível, isto é, um cartucho novo, mas de outro fabricante. Essa proposta não atende as necessidades da Administração, devendo, dessa maneira, ser desclassificada. Mas, como desclassificar uma proposta se a mesma rigorosamente não contraria qualquer disposição do ato convocatório? Estaria criado um incidente na licitação, de difícil solução, na medida em que estarão em confronto de um lado o interesse da Administração e de outro o interesse de um administrado, sem que exista uma regra clara que permita solucionar a pendência.

Precisão, clareza e suficiência são exigências legais para a definição do objeto do certame, e isso necessita constar expressamente da documentação relativa à licitação a ser realizada.”⁴⁹

11.2. Justificativa da necessidade da contratação

O setor requisitante da contratação, seja de bens de consumo ou permanente seja de prestação de serviços, deve apresentar seu pedido ao setor competente para dar início ao procedimento interno licitatório, expondo os fatos que fundamentam a necessidade da contratação pretendida e a justificativa do pedido, de modo a indicar os elementos necessários para a tomada de decisão pela autoridade competente para autorizar a deflagração da licitação.

Requisitos Mínimos:

- Motivação;
- Benefícios Esperados;
- Natureza do Serviço;
- Objetivos e Metas;

Devem ser expostos os motivos que evidenciam a necessidade da contratação do material ou serviço, motivos estes que devem ser explícitos, claros e congruentes.

Caberá à autoridade competente justificar a necessidade de aquisição, ou seja, a mesma autoridade que define o objeto deve justificar a necessidade de contratação. Para compreender adequadamente os termos da regra, é preciso diferenciar duas coisas: a justificativa da necessidade em si da justificativa da contratação. A justificativa da necessidade (que é o problema a ser

⁴⁹ REIS, PAULO SÉRGIO DE MONTEIRO - TERMO DE REFERÊNCIA NO PREGÃO - Revista Zênite – PREGÃO EM DESTAQUE - 350/122/ABR/2004

resolvido) é uma atribuição do agente requisitante, pois é ele quem deve justificar a demanda. A justificativa da necessidade de contratação é da autoridade competente, pois a definição do objeto (e das demais obrigações que dele decorrerão) implica tomada de decisão de mérito e prepara o nascimento de uma futura relação jurídica.

O princípio da obrigatoria motivação impõe à Administração Pública o dever de indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinaram a prática do ato (art. 2º, parágrafo único, VII, da Lei n. 9.784/99). Assim, a validade do ato administrativo está condicionada à apresentação por escrito dos fundamentos fáticos e jurídicos justificadores da decisão adotada.

Trata-se de um mecanismo de controle sobre a legalidade e legitimidade das decisões da Administração Pública.

11.3. Estimativa do custo, diante de orçamento detalhado, considerando os preços praticados no mercado

Para que a Administração venha a conhecer o efetivo custo estimado da futura contratação, é indispensável que ela conheça perfeitamente o objeto do certame e as exigências relativas à execução do contrato (de forma precisa, suficiente e clara).

Essa estimativa de custo é realizada com base em apuração realizada junto ao mercado fornecedor do bem ou do serviço. Somente se a definição do objeto tiver sido feita de forma precisa, suficiente e clara, a Administração terá condições de pesquisar e obter no mercado, com margem de acerto muito próxima da realidade, o custo estimado da contratação.

Esse custo representa elemento fundamental e, por isso mesmo, indispensável para que a própria licitação venha a ser realizada, pois nenhum procedimento licitatório, qualquer que seja o seu objeto, poderá ser realizado sem que se conheça o custo estimado da contratação que dele resultará.

Cada bem ou serviço terá um determinado valor em função das características que lhe são próprias. Um microcomputador cujo processador tenha um clock de 800 Mhz, disco rígido com capacidade para 80 Gb, memória RAM de 256 Kb, etc., não tem o mesmo preço de um outro microcomputador cujo processador tenha clock de 500 Mhz, disco rígido de 20 Gb e memória RAM de 32 Kb, embora ambos sejam microcomputadores. O preço estimado será obtido, então, em função da perfeita definição técnica do objeto pretendido.

“A Administração, através do setor requisitante, chega ao preço de referência através de uma pesquisa realizada no mercado, pesquisa essa que precisa necessariamente ser realizada tecnicamente, de forma a representar o verdadeiro custo estimado. As empresas do mercado a serem pesquisadas devem ser tecnicamente selecionadas, pois a obtenção de preço junto a alguém que está em débito com o sistema de seguridade social pouco ou nada representará de útil para a Administração, na medida em que essa empresa não pode vir a ser contratada (como dispõe a Constituição Federal, no art. 195, § 3º). E o preço obtido junto a essa empresa pode vir a distorcer os resultados da pesquisa, de tal sorte que esta não representará, ao fim e ao cabo, a verdadeira realidade do mercado.

Igualmente, não são úteis nesse momento os preços obtidos juntos a empresas que estão praticando valores promocionais, que só valem por um curto período. São preços mais reduzidos

que os normalmente praticados no mercado e que só valem mediante certas condições estabelecidas pela empresa, que não se sujeitaria às regras de uma licitação.

É necessário obter uma quantidade de propostas que acabe por representar a verdadeira realidade do mercado, em regra, não menos do que três. E é preciso muito cuidado com o planejamento dessa pesquisa, pois uma parcela do mercado costuma praticar dois preços distintos: um válido para o particular e outro válido para a Administração Pública. E se a Administração costuma cumprir seus compromissos, pagando regularmente seus fornecedores, não deverá aceitar essa distinção, o que só conseguirá fazer se o seu representante na pesquisa for um especialista no assunto, que consiga atuar tecnicamente.”⁵⁰

“A Administração, pois, deve realizar pesquisa de mercado para orçar o valor estimado da futura contratação. A legislação não prescreve como deve ser realizado esse orçamento. Praticamente a Administração Pública nacional inteira costuma consultar três ou quatro pessoas que atuem no ramo do objeto a ser licitado, pedindo a eles que encaminhem orçamento informal. Daí a entidade administrativa faz uma média dos orçamentos recebidos para apurar o valor estimado da contratação.

Insiste-se que o referido procedimento não está previsto em lei alguma. Trata-se de mero costume, que verdadeiramente é arraigado na Administração Pública nacional.

Entretanto, o fato é que o procedimento que a Administração Pública costuma levar a cabo para estimar os preços de seus contratos não é eficaz. Ocorre, com larga freqüência, que as empresas previamente consultadas pela entidade administrativa apresentam a ela orçamento com preços excessivos, superiores aos preços praticados por elas, até mesmo porque pretendem participar da licitação e não se dispõem a externar antes do próprio certame o seu preço real e final. Assim o sendo, a entidade administrativa acaba recebendo orçamentos superfaturados e, por consequência, superestima os valores dos seus futuros contratos. Desse modo, a entidade administrativa utiliza estimativa irreal, que não lhe serve como parâmetro verdadeiro para planejar e programar os seus contratos, bem como, durante a licitação, para controlar os preços que lhe são ofertados. O grande problema é que sem parâmetro de preço verdadeiro a Administração costuma aceitar qualquer proposta, muitas vezes com preços excessivos ou com preços inexequíveis.

Sob esse quadro, sugere-se que a Administração Pública reveja o procedimento para a realização da pesquisa de preços e para realizar a estimativa de preço do contrato.

Entre outras medidas, além da cotação de preços usualmente realizada, recomenda-se que os agentes administrativos procurem outros possíveis fornecedores ou mesmo diligenciem no mercado, visitando lojas ou fábricas. É interessante, da mesma forma, consultar listas de preços oficiais ou veiculadas por publicações especializadas, ou, ainda, consultar os valores pagos para objetos similares por outros órgãos ou entidades da Administração Pública, o que pode ser feito com facilidade por meio da rede mundial de computadores.

É importante que as entidades administrativas consultem o quanto outras entidade administrativas dispenderam recentemente em relação ao objeto que se pretende orçar e licitar. Com isso, a Administração disporia de mais uma referência, de mais um elemento para orçar adequadamente, obtendo valores mais próximos da realidade.

⁵⁰ REIS, PAULO SÉRGIO DE MONTEIRO - JUSTIFICATIVAS TÉCNICAS DOS ATOS DA FASE INTERNA DO PREGÃO – Revista Zênite – PREGÃO EM DESTAQUE - 41/119/JAN/2004

Também é interessante que a Administração verifique o quanto ela pagou no seu último contrato em relação ao objeto que se pretende orçar, aplicando sobre o referido valor o índice acumulado da inflação no período ou mesmo um índice setorial.

Sugere-se que a Administração colha o maior número de elementos, dados e referências possíveis para apurar o valor estimado das suas contratações. Isto é, faça uma pesquisa de preços com eventuais fornecedores, faça uma pesquisa na internet e em revistas especializadas, consulte outros órgãos e entidades da Administração Pública, verifique o quanto ela despendeu em relação ao mesmo objeto no último contrato, enfim tudo que estiver ao alcance dela para obter uma estimativa real de preço.

Inclusive, a Administração poderia cogitar de contratar alguma empresa especializada para disponibilizar a ela levantamento de preços no mercado, de forma ampla, em relação aos itens e objetos que costumam ser contratados por ela. Ou seja, ela encarregaria um terceiro de realizar essa estimativa, o que pode lhe trazer resultados muito interessantes e economia nos contratos administrativos.

O fundamental é que a Administração Pública saiba efetivamente o quanto custa no mercado o objeto a ser licitado.”⁵¹

11.4. Definição dos prazos, locais e procedimentos de entrega

Exige a Lei federal das Licitações e Contratos que o edital contenha disposições relativas ao prazo e às condições para execução do contrato e para a entrega do objeto da licitação.

A Lei determina que o edital fixe os prazos para a execução do contrato e para a entrega do objeto contratado. O prazo de execução pode ser dividido em prazos menores destinados ao cumprimento de certas tarefas, como são os prazos para a execução da terraplanagem, das fundações, da estrutura, da alvenaria, da hidráulica e do acabamento, caracterizadores do cronograma físico da obra. Observe-se, no entanto, que alguns prazos intermediários podem ser dispensados. É do Termo de Referência ou Projeto Básico que o agente que faz a redação dos editais vai extrair estes prazos.

O Termo de Referência/Projeto Básico, nesses casos, deverá estabelecer as sanções pelo descumprimento de qualquer desses prazos, após o quê se terá, também fixado pelo edital, o prazo de entrega do objeto com a correspondente sanção, caso não seja cumprido. São disposições necessárias, cuja omissão ou redação duvidosa pode nulificar o edital. Assim, caso o órgão requisitante não determine estes prazos serão utilizados os prazos padrão que constam de editais previamente aprovados.

A Lei exige que o edital prescreva as condições de recebimento do objeto da licitação. Essas regras devem ser estabelecidas à vista das prescrições dos arts. 73 a 76 da Lei federal das Licitações e Contratos, que giram em torno dos recebimentos provisório e definitivo. O edital deverá estabelecer, conforme a natureza do objeto, se o recebimento será provisório ou definitivo, estabelecendo as respectivas condições e prazos.

Deve-se também regular a rejeição caso o objeto, ainda que executado, não atenda o contrato e as especificações exigidas. Essas regras são próprias para os contratos de obras e

⁵¹ NIEBUHR, JOEL DE MENEZES - ORÇAMENTO ESTIMADO - REVISTA ZÊNITE - DOUTRINA - 1065/165/NOV/2007

serviços, o que não dispensa, no caso de outros contratos, a prescrição de adequadas regras relativas, por exemplo, ao local de entrega do bem e à modalidade de entrega, que pode ser de uma só vez ou parceladamente. Essas regras, guardada a natureza do objeto, são indispensáveis na composição do edital.

11.5. Cronograma físico-financeiro

A Lei de licitações impõe ao edital o estabelecimento de regras relacionadas às condições de pagamento, prevendo nesse particular: cronograma de desembolso máximo por período, em conformidade com disponibilidade de recursos financeiros;

O prazo de pagamento deve estar indicado no edital, conforme a praxe administrativa e a discricionariedade da Administração Pública na sua fixação, observado, no entanto, o limite máximo de 30 dias, contado da data do adimplemento da obrigação do contratado. Ao edital também cabe prever o cronograma de desembolso máximo por período, levando em conta a disponibilidade de recursos financeiros.

11.6. Deveres do contratado e do contratante

Ao elaborar o Termo de Referência ou o Projeto Básico da futura contratação o agente público deverá ter em mente quais são as obrigações do futuro contratado a fim de ter atendidas ao final da licitação às suas necessidades.

Tais necessidades devem ser explicitamente detalhadas de modo que não reste dúvida acerca das obrigações da empresa contratada. É nesta oportunidade que o que não se pode deixar de fazer é ouvir os envolvidos com o problema.

Para que se possa identificar a necessidade de forma adequada, é preciso, entre outras coisas, ouvir os envolvidos com o problema, que, em regra, serão também os beneficiados com a solução. Essa é uma providência simples e básica, mas é comum ser relegada a segundo plano ou mesmo nem ser realizada.

A importância de ouvirmos os interessados diretamente com a situação justifica-se em razão de que o problema se traduz necessariamente num fato (situação), cujas circunstâncias ninguém conhece melhor do que os próprios envolvidos com ele.

Sem ouvir os interessados, corre-se o risco de ignorar ou omitir determinada condição ou circunstância essencial para a definição da solução (objeto). Pode parecer absurdo, mas esse é um dos sérios problemas que conduzem muitas contratações ao fracasso. Uma das razões que faz com que os envolvidos com o problema não sejam ouvidos é a urgência que normalmente preside o “planejamento” das contratações.

Ainda não se percebeu que o tempo ganho nesse momento por não ouvir os envolvidos é perdido nas outras fases do processo quando o problema causado pela má identificação da necessidade vem à tona. E, diga-se de passagem, que o tempo que será perdido na fase contratual, por exemplo, é enorme, e os prejuízos, em muitos casos, são irreparáveis. O tempo que se “ganha” por não ouvir os envolvidos é insignificante em comparação com o que se perde. Vale dizer: o tempo “ganho” tem um custo financeiro (além de social) muito alto para o País.

Quais as responsabilidades em geral da contratada?

- responsabilizar-se pelo cumprimento dos postulados legais vigentes, de âmbitos federal, estadual ou municipal;
- zelar pela perfeita execução dos serviços contratados, devendo as falhas, que porventura venham a ocorrer, ser sanadas no prazo estabelecido;
- atender às solicitações de imediato, corrigindo no prazo estabelecido, após notificação, qualquer ocorrência de interrupção na prestação dos serviços contratados;
- prestar os serviços dentro dos parâmetros e rotinas estabelecidos, em observância às normas legais e regulamentares aplicáveis e, inclusive, às recomendações aceitas pela boa técnica;
- implantar, adequadamente, a supervisão permanente dos serviços, de forma a se obter uma operação correta e eficaz;e
- prestar os serviços de forma meticulosa e constante, mantendo-os sempre em perfeita ordem;

Quais as obrigações em geral da contratante?

- exercer a fiscalização dos serviços por servidores especialmente designados;
- assegurar-se da boa prestação dos serviços, verificando sempre o seu bom desempenho;
- assegurar-se de que os preços contratados estão compatíveis com aqueles praticados no mercado, objeto da contratação, de forma a garantir que aqueles continuem a ser os mais vantajosos para a Administração;
- documentar as ocorrências havidas durante a execução contratual;
- fiscalizar o cumprimento das obrigações assumidas pela contratada, inclusive quanto à continuidade da prestação dos serviços, que, ressalvados os casos de força maior, justificados e aceitos pela contratante, não devem ser interrompidos;
- permitir o acesso dos empregados da contratada, quando necessário, para execução dos serviços;
- indicar as áreas onde os serviços serão executados; e
- prestar as informações e os esclarecimentos que venham a ser solicitados pela contratada.

11.7. Prestação de garantia

Para garantir a fiel execução do contrato a Administração poderá exigir garantia nos estritos termos da Lei de Licitações, vejamos:

Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

§ 1o Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia:

I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda; (Redação dada pela Lei nº 11.079, de 2004)

II - seguro-garantia; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

III - fiança bancária. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 8.6.94)

§ 2o A garantia a que se refere o caput deste artigo não excederá a cinco por cento do valor do contrato e terá seu valor atualizado nas mesmas condições daquele, ressalvado o previsto no parágrafo 3o deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 3o Para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, o limite de garantia previsto no parágrafo anterior poderá ser elevado para até dez por cento do valor do contrato. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 4o A garantia prestada pelo contratado será liberada ou restituída após a execução do contrato e, quando em dinheiro, atualizada monetariamente.

§ 5o Nos casos de contratos que importem na entrega de bens pela Administração, dos quais o contratado ficará depositário, ao valor da garantia deverá ser acrescido o valor desses bens.

11.8. Procedimentos de fiscalização e gerenciamento do contrato

Lei 8.666/93 Lei Geral de Licitações e Contratos:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

(...)

III - fiscalizar-lhes a execução;

Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

§ 1o O representante da Administração anotarà em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

§ 2o As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes.

Art. 70. O contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado.

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

(...)

VII - o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, assim como as de seus superiores;

11.9. Sanções por inadimplemento

Sanções, no caso, são as punições administrativas a que estão sujeitos os contratados pelo descumprimento das cláusulas contratuais. Essas sanções estão previstas nos arts. 86 e 87 da Lei federal das Licitações e Contratos e no art.7º da Lei 10.520/02 nos casos de Pregão.

O art. 86 prevê uma única sanção, a multa, pois prescreve que “o atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório”. Essa multa, a nosso ver, tem caráter sancionatório. O art. 87 prevê quatro sanções: (1) advertência; (2) multa; (3) suspensão temporária do direito de participar de licitações e de contratar com a Administração pelo prazo de até dois anos; (4) declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação do punido. Mas não basta estabelecer no edital que serão aplicadas essas multas no caso de inadimplemento do contratado, pois são aplicáveis, no caso, os princípios penais.

Sendo assim, o edital deve descrever a hipótese de inadimplemento sancionável e a correspondente sanção. Na determinação da sanção, deve ser observado o princípio da razoabilidade.

Ditas regras devem compor objetiva e precisamente o edital, pois se assim não for, as respectivas sanções serão inaplicáveis, conforme decidiu o Poder Judiciário.

Sanções na Lei 10.520/02 – Lei do Pregão

Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e

contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

Sanções na Lei 8.666/93 – Lei Geral de Licitações e Contratos

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

§ 1º Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada judicialmente.

§ 2º As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

§ 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação. (Vide art 109 inciso III)

Art. 88. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei:

I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;

II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;

III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.

12. Alterações Contratuais

O contrato firmado entre as partes pode ser alterado nos casos previstos no art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993, desde que haja interesse da Administração e para atender ao interesse público.

Para que as modificações sejam consideradas válidas, devem ser justificadas por escrito e previamente autorizadas pela autoridade competente para celebrar o contrato.

As alterações podem ser unilaterais, quando feitas só pela Administração, ou por acordo entre a Administração e o contratado. A alteração unilateral pode ocorrer nas seguintes situações:

- **alteração qualitativa:** quando a Administração necessitar modificar o projeto ou as especificações para melhor adequação técnica aos seus objetivos.

- **alteração quantitativa:** quando for necessária a modificação do valor do contrato em razão de acréscimo ou diminuição nos quantitativos do seu objeto.

- Essa modificação está restrita aos limites permitidos no art. 65, § 1º, da Lei nº 8.666, de 1993.

A alteração por acordo das partes pode ocorrer nas seguintes situações:

- quando for conveniente substituir a garantia efetuada para a execução do contrato;

- quando for necessária a modificação:

- do regime de execução da obra ou serviços ou do fornecimento, pela constatação técnica de que os termos originais do contrato não se aplicam mais;

- da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias que surgirem após a assinatura do contrato, devendo ser mantido seu valor inicial atualizado;

- para restabelecer a relação inicialmente pactuada, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato;

As alterações contratuais previstas em lei só podem ser formalizadas por meio de termo de aditamento.

A variação do valor contratual decorrente de reajuste previsto no contrato; atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento; empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido estão dispensadas de termo de aditamento, podendo ser registradas por simples apostila.

DELIBERAÇÕES DO TCU

Observe os limites de alterações contratuais, em cumprimento ao que dispõe o art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.666/1993, na forma preconizada pela Decisão nº 215/99 - Plenário - TCU, proferida em caráter normativo, particularmente no que se refere às modificações quantitativas e qualitativas, inclusive em relação às licitações instauradas e contratações regidas pela legislação anterior à vigência da Lei nº 8.666/1993, por força do disposto no art. 121 do citado diploma legal.

Acórdão 554/2005 Plenário

Adote a prática de registrar nos processos licitatórios e nos processos deles decorrentes - processos de acompanhamento de contratos de obras e/ou serviços - as devidas justificativas para as alterações contratuais, com as demonstrações analíticas das variações dos componentes dos custos dos contratos, conforme previsto na Lei 8.666/1993 (art. 65).

Acórdão 297/2005 Plenário

Observe o disposto no art. 60 da Lei de Licitações, formalizando, previamente e por escrito, alterações contratuais mediante aos contratos iniciais.

Acórdão 195/2005 Plenário

“Acréscimo/Supressão”

A Administração pode alterar o contrato quando necessários acréscimos ou supressões nas compras, obras ou serviços, desde que respeitados os seguintes limites:

- para compras, obras ou serviços: acréscimos ou supressões de até 25% do valor atualizado do contrato;
- para reforma de edifício ou de equipamento: acréscimos até o limite de 50% do valor atualizado do contrato.

De acordo com a Lei de Licitações, o contratado é obrigado a aceitar, nas mesmas condições do contrato original, os acréscimos ou supressões que se fizerem necessários, respeitados os limites admitidos.

Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos.

Acima dos percentuais legais, são permitidas apenas supressões e desde que resultantes de acordo celebrado entre as partes.

Diante da necessidade de se acrescentar ou suprimir quantidade de algum item do contrato, a Administração deve considerar o valor inicial atualizado do item para calcular o acréscimo ou a supressão pretendida.

A Administração contratante deve estar sempre atenta para que os preços dos itens contratados sejam inferiores ou iguais aos de mercado.

Em licitações realizadas por item, os acréscimos ou supressões serão efetuados proporcionalmente a cada item.

Os prazos de execução do objeto contratado poderão ser aumentados ou diminuídos proporcionalmente aos acréscimos ou supressões que por acaso ocorrerem.

DELIBERAÇÕES DO TCU

Sob pena de responsabilização dos agentes envolvidos, mantenha estrita observância ao equilíbrio dos preços fixados no Contrato (...) em relação à vantagem originalmente ofertada pela empresa vencedora, de forma a evitar que, por meio de termos aditivos futuros, o acréscimo de itens com preços supervalorizados ou eventualmente a supressão ou a modificação de itens com preços depreciados viole princípios administrativos.

Acórdão 1245/2004 Plenário

Observe o princípio de que a execução de itens do objeto do contrato em quantidade superior à prevista no orçamento da licitação deve ser previamente autorizada por meio de termo aditivo contratual, o qual deverá atender aos requisitos a seguir:

_ ser antecedido de procedimento administrativo no qual fique adequadamente consignada a motivação das alterações tidas por necessárias, que devem ser embasadas em pareceres e estudos técnicos pertinentes, bem assim caracterizar a natureza superveniente, em relação ao momento da licitação, dos fatos ensejadores das alterações.

_ ter seu conteúdo resumido publicado, nos termos do art. 61, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993.

Acórdão 554/2005 Plenário

No entanto, há situações em que, por ausência de critérios de aceitabilidade de preços unitários, nem todos os valores da planilha orçamentária da proposta vencedora são os menores frente aos demais concorrentes, ainda que o valor global da oferta seja o menos dispendioso para o erário.

Nessa hipótese, a Administração Pública não está necessariamente jungida à obrigação imposta ao contratado pelo art. 65, §1º, da Lei 8.666/96. Em caso de celebração de termo aditivo, com acréscimo de quantidade de serviço nos limites legais, cujo preço unitário seja superior ao de mercado, a Administração não estará obrigada a seguir o valor unitário inicialmente estabelecido na avença. Do contrário, a permitir a continuidade de sobrepreço desse item, restaria vulnerado o interesse público.

Assim, deve a Administração contratante exigir que o preço unitário das quantidades acrescidas pelo aditivo tenha por limite máximo o preço de mercado.

Com efeito, em licitação decidida pelo critério do menor preço global, em que não houve critério de aceitabilidade dos preços unitários, não há direito do contratado à utilização dos preços unitários inicialmente cotados para remunerar os quantitativos acrescidos por termo aditivo, mormente quando esses estão acima dos preços de mercado. O art. 65, §1º, da Lei 8.666/96 traduz benefício para a Administração e não para o contratado.

Portanto, quando a alteração contratual traduzir prejuízo para a Administração, caberá sempre o juízo de oportunidade e conveniência por parte do administrador público, já que, ao contrário da contratada, não se encontra ele jungido à obrigação de aceitação da alteração.

Assim, poderá o administrador, frustradas as tratativas para redução de preço excessivo de item cujo quantitativo necessita ser ampliado, contratar esse acréscimo com outra empresa ou, se inviável a partição do serviço, rescindir unilateralmente o contrato se entender que isso melhor atenderá o interesse público.

Acórdão 1755/2004 Plenário (Voto do Ministro Relator)

Observe os ditames da Lei nº 8.666/1993, em especial os relativos aos seguintes temas: modalidade licitatória devida (art. 23, inciso I, alínea “a”); prazos e fases necessárias à interposição de recurso (arts. 43, inciso III, e 109, inciso I, alínea “a” e § 6º); realização de licitação com previsão precisa dos recursos orçamentários correspondentes (arts. 7º, § 2º, inciso III, 14 e 38, caput); consistência do edital quanto ao regime de execução (art. 40); parcelamento do objeto da licitação e preservação da modalidade pertinente (art. 23, §§ 1º, 2º e 3º); detalhamento completo do objeto a ser licitado e contratado e limites de Acréscimos de serviços (arts. 7º, § 2º, inciso II, 8º, caput, 54, § 1º, 57 e 65, §§ 1º a 3º); e justificação das prorrogações de prazo do contrato (art. 57, § 2º).

Acórdão 1239/2004 Segunda Câmara

O acréscimo do objeto contratual, nos termos do art. 65, inciso I, alínea “b” e § 1º da Lei n.º 8.666/1993, só implicará prorrogação dos prazos contratuais, em conformidade com o disposto no art. 57, § 1º, inciso IV e § 2º do mesmo normativo, se o contratado demonstrar, por escrito, não ter condições de produzir maior quantidade no mesmo prazo anteriormente concedido.

Acórdão 1077/2004 Segunda Câmara

Se abstenha de promover supressão parcial do objeto licitado, além do limite permitido pela legislação, sem que haja prévia anuência do licitante (art. 65, §§ 1º e 2º, II).

Acórdão 1049/2004 Primeira Câmara

O desequilíbrio surge devido ao acréscimo de quantitativos em itens com sobrepreço ou à inserção de serviços não previstos inicialmente. Dessa forma, tanto a parcela acrescida aos itens existentes com sobrepreço quanto o novo item inserido devem seguir os preços de mercado à época.

Acórdão 944/2004 Plenário

Elaborar projeto básico previamente a realização de aditamentos contratuais, em especial, quando implicar Acréscimos quantitativos do objeto, nos termos do art. 7º, § 2º, i, da Lei n.º 8.666/1993 c/c art. 65, i, b, do mesmo diploma legal.

Acórdão 740/2004 Segunda Câmara

Formalize termo aditivo aos contratos, com as devidas justificativas, sempre que houver modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo de seu objeto, conforme previsto no art. 65, inciso I, alínea “b” da Lei 8.666/1993.

Acórdão 498/2004 Primeira Câmara

Proceda à rescisão do contrato, consoante o previsto no artigo 78, inciso XIII da Lei 8.666/1993, e realize nova licitação sempre que o acréscimo de seu objeto ultrapassar o limite estabelecido no artigo 65, § 1º e § 2º da mesma Lei.

Acórdão 498/2004 Primeira Câmara

Caso se faça necessária a celebração de termo aditivo versando sobre inclusão de novos itens ou acréscimos de quantitativos de itens da obra em questão, observe os preços praticados no mercado, podendo, na aferição dos preços unitários a serem contratados, ser utilizada a tabela de referência do Sicro.

Acórdão 424/2003 Plenário

(...) aparenta ser de bom alvitre admitir que os acréscimos e supressões permitidos à luz da disciplina inserta no artigo 65, § 1º, da Lei 8.443/92 (aplicáveis à alteração contratual), possam também ser realizados no momento antecedente à contratação, desde que observem o limite de 25% para aditivos em contratos administrativos.

Acórdão 2844/2003 Primeira Câmara

13. Bibliografia

- Alexandre Manir Figueiredo Sarquis, Rosemeire da Silva Cardoso Ramos, CONTROVÉRSIAS DO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS - TCE-SP;
- ANTUNES ROCHA, Carmen Lúcia. Conceito de urgência no Direito Público Brasileiro. in Revista Trimestral de Direito Público, nº 1/1993. Malheiros Editores;
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de Direito Administrativo. 26ª edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional 57, de 18.12.2008. Ed. Malheiros. São Paulo. 2009;
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU. 4ª
- Edição. Secretaria Especial de Editoração e Publicações. Equipe de Redação, Os Tipos de Licitação, Zênite Informação e Consultoria DOUTRINA - 637/125/JUL/2004;
- CHARLES, Ronny. Leis de Licitações Públicas Comentadas. 3ª ed. Revista, Ampliada e Atualizada. Editora Podvim. Salvador. 2010;
- CINTRA DO AMARAL, Antonio Carlos. Dispensa de licitação por emergência. in Revista Trimestral de Direito Público, nº 1/1993. Malheiros Editores;
- Equipe de Redação, Os Tipos de Licitação, Zênite Informação e Consultoria DOUTRINA - 41/35/JAN/1997;
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de direito administrativo. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004;
- FILHO, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Dialética. 11ª Ed. São Paulo. 2005;
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência Concorrente limitada – O problema da conceituação das normas gerais. Separata da Revista de Informação Legislativa. n. 100, ano 25, out./dez. 1988;
- PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Comentários à lei de licitações e contratos da administração pública. 7ª edição. Ed. Renovar, 2007;
- NIEBUHR, Joel de Menezes. Dispensa e inexigibilidade de licitação pública. São Paulo: Dialética, 2003;
- NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação Pública e Contrato Administrativo. Curitiba: Zênite, 2008;
- NIEBUHR, JOEL DE MENEZES - ORÇAMENTO ESTIMADO - REVISTA ZÊNITE - DOUTRINA - 1065/165/NOV/2007;
- REIS, PAULO SÉRGIO DE MONTEIRO - JUSTIFICATIVAS TÉCNICAS DOS ATOS DA FASE INTERNA DO PREGÃO – Revista Zênite – PREGÃO EM DESTAQUE - 41/119/JAN/2004.