

PREGÃO

01. No pregão eletrônico, pode o edital exigir uma diferença mínima entre os lances, no intuito de evitar que os licitantes formulem lances com diferenças irrisórias?

Em um primeiro momento, oportuno destacar que na fase dos lances do pregão eletrônico se classificam todos aqueles cujas propostas forem compatíveis com o edital, ou seja, diferentemente do pregão presencial, nessa modalidade não há limite de concorrentes.

Outra peculiaridade é que nele não existe ordem para formulação de lances, desse modo os licitantes os formulam na medida em que acharem necessário. O Decreto apenas impõe aos interessados que sejam ofertados lances de valor inferior ao anteriormente enviado por eles.

O Decreto não exige que o novo lance seja inferior ao menor preço oferecido por outro licitante, pois é possível que, num certo momento da competição, esteja o licitante buscando apenas uma boa classificação, para a hipótese de eventual inabilitação do primeiro colocado, por exemplo.

Ainda que a Lei e o Decreto sejam omissos quanto à possibilidade do estabelecimento de parâmetro mínimo para os lances subseqüentes, é conveniente e válido que o edital regulamente o tema, sob pena de autorizar lances com redução irrisória, sem obtenção alguma de vantagem para a Administração Pública, conforme o exemplo abaixo:

“... a disputa trava-se entre o licitante ‘A’ e o licitante ‘B’. O menor preço é o do licitante ‘A’, R\$ 100.000,00 (cem mil reais). Em seguida o licitante ‘B’ oferece R\$ 99.999,99 (noventa e nove mil, novecentos e noventa e nove reais e noventa e nove centavos). Daí o licitante ‘A’ oferece R\$ 99.999,98 (noventa e nove mil novecentos e noventa e nove reais e noventa e oito centavos) e assim sucessivamente, centavo por centavo. A disputa verbal, nessa linha, vai se estender por horas, sem chegar a lugar algum”².

Desse modo, para evitar que os proponentes ofertem lances com diferenças irrisórias entre uns e outros, situação que delongaria o procedimento, transgredindo o princípio da celeridade que rege a modalidade, é que se sugere que o edital estipule porcentagem de redução para os lances subseqüentes.

Corroboram os argumentos acima, os ensinamentos de Marçal Justen Filho:

“...não seria adequado o edital omitir disciplina acerca da dimensão da redução trazida pelo lance superveniente. Isso autorizaria lances cuja redução seria irrisória, com dimensão de poucos centavos ou reais a menos do que o anterior. O que acarretaria um desgaste e desperdício de tempo, sem obtenção de maiores vantagens. Por isso, o ato convocatório deve dispor sobre a matéria, estabelecendo o valor mínimo a menor admissível para o lance superveniente”³.

Ademais, urge frisar que além de estar previsto no edital o parâmetro de redução para os lances, deve essa porcentagem ser incorporada no sistema operacional, o qual irá desconsiderar, automaticamente, o lance que não observe a redução mínima fixada pela Administração⁴.

Pelo exposto, é possível e recomendável que o edital fixe para os lances subseqüentes um limite mínimo a ser observado pelos licitantes, o qual deve ser incorporado no sistema operacional; pois, assim, se evita que diferenças irrisórias acabem por dificultar o desenvolvimento do certame.

02. Sob a justificativa de ausência de competitividade, pode a autoridade competente revogar um pregão pelo fato de ter comparecido apenas uma empresa?

Lembra-se, em um primeiro momento, que o pregão, regido pela Lei 10.520/02, é a modalidade de licitação destinada à contratação de bens e serviços comuns entre qualquer interessado do ramo que atenda às exigências fixadas no instrumento convocatório.

Saliente-se que a Lei 10.520/02 em momento algum condiciona a validade do pregão à participação de mais de um concorrente. Aliás, das modalidades licitatórias existentes na ordem jurídica vigente, somente no convite - onde a própria entidade seleciona, escolhe e convida os licitantes - é que há restrição ao prosseguimento

¹ Texto elaborado pelos consultores Danielle Wobeto de Araújo, Juliana Almeida Ribeiro, Juliano José Lopes; Julieta Mendes Lopes Vareschini e Nyura Disconzi da Silva.

² NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão presencial e eletrônico*. Curitiba: Zênite Editora, 2006. p. 198.

³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*. 4.ed. São Paulo: Dialética, 2007. p. 126.

⁴ Esse entendimento, ao qual nos filiamos, é declinado por Marçal Justen Filho. In: JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão...*, p. 294.

da licitação diante do não comparecimento de, no mínimo, três licitantes, exceção sendo feita apenas em caso de limitação de mercado ou manifesto desinteresse (§ 7º do art. 22 da Lei 8.666/93)⁵.

Dessa forma, tanto no pregão quanto nas modalidades tomada de preços e concorrência, o fato de apenas um licitante comparecer ao certame não inviabiliza, por si só, a contratação, que pode ocorrer se esse único interessado atenda todas as condições exigidas no ato convocatório e apresentar preço vantajoso.

Corroborando as assertivas acima, aduz Marçal Justen Filho:

“A Lei 10.520 e o regulamento federal não cogitaram da hipótese, partindo da premissa de que o mercado sempre conterà uma grande quantidade de interessados em contratar com a Administração o fornecimento de bens e serviços comuns. (...) A Lei 10.520 não condiciona a validade do pregão à participação de um número mínimo de licitantes. Portanto, não seria cabível aplicar ao caso a interpretação (combatida) de que somente na presença de três propostas classificáveis seria válida a licitação na modalidade convite. Não há qualquer identidade entre convite e pregão, o que inviabiliza aplicação extensiva da referida interpretação.

Afasta-se, desse modo, uma tentativa de invocar a redação do inc. IX do art. 4º como fundamento para adotar, em relação ao pregão, a tese do número mínimo de três licitantes. O dispositivo referido restringe-se a determinar que passarão à fase de lances os três proponentes melhores classificados – se houver três proponentes⁶.

No mesmo sentido declina Jair Eduardo Santana:

“... se apenas um licitante comparecer à sessão, não se deve considerar o pregão fracassado. Inexiste na Lei 10.520/02 estipulação mínima do número de participantes para que ocorra a sessão”⁷.

Mesmo que não seja condição de validade do pregão, o comparecimento de um número mínimo de licitantes, ainda assim é de suma importância que se dê ampla publicidade ao certame, pois desse modo aumentam-se as chances de uma boa e vantajosa contratação em face do maior número de participantes.

Por outro lado, sabe-se que o art. 49 da Lei de Licitações prevê a revogação da licitação, em face de fato superveniente, devidamente justificado, que altere o interesse público.

Diante disso, verificando a Administração que não lhe é conveniente dar prosseguimento ao procedimento, em virtude da ocorrência de um fato superveniente, que altere o interesse inicial, poderá revogar a licitação, desde que observado o devido processo legal que assegure o contraditório e a ampla defesa, bem como a motivação dos atos praticados. Agora, repute-se ser imprescindível a demonstração da desvantajosidade da contratação nesses termos para respaldar a revogação do certame.

Em síntese, o fato de uma única empresa ter comparecido ao pregão não é motivo para que de forma automática se revogue o certame, salvo se comprovada que a contratação não é conveniente ao interesse público.

LEI 8.666/93

03. Como interpretar o art. 73, IV, “a” da Lei Eleitoral, cujo teor veda a realização de transferência voluntária de recursos nos três meses que antecedem o pleito eleitoral? Ainda, qual o conceito de obra em andamento referenciado na alínea?

A Lei 9.504/97, que estabelece normas sobre as eleições, dispõe em seu art. 73:

“Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais:

(...)

VI - nos três meses que antecedem o pleito:

a) realizar transferência voluntária de recursos da União aos Estados e Municípios, e dos Estados aos Municípios, sob pena de nulidade de pleno direito, ressalvados os recursos destinados a cumprir obrigação formal preexistente para execução de obra ou serviço em andamento e com cronograma prefixado, e os destinados a atender situações de emergência e de calamidade pública;” (grifamos)

Tem-se, então, à vista do teor da alínea “a” do inc. IV do art. 73 da Lei em comento, que não é permitido, nos três meses anteriores à data da eleição, o transpasse voluntário de recursos entre os entes da federação, sob pena de nulidade.

⁵ Nesse sentido, ver Súmula 248 do TCU que assim dispõe: “Não se obtendo o número legal mínimo de três propostas aptas à seleção, na licitação sob a modalidade convite, impõe-se a repetição do ato, com a convocação de outros possíveis interessados, ressalvadas as hipóteses previstas no parágrafo 7º, do art. 22, da Lei nº 8.666/1993”.

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2007. p. 122.

⁷ SANTANA, Jair Eduardo. *Pregão presencial e eletrônico*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 151.

Ressalva é feita apenas no caso de:

- 1) recursos destinados ao atendimento de obrigação já formalizada (termo já assinado) para a execução de obra ou serviço em andamento, respeitado o cronograma preestabelecido;
- 2) recursos destinados ao atendimento de situações emergenciais ou de calamidade pública.

A primeira hipótese ressalvada pela norma pressupõe a existência de um ajuste já formalizado, tendo por objeto a execução de obra ou serviço e o repasse de recursos voluntários para a continuidade desse objeto, nos moldes do consignado no cronograma-financeiro inicial.

Quanto ao conceito de “obra em andamento”, entende-se que é aquela obra que já teve sua execução física iniciada, mas que ainda não foi concluída.

Neste sentido é o entendimento do TCU, *in verbis*:

“Pedido de reexame. Representação. Transferência irregular de recursos em período pré-eleitoral. Argumentos insuficientes para alterar a deliberação recorrida. Negativa de provimento.

Para os fins do art. 73, inciso V, a alínea “a”, da Lei n.º 9.504, de 1997 (Lei Eleitoral), **entende-se como obra em andamento aquela que tenha sido efetivamente iniciada, ou seja, que tenha havido alguma execução física, não se caracterizando para tanto os atos meramente preparatórios**, como os serviços de mobilização de equipamentos e de instalação e arrumação do canteiro de obras”⁸. (grifamos).

Na mesma linha, decidiu o Tribunal Superior Eleitoral:

“42. De tudo, *ad referendum* do Tribunal, respondo negativamente à consulta para assentar que, por força do disposto no art. 73, VI, a, da Lei no 9.504/97, é vedado à União e aos estados, até as eleições municipais, a transferência voluntária de recursos aos municípios – ainda que constitua objeto de convênio ou de qualquer outra obrigação preexistente ao período – quando não se destinem à execução **já fisicamente iniciada de obras ou serviços**, ressalvadas unicamente as hipóteses em que se faça necessária para atender a situação de emergência ou de calamidade pública”⁹.

Interpretou a Advocacia Geral da União, nesse mesmo sentido, consoante de depreende do Parecer nº GQ – 113 (de 30/08/1996), pelo qual concluiu que “esse início da obra deve ser, inequivocadamente, físico, ou seja, deve ter sido iniciada a construção, a reforma, a fabricação, a recuperação ou a ampliação”¹⁰.

Por fim, a segunda hipótese prevista pelo art. 73, VI, alínea “a”, refere-se ao repasse de recursos para o atendimento de situação emergencial ou de calamidade pública, devidamente evidenciadas.

Importante observar que as vedações contidas na Lei Eleitoral visam preservar a isonomia do pleito, evitando que condutas que possam beneficiar certos partidos ou candidatos sejam praticadas.

Em suma, pode-se concluir, conforme ponderado, que a alínea “a” do inc. IV do art. 73 da Lei Eleitoral veda, nos três meses anteriores à data da eleição, o transpasse voluntário de recursos entre os entes da federação, sob pena de nulidade, ressalvando o repasse de recursos destinados ao atendimento de obrigação já formalizada (termo já assinado) para a execução de obra ou serviço em andamento, respeitado o cronograma preestabelecido.

Por fim, a melhor interpretação do conceito de obra em andamento é aquela que considera a obra que já teve sua execução física iniciada e ainda não concluída, ou seja, deve ter sido iniciada a construção, a reforma, a fabricação, a recuperação ou a ampliação do bem objeto do contrato.

04. É possível o edital proibir a participação de cooperativas de trabalho?

A Constituição Federal estabelece em seus arts. 5º, inc. XVIII, 146, inc. III, “c”, e 174, § 2º:

“Art. 5º. *omissis*

(...)

XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independente de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;

(...)

Art. 146. Cabe à lei complementar:

⁸ TCU. Ac. 954/2008. Plenário.

⁹ TSE. Resolução n. 21.908. Rel. Min. Francisco Peçanha Martins. DJ de 20.09.04.

¹⁰ Disponível em: http://www.agu.gov.br/legislacaoenormas/legislacao_normas.asp?aba=1. Acesso em 27/06/08. Este parecer foi alterado pelo Parecer nº AC – 12, em 11/05/2004, onde passou a entender este órgão que o conceito de obra em andamento é o que “tolera a possibilidade de obras ou serviços que, conquanto regulares e obedientes ao cronograma estabelecido, ainda não estejam em andamento fisicamente verificável na data limite para as transferências voluntárias de que trata o art. 73, VI, letra a, da Lei nº 9504, de 30 de setembro de 1997” (Parecer AGU n. AC-12).

...
III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente em:
(...)
c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas;
(...)
Art. 174. ...
(...)
§ 2º. A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo;"

A Lei 5.764/71, que disciplina o cooperativismo, dispõe por sua vez:

"Art. 4º. As cooperativas são sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas a falência, constituídas para prestar serviços aos associados, distinguindo-se das demais sociedades pelas seguintes características:

(...)

Art. 5º. As sociedades cooperativas poderão adotar por objeto qualquer gênero de serviço, operação ou atividade, assegurando-se-lhes o direito exclusivo e exigindo-se-lhes a obrigação do uso da expressão "cooperativa" em sua denominação.

(...)

Art. 86. As cooperativas poderão fornecer bens e serviços a não associados, desde que tal faculdade atenda aos objetivos sociais e estejam de conformidade com a presente lei.

(...)

Art. 90. Qualquer que seja o tipo de cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados.

Art. 91. As cooperativas igualam-se às demais empresas em relação aos seus empregados para os fins da legislação trabalhista e previdenciária".

Observa-se, assim, que a criação de cooperativas é livre; que ao ato cooperativo¹¹ é dado tratamento tributário diferenciado; que o cooperativismo é estimulado por lei; que a cooperativa é uma sociedade civil que pode praticar qualquer gênero de serviço, operação ou atividade; e que apesar de ser constituída essencialmente para atender aos interesses de seus associados, pode fornecer bens e serviços a terceiros afetos às suas finalidades; que não existe vínculo empregatício entre a cooperativa e seus associados, mas que a relação dessa com seus empregados é igual a das demais empresas no que tange aos aspectos trabalhistas e previdenciários.

Sendo uma sociedade dotada de capacidade jurídica, sujeita a direitos e obrigações, pode a cooperativa exercer direitos e contrair obrigações. Está apta, dessa forma, a firmar contratações cujos objetos sejam compatíveis com as finalidades para as quais foi criada.

No tocante a licitações, sabe-se que a Lei 8.666/93 admite a participação daqueles que, atendidas as exigências legais, preencham os requisitos exigidos no ato convocatório, vedando, inclusive, a admissão de cláusulas restritivas e que estabeleçam distinções em razão da natureza dos licitantes ou de qualquer outra circunstância irrelevante ou impertinente ao cumprimento do objeto contratual (inc. I do § 1º do art. 3º).

Assim, de um modo genérico, nada obsta a participação de cooperativas em certames licitatórios, desde que suas finalidades sejam compatíveis com o objeto da contratação e que essas atendam aos requisitos fixados em edital, no que for legalmente exigível.

O tema, contudo, não é pacífico, existindo na doutrina e jurisprudência grande discussão acerca da legalidade da participação de cooperativas em licitações.

Os que se manifestam pela vedação da participação de cooperativa em licitação alegam desrespeito aos princípios da isonomia e da competitividade, em face dessa possuir tributação diferenciada, o que possibilita, em decorrência, a apresentação de proposta de menor valor.

A título de exemplo, cumpre reproduzir as seguintes decisões:

"Cooperativa. Participação em Licitação. Impossibilidade de contratação com o poder público. Infringência do art. 37, inc. XXI, da CF. As vantagens decorrentes da redução de custos financeiros e sociais próprios da relação empregado-empregador fazem da cooperativa concorrente privilegiada frente aos outros licitantes, o que agride o princípio da isonomia, pedra angular da competição"¹².

"A cooperativa, na sua essência, visa a ajuda mútua dos associados e não de terceiro. Fornecer mão-de-obra sob o manto de cooperativa de trabalhadores é burlar a lei trabalhista"¹³.

¹¹ "O praticado entre a cooperativa e seus associados, entre estes e aquelas e pelas cooperativas entre si" (art. 79 da Lei 5.764/71).

¹² TCE de Minas Gerais. Consulta n. 439.195.

¹³ RO 1.523/87. 5ª Região. Rel. Juiz José Pedro de Camargo R. de Souza.

Já os que entendem ser possível a participação de cooperativas em certames licitatórios, como esta Consultoria, argumentam, em suma, que a Constituição Federal estimula o cooperativismo; que a tributação diferenciada dada a essas decorre de determinação da própria Carta Magna; e que as cooperativas, ao participar de licitação visando à contratação decorrente, não estão praticando ato cooperado e sim atuando como empresárias, nos moldes do permissivo legal constante no art. 86 da Lei 5.764/71 antes mencionado. Em vista desses motivos, esta parcela da doutrina não vê, em consequência, razão para que os órgãos e entidades públicos as discriminem em licitações.

Esposam esse entendimento Jair Eduardo Santana e Marcos Juruena Vilella Souto, respectivamente:

“Não obstante a diversidade de decisões quanto à matéria, quer-se aqui deixar seguro o entendimento de que a sociedade cooperativa não pode ser absolutamente alijada de procedimento licitatório, devendo ser avaliada sua habilitação e classificação de acordo com o raciocínio de ponderabilidade que também deverá relevar o interesse público traduzido pelo objeto da licitação”¹⁴.

“A licitação, visando à seleção de proposta mais vantajosa para a Administração, não pode afastar licitantes que legalmente estejam disponíveis no mercado, nem estabelecer distinções artificiais para neutralizar os benefícios constitucionais e legais atribuídos a determinada categoria que se pretende constitucional e legalmente estimular; As cooperativas podem prestar serviços a terceiros não associados e o fato de não incidirem encargos sociais não significa que não devam atender aos direitos sociais impostos nos estatutos em favor dos seus integrantes;”¹⁵.

Importa registrar, também, a posição do Tribunal de Contas da União no seguinte sentido: “Abstenha-se de incluir, nas licitações que promover, vedação à participação de cooperativas, ressalvados os casos em que o objeto social destas seja incompatível com o objeto do certame respectivo”¹⁶.

Em que pese o entendimento de que é possível a participação de cooperativa em licitação que vise à contratação de objeto que guarde compatibilidade com a finalidade dessa, existe preocupação em se impedir a contratação de cooperativa que atue de forma irregular, como mera fornecedora de mão-de-obra, hipótese em que se evidencia fraude à legislação trabalhista e previdenciária.

Para evitar tais contratações, aliás, o Ministério Público do Trabalho e a Advocacia Geral da União assinaram, em 05 de junho de 2003, acordo em que a União se compromete a se abster de contratar trabalhadores por meio de cooperativas de mão-de-obra, acordo esse reconhecido como legal pelo STJ¹⁷. Nesse documento, consignou-se, entretanto, que não é toda e qualquer cooperativa que está proibida de licitar e contratar com a Administração Pública Federal, mas tão-somente a cooperativa de mão-de-obra, assim conceituada:

“Cláusula Segunda - Considera-se cooperativa de mão-de-obra, aquela associação cuja atividade precípua seja a mera intermediação individual de trabalhadores de uma ou várias profissões (inexistindo assim vínculo de solidariedade entre seus associados), que não detenham qualquer meio de produção, e cujos serviços sejam prestados a terceiros, de forma individual (e não coletiva), pelos seus associados”.

A Cláusula Terceira do acordo impõe à União o dever de estabelecer regras claras nos editais de licitação, a fim de esclarecer a natureza dos serviços licitados e, conseqüentemente, a possibilidade de serem prestados ou não por cooperativas, empresas prestadoras de serviços, trabalhadores avulsos, autônomos ou eventuais.

Portanto, o objetivo deste acordo judicial não foi coibir a contratação de cooperativas pela Administração. O que é vedada é a contratação com cooperativas fraudulentas, ou seja, aquelas que acabam se caracterizando como meras intermediadoras de mão-de-obra.

Não se pode esquecer, ademais, que recentemente entrou em vigor a Instrução Normativa 02, de 30 de abril de 2008¹⁸, que dispõe sobre a contratação de serviços, continuados ou não, pela Administração Pública Federal. Esse ato normativo disciplina, entre outros aspectos, a contratação de cooperativas, prevendo:

“Art. 4º. A contratação de sociedades cooperativas somente poderá ocorrer quando, pela sua natureza, o serviço a ser contratado evidenciar:

I - a possibilidade de ser executado com autonomia pelos cooperados, de modo a não demandar relação de subordinação entre a cooperativa e os cooperados, nem entre a Administração e os cooperados; e

¹⁴ SANTANA, Jair Eduardo. *Jurídica Administração Municipal* (JAM), ano VI, n. 1, jan. 2001.

¹⁵ SOUTO, Marcos Juruena Vilella. *ILC*, Curitiba, n 48, fev. 1998.

¹⁶ TCU. Ac. 23/2003. Plenário.

¹⁷ STJ. AgRG na SS 1.352/RS. Rel. Min. Edson Vidigal. DJ de 09.02.05.

¹⁸ A IN n. 02, de 30.04.08, entra em vigor, consoante estabelece o seu art. 56, sessenta dias após a data de sua publicação e revoga a IN n. 18/97.

II - a possibilidade de gestão operacional do serviço for compartilhada ou em rodízio, onde as atividades de coordenação e supervisão da execução dos serviços, e a de preposto, conforme determina o art. 68 da Lei nº 8.666, de 1993, sejam realizadas pelos cooperados de forma alternada, em que todos venham a assumir tal atribuição.

Parágrafo único. Quando admitida a participação de cooperativas, estas deverão apresentar um modelo de gestão operacional adequado ao estabelecido neste artigo, sob pena de desclassificação.

Art. 5º. Não será admitida a contratação de cooperativas ou instituições sem fins lucrativos cujo estatuto e objetivos sociais não prevejam ou não estejam de acordo com o objeto contratado.

Parágrafo único. Quando da contratação de cooperativas ou instituições sem fins lucrativos, o serviço contratado deverá ser executado obrigatoriamente pelos cooperados, no caso de cooperativa, ou pelos profissionais pertencentes aos quadros funcionais da instituição sem fins lucrativos, vedando-se qualquer intermediação ou subcontratação.

(...)

Art. 19. Os instrumentos convocatórios devem o {sic} conter o disposto no art. 40 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, indicando ainda, quando couber:

(...)

XIV - a possibilidade ou não da participação de cooperativas, nos termos desta Instrução Normativa;

(...)

§ 3º. Sendo permitida a participação de cooperativas, o instrumento convocatório deve exigir, na fase de habilitação:

I - a relação dos cooperados que atendem aos requisitos técnicos exigidos para a contratação e que executarão o contrato, com as respectivas atas de inscrição;

II - a declaração de regularidade de situação do contribuinte individual – DRSCI de cada um dos cooperados relacionados;

III - a comprovação do capital social proporcional ao número de cooperados necessários à prestação do serviço;

IV - o registro previsto na Lei 5.764, art. 107;

V - a comprovação de integração das respectivas quotas-partes por parte dos cooperados que executarão o contrato; e

VI - os seguintes documentos para a comprovação da regularidade jurídica da cooperativa:

a) ata de fundação;

b) estatuto social com a ata da assembléia que o aprovou;

c) regimento dos fundos instituídos pelos cooperados, com a ata da assembléia que os aprovou;

d) editais de convocação das três últimas assembléias gerais extraordinárias;

e) três registros de presença dos cooperados que executarão o contrato em assembléias gerais ou nas reuniões seccionais; e

f) ata da sessão que os cooperados autorizaram a cooperativa a contratar o objeto da licitação;”.

Em suma, no entender dessa Consultoria, regra geral, não é vedada a participação de cooperativas em certames licitatórios, desde que suas finalidades sejam compatíveis com o objeto da contratação e que essas atendam aos requisitos fixados em edital. O que é vedada é a contratação com cooperativas fraudulentas, ou seja, aquelas que acabam se caracterizando como meras intermediadoras de mão-de-obra.

05. Qual o procedimento a ser adotado quando o objeto de uma licitação já adjudicado, como no caso de equipamento de informática, não se encontra mais disponível no mercado? Poderá o órgão ou entidade licitante aceitar o fornecimento de produto similar ao ofertado?

Dentre os princípios informadores da licitação está o da vinculação ao instrumento convocatório, previsto no art. 3º da Lei 8.666/93. Nesse sentido, frise-se que o ato convocatório vincula a Administração e os licitantes, sendo imprescindível que o julgamento ocorra em harmonia com os critérios ali especificados. Elaborado o instrumento convocatório, encerra-se a discricionariedade do administrador público.

Referido princípio impõe ao licitante o dever de observar estritamente o disposto no edital, principalmente no que tange às especificações do objeto definido pela Administração. Ademais, nos termos do art. 40, inc. I, da Lei 8.666/93, é dever da Administração descrever de forma clara e sucinta o objeto que almeja, justamente para viabilizar a apresentação de propostas compatíveis com a necessidade pública.

Assim é que, definido o objeto da licitação, restará à Comissão de Licitação, por ocasião da análise e julgamento das propostas, verificar o preenchimento dos requisitos mínimos estipulados e os preços apresentados, desclassificando as propostas desconformes, com preços excessivos ou inexeqüíveis.

Para fins de julgamento, devem ser avaliados, então, não somente o preço proposto pelos licitantes, mas também os requisitos estipulados como mínimos para o objeto pretendido.

É sabido, ainda, que o licitante classificado se vincula aos termos de sua proposta, obrigando-se, durante sua validade, a honrar os compromissos assumidos, sendo que a recusa em contratar, durante a validade de sua proposta, configura o descumprimento total da obrigação, sujeitando-o às penalidades previstas, consoante previsto no art. 64, § 2º, da Lei 8.666/93:

“§ 2º - É facultado à Administração, quando o convocado não assinar o termo de contrato ou não aceitar ou retirar o instrumento equivalente no prazo e condições estabelecidos, convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para fazê-lo em igual prazo e nas mesmas condições propostas pelo primeiro, inclusive quanto aos preços atualizados de conformidade com o ato convocatório, ou revogar a licitação, independentemente da cominação prevista no art. 81 desta Lei”.

Portanto, se dentro do prazo de validade da proposta o licitante recusar-se a assinar o contrato ou a retirar o instrumento equivalente e executar o objeto, na forma como estipulado em sua proposta, produz-se, regra geral, duas conseqüências: perda do direito à contratação e aplicação das penalidades do art. 81 da Lei¹⁹.

A Lei de Licitações, no aludido artigo, equipara a recusa em assinar o contrato ou aceitar o instrumento equivalente à hipótese de inadimplemento total do contrato. Porém, impende destacar, somente a recusa *injustificada* ensejará a aplicação de penalidade.

Nesse passo, cabe à entidade sopesar os motivos alegados pelo particular, a fim de aferir se há, realmente, justificativa na recusa do adjudicatário.

Evidenciando-se que o motivo é justo e que a impossibilidade de execução do ajuste decorre de fato alheio, não há que se cogitar a aplicação de sanção.

Marçal Justen Filho assevera que:

“Como decorrência, a imposição de qualquer sanção administrativa pressupõe o elemento subjetivo da culpabilidade. No Direito Penal democrático não há responsabilidade penal objetiva – ainda quando se possa produzir a objetivação da culpabilidade. Mas é essencial e indispensável verificar a existência de uma conduta interna reprovável. Não se pune alguém em virtude de mera ocorrência de um evento material indesejável, mas se lhe impõe uma sanção porque atuou de modo reprovável”²⁰.

Acerca do tema, também já se manifestou o Tribunal de Contas da União:

“Pode-se admitir a alegação para a CEPISA não haver aplicado a sanção à adjudicatária, à medida que se considerar razoável a justificativa apresentada pela adjudicatária (fl. 152-Volume 3). Entretanto, convém observar que, em face de não dispor dos veículos exigidos para cumprimento das obrigações a serem contratadas, está pois comprovado que a licitante não poderia participar do certame, por não satisfazer o requisito da qualificação técnica de aparelhamento, para habilitação, indicado no inciso II do art. 30 da Lei nº 8.666/93. Nesse entendimento, consideramos desarrazoada a justificativa da adjudicatária, que não sendo aceita, caberia à CEPISA aplicar a multa nos termos do art. 81 da Lei nº 8.666/93”²¹. (grifamos)

Ainda, importa salientar que o princípio da vinculação ao instrumento convocatório não é absoluto, inflexível, mormente quando se visa a contratação de equipamentos de informática, cuja modernização é constante e célere.

Em face disso, muito embora a Administração esteja vinculada ao edital e o licitante à sua proposta, na hipótese de o objeto ofertado ter sido atualizado tecnologicamente, não mais existindo no mercado, não se poderá exigir do licitante a entrega de tal bem, por ser tal conduta materialmente impossível.

Diante desse fato é que se cogita a entrega de equipamento similar, ainda que tecnologicamente superior ao licitado, desde que não configurada a completa descaracterização do bem e esteja o licitante disposto a cobrir a eventual diferença de custo existente.

Conforme pondera Marçal Justen Filho:

“Um exemplo evidencia a procedência do raciocínio. Suponha-se que o material existe na data da formulação da proposta e deixa de existir em momento posterior. Revelado o evento **depois** de assinado o contrato, haverá duas alternativas: ou se executa o contrato com outro material equivalente, ou se promove a extinção do contrato derivada da força maior.

Se há a descoberta em data anterior à assinatura do contrato, a solução jurídica não será distinta. Continuarão a existir duas alternativas. Significa que se poderá introduzir modificação nas condições do contrato, alterando-se o

¹⁹ Como bem explica Marçal Justen Filho, “A recusa do particular caracteriza inadimplemento não propriamente ao contrato, pois esse ainda não foi firmado e juridicamente inexistente. Trata-se de inadimplemento de dever imposto a todo aquele que participa de uma licitação: se a proposta for aceita pela Administração e se esta convocar o particular para a contratação, o particular tem o dever de firmar o contrato no prazo devido”. In: JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 609.

²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários...*, p. 617. Porém, impende salientar que o referido autor, ao analisar a recusa do adjudicatário, asseverou que: “no caso, o adjudicatário eximir-se-á de sancionamento pela ocorrência de motivo justificado – mas motivo justificado não quanto ao descumprimento das prestações contratuais. O motivo justo refere-se ao impedimento quanto à assinatura do contrato”. *op. cit.*, p. 610.

²¹ TCU. Ac. 250/2002. 2ª Câmara.

material, ou não se assinará o contrato, reconhecendo-se a impossibilidade de execução de seu objeto e dando-se a revogação da licitação. Até se poderia cogitar de desclassificação da proposta por impossibilidade material, tema ao qual se voltará adiante²². (grifamos)

Em caráter excepcional, portanto, entende-se crível, a entrega e aceitação de bem diverso do especificado em proposta do licitante vencedor, desde que, além de se evidenciar a ocorrência de fato estranho à vontade das partes impeditivo do cumprimento da proposta original, se demonstre a vantagem da medida para o atendimento do interesse público visado, bem como a inexistência de prejuízo à competitividade.

Não é possível, assim, que a substituição diminua as vantagens propostas inicialmente, seja sob o aspecto técnico ou econômico. Logo, o novo objeto deve possuir as mesmas especificações e características do original e não deve acarretar qualquer acréscimo de preço ou encargos para a entidade, ou seja, deve, obviamente, satisfazer o interesse público. Também não pode frustrar as regras da licitação, permitindo que quem não atendesse às condições inicialmente fixadas em edital venha a atendê-las posteriormente, ou mesmo acarretar modificação na ordem de classificação das propostas.

06. Em uma licitação que objetiva a contratação de “mão-de-obra terceirizada”, é possível, de acordo com a Instrução Normativa 02/08, que o ato convocatório determine o salário normativo das categorias envolvidas?

Em caráter preliminar, ressalta-se que o tema em foco já foi objeto dessa mesma seção na *RJML 04/SET/2007*, entretanto, tendo em vista a edição de nova Instrução Normativa e as constantes dúvidas acerca do assunto, cumpre novamente discorrer sobre o tema.

Recorda-se que a contratação dos serviços contínuos era disciplinada pela Instrução Normativa 18/97, que foi revogada pela Instrução Normativa 02/08²³.

De acordo com conceito contido na Instrução Normativa 18/97, serviços contínuos são aqueles auxiliares e necessários ao desempenho das atribuições da Administração, cuja interrupção possa causar prejuízo, razão pela qual se permite que a sua duração se estenda por mais de um exercício financeiro (1.1.1.).

Além disso, estipulava aludida Instrução que em cada contratação deveria a Administração elaborar Planilha de Custos e Formação de Preços, a ser posteriormente preenchida e apresentada pelos licitantes em anexo às suas propostas, contendo a descrição dos custos que formam o preço total (1.1.5 e 2.4).

Dentre os componentes da Planilha de Custos e Formação de Preços relacionava:

- a) salário normativo, que é o valor remuneratório fixado por acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho para cada uma das categorias profissionais envolvidas na prestação dos serviços (1.1.5.2.);
- b) tributos, encargos sociais e trabalhistas incidentes, de acordo com a legislação vigente (2.4.2 e 2.4.5);
- c) insumos, que são os custos relativos aos materiais e aos equipamentos utilizados na prestação dos serviços, acrescidos de benefícios comprovadamente fornecidos aos profissionais, a exemplo de vale-transporte, alimentação, seguros, etc. (1.1.5.3.), estimado com base em experiências anteriores do ente licitante e de outros órgãos ou entidades integrantes da Administração, pesquisas de mercado, etc. (2.4.3);
- d) custos administrativos e lucros, a serem calculados como percentuais sobre os custos diretos (2.4.4.);
- e) produtividade mínima de cada categoria profissional, considerada a unidade de medida adotada (2.4.6.).

A nova Instrução Normativa 02, de 30 de abril de 2008, por sua vez, estatui:

“Art. 20. É vedado à Administração fixar nos instrumentos convocatórios:

I - o quantitativo de mão-de-obra a ser utilizado na prestação do serviço;

II - os salários das categorias ou dos profissionais que serão disponibilizados para a execução do serviço pela contratada;

III - os benefícios, ou seus valores, a serem concedidos pela contratada aos seus empregados;

(...)

Art. 21. As propostas deverão ser apresentadas de forma clara e objetiva, em conformidade com o instrumento convocatório, devendo conter todos os elementos que influenciam no valor final da contratação, detalhando, quando for o caso:

I - os preços unitários, o valor mensal e o valor global da proposta, conforme o disposto no instrumento convocatório;

II - os custos decorrentes da execução contratual, mediante o preenchimento do modelo de planilha de custos e

²² Modificação de Proposta: cabimento e requisitos. Informativo de Licitações e contratos, n. 63, maio de 1999, p. 343.

²³ A IN n. 02, de 30.04.08, entrou em vigor, consoante estabelece o seu art. 56, sessenta dias após a data de sua publicação e revogou a IN n. 18/97.

formação de preços estabelecido no instrumento convocatório;

III - a indicação dos sindicatos, acordos coletivos, convenções coletivas ou sentenças normativas que regem as categorias profissionais que executarão o serviço e as respectivas datas bases e vigências, com base no Código Brasileiro de Ocupações – CBO;”.

Apesar de a IN 18/97 não conter disposição expressa no mesmo sentido, o entendimento que já se tinha e ora se mantém em relação à fixação do salário normativo das categorias é o de que não cabe à Administração indicá-lo no edital, mas sim aos licitantes, que em suas propostas devem anexar planilha de custos, nos moldes do modelo fornecido pela Administração, especificando, entre outros, o valor do salário a ser pago e o acordo ou dissídio que o ampara.

O novo ato normativo é claro ao asseverar que o salário normativo das categorias ou dos profissionais não deve ser indicado pela Administração no ato convocatório, reiterando, assim, o entendimento anterior.

Portanto, à luz da IN 02/08, o instrumento convocatório deve se limitar a anexar o modelo de planilha de custos e a determinar que os licitantes respeitem, no seu preenchimento, os valores dos salários definidos por acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho para a categoria envolvida na contratação.

07. Nas licitações de obras e serviços de engenharia, a proposta financeira sempre deve incluir a planilha orçamentária, expressando a composição dos preços unitários? Em caso positivo, quando deve ser feita a análise dessa planilha?

Nas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, edital “é o ato por cujo meio a Administração faz público seu propósito de licitar um objeto determinado, estabelece os requisitos exigidos dos proponentes e das propostas, regula os termos segundo os quais os avaliará e fixa as cláusulas do eventual contrato a ser travado”²⁴. Portanto, é ele que fixa as regras do certame, vinculando tanto a Administração quanto os licitantes.

A Lei 8.666/93 disciplina o tema em discussão da seguinte forma:

“Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

(...)

X - o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

(...)

§ 2º. Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante:

(...)

II – orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários.

(...)

Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os **critérios objetivos definidos no edital ou convite**, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

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)

À luz do panorama legal acima colacionado, depreende-se que cabe à Administração indicar no edital todos os critérios e fatores objetivos que irão guiar o julgamento das propostas, para que a comissão possa aplicá-los diretamente, não deixando margem para interpretações subjetivas.

Explica Marçal Justen Filho que “o edital deve determinar as condições para aceitação dos preços. Deverá indicar se a proposta deverá explicitar apenas preços globais ou se também preços unitários serão exigidos. Essas discriminações dependem do objeto licitado, do tipo de licitação, da forma de execução prevista, etc”²⁵.

Conclui-se, então, que os critérios de aceitação do preço, se unitário ou global, devem constar do ato convocatório do certame, pois eles servirão de parâmetro para o julgamento das propostas comerciais, como fixam os arts. 44 e 45 acima transcritos.

Ademais, conforme prescreve o § 2º do art. 40, a Administração deverá disponibilizar, em anexo ao edital, o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários dos insumos que compõem o objeto

²⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 546.

²⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 393.

licitado, para que, com base, neles possam os licitantes formular suas propostas em conformidade com o interesse almejado pela Administração.

Sobre o tema, aduz a doutrina pátria:

“a recusa em fornecer as planilhas de orçamentos que dispõe em dada licitação, reflete uma visão estrábica do que seja a atividade administrativa. Trai, em suma, uma irresistível tendência a entender a coisa pública a partir das lentes do segredo de Estado, da informação exclusiva”²⁶.

“nas licitações de obras e serviços, para as quais se impõe a prévia existência de projeto básico e de planilha de orçamento com estimativa de quantidades e preços unitários (art. 7º, § 2º, incs. I e II), esses documentos serão anexos necessários do edital (art. 40, § 2º, incs. I e II)”²⁷.

Sabe-se que o poder discricionário da Administração encerra-se com a publicação do instrumento convocatório. Logo, a partir desse momento, está ela também vinculada a seus termos. E é o princípio do julgamento objetivo que justifica a necessidade de o edital regulamentar a forma de apresentação das ofertas, assim como os documentos que devem acompanhá-las (como planilhas detalhadas) para comprovar a formação dos preços. Nesse sentido, deverá a Administração consignar no edital a necessidade de apresentação de planilhas detalhadas, sempre que a complexidade do objeto assim exigir.

Na hipótese de obras e serviços de engenharia, considerando que, regra geral, o objeto é composto por diversos insumos, mostra-se necessária a apresentação da respectiva planilha, salvo se o objeto não demandar uma análise mais acurada dos insumos que o compõem.

Por ser a fase de julgamento o momento oportuno para aferir a exequibilidade do preço ofertado pelo licitante, é nesta etapa que devem ser analisadas as planilhas detalhadas contendo os preços unitários da proposta.

08. É possível a participação de consórcios de microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações?

De plano convém transcrever o disposto na Lei Complementar 123/06 no que se refere à formação de consórcios de microempresas e empresas de pequeno porte:

“Art. 56. As microempresas ou as empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional poderão realizar negócios de compra e venda, de bens e serviços, para os mercados nacional e internacional, por meio de consórcio, por prazo indeterminado, nos termos e condições estabelecidos pelo Poder Executivo federal.

§ 1º O consórcio de que trata o *caput* deste artigo será composto exclusivamente por microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional.

§ 2º O consórcio referido no *caput* deste artigo destinar-se-á ao aumento de competitividade e a sua inserção em novos mercados internos e externos, por meio de ganhos de escala, redução de custos, gestão estratégica, maior capacitação, acesso a crédito e a novas tecnologias”.

Depreende-se do texto legal que é possível a formação de consórcio composto, exclusivamente, por microempresas e empresas de pequeno porte, optantes pelo Simples Nacional, para fins de realização de negócios.

Como bem explicitado no § 2º, a finalidade da constituição desse tipo de consórcio é aumentar a competitividade e possibilitar a inserção das microempresas e empresas de pequeno porte em novos mercados.

Para regulamentar o artigo acima transcrito, foi editado, recentemente, o Decreto 6.451/2008, cujo teor fixou que as microempresas e empresa de pequeno porte: i) podem formar um consórcio simples por prazo indeterminado (art. 1º, *caput*); ii) não poderão participar simultaneamente de mais de um consórcio simples (art. 1º, § 1º); e iii) que o objeto do consórcio não poderá ser concomitantemente de venda e de compra, salvo no caso de compra de insumos para a industrialização (art. 1º, § 2º).

Quanto aos requisitos gerais para formação desse consórcio, ficou estabelecido no art. 2º que este não tem personalidade jurídica e que as consorciadas se obrigam às condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade, salvo se previsto no contrato hipótese contrária.

No que tange a sua formalização, determina o art. 3º:

“Art. 3º O contrato de consórcio simples e suas alterações serão arquivados no órgão de registro público competente e deverá conter, no mínimo, cláusulas que estabeleçam:

I - a denominação, a finalidade, o endereço e o foro;

²⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Estudos sobre a lei de licitações e contratos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. p. 120.

²⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 100.

- II - a identificação de cada uma das consorciadas que integrarão o consórcio simples;
- III - a indicação da área de atuação do consórcio simples, inclusive se a atividade se destina a compra ou venda;
- IV - a forma de deliberação sobre assuntos de interesse comum, com o número de votos que cabe a cada consorciada;
- V - o direito de qualquer das consorciadas, quando adimplentes com as suas obrigações, de exigir o pleno cumprimento das suas cláusulas;
- VI - a definição das obrigações e responsabilidades de cada consorciada, e das prestações específicas, observadas as disposições da legislação civil;
- VII - as normas sobre recebimento de receitas e partilha de resultados;
- VIII - as normas sobre administração do consórcio simples, contabilização e representação das consorciadas e taxa de administração, se houver; e
- IX - a contribuição de cada consorciada para as despesas comuns, se houver.

§ 1º Os atos de formação dos consórcios simples deverão ainda especificar regras de substituição, de ingresso e de saída das microempresas e empresas de pequeno porte consorciadas, inclusive na hipótese de exclusão da consorciada do SIMPLES NACIONAL.

§ 2º No caso de exclusão da consorciada do SIMPLES NACIONAL, proceder-se-á à sua imediata retirada do consórcio simples.

§ 3º A falência ou insolvência civil de uma consorciada não se estende às demais, subsistindo o consórcio simples com as demais consorciadas; os créditos que porventura tiver a falida serão apurados e pagos na forma prevista no contrato do consórcio simples.

§ 4º À exceção da exclusão da microempresa ou da empresa de pequeno porte do SIMPLES NACIONAL, a exclusão de consorciada só é admissível desde que prevista no contrato do consórcio simples”.

Cumpridos os requisitos *supra* o consórcio composto, exclusivamente, por microempresas e empresas de pequeno porte estará formalizado e apto para realizar negociações, sejam elas no âmbito privado ou no público.

Contudo, para a participação de microempresas em regime de consórcio, em licitações públicas, faz-se necessário o atendimento de outros requisitos.

Em um primeiro momento é preciso verificar se o edital contempla, expressamente, a possibilidade de participação de consórcios no certame, isso porque essa hipótese recai sobre o poder discricionário da Administração Pública, a qual, em face do objeto licitado, examina se convém ou não aludida participação.

Saliente-se, por oportuno, que não se faz necessária previsão expressa sobre a participação de consórcios específicos de microempresas para que se cogite tal participação, sendo suficiente a previsão geral sobre a possibilidade de participação de consórcios, independentemente da natureza jurídica das pessoas que o compõem.

Por outro lado, oportuno mencionar que, para recair sobre esse tipo de consórcio o tratamento diferenciado disciplinado pela Lei Complementar 123/06, é imprescindível que a receita bruta da totalidade das empresas que compõem o consórcio não ultrapasse os limites estipulados no art. 3º da Lei Complementar 123/06, quais sejam:

“Art. 3º. *omissis*

I – no caso das microempresas, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais);

II – no caso das empresas de pequeno porte, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais)”.

Se o consórcio ultrapassar os limites de receita bruta acima transcritos, poderá mesmo assim participar da licitação, entretanto, não terá os benefícios prescritos na Lei Complementar 123/06. Além disso, impõe-se o cumprimento, por todas as pequenas empresas componentes do consórcio, dos demais requisitos previstos na referida lei para a concessão dos benefícios.

Nesse sentido é a doutrina de Marçal Justen Filho:

“É evidente que, sendo admissível a participação de consórcios em licitação, poderão eles ser compostos por ME e EPP. Cabe determinar se o tratamento preferencial previsto na LC nº. 123 será aplicável em tal hipótese.

Afigura-se que não existirá qualquer dúvida na aplicabilidade do tratamento preferencial quando todos os participantes preencherem os requisitos para usufruírem dos benefícios legais. Assim, por exemplo, suponha-se que a soma da receita bruta dos consorciados não ultrapasse o limite para auferição do benefício.

Apesar do silêncio normativo, afigura-se evidente que não será aplicável o benefício quando o consórcio, embora integrado por ME ou EPP, seja também composto por outras empresas que não façam jus ao regime preferencial.

O problema surge quando se verificar um consórcio formado exclusivamente por ME e (ou) EPP, mas cuja renda bruta somada ultrapasse o limite legal. Afigura-se que, em tal hipótese, o consórcio não poderá beneficiar-se do tratamento preferencial. Ainda que o consórcio não seja uma pessoa jurídica dotada de existência autônoma, a sua natureza é

societária. Existirá uma sociedade não personificada e se a soma de seus recursos conduzir à superação do limite legal, ter-se-á de convir com a ausência dos pressupostos necessários à fruição do regime de benefícios²⁸.

Em face do exposto verifica-se que é possível a participação de consórcio simples composto, exclusivamente, por microempresas ou empresas de pequeno porte desde que o edital contemple a participação de consórcios na licitação. O consórcio fará jus aos benefícios previstos na Lei apenas se o total das receitas brutas das empresas que o compõem não ultrapassar o limite previsto no referido art. 3º e se todas as empresas cumprirem os demais requisitos previstos na Lei para a concessão desses benefícios.

09. O seguro-garantia e a fiança bancária, previstos no art. 56, § 1º, da Lei 8.666/93, devem ser feitos em nome da empresa ou do seu representante legal?

O art. 56, § 1º, da Lei 8.666/93, determina que caberá ao contratado escolher, entre as hipóteses elencadas, a modalidade de garantia a ser prestada, *in verbis*:

“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 ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliado pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda;

II - seguro-garantia;

III - fiança bancária;

(...)”.

A finalidade da exigência da garantia do contrato foi sintetizada na Decisão 315/01 do Plenário do Tribunal de Contas da União:

“A razão de existir da prestação de garantia (artigo 56, caput, da Lei), que, em sentido amplo, significa segurança, está justamente na possibilidade de a Administração reverter possíveis prejuízos causados pelo inadimplemento do contratado, valendo lembrar que fica a critério deste a escolha da modalidade de garantia, de acordo com as peculiaridades de sua estrutura econômico-financeira. Na lição de Jessé Torres Pereira Júnior, **‘desde que aceita como boa a execução’, restituir-se-á ao contratado, ao final do contrato, o valor da caução em garantia, se essa for a modalidade escolhida, com o seu valor monetário preservado**, consoante preceitua o § 4º do aludido artigo 56 (in Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública. 3 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 358).” (grifamos)

Assim, a autoridade competente, se achar conveniente, poderá exigir garantia nas contratações de obras, serviços e compras, desde que essa cobrança esteja prevista no instrumento convocatório.

Nesse diapasão, a garantia aparece como instrumento assegurador da prestação assumida pelo particular. No entanto, se não existirem riscos de lesão à Administração, ela não deve ser imposta, já que ela pode acarretar um gasto desnecessário ao contratado.

De acordo com Hely Lopes Meirelles, o seguro-garantia é “... a garantia oferecida por uma companhia seguradora para assegurar a plena execução do contrato. Na apólice de *seguro-garantia* a seguradora obriga-se a completar à sua custa o objeto do contrato ou a pagar à Administração o necessário para que esta transfira a terceiros ou a realize diretamente”²⁹.

Desse modo, nesta modalidade, o particular realiza um contrato de seguro com uma seguradora para que esta, em caso de inadimplemento, complemente o objeto do contrato ou pague à Administração o valor necessário para a conclusão da prestação inacabada.

Consoante a lição de Marçal Justen Filho, a “Administração Pública contratante constará como beneficiária da apólice, cabendo ao particular o pagamento do prêmio do seguro”³⁰.

Já a fiança bancária é um compromisso no qual o Banco, como fiador, garante o cumprimento das obrigações do particular. “É de natureza comercial e onerosa, pelo quê obriga o banco solidariamente até o limite da responsabilidade afiançada”³¹.

Diante dessas considerações, a JML Consultoria entende que a garantia, tanto da proposta quanto a contratual, deve ser realizada pela empresa (licitante ou contratada, conforme o caso) tendo como beneficiária a

²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *O estatuto da microempresa e as licitações públicas*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2007. p. 61-62.

²⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 212.

³⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 500.

³¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito...*, p. 212.

Administração Pública contratante, não se cogitando, portanto, a possibilidade dela ser feita em nome do representante legal da empresa.

Isso porque, se quem formula a proposta ou assume a execução do objeto do contrato administrativo é a pessoa jurídica, nada mais coerente que esta também seja uma das partes do contrato de seguro ou fiança que venha a garantir a execução do objeto contratado ou assegurar sua proposta comercial (na hipótese de garantia da proposta).

Tanto o contrato de seguro quanto o de fiança são contratos acessórios, ou seja, ambos garantem a execução de um outro, ou melhor, só existem em razão deste outro, que no presente caso é o contrato administrativo.

Dessa forma, se a empresa, pessoa jurídica, é parte no contrato administrativo - o contrato principal -, pela lógica, também deverá esta ser parte nos contratos acessórios de garantia.

Ainda, pode ocorrer de tanto a empresa seguradora quanto o Banco fiador questionarem o fato de terem assegurado ou afiançado determinada pessoa (no caso a pessoa física do representante da empresa), e a Administração Pública estar requerendo a execução da garantia em nome de outra (a pessoa jurídica contratada para executar o objeto).

Em suma, mostra-se imprescindível que a mesma pessoa que contrata com a Administração ou se vincula em virtude de sua proposta (garantia da proposta), também seja a que contrata o seguro garantia ou a fiança bancária perante terceiros, tendo como beneficiária a Administração Pública contratante.

10. De que forma a Portaria Interministerial 127/08 disciplinou o chamamento público das entidades privadas sem fins lucrativos? Ainda, após a celebração de contrato de repasse ou convênios, como está regrada a cotação prévia de preços?

Recorda-se, primeiramente, que o Decreto 6.170/07³², cujo teor disciplina as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, estipulou em seu art. 4º que a celebração destes com entidades privadas sem fins lucrativos poderá ser precedida de chamamento, a critério do órgão ou entidade concedente, visando à seleção de projetos ou entidades que tornem mais eficaz o objeto do ajuste.

As regras sobre como deve ocorrer esse chamamento público com vistas à seleção de projetos e órgãos ou entidades foram estabelecidas com a edição da Portaria Interministerial 127/08, em seu art. 5º.

Do texto normativo observa-se que o chamamento público, quando adotado, dar-se-á pelo Sistema de Gestão de Convênios, Contratos de Repasse e Termos de Parceria – SINCOV, no qual as interessadas deverão estar previamente cadastradas.

Ao chamamento público deverá ser dada a devida publicidade (o prazo estabelecido pela Portaria foi de, no mínimo, **quinze dias**), e o instrumento de divulgação deve ser, especialmente, a primeira página do sítio oficial do órgão ou entidade concedente, além do Portal dos Convênios, conforme prescreve o § 1º do art. 5º da Portaria Interministerial 127/08.

Restou fixado, ainda, que o chamamento deverá conter, no mínimo, a descrição dos programas a serem executados de forma descentralizada; e os critérios objetivos para a seleção do conveniente ou contratado, com base nas diretrizes e nos objetivos dos respectivos programas.

Além disso, aduz o § 1º do art. 5º da Portaria que a qualificação técnica e operacional da entidade privada sem fins lucrativos que receberá os recursos públicos “será aferida segundo critérios técnicos e objetivos a serem definidos pelo concedente ou contratante, bem como por meio de indicadores de eficiência e eficácia estabelecidos a partir do histórico do desempenho na gestão de convênios ou contratos de repasse celebrados a partir de 1º de julho de 2008”.

Diante desse panorama, vê-se que fica a critério do concedente ou do contratante, em um primeiro momento, realizar ou não o chamamento público; se optar pela sua realização, deverá prescrever os critérios técnicos e objetivos relativos à qualificação técnica e operacional para a seleção da entidade sem fins lucrativos que almeja firmar contrato de repasse ou convênio com a Administração Pública Federal.

Em outro viés, o Decreto 6.170/07, em seu art. 11, já havia estabelecido que as entidades privadas sem fins lucrativos que firmem convênio ou contrato de repasse com a Administração Pública Federal não precisam, para executar seu plano de trabalho, licitar nos termos da Lei 8.666/03 ou da Lei 10.520/02, bastando, apenas,

³² Sobre o tema sugerimos a leitura da Questão Freqüente n. 10 veiculada na *RJML* 05/DEZ/2007, p. 70.

que dêem cumprimento aos princípios da impessoalidade, da moralidade e economicidade e que realizem prévia cotação de preços no mercado.

No que tange a esse último requisito, a Portaria prescreve no parágrafo único do art. 45 que a conveniente “deverá contratar empresas que tenham participado da cotação prévia de preços, ressalvados os casos em que não acudirem interessados à cotação, quando será exigida pesquisa ao mercado prévia à contratação, que será registrada no SICONV e deverá conter, no mínimo, orçamentos de três fornecedores”.

O Tribunal de Contas da União manifestou-se em recente julgado sobre o disposto no art. 11 do Dec. 6170/07, sendo importante trazer à colação os posicionamentos divergentes da SECEX e do Ministro Relator, para entender a problemática da questão:

“Instrução da SECEX/RS:

4.24 Mais um fator de risco nessa área diz respeito à interpretação que poderá ser dada ao artigo 11 do Decreto n.º 6.170/2007, cuja redação prevê que, por ocasião das aquisições de produtos e a contratação de serviços com recursos da União, deverá ser adotada, no mínimo, a cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato, sem prejuízo da observância dos princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade. A obrigatoriedade de que as entidades privadas sem fins lucrativos se submetam às Leis n.º 8.666/093 e n.º 10.520/2002, constante no art. 27 da IN STN n.º 01/97, poderá ser entendida como tendo sido flexibilizada pelo referido Decreto, estendendo às ONGS convenientes uma liberdade ainda maior do que a conferida às OSCIPs por meio de seus regulamentos próprios. Diante disso, sugere-se que a obrigatoriedade de sujeição das entidades não-governamentais às disposições das Leis n.º 8.666/93 e n.º 10.520/2002 seja assegurada pela própria LDO.

Voto do Ministro Relator:

Recentemente, foi editado o Decreto n.º 6.170/2007, que dispõe sobre normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios, contratos de repasse e termo de cooperação, além de discriminar outras providências.

Nesse Decreto, o art. 11, para efeito do disposto no art. 116 da Lei nº 8.666/1993, estabelece que as entidades privadas sem fins lucrativos que recebam recursos da União mediante convênio deverão observar os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessária, no mínimo, a realização de cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato.

Entendo, portanto, que essa deve ser a extensão da aplicação do Estatuto das Licitações pelas entidades privadas que recebam recursos mediante transferências voluntárias da União.

Nesse sentido, reputo desnecessária a recomendação sugerida pela Unidade Técnica³³. (grifamos).

O procedimento da cotação prévia de preços que será realizado por intermédio do SINCOV encontra-se disciplinado no art. 46, que assim estabelece:

“Art. 46. *omissis*

I - o conveniente registrará a descrição completa e detalhada do objeto a ser contratado, que deverá estar em conformidade com o Plano de Trabalho, especificando as quantidades no caso da aquisição de bens;

II - a convocação para cotação prévia de preços permanecerá disponível no SICONV pelo prazo mínimo de cinco dias e determinará:

a) prazo para o recebimento de propostas, que respeitará os limites mínimos de cinco dias, para a aquisição de bens, e quinze dias para a contratação de serviços;

b) critérios para a seleção da proposta que priorizem o menor preço, sendo admitida a definição de outros critérios relacionados a qualificações especialmente relevantes do objeto, tais como o valor técnico, o caráter estético e funcional, as características ambientais, o custo de utilização, a rentabilidade; e c) prazo de validade das propostas, respeitado o limite máximo de sessenta dias.

III - o SICONV notificará automaticamente, quando do registro da convocação para cotação prévia de preços, as empresas cadastradas no SICAF que pertençam à linha de fornecimento do bem ou serviço a ser contratado;

IV - a entidade privada sem fins lucrativos, em decisão fundamentada, selecionará a proposta mais vantajosa, segundo os critérios definidos no chamamento para cotação prévia de preços; e

V - o resultado da seleção a que se refere o inciso anterior será registrado no SICONV”.

Do texto acima consignado destaca-se, como importante ferramenta de controle, o disposto no inc. IV, cujo teor impõe às convenientes a obrigatoriedade de motivar suas decisões referentes à escolha da proposta mais vantajosa.

Chama a atenção, também, outros deveres que recaem sobre as entidades privadas sem fins lucrativos, que visam, em última instância, concretizar os princípios da impessoalidade, economicidade e moralidade:

“Art. 46. *omissis*

(...)

§ 2º O registro, no SICONV, dos contratos celebrados pelo beneficiário na execução do objeto é condição indispensável para sua eficácia e para a liberação das parcelas subseqüentes do instrumento, conforme previsto no art. 3º.

³³ TCU. Ac. 1331/2008. Plenário.

Art. 47. Cada processo de compras e contratações de bens, obras e serviços das entidades sem fins lucrativos deverá ser realizado ou registrado no SICONV contendo, no mínimo, os seguintes elementos:

- I - os documentos relativos à cotação prévia ou as razões que justificam a sua desnecessidade;
- II - elementos que definiram a escolha do fornecedor ou executante e justificativa do preço;
- III - comprovação do recebimento da mercadoria, serviço ou obra; e
- IV - documentos contábeis relativos ao pagamento”.

De outra sorte, cumpre informar ao leitor que a Portaria em análise também delineou as hipóteses de desnecessidade de cotação prévia de preços quando:

“Art. 46. *omissis*

§ 1º A cotação prévia de preços no SICONV será desnecessária:

- I - quando o valor for inferior a R\$ 8.000,00 (oito mil reais), desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra, serviço ou compra ou ainda para obras, serviços e compras da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente; e
- II - quando, em razão da natureza do objeto, não houver pluralidade de opções, devendo comprovar tão-só os preços que aquele próprio fornecedor já praticou com outros demandantes”.

Acrescenta-se, por fim, que nas contratações de bens, obras e serviços as entidades privadas sem fins lucrativos poderão utilizar-se do sistema de registro de preços dos entes federados (art. 48).

Do acima exposto verifica-se que, embora as entidades privadas sem fins lucrativos não precisem licitar quando da execução do seu plano de trabalho, a Portaria 127/08 estabeleceu uma série de requisitos que devem ser cumpridos por essas, como forma de controle dos recursos públicos para elas repassados.

11. É possível a Administração contratar diretamente cursos, seminários e eventos?

De início, convém lembrar que o procedimento licitatório destina-se ao alcance de dois objetivos básicos: (a) a seleção da proposta mais vantajosa ao interesse público; e (b) assegurar igualdade de condições a todos os interessados no objeto licitado.

Portanto, a regra estabelecida pela ordem jurídica vigente é licitar, proporcionando igualdade de condições a todos os concorrentes, sendo dispensável ou inexigível a licitação apenas, excepcionalmente, nos casos autorizados em Lei.

Com efeito, é requisito para a instauração da licitação a existência de competitividade, ou seja, de **viabilidade de competição**, a qual só existe, por evidente, quando há mais de uma possibilidade de contratação, tanto no que se refere ao objeto (mais de um), quanto no que concerne ao fornecedor (mais de um).

Dessa feita, muito embora a licitação seja um dever imposto constitucionalmente, ela deverá ser afastada nas hipóteses de inviabilidade de competição. Isso porque, se a licitação tem por fim selecionar a proposta mais vantajosa dentre as existentes no mercado, verificada a inexistência de pluralidade de fornecedores e/ou de produtos/serviços ou, ainda, a impossibilidade de comparação objetiva entre os serviços prestados, não há razão lógica para a sua instauração.

Nesse sentido é a previsão do *capute* incisos do art. 25 da Lei 8.666/93³⁴ que prescrevem:

“Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

- I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;
- II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;
- III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública”.

Traçadas essas premissas iniciais, cumpre verificar se o caso concreto – contratação de cursos abertos ao público em geral – enquadra-se ou não na hipótese de inexigibilidade de licitação.

Tem-se que esses tipos de cursos, em geral, já são previamente delimitados pelo prestador do serviço, contando com programação, data e palestrantes específicos, inexistindo no mercado, em tese, outros cursos com tais características, ao menos naquela data específica.

³⁴ Saliente-se que os casos de inexigibilidade mencionados nos incisos do art. 25 são meramente exemplificativos, existindo, pois, outras situações que podem conduzir à inexigibilidade em face da inviabilidade material de competição.

Nessa perspectiva, resta assente que a aquisição de vagas nesses cursos, de modo geral, enquadra-se na hipótese de inexigibilidade de licitação, **por total inviabilidade de competição, com fundamento no art. 25, caput, da Lei 8.666/93**, anteriormente transcrito.

Corroborando os argumentos acima expostos declina Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

“É também inexigível a licitação para matrícula de servidor em curso de treinamento oferecido por instituição privada de treinamento, como seminários da Fundação Getúlio Vargas, da editora NDJ, da Price, da Treide, da IOB, do Centro Brasileiro para Formação Política, do Centro Brasileiro de Administração e Direito – SEBRAD, da ASBACE, da ESADE, etc. – **porque esses eventos são realizados em períodos determinados, mostrando-se inviável a competição.** Contudo, para realização de seminários fechados realizados por quaisquer dessas instituições é, em princípio, exigível a licitação, porque, o interesse e a conveniência do treinamento podem ser determinados pela Administração, ao contrário do caso anterior, em que a oportunidade é ditada pelas instituições”³⁵. (grifamos)

Sob outro viés, mas também reconhecendo a inviabilidade de competição, Antônio Carlos Cintra do Amaral aduz que:

“A Administração não pode realizar licitação para treinamento, porque os profissionais ou empresas são incomparáveis. Não há, portanto, viabilidade de competição. A adoção do tipo de licitação de 'menor preço' conduz, na maioria dos casos, à obtenção de qualidade inadequada. A de 'melhor técnica' e a de 'técnica e preço' são inviáveis, porque não se pode cogitar, no caso, de apresentação de proposta técnica. A proposta técnica seria, a rigor, o programa e a metodologia, de pouca ou nenhuma diferenciação. O êxito do treinamento depende, basicamente, dos instrutores ou docentes. Que são incomparáveis, singulares, o que torna inviável a competição”³⁶. (grifamos)

No mesmo compasso é o posicionamento externado pelo Tribunal de Contas da União:

“Ou seja, a realidade brasileira hoje vivencia que mesmo nos cursos que já atingiram certa padronização, a atuação do instrutor ainda faz diferença, afetando os bons resultados almejados no treinamento. Esse fato está estreitamente relacionado com as deficiências observadas na elaboração de manuais padronizados de ensino no Brasil. 9. A aplicação da lei deve ser compatível com a realidade em que está inserida, só assim o direito atinge seus fins de assegurar a justiça e a equidade social. **Nesse sentido, defendo o posicionamento de que a inexigibilidade de licitação, na atual realidade brasileira, estende-se a todos os cursos de treinamento e aperfeiçoamento de pessoal,** fato que pode e deve evoluir no ritmo das mudanças que certamente ocorrerão no mercado, com o aperfeiçoamento das técnicas de elaboração de manuais padronizados de ensino. Essa evolução deve ser acompanhada tanto pelos gestores como pelos órgãos de controle, no âmbito de suas atuações. **Assim, desponta, a meu ver, com clareza que a inexigibilidade de licitação para contratação de treinamento e aperfeiçoamento de pessoal, na atualidade, é regra geral, sendo a licitação exceção que deve ser averiguada caso a caso pelo administrador.** 10. **Destarte, partilho do entendimento esboçado pelo Ministro Carlos Átila no sentido do reconhecimento de que há necessidade de assegurar ao Administrador ampla margem de discricionariedade para escolher e contratar professores ou instrutores. Discricionariedade essa que deve aliar a necessidade administrativa à qualidade perseguida, nunca a simples vontade do administrador.** Pois, as contratações devem ser, mais do que nunca, bem lastreadas, pois não haverá como imputar à legislação, a culpa pelo insucesso das ações de treinamento do órgão sob sua responsabilidade”³⁷. (grifamos)

Conforme salientado por Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, “o TCU entendeu que a inexigibilidade de licitação para a contratação de treinamento e aperfeiçoamento de pessoal e inscrições em cursos abertos é a regra geral, sendo a licitação exceção que deve ser averiguada caso a caso pelo Administrador”³⁸.

À luz do exposto, a JML Consultoria alinha-se à tese de que a participação de servidores públicos em cursos abertos enquadra-se na hipótese de inexigibilidade genérica prevista no *caput* do art. 25, que prescreve que “é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição”.

Por outro lado, a doutrina e o próprio Tribunal de Contas da União também reconhecem a possibilidade de enquadrar essa hipótese, dependendo das características do caso concreto, na situação prevista no art. 25, inc. II, da Lei 8.666/93, qual seja, a inexigibilidade em razão da notória especialização:

“II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;”

O art. 13 enumera os serviços caracterizados como “técnico especializado”, quais sejam:

³⁵ FERNANDES, Jorge Ulysses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica: 2000. p. 540.

³⁶ AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. *Ato Administrativo, licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 111.

³⁷ TCU. Decisão 439/1998. Plenário.

³⁸ FERNANDES, Jorge Ulysses Jacoby. *Vade-mécum de licitações e contratos*. 3. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006. p. 508.

“Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

(...);

VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;

(...)”. (grifamos)

Urge frisar, ainda, que não basta o serviço ser técnico. Indispensável também que ele seja de natureza singular, prestado por profissionais ou empresas de notória especialização, que de acordo com o § 1º do art. 25 consiste em:

“§ 1º. Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato”.

Nas lições de Hely Lopes Meirelles, “serviços técnicos profissionais especializados, no consenso doutrinário, são os prestados por quem, além da habilitação técnica e profissional – exigida para os serviços técnicos profissionais em geral -, aprofundou-se nos estudos, no exercício da profissão, na pesquisa científica, ou através de cursos de pós-graduação ou de estágios de aperfeiçoamento. Bem por isso, Celso Antônio considera-os singulares, posto que marcados por características individualizadoras, que os distinguem dos oferecidos por outros profissionais do mesmo ramo”³⁹.

Menciona-se, ainda, que não é suficiente ser o profissional de notória especialização, faz-se necessário que o interesse público, em face de sua complexidade e importância, requeira a contratação de profissional com essas qualificações.

Portanto, deve o serviço ter natureza singular, o qual é conceituado por Diogenes Gasparini da seguinte forma: “por natureza singular do serviço há de se entender aquele que é portador de tal complexidade executória que o individualiza, tornando-o diferente dos da mesma espécie, e que exige, para a sua execução, um profissional ou empresa de especial qualificação”⁴⁰.

Com efeito, o objeto em voga pode se enquadrar no conceito de “serviços técnicos profissionais especializados”, previsto no art. 13, inc. VI, da Lei 8.666/93, e ainda, dependendo das características do caso concreto (formatação do evento, especialização dos palestrantes e técnicas diferenciais da empresa prestadora dos serviços e necessidade singular da Administração contratante), ser enquadrado, também, na hipótese de inexigibilidade prevista no inc. II do art. 25.

Nessa esteira é o entendimento uniformizado do Tribunal de Contas da União, conforme se infere do seguinte julgado:

“4. Ademais, assiste razão aos gestores quanto à regularidade da contratação de treinamento mediante inexigibilidade de licitação, uma vez que este Tribunal já decidiu, em sessão plenária de 15/7/1998, “considerar que as contratações de professores, conferencistas ou instrutores para ministrar cursos de treinamento ou aperfeiçoamento de pessoal, bem como a inscrição de servidores para participação de cursos abertos a terceiros, enquadram-se na hipótese de inexigibilidade de licitação prevista no inciso II do art. 25, combinado com o inciso VI do art. 13 da Lei nº 8.666/1993” (Decisão nº 439/1998 - Plenário - TCU)”⁴¹.

Contudo, em que pese o reconhecimento da possibilidade de contratação de cursos e eventos por notória especialização, dependendo das características desses, da empresa contratada ou da necessidade da Administração, entende-se que a solução jurídica mais adequada é a prevista no *caput* do art. 25, ou seja, contratação por inexigibilidade em face da inviabilidade de competição, já que **“esses eventos são realizados em períodos determinados, mostrando-se inviável a competição”**⁴².

Sistema “S”

12. É possível a formalização da prorrogação do contrato após sua extinção, quando os serviços continuaram sendo prestados? Qual o procedimento adequado nessa hipótese?

Conforme dispõe o parágrafo único do art. 26 do Regulamento de Licitações e Contratos, os contratos deverão ter prazo de vigência determinado, de acordo com a execução do objeto sendo que, para serviços contínuos, cogita-se a possibilidade de prorrogação, limitada a 60 (sessenta) meses. Ademais, a prorrogação fica vinculada à demonstração da vantagem da manutenção do ajuste.

³⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 266.

⁴⁰ GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 492.

⁴¹ TCU. Ac. 654/2004. 2ª Câmara.

⁴² FERNANDES, Jorge Ulysses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica: 2000. p. 540.

No que tange à formalização da prorrogação, determina o art. 29 do Regulamento que o instrumento para tanto será o termo aditivo:

“Art. 29. As alterações contratuais por acordo entre as partes, desde que justificadas, e as decorrentes de necessidade de prorrogação, constarão de termos aditivos”.

Ao conceituar termo aditivo, interpreta o Tribunal de Contas da União:

“Os contratos administrativos podem ser modificados nos casos permitidos em lei. Essas modificações são formalizadas por meio de instrumento usualmente **denominado termo de aditamento, comumente denominado termo aditivo.**

O termo de aditamento pode ser usado para efetuar acréscimos ou supressões no objeto, prorrogações, repactuações, além de outras modificações admitidas em lei que possam ser caracterizadas como alterações do contrato⁴³.

Logo, havendo motivo que respalde a prorrogação da vigência do contrato, o instrumento que irá viabilizar a prorrogação será o termo aditivo.

Ademais, saliente-se que a prorrogação somente será válida se efetuada dentro do prazo de vigência do contrato, daí porque não se aventa a elaboração do competente termo aditivo após a extinção do referido prazo de vigência.

Neste sentido é o entendimento do Tribunal de Contas da União:

“Não se deve prorrogar contratos após o encerramento de sua vigência uma vez que tal procedimento é absolutamente nulo”⁴⁴.

“Determinar que nas prorrogações contratuais promova a assinatura dos respectivos termos de aditamento até o término da vigência contratual, uma vez que, transposta a data final de sua vigência, o contrato é considerado extinto, não sendo juridicamente cabível a prorrogação ou a continuidade da execução do mesmo”⁴⁵.

Logo, uma vez expirado o prazo de vigência contratual, não se vislumbra sua prorrogação, na medida em que o contrato deixou de existir na ordem jurídica.

Diante disso, se o contratado continuou a executar o objeto contratual mesmo após o termo do prazo contratual, caberá à entidade pagar, a título de indenização, o que foi executado sem cobertura contratual, em respeito ao princípio que veda o enriquecimento ilícito, já que é impossível juridicamente prorrogar contrato que já se encontra extinto.

Por derradeiro, acrescenta-se que isso não afasta possível apontamento pela Corte de Contas nem afasta a abertura de processo administrativo para apuração de responsabilização do agente competente pela fiscalização do contrato.

13. As entidades do Sistema “S” devem realizar licitação para a utilização de imóvel de sua propriedade por terceiros? Qual o instrumento adequado para a formalização desse ajuste?

Os serviços sociais autônomos são instituídos por lei, possuem personalidade de direito privado sem fins lucrativos, sendo mantidos por dotações orçamentárias ou por contribuições parafiscais⁴⁶. Contudo, pelo fato de gerirem recursos oriundos de contribuições parafiscais e de desempenharem atividades de natureza pública no interesse das categorias profissionais que representam, se submetem aos princípios que regem as atividades administrativas, em especial os que se referem à utilização dos recursos públicos.

Diante disso, devem respeitar certas normas públicas, como, por exemplo, a realização de prévia licitação (inc. XXI do art. 37 da CF/88). Sabe-se que o Regulamento de licitação das entidades integrantes do Sistema “S” prevê em seu art. 1º a necessidade de prévia licitação para a contratação de obras, serviços, compras e alienações. Entretanto, este ato normativo nada disciplina acerca da utilização de seus bens por terceiros.

Dessa forma, ante a omissão do Estatuto, faz-se imperioso buscar subsídios nos princípios aplicáveis a essas entidades, bem como aferir a disposição da Lei 8.666/93 sobre o assunto, já que o TCU diversas vezes manifestou entendimento no sentido de que essas entidades devem obedecer aos princípios gerais aplicáveis às despesas públicas, bem como verificar, na hipótese de omissão de seus Regulamentos, as regras esculpidas na Lei 8.666/93. Nessa esteira é o Acórdão 3454/07 da 1ª Câmara da Corte de Contas:

⁴³ TCU. *Licitações e contratos: orientações básicas*. 3. ed. Brasília: Secretaria de Controle Interno, 2006. p. 268.

⁴⁴ Decisão 451/2000. Plenário.

⁴⁵ Ac. 1727/2004. Plenário.

⁴⁶ A contribuição parafiscal é uma forma de tributação cujo objetivo é a arrecadação de recursos para o custeio de atividades que, em princípio, não integram funções próprias do Estado, mas este as desenvolve através de entidades específicas, como no caso, as entidades do Sistema “S”.

“6. A exigência de que o Estatuto das Licitações e Contratos seja observado por entidades do Sistema “S” pode ser justificada em duas hipóteses: ausência de regra específica no regulamento próprio da entidade ou dispositivo, do mesmo regulamento, que contrarie os princípios gerais da Administração Pública e os específicos relativos às licitações e os que norteiam a execução da despesa pública”.

A Lei 8.666/93, em seu art. 2º, impõe como regra prévia licitação para as obras, serviços, compras, alienações, **concessões, permissões e locações** da Administração Pública; determina no § 3º do seu art. 23 que a concorrência é a modalidade que deve ser adotada para a compra, alienação de bens imóveis e nas concessões de direito real de uso e, em seu art. 45, § 1º, inc. IV, estatui que o tipo maior oferta é cabível para a concessão de direito real de uso.

Ante as disposições da Lei de licitações, tem-se que a concessão e a permissão de uso de bem público exigem prévia licitação, devendo ser adotada, por analogia, a modalidade concorrência, tipo maior oferta.

Persiste, então, o dever de licitar na hipótese aventada, em razão do princípio da isonomia estipulado no art. 2º do Regulamento, pois a simples concessão de benefícios a terceiros impõe a licitação, já que podem existir diversos interessados em utilizar o espaço que será cedido por essas entidades.

Portanto, há necessidade de realização de prévia licitação para que as entidades do Sistema “S” possam permitir a utilização de seus bens imóveis por terceiro.

Resta esclarecer, agora, qual o instrumento adequado para formalização dessa avença: deve-se adotar instrumento de direito público ou instrumento de direito privado?

Os instrumentos à disposição da Administração Pública para disponibilizar o uso de bens imóveis a terceiros são os seguintes: autorização de uso, permissão de uso, cessão de uso, concessão de uso e concessão de direito real de uso.

Veja-se, de forma sintética, o conceito de cada qual:

I) Autorização de uso é o ato unilateral, discricionário e precário por intermédio do qual a Administração faculta a realização de certa atividade sobre um bem público.

II) Permissão de uso, consoante assevera Hely Lopes Meirelles, é “ato negocial, unilateral, discricionário e precário através do qual a Administração faculta ao particular a utilização individual de determinado bem público”⁴⁷.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro diferencia a permissão de uso da autorização aduzindo que “a permissão é concedida para fins de interesse público, ao contrário da autorização, que leva em consideração o interesse do utente”⁴⁸.

III) Cessão de uso é o instrumento pelo qual se opera a transferência da posse de um bem público de uma entidade ou órgão para outro, para utilização de acordo com a destinação fixada⁴⁹.

IV) Concessão de uso, por sua vez, é o meio pelo qual a Administração outorga o uso de bem público a terceiro, para explorá-lo com exclusividade e com uma finalidade específica, nos termos das condições impostas pela Administração. Em virtude de, normalmente, envolver investimento por parte do particular, a concessão de uso tem caráter contratual e estável.

V) Concessão de direito real de uso é o contrato pelo qual a Administração transfere o uso de bem público a terceiro, como direito real resolúvel, com a finalidade específica de urbanização, industrialização, edificação, cultivo ou qualquer outra exploração de interesse social, nos termos do previsto no Decreto 271, de 28.02.67, que instituiu e disciplina esse instrumento.

Traçados os instrumentos postos à disposição da Administração e as características de cada qual, passa-se à análise dos instrumentos de direito privado que podem ser utilizados para o alcance da pretensão. São eles o comodato e a locação.

Comodato é o empréstimo gratuito de coisas não fungíveis, consoante dispõe o art. 579 do Código Civil, enquanto locação é o contrato bilateral, perfeito, oneroso, comutativo e consensual, pelo qual se permite a terceiros a utilização de bem imóvel. A locação é regida por lei especial, a denominada Lei do Inquilinato, conforme prevê o art. 2.036 do Código Civil.

Ante aos conceitos apontados, tem-se que:

⁴⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 476.

⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 564 - 565.

⁴⁹ A doutrina é divergente quanto ao destinatário do bem.

a) no âmbito da Administração Pública os instrumentos cabíveis para a utilização de bem público por terceiro são a concessão e a permissão de uso, a serem adotados conforme a utilização importe ou não ao particular a promoção de investimentos;

b) no direito privado, a locação demonstra-se o instrumento adequado, visto que é por seu intermédio que se permite a terceiros a utilização de bem imóvel.

Para saber qual o instrumento deve ser adotado, há que se perquirir a natureza dos Serviços Sociais Autônomos e a legislação que lhe é aplicável, que, como vimos, possui um regime jurídico peculiar, em vista de ser uma entidade de direito privado e, por gerir recursos públicos, submeter-se a princípios de direito público.

Em que pese o fato de a entidade ser considerada, pela doutrina e órgãos de fiscalização e controle, como uma entidade paraestatal, sujeita a certo regramento de normas públicas, não se pode esquecer que sua natureza é, essencialmente, de pessoa jurídica de direito privado.

Rege-se então, via de regra, por normas de direito privado, exceto quando este regime for expressamente derogado pelo direito público.

Em face desse raciocínio, entende-se que a locação é o instituto adequado para o uso, por terceiros, de imóvel de entidade do Sistema "S", por ser contrato de direito privado compatível, portanto, com a natureza da entidade.

Entretanto, como ponderado inicialmente, mesmo sendo a locação um contrato tipicamente privado, a licitação prévia se impõe, em virtude de a entidade gerir verbas públicas e até mesmo para atendimento do princípio da isonomia, podendo ser afastada apenas em casos de dispensa ou de inexigibilidade, nas hipóteses previstas no Regulamento.

E, da mesma forma que para a concessão de uso, a modalidade a ser adotada é a concorrência, a mais ampla e que permite a participação de maior número de interessados, e o tipo, o de maior oferta.

Ademais, devem ser observadas, no que não colidirem com os princípios de direito público a que se sujeitam, as disposições previstas no Estatuto da entidade e demais normas internas aplicáveis à matéria.

A Corte de Contas da União também já se pronunciou sobre essa questão, entendendo e determinando:

"I - a estrita observância aos princípios reguladores das licitações e contratos agora disciplinados pela Lei nº 8.666, de 21.06.93, notadamente quanto aos pontos abaixo identificados: a) não realização das modalidades de licitação, em função dos limites estabelecidos, conforme valor estimado da contratação; b) caracterização de notória especialização para contratação de serviços que não se enquadram como inéditos ou de competição inviável (ensino de inglês) para ocorrer a hipótese de inexigibilidade de licitação; **II - a adoção imediata de providências tendentes à regularização de concessão de uso do refeitório do edifício sede da empresa, situado na Av. Borges de Melo nº 1677 - Fortaleza - CE, visto que o estatuto jurídico das licitações e contratos administrativos exige a realização de concorrência para as contratações desta natureza**, o que não foi observado, quando da cessão do refeitório para a Associação dos Empregados da TELECEARÁ, realizada, inclusive, com desobediência ao art. 1º, inciso III, do Decreto nº 99.509, de 05.09.90, "in" DOU de 06.09.90; 4. promover a juntada destes autos às contas da TELECEARÁ, ..."⁵⁰.

"A utilização gratuita das dependências do SESI, por empresa alheia ou não ao sistema Confederação Nacional da Indústria (itens "c", "d" e "e" da audiência de fls. 276), fere frontalmente o disposto no art. 2º da Resolução nº 03/96 do Conselho Nacional do Serviço Social da Indústria, fl. 125.

(...)

- cumpra e faça cumprir as normas internas no tocante ao estabelecimento de remuneração a valores de mercado nos casos de utilização de bens e serviços do Departamento Regional do SESI por entidades do sistema (art. 2º da Resolução n.º 03/96 do Conselho Nacional);⁵¹. (grifamos)

"8.2. recomendar ao Diretor Regional do SESI/MG a adoção de estudos para viabilizar providências no sentido de:

8.2.1. quanto a aluguel e cessão gratuita de imóveis a entidade de classes:

a) evitar alugar imóveis de terceiros (excetuando apenas casos de comprovada necessidade, após esgotadas todas as possibilidades de acomodação em imóveis próprios);

b) suspender a cessão de imóveis gratuita ou mediante contraprestação de serviços, que não correspondam ao preço de mercado imobiliário, em detrimento da finalidade institucional da Entidade;

(...)

8.2.10. orientar a Política de Investimentos no sentido de:

a) conferir nova utilização ao imóvel situado na Rua Castigliano, Bairro Padre Eustáquio, que está sendo subutilizado (como depósito de material inservível);

⁵⁰ TCU. Decisão 240/1994. 2ª Câmara.

⁵¹ TCU. Ac. 132/1999. Plenário.

b) tentar permutar, locar ou alienar o terreno situado na Rua Bambirra, Bairro Gameleira, caso não seja viável sua utilização a curto prazo;

c) formalizar contrato de locação, cobrando valores alicerçados em pesquisas de mercado, ao ceder, parcial ou totalmente, imóveis de sua propriedade para outras instituições;⁵² (grifamos)

“O fato de o SESI pertencer ao sistema da Confederação Nacional da Indústria/CNI **não autoriza a disposição dos imóveis de propriedade do SESI, a título oneroso ou gratuito, pela FIEAM ou qualquer outro ente pertencente ao referido sistema, pois o SESI dispõe de normas e regulamentos próprios aos quais deve obedecer.**”⁵³ (grifamos)

Portanto, de modo resumido pode-se afirmar que:

I - O Estatuto de Licitação não disciplina a utilização de seus bens por terceiros. Entretanto, há necessidade de realização de prévia licitação para que a entidade permita a utilização de seus bens imóveis por terceiros, em face dos princípios de direito público a que estão sujeitos os serviços sociais autônomos, notadamente o primado da isonomia.

II - A locação é o instituto adequado para o uso, por terceiros, de imóvel de entidade do Sistema “S”, por ser contrato de direito privado compatível, portanto, com a natureza da entidade.

III - A modalidade a ser adotada é a concorrência, a mais ampla e que permite a participação de maior número de interessados, e o tipo, o de maior oferta.

IV - Devem ser observadas, no que não colidirem com os princípios de direito público a que se sujeitam, as disposições previstas no Estatuto da entidade e demais normas internas aplicáveis à matéria.

14. Em uma licitação por itens, caso haja a interposição de recurso em relação a um dos itens, é possível o prosseguimento do certame em relação aos demais itens não impugnados?

A Licitação por itens, ou aglomeração por itens, pode ser definida como uma concentração de várias licitações em um único processo.

E isso ocorre, normalmente, em casos em que a entidade precisa adquirir bens que por si só, isoladamente, não possuem uma grande relevância e precisam ser agrupados a outros de natureza similar ou complementar para justificar a realização da contratação, estimular o interesse dos potenciais licitantes e, assim, viabilizar ampla competição. Ainda, é recomendável o parcelamento de objeto complexo divisível em tantos itens ou parcelas quantas se demonstrarem técnica e economicamente viáveis, pois assim se propiciará a participação de um maior número de interessados e se ampliará, conseqüentemente, a competitividade.

O Regulamento dos Serviços Sociais Autônomos prevê, em seu art. 7º, a possibilidade de parcelamento de obras, serviços e compras, o que engloba tanto a possibilidade de realização de diversas licitações de um mesmo objeto ao longo do exercício financeiro, como a instauração de um único procedimento para a contratação de objeto dividido em vários lotes ou itens, no intuito de aumentar a competitividade, pois essa divisão tornará o certame acessível a vários fornecedores.

Convém ressaltar que a licitação por itens deve ser econômica e tecnicamente viável, ou seja, não pode a divisão do objeto em vários itens proporcionar uma situação na qual o procedimento licitatório tenha um custo mais elevado do que a própria contratação de forma global e nem que possa gerar a desnaturação do objeto ou acarretar prejuízo a sua perfeita execução.

Não se pode esquecer, também, que nas hipóteses antes aventadas, deve a entidade preservar a modalidade pertinente ao total da contratação, sob pena de afronta ao mencionado art. 7º.

No caso de parcelamento, portanto, cada item ou lote é considerado como uma licitação autônoma e independente. Embora as contratações sejam autônomas, Marçal Justen Filho destaca que todas devem ser “desenvolvidas conjuntamente em um único procedimento, documentado nos mesmos autos”⁵⁴.

Verificada a conveniência de realizar uma licitação por itens ou lotes, deve a entidade elaborar um edital único, contemplando as condições gerais para o processamento do certame, bem como os requisitos específicos que deverão ser cumpridos para cada item.

Importante destaca que os interessados não podem ser impedidos de participar de mais de um item, não precisam apresentar propostas para todos os itens licitados e nem se selecionará a proposta com o menor valor global. Cada item é um objeto distinto no que concerne aos requisitos de habilitação, julgamento, adjudicação,

⁵² TCU. Decisão 578/1999. Plenário.

⁵³ TCU. Decisão 585/1997. Plenário.

⁵⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 208.

etc., pelo que haverá a possibilidade de os licitantes concorrerem em apenas um item, em alguns ou em todos eles, conforme possuam condições e tenham interesse.

Nesse sentido é a posição externada por Marçal Justen Filho:

“Na licitação por itens, há um único ato convocatório, que estabelece condições gerais para a realização de certames, que se processarão conjuntamente, mas de modo autônomo. (...) A autonomia se revela pela faculdade outorgada aos licitantes de produzir propostas apenas para alguns itens. Os requisitos de habilitação são apurados e cada proposta é julgada em função de cada item. Há diversos julgamentos, tanto na fase de habilitação quanto na de exame de propostas. Mesmo que materialmente haja um único documento, haverá tantas decisões quanto sejam os itens objeto de avaliação.

(...)

Assim, por exemplo, é inválido estabelecer que o licitante deverá preencher os requisitos de habilitação para o conjunto global dos objetos licitados (eis que o julgamento se faz em relação a cada item).

(...)

Outra imposição defeituosa consiste na obrigatoriedade da formulação de propostas para o conjunto dos diferentes itens”⁵⁵.

Importa destacar que uma das vantagens da licitação por itens é a economia processual, já que a entidade concentra em um mesmo procedimento diversas contratações, elaborando um único edital, uma única fase da habilitação, por exemplo, para vários objetos. Assim, os participantes que quiserem concorrer para diversos itens apresentam, em um único envelope, toda a documentação necessária para os itens indicados. Desse modo, a Comissão habilitará (ou não) o licitante para os itens mencionados, considerando-se os requisitos previstos no edital.

Conforme pontuado por Marçal Justen Filho, “uma das grandes vantagens dessa solução reside no desenvolvimento de uma fase única de habilitação, de modo a não se exigir a multiplicação de documentação e decisões”⁵⁶.

Traçadas essas considerações iniciais, cumpre responder a questão objetivamente formulada.

Entende-se que é possível que cada item seja homologado e adjudicado separadamente dos demais, em razão de recurso interposto, podendo ser formalizada a contratação em momento anterior à adjudicação dos demais itens.

Oportuno lembrar que na licitação por itens é como se cada um de seus itens correspondesse a uma licitação distinta, daí porque não se verifica nenhum óbice em adjudicar um item que não foi objeto de questionamento por meio de recurso, de forma a permitir a formalização da contratação do referido item.

15. Nos casos de contratação direta (dispensa ou inexigibilidade de licitação) é necessário parecer ou justificativa da comissão de licitação? Nesse procedimento, há que se falar em homologação?

Preliminarmente, cabe observar que toda contratação, independente de decorrer de licitação ou não, deve ser devidamente formalizada. Assim é que o art. 11 do Regulamento estabelece:

“Art. 11. As dispensas, salvo os casos previstos nos incisos I e II do art. 9º, ou as situações de inexigibilidade, **serão circunstanciadamente justificadas pelo órgão responsável, inclusive quanto ao preço e ratificada pela autoridade competente.**

Parágrafo único - Nas hipóteses de dispensa e inexigibilidade poderá ser exigida a comprovação de regularidade fiscal, que será obrigatória quando o valor da contratação for igual ou superior àqueles previstos nos incisos I, "c", e II, "c", do art. 6º, deste Regulamento”. (grifamos)

Dessa feita, ao estipular que o órgão responsável justifique, de forma circunstanciada, as contratações decorrentes de dispensa e inexigibilidade de licitação, nada mais está fazendo o Regulamento do que exigir a formalização dessas. Aliás, de outra maneira não poderia ser, pois a formalização é da essência dos atos administrativos, tendo por finalidade permitir o controle dos atos praticados, seja pela Corte de Contas, seja pelo cidadão.

Conclui-se, então, que a contratação direta, como toda e qualquer contratação, deve ser devidamente formalizada em processo administrativo próprio, autuado, protocolado e numerado, a ele anexando, oportunamente, os documentos necessários.

Inclusive, ao analisar o referido dispositivo, Julieta Mendes Lopes Vareschini obtempera:

“Em face dos princípios aplicáveis à contratação das entidades integrantes do Sistema “S”, mesmo quando configurada hipótese em que a licitação é dispensável ou inexigível, **encontra-se afastada a possibilidade de a**

⁵⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários ...*, p. 208.

⁵⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários ...*, p. 209.

entidade escolher livremente no universo dos potenciais fornecedores dos bens ou dos prestadores de serviços, aquele que bem entender, sem obediência a nenhuma formalidade.

Por conta disso, o regulamento, em seu artigo 11, determinou que as contratações diretas fossem formalizadas por meio de processo administrativo, no qual deverão ser atendidas algumas exigências. A observância de procedimentos formais assegura a aplicação dos princípios e se presta como meio de controle da atuação dos agentes”.⁵⁷ (grifamos)

Contudo, o Regulamento, assim como a Lei de Licitação, não cuida de detalhar o processamento das contratações decorrentes de dispensa ou inexigibilidade de licitação. Apenas relaciona, em seus arts. 9º e 10, as hipóteses de dispensa e de inexigibilidade, essas últimas de forma exemplificativa, e exige alguns procedimentos específicos, como os previstos em seu art. 11 antes reproduzido.

Mas, de modo geral, a contratação direta deve processar-se da seguinte forma:

a) identificação do interesse público visado, com a descrição adequada do objeto, de suas características e condições impostas, devidamente justificadas, e indicação do seu custo estimado, o que é feito pelo setor interessado no documento denominado requisição, que é endereçado à autoridade superior;

b) indicação dos recursos orçamentários para fazer frente à despesa;

c) fundamentação da contratação e demonstração do atendimento dos requisitos exigidos à hipótese, à vista das disposições legais;

d) análise pela assessoria jurídica da entidade, que deve se pronunciar sobre a contratação direta, verificando se os pressupostos legais exigidos pelo Regulamento para a configuração da hipótese invocada foram devidamente preenchidos, bem como se as demais condições mínimas necessárias à formalização do processo encontram-se presentes. Esse pronunciamento será expresso em parecer jurídico, o qual deverá instruir o processo. Pode ser que a contratação exija, ainda, em razão de seu objeto, a manifestação de técnico especializado. Nesse caso, o processo deverá ser instruído com parecer técnico, além do parecer jurídico antes mencionado;

e) avaliação da capacidade e idoneidade do pretense contratado em executar o objeto da contratação, lembrando, que, em face de determinação constitucional, § 3º do art. 195 da Constituição Federal, e legal, art. 2º da Lei 9.012/95, em toda contratação deve-se exigir de pessoa jurídica a comprovação de regularidade para com o INSS e o FGTS, no mínimo, além dos demais documentos que se façam necessários à comprovação da aptidão para executar o objeto.

Além da documentação relativa à capacidade do futuro contratado, pode ser necessária, também, a demonstração de atendimento de requisitos constantes no próprio preceito legal que fundamenta a contratação direta. Sempre que preciso, esses serão fundamentais e deverão ser anexados ao processo;

f) autorização para a contratação pela autoridade competente, com fundamento no parecer jurídico exarado, após a devida identificação e caracterização da hipótese legal apta a justificar a contratação direta e da avaliação da capacidade do pretense contratado;

g) justificativa do preço;

h) ratificação pela autoridade superior da contratação direta, como condição de eficácia do ato;

i) formalização da contratação, por meio de instrumento hábil (contrato, nota de empenho, etc.);

j) publicidade.

Por oportuno, cumpre colacionar algumas decisões do Tribunal de Contas da União acerca do tema:

“... instrua todos os processos de dispensa e inexigibilidade de licitação com os elementos exigidos pelo art. 26⁵⁸ da Lei n.º. 8.666/93, especialmente quanto à razão da escolha do fornecedor e detalhada justificativa do preço (...)”⁵⁹.

“9.2. determinar à Secretaria de Controle Interno do TCU que reformule o “SECOI Comunica nº 06/2005”, dando-lhe a seguinte redação: “a eficácia dos atos de dispensa e inexigibilidade de licitação a que se refere o art. 26 da Lei 8.666/93 (art. 24, incisos III a XXIV, e art. 25 da Lei 8.666/93), está condicionada a sua publicação na imprensa oficial, **salvo se, em observância ao princípio da economicidade, os valores contratados estiverem dentro dos limites fixados nos arts. 24, I e II, da Lei 8.666/93**”⁶⁰. (grifamos)

⁵⁷ VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. *Licitações e contratos no Sistema “S”*. Curitiba: JML Editora, 2007. p. 109-110.

⁵⁸ Equivale ao art. 11 do Regulamento.

⁵⁹ TCU. Ac. 862/2003. 2ª Câmara.

⁶⁰ TCU. Ac. 1336/2006. Plenário.

“Além disso, **não foi encontrado pela equipe de inspeção nenhum processo de dispensa de licitação** que fundamentasse a escolha dos fornecedores e os preços praticados, conforme estabelece o art. 26⁶¹ da mencionada Lei de Licitações, destacando-se que as compras diretas foram realizadas por todo o período de fevereiro a agosto de 1999⁶². (grifamos)

“A Unidade Técnica não aceitou as justificativas do responsável, em razão da ausência de fundamentação jurídica para os fatos alegados, todos amparados em suposições. **Além de não ter existido processo licitatório, não houve tampouco termo de dispensa de licitação, pareceres jurídicos ou quaisquer outras formalidades exigidas pelo art. 26⁶³, caput, e seu parágrafo único**, da Lei nº 8.666/93”⁶⁴. (grifamos)

Traçado o processamento da contratação direta, denota-se, a princípio, a desnecessidade de justificativa ou parecer da comissão de licitação, até mesmo por que essa, em virtude do previsto no art. 4º, inc. IV, do Regulamento, é o “colegiado, permanente ou especial, composto de pelo menos 3 (três) integrantes, formalmente designados, **com a função, dentre outras, de receber, examinar e julgar todos os documentos e procedimentos relativos às licitações**”. (grifamos)

A competência da comissão de licitação está afeta, dessa forma, à prática de atos relativos ao procedimento licitatório. Ressalva há de ser feita, entretanto, caso norma interna atribua outras funções a esse colegiado, entre essas, por exemplo, manifestar-se em processos de contratação direta. Se essa for a situação, a norma interna deverá ser respeitada e a comissão de licitação, em que pese sua competência e finalidade primária, terá que se pronunciar nos processos de contratação direta.

No que tange à homologação, esta não se faz necessária, sendo a legalidade e a conveniência da contratação direta aferida, no entanto, por ocasião da sua autorização e da ratificação, duplamente, portanto.

Em síntese, forçoso se faz concluir que:

I - A contratação direta, como toda e qualquer contratação, deve ser devidamente formalizada em processo administrativo próprio, autuado, protocolado e numerado, a ele anexando, oportunamente, os documentos necessários.

II - A competência da comissão de licitação está afeta à prática de atos relativos ao procedimento licitatório. Ressalva há de ser feita, entretanto, caso norma interna atribua outras funções a esse colegiado, entre essas, por exemplo, manifestar-se em processos de contratação direta.

III - A homologação não se faz necessária, sendo a legalidade e a conveniência da contratação direta aferida duplamente: por ocasião da sua autorização e da ratificação.

⁶¹ Equivale ao art. 11 do Regulamento.

⁶² TCU. Ac. 2/2001. Plenário.

⁶³ Equivale ao art. 11 do Regulamento.

⁶⁴ TCU. Decisão 717/1998. Plenário.