

S | LC

SOLUÇÃO em

**LICITAÇÕES e
CONTRATOS**

ANO 1 | Nº 4

JULHO 2018

ISSN 2595-1955



SGP

SOLUÇÕES EM
GESTÃO PÚBLICA



SOLUÇÃO em

**LICITAÇÕES e
CONTRATOS**

ANO 1 | Nº 4
JULHO 2018

A SGP – Soluções em Gestão Pública tem a honra de apresentar o periódico SLC – Solução em Licitações e Contratos, contendo artigos de renomados autores do Direito, soluções práticas e julgados atuais.

Nosso informativo mensal destina-se aos profissionais da área, aos estudantes do Direito e a todas as pessoas interessadas no assunto, que buscam informação de qualidade. As licitações e os contratos, sem dúvida, despertam grande interesse no meio jurídico. E justamente por enxergar tal carência no mercado, apresentamos o SLC – Solução em Licitações e Contratos, que trata deste assunto de forma prática e objetiva. Temos como meta difundir aperfeiçoamento profissional, contando com uma equipe altamente qualificada, detentora de um *know-how* singular, obtido ao longo de mais de 20 anos de experiência.

Esperamos poder levar soluções práticas a todos os profissionais e demais interessados no tema.

Desejamos a todos uma excelente e proveitosa leitura.

EDITORIAL

GILBERTO BERNARDINO DE OLIVEIRA FILHO
EDITOR E DIRETOR JURÍDICO

COMERCIAL

ROSÂNGELA MERLIN TARTAROTTI
GERENTE ADMINISTRATIVA

SAMUEL AYZAVA
GERENTE COMERCIAL

VALDIR MODA
GERENTE COMERCIAL

CONSELHO EDITORIAL

DANIEL FERREIRA
PÓS-DOCTOR PELA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA (PORTUGAL); DOUTOR E MESTRE EM DIREITO DO ESTADO PELA PUC-SP

GUILHERME CARVALHO E SOUSA
DOUTOR EM DIREITO ADMINISTRATIVO PELA PUC-SP; MESTRE EM DIREITO E POLÍTICAS PÚBLICAS PELO UNICEUB

IVAN BARBOSA RIGOLIN
ADVOGADO ESPECIALISTA EM DIREITO ADMINISTRATIVO; CONSULTOR E ASSESSOR JURÍDICO

JAIR EDUARDO SANTANA
MESTRE EM DIREITO DO ESTADO PELA PUC/SP; ADVOGADO, PARECERISTA E PROFESSOR

JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR
DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO; PROFESSOR EMÉRITO DE DIREITO ADMINISTRATIVO DA ESCOLA DE MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

MÁRCIA WALQUIRIA BATISTA DOS SANTOS
PÓS-DOCTORANDA PELA EACH/USP; DOUTORA EM DIREITO PÚBLICO PELA USP; PROFESSORA TITULAR DO PROGRAMA DE MESTRADO DA ESCOLA PAULISTA DE DIREITO

COLABORADORES

ADRIANE MARIA GONÇALVES
ESPECIALISTA EM DIREITO ADMINISTRATIVO PELO INSTITUTO DE DIREITO ROMEU FELIPE BACELLAR; CONSULTORA JURÍDICA EM DIREITO PÚBLICO

AIRTON ROCHA NÓBREGA
ADVOGADO, PROFESSOR, PALESTRANTE, CONSULTOR E PARECERISTA, ARTICULISTA COM ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PÚBLICO E EMPRESARIAL

ALÉCIA PAOLUCCI NOGUEIRA BICALHO
MESTRE EM DIREITO COMERCIAL PELA UFMG; PROFESSORA NO INSTITUTO DE EDUCAÇÃO CONTINUADA DA PUC-MG E NA ESCOLA DE CONTAS DO TCE-MG

ALESSANDRO DANTAS
MESTRE E ESPECIALISTA NA ÁREA DE DIREITO PÚBLICO; PROFESSOR DE DIREITO ADMINISTRATIVO EM GRADUAÇÃO E PÓS-GRADUAÇÃO

ALESSANDRO SOARES
DOUTOR EM ADMINISTRAÇÃO, HACIENDA Y JUSTICIA EN EL ESTADO SOCIAL PELA UNIVERSIDADE DE SALAMANCA (ESPANHA); DOUTOR E MESTRE EM DIREITO DO ESTADO PELA USP; PROFESSOR DE DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO NA UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE/SP E NA FACULDADE ESCOLA PAULISTA DE DIREITO

ALEXANDRE CAIRO
PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL; PÓS-GRADUADO EM DIREITO PRIVADO PELA UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE E EM GESTÃO PÚBLICA PELA ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ALEXANDRE LEVIN
DOUTOR E MESTRE EM DIREITO DO ESTADO PELA PUC-SP; PROFESSOR DO CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO DA PUC-SP; PROCURADOR DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

ALEXANDRE MAHATMA DANTAS DE FARIAS
PÓS-GRADUADO EM CIÊNCIAS MILITARES PELA ESCOLA DE APERFEIÇOAMENTO DE OFICIAIS (ESAO/EB - INTENDÊNCIA); PÓS-GRADUADO (MBA EXECUTIVO) EM DIREITO PÚBLICO PELA FGV-RJ; MAJOR DO EXÉRCITO BRASILEIRO

ALEXANDRE MATEUS DOS SANTOS
ESPECIALISTA EM PUBLICIDADE & MERCADO PELA ESCOLA DE COMUNICAÇÃO E ARTES DA USP; INSTRUTOR DA ESCOLA PAULISTA DE CONTAS PÚBLICAS DO TCE-SP

ALINE PAOLA CORREA BRAGA CAMARA DE ALMEIDA
MESTRE EM DIREITO ECONÔMICO PELA UNIVERSIDADE GAMA FILHO – RJ; PROFESSORA DE PÓS-GRADUAÇÃO NA FGV-RJ E NA ESCOLA SUPERIOR DE ADVOCACIA PÚBLICA – ESAP; PROCURADORA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

AMAURI FERES SAAD
DOUTOR E MESTRE EM DIREITO ADMINISTRATIVO PELA PUC-SP

ANGÉLICA PETIAN
DOUTORA, MESTRE E ESPECIALISTA EM DIREITO ADMINISTRATIVO PELA PUC-SP; PROFESSORA DE DIREITO ADMINISTRATIVO DA ESCOLA PAULISTA DE DIREITO

ANIELLO DOS REIS PARZIALE
MESTRE EM DIREITO ECONÔMICO E POLÍTICO PELA UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE; SECRETÁRIO DE ASSUNTOS JURÍDICOS DO MUNICÍPIO DE EMBU DAS ARTES – SP

AUDREY GASPARINI
MESTRE EM DIREITO DO ESTADO PELA PUC-SP; JUÍZA FEDERAL EM SÃO PAULO

BERNARDO STROBEL GUIMARÃES
DOUTOR E MESTRE EM DIREITO DO ESTADO PELA FACULDADE DE DIREITO DA USP; PROFESSOR DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC/PR, DA ESCOLA DE DIREITO DA FGV/SP E DO IBMEC/RJ

CARINA BARBOSA GOUVÊA
DOUTORA E MESTRE EM DIREITO PÚBLICO E EVOLUÇÃO SOCIAL PELA UNESA; PROFESSORA DA UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DE PERNAMBUCO E DA FAPICE/PE

CÉSAR SCHNEIDER
ESPECIALISTA EM CONTROLADORIA E GESTÃO PÚBLICA PELA FUNDAÇÃO ESCOLA DE COMÉRCIO ÁLVARES PENTEADO; CHEFE DE FISCALIZAÇÃO FINANCEIRA DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

CHRISTIANNE DE CARVALHO STROPPA
MESTRE EM DIREITO PELA PUC-SP; PROFESSORA DE DIREITO ADMINISTRATIVO DA PUC-SP

CRISTIANA FORTINI
DOUTORA EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS; PROFESSORA DA FACULDADE DE DIREITO DA UFMG E DA FACULDADE DE DIREITO MILTON CAMPOS

CYNTHIA DE FÁTHIMA DARDES
ESPECIALISTA EM DIREITO ADMINISTRATIVO PELA PUC-SP; ADVOGADA, CONSULTORA E ASSESSORA JURÍDICA

DANIELA CAMPOS LIBÓRIO
PÓS-DOCTORA EM GESTÃO DE ÁGUAS PARA CONSUMO HUMANO PELA UNIVERSIDAD DE SEVILLA; DOUTORA E MESTRE EM DIREITO DO ESTADO PELA PUC-SP

DANIELA DIEDERICHS ROBIC
ESPECIALISTA EM DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO PELA ESCOLA PAULISTA DE DIREITO; ESPECIALISTA EM DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL TRIBUTÁRIO PELA INSTITUIÇÃO TOLEDO DE ENSINO; CONSULTORA EM DIREITO PÚBLICO

EDGAR GUIMARÃES
DOUTOR E MESTRE EM DIREITO DO ESTADO PELA PUC-SP; PROFESSOR DE DIREITO ADMINISTRATIVO E LICITAÇÃO NOS CURSOS DE PÓS-GRADUAÇÃO DO INSTITUTO DE DIREITO ROMEU FELIPE BACELLAR E DA UNIVERSIDADE POSITIVO

EDUARDO DOS SANTOS GUIMARÃES
MESTRE EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELA FGV-RJ; PROFESSOR DA FGV-RJ E DA ESCOLA DE CONTAS E GESTÃO DO TCE-RJ

EGLÉ DOS SANTOS MONTEIRO
MESTRE EM DIREITO DO ESTADO PELA PUC-SP; PROFESSORA DA PUC-SP; ASSESSORA JURÍDICA NO TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

EMERSON GARCIA
DOUTOR E MESTRE EM CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS PELA UNIVERSIDADE DE LISBOA; MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ENIO DOS SANTOS MONTEIRO
ESPECIALISTA EM DIREITO CONTRATUAL PELA PUC-SP

FABIANA PASCOALOTO
CONTADORIA PÚBLICA; MESTRE EM CIÊNCIAS CONTÁBEIS E ATUARIAIS PELA PUC-SP; ESPECIALISTA EM ADMINISTRAÇÃO E PLANEJAMENTO PÚBLICO MUNICIPAL PELA UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA – UNESP

FABRÍCIO ROCHA BASTOS
MESTRANDO EM DIREITO NA UNIVERSIDADE DEGLI STUDI DI ROMA TOR VERGATA; PROMOTOR DE JUSTIÇA NO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

FLAVIANA VIEIRA PAIM
PÓS-GRADUADA EM AUDITORIA E PERÍCIA CONTÁBIL PELA FACULDADE PORTO-ALEGRENSE – FAPA; ASSESSORA TÉCNICA E ARTICULISTA PARA AS ÁREAS DE FINANÇAS E LICITAÇÕES DO INSTITUTO NACIONAL DE GESTÃO PÚBLICA – INGP

FLÁVIO AMARAL GARCIA
MESTRE EM DIREITO EMPRESARIAL PELA UNIVERSIDADE CÂNDIDO MENDES – RJ; PROFESSOR DE DIREITO ADMINISTRATIVO NA FGV-RJ; PROCURADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

FLÁVIO CORRÊA DE TOLEDO JR.
ECONOMISTA, EX-ASSESSOR TÉCNICO E EX-AGENTE DA FISCALIZAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GINA COPOLA
ADVOGADA EM SÃO PAULO; ESPECIALISTA EM DIREITO ADMINISTRATIVO PELA FMU/SP

GISELE CLOZER PINHEIRO GARCIA
PÓS-GRADUADA EM DIREITO TRIBUTÁRIO PELA PUC-CAMPINAS; CONSULTORA JURÍDICA ESPECIALISTA EM LICITAÇÕES E CONTRATOS; PALESTRANTE EM DIVERSOS CURSOS NA ÁREA DO DIREITO ADMINISTRATIVO, INCLUSIVE NA ESCOLA SUPERIOR DE ADVOCACIA – ESA

GRAZIELA DALCI
ESPECIALISTA EM DIREITO PÚBLICO PELA ESCOLA SUPERIOR VERBO JURÍDICO; ADVOGADA NO RIO GRANDE DO SUL E REGIÃO NORDESTE

GUSTAVO HENRIQUE JUSTINO DE OLIVEIRA
PÓS-DOCTOR EM DIREITO ADMINISTRATIVO PELA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA (PORTUGAL); PÓS-DOCTOR EM ARBITRAGEM INTERNACIONAL PELO MAX PLANCK INSTITUT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES PRIVATRECHT (HAMBURG-ALEMANHA); DOUTOR EM DIREITO DO ESTADO PELA USP; PROFESSOR DE DIREITO ADMINISTRATIVO DA USP

GUSTAVO MADUREIRA FONSECA
MESTRE EM DIREITO ECONÔMICO E DESENVOLVIMENTO PELA UNIVERSIDADE CÂNDIDO MENDES

IRENE PATRÍCIA NOHARA
LIVRE-DOCENTE EM DIREITO ADMINISTRATIVO PELA USP; DOUTORA E MESTRE EM DIREITO DO ESTADO PELA USP; PROFESSORA-PESQUISADORA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO POLÍTICO E ECONÔMICO DA UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

JÉSSICA CILÉIA CABRAL FRATTA
ADVOGADA EM SÃO PAULO; PÓS-GRADUANDA EM DIREITO CONSTITUCIONAL PELA ESCOLA SUPERIOR DE DIREITO CONSTITUCIONAL; CONSULTORA JURÍDICA NA ÁREA DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

JOSÉ ANTÔNIO AGUIAR NETO
COORDENADOR-GERAL DA PLATAFORMA TECNOLÓGICA DAS TRANSFERÊNCIAS VOLUNTARIAS

JOSÉ AUGUSTO PINTO DO AMARAL
ESPECIALISTA EM DIREITO CONSTITUCIONAL PELA ESCOLA SUPERIOR DE DIREITO CONSTITUCIONAL – ESDC; ESPECIALISTA EM DIREITO ADMINISTRATIVO PELA PUC-COGEA; PROFESSOR NA FACULDADE DE SÃO ROQUE – SP

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO
MESTRE EM DIREITO CONSTITUCIONAL; PROFESSOR NA ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA

JUAREZ FREITAS
PÓS-DOCTOR EM DIREITO NA UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO; PROFESSOR DE DIREITO DA PUC-RS E DA UFRS

JULIANA F. BARBEITO DE VASCONCELLOS
PÓS-GRADUANDA EM DIREITO E PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO PELA UNIVERSIDADE
ESTÁCIO DE SÁ; ADVOGADA DA AGÊNCIA DE FOMENTO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

LEONARDO MELLER
ADVOGADO EM SÃO PAULO; ESPECIALISTA EM DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSO
TRIBUTÁRIO PELO INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS TRIBUTÁRIOS – IBET

LESLEY GASPARINI
JUIZA FEDERAL EM SÃO PAULO

LUIZ CLÁUDIO DE AZEVEDO CHAVES
ADVOGADO E ADMINISTRADOR DE EMPRESAS; ESPECIALISTA EM DIREITO
ADMINISTRATIVO

LUIZ FELIPE HADLICH MIGUEL
DOUTOR E MESTRE EM DIREITO DO ESTADO PELA USP; PROFESSOR DA FACULDADE DE
DIREITO DA UNIVERSIDADE IBIRAPUERA E DA ESCOLA SUPERIOR DE ADVOCACIA DA OAB/SP

MARCELO HARGER
DOUTOR E MESTRE EM DIREITO DO ESTADO PELA PUC/SP; MEMBRO DO INSTITUTO
DE DIREITO ADMINISTRATIVO DE SANTA CATARINA – IDASC

MARCELO SILVA SOUZA
ESPECIALISTA EM DIREITO ADMINISTRATIVO, DIREITO CONSTITUCIONAL E EM
GESTÃO PÚBLICA

MARCELO ZENKNER
DOUTORANDO NA UNIVERSIDADE NOVA DE LISBOA; PROMOTOR DE JUSTIÇA;
PROFESSOR DA FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA

MARCIO CAMMAROSANO
DOUTOR E MESTRE EM DIREITO ADMINISTRATIVO PELA PUC-SP; PROFESSOR
ASSISTENTE DOUTOR DA PUC-SP

MÁRCIO DOS SANTOS BARROS
MESTRE EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELA FGV-RJ; ADVOGADO, ADMINISTRADOR
DE EMPRESAS E ECONOMISTA

MARCOS NICANOR DA SILVA BARBOSA
ADVOGADO EM SÃO PAULO; CONSULTOR JURÍDICO EM DIREITO PÚBLICO

MARIA FERNANDA PIRES DE CARVALHO
MESTRE EM DIREITO ADMINISTRATIVO PELA FACULDADE DE DIREITO DA
UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS; ESPECIALISTA EM DIREITO
URBANÍSTICO PELA PUC-MINAS

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO
DOUTORA E MESTRE EM DIREITO PELA USP; PROFESSORA TITULAR APOSENTADA
EM DIREITO ADMINISTRATIVO NA FACULDADE DE DIREITO DA USP; PROFESSORA
DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA USP

MARINÊS RESTELATO DOTTI
ESPECIALISTA EM DIREITO DO ESTADO E EM DIREITO E ECONOMIA PELA UFRGS;
PROFESSORA NO CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PÚBLICO DA FACULDADE
INSTITUTO DE DESENVOLVIMENTO CULTURAL/RS; ADVOGADA DA UNIÃO

MÁRIO JOSÉ CORTEZE
MESTRE EM DIREITO DO ESTADO PELA PUC-SP; ESPECIALISTA EM DIREITO
CONSTITUCIONAL PELA ESCOLA SUPERIOR DE DIREITO CONSTITUCIONAL;
PROFESSOR DE DIREITO ADMINISTRATIVO E URBANÍSTICO

MAURÍCIO QUEIROZ DE CASTRO
BEL. EM CIÊNCIAS CONTÁBEIS; ESPECIALISTA EM FINANÇAS PÚBLICAS

MAURÍCIO ZOCKUN
LIVRE-DOCENTE E DOUTOR EM DIREITO ADMINISTRATIVO PELA PUC/SP; MESTRE
EM DIREITO TRIBUTÁRIO PELA PUC/SP; PROFESSOR NA PUC/SP

MEIRE CRISTINA DE OLIVEIRA
ESPECIALISTA EM DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO PELA ESCOLA
PAULISTA DE DIREITO; PROFESSORA DE METODOLOGIA DA PESQUISA CIENTÍFICA
NA PÓS-GRADUAÇÃO DA ESCOLA PAULISTA DE DIREITO

MURILLO GIORDAN SANTOS
DOUTOR E MESTRE EM DIREITO DO ESTADO PELA USP; PROCURADOR FEDERAL DA
ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO; PROFESSOR DE DIREITO ADMINISTRATIVO

NAIDE ARAÚJO
ESPECIALISTA EM DIREITO TRIBUTÁRIO PELA PUC/SP

ODETE MEDAUAR
PROFESSORA TITULAR EM DIREITO ADMINISTRATIVO NA FACULDADE DE DIREITO
DA USP; MESTRE, DOUTORA E LIVRE-DOCENTE PELA MESMA UNIVERSIDADE;
PROCURADORA APOSENTADA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

PAULO MASSARU UESUGI SUGIURA
PÓS-GRADUADO EM DIREITO ADMINISTRATIVO PELA PUC-SP; DIRETOR TÉCNICO DE
DIVISÃO DO TCE-SP

PEDRO HENRIQUE MAZZARO LOPES
PÓS-GRADUANDO EM DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO

RAFAEL CARVALHO REZENDE OLIVEIRA
PÓS-DOUTOR PELA FORDHAM UNIVERSITY SCHOOL OF LAW (NEW YORK); DOUTOR EM
DIREITO PELA UVA-RJ; MESTRE EM TEORIA DO ESTADO E DIREITO CONSTITUCIONAL
PELA PUC-RJ; PROFESSOR DE DIREITO ADMINISTRATIVO DO IBMEC, DA EMERJ, DO
CURSO FORUM, DOS CURSOS DE PÓS-GRADUAÇÃO DA FGV E CÂNDIDO MENDES

RAFAEL RAMIRES ARAUJO VALIM
DOUTOR E MESTRE EM DIREITO ADMINISTRATIVO PELA PUC-SP; PROFESSOR DO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO DA PUC-SP

RAFAEL WALLBACH SCHWIND
DOUTOR E MESTRE EM DIREITO DO ESTADO PELA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO;
ESPECIALISTA EM DIREITO ADMINISTRATIVO PELO INSTITUTO ROMEU FELIPE
BACELLAR/UNIBRASIL

REMILSON SOARES CANDEIA
MESTRE EM DIREITO CONSTITUCIONAL PELO INSTITUTO BRASILENSE DE DIREITO
PÚBLICO; AUDITOR FEDERAL DE CONTROLE EXTERNO DO TRIBUNAL DE CONTAS
DA UNIÃO

RENEE DO Ó SOUZA
MESTRANDO PELO CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA-UNICEUB; MEMBRO DO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE MATO GROSSO; PROFESSOR NA PÓS-GRADUAÇÃO DE
PREVENÇÃO E REPRESSÃO À CORRUPÇÃO NO CERS – CURSOS ONLINE

RICARDO MARCONDES MARTINS
DOUTOR E MESTRE EM DIREITO DO ESTADO PELA PUC-SP; PROFESSOR DE DIREITO
ADMINISTRATIVO DA PUC-SP; PROCURADOR DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO – SP

RITA TOURINHO
MESTRE EM DIREITO PÚBLICO PELA UFPE; PROFESSORA DE DIREITO
ADMINISTRATIVO DA UFBA; PROMOTORA DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA

RODRIGO PIRONTI AGUIRRE DE CASTRO
PÓS-DOUTOR PELA UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID – ESPANHA; DOUTOR
E MESTRE EM DIREITO ECONÓMICO PELA PUC-PR; PROFESSOR NA UNIVERSIDADE
TUIUTI/PR, NO INSTITUTO DE DIREITO ROMEU FELIPE BACELLAR E NA UNIBRASIL

RODRIGO TOSTES DE ALENCAR MASCARENHAS
DOUTORANDO EM DIREITO PÚBLICO PELA UNIVERSIDADE DE COIMBRA; MESTRE
EM DIREITO CONSTITUCIONAL PELA PUC-RJ; PROCURADOR DO ESTADO DO RIO
DE JANEIRO

RODRIGO VALGAS DOS SANTOS
MESTRE EM DIREITO DO ESTADO PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ;
PÓS-GRADUADO EM DIREITO ADMINISTRATIVO PELA UNIVERSIDADE REGIONAL
DE BLUMENAU – SC; PROFESSOR DO CESUSC E DO INSTITUTO DE DIREITO ROMEU
FELIPE BACELLAR

ROSANE MEMÓRIA AGUIAR
ENGENHEIRA CIVIL; ESPECIALISTA EM GESTÃO E TECNOLOGIA DE OBRAS;
CONSULTORA E PALESTRANTE EM CONTRATAÇÃO E GESTÃO DE OBRAS E SERVIÇOS
DE ENGENHARIA, LICITAÇÕES E CONTRATOS DE OBRAS, ORÇAMENTOS, PERÍCIAS DE
OBRAS E CONSTRUÇÕES SUSTENTÁVEIS

SAULO DAVID
ESPECIALISTA EM LICITAÇÕES E CONTRATOS/MBA; PÓS-GRADUADO EM GESTÃO
PÚBLICA; CONSULTOR EM LICITAÇÕES

SÉRGIO ROXO DA FONSECA
LIVRE-DOCENTE DA FACULDADE DE DIREITO DA UNESP; PROCURADOR DE JUSTIÇA
(APOSENTADO)

SIMONE ZANOTELLO DE OLIVEIRA
DOUTORANDA EM DIREITO ADMINISTRATIVO PELA PUC-SP; PROFESSORA DE
DIREITO ADMINISTRATIVO E LINGUAGEM JURÍDICA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO
PADRE ANCHIETA – JUJUNDIAÍ-SP

THAÍS BOIA MARÇAL
MESTRANDA EM DIREITO DA CIDADE PELA UERJ; ESPECIALISTA EM DIREITO
PÚBLICO PELA UCAM

THIAGO CARDOSO ARAÚJO
DOUTOR E MESTRE EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE
JANEIRO; PROCURADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

THIAGO LOPES FERRAZ DONNINI
MESTRE EM DIREITO DO ESTADO PELA PUC-SP; PROFESSOR DA FUNDAÇÃO
ARMANDO ÁLVARES PENTEADO E DA COGEGAE/PUC-SP

THIAGO MAGALHÃES PIRES
DOUTOR E MESTRE EM DIREITO PÚBLICO PELA UNIVERSIDADE DO ESTADO
DO RIO DE JANEIRO; PROFESSOR DO CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO
ADMINISTRATIVO DA ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

THIAGO MARRARA DE MATOS
LIVRE-DOCENTE EM DIREITO ADMINISTRATIVO PELA FD (USP); DOUTOR EM DIREITO
PÚBLICO PELA LUDWIG MAXIMILIANS UNIVERSITÄT DE MUNIQUE (ALEMANHA);
MESTRE EM DIREITO PELA FD (USP)

VINICIUS BUGALHO
EX-PROCURADOR GERAL DO MUNICÍPIO DE ITUVERAVA-SP; MEMBRO EFETIVO
DA COMISSÃO ESTADUAL DE DIREITO ELEITORAL DA OAB/SP; INTEGRANTE DA 4ª
CÂMARA RECURSAL DISCIPLINAR ESTADUAL DA OAB/SP

CORPO JURÍDICO DA ORIENTAÇÃO SGP

GILBERTO BERNARDINO DE OLIVEIRA FILHO
DIRETOR JURÍDICO

CONSULTORES JURÍDICOS

ADRIANE MARIA GONÇALVES

DANIELA DIEDERICHS ROBIC

GISELE CLOZER PINHEIRO GARCIA

JÉSSICA CILÉIA CABRAL FRATTA

MARCOS NICANOR DA SILVA BARBOSA

REVISÃO

DÉBORA BONONI

PROJETO GRÁFICO

GEAN PAULO PIERRE



SOLUÇÕES EM
GESTÃO PÚBLICA

Rua Santa Bárbara, 21
Jardim Santa Rita de Cássia
Osasco/SP
CEP 06276-150
CNPJ 29.759.932/0001-02

Fone +55 11 3729 6504
Celular +55 11 97443 5898
atendimento@sgpsolucoes.com.br

WWW.SGPSOLUCOES.COM.BR

SLC – Solução em Licitações e Contratos é
uma publicação mensal da SGP – Soluções em
Gestão Pública.

© 2018 | Todos os direitos reservados.

SUMÁRIO

ENTREVISTA COM O MESTRE DR. JAIR EDUARDO SANTANA.....	7
--	----------

SOLUÇÕES PRÁTICAS

É possível a contratação de seguro de vida para agentes públicos municipais?.....	17
É viável a adesão a determinada ata de registro de preços de órgão estadual, mas de outro Estado da Federação?.....	19
Quando é cabível a realização de uma chamada pública para o credenciamento de interessados em prestar tais e quais serviços ao Poder Público? Como implementar o sistema de credenciamento?	21
Como deve ocorrer a terceirização de serviços no âmbito da Administração Pública?	23

SOLUÇÕES AUTORAIS

O impacto da alteração dos valores das modalidades da Lei nº 8.666/1993	27
Christianne de Carvalho Stroppa	
Uso da contratação emergencial para o cumprimento de decisão judicial	33
Murillo Giordan Santos	
Panorama geral das licitações na Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais)	51
Rafael Carvalho Rezende Oliveira	
As Licitações nas Empresas Estatais pela Lei nº 13.303, de 30 de Junho de 2016	63
Ivan Barbosa Rigolin	
A gestão da juridicidade dos contratos administrativos conforme as normas de regência – Gerais, Pregão, Registro de Preços e RDC	71
Jessé Torres Pereira Junior Marinês Restelatto Dotti	

SOLUÇÕES JURISPRUDENCIAIS

Responsabilização dos pareceristas jurídicos, por culpa ou erro grosseiro, na emissão de pareceres opinativos que induzam o administrador público à prática de irregularidades ou ilegalidades	99
Tribunal de Contas da União	
As omissões nas planilhas de custos e preços das empresas licitantes não ensejam necessariamente a antecipada desclassificação das respectivas propostas comerciais.....	111
Tribunal de Contas da União	
É descabida a proibição do oferecimento de proposta com taxa de administração zero ou negativa, em processos licitatórios para contratação de vale-refeição, vale-alimentação, vale-combustível e cartão combustível.....	121
Tribunal de Contas da União	
É admitida a restrição de certames licitatórios a cartuchos e toners “originais” somente na hipótese de equipamentos no período de garantia	129
Tribunal de Contas do Estado de São Paulo	

SAINDO DAS LICITAÇÕES E CONTRATOS

Administração Pública e interpretação de normas de direito público – A Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018 – <i>Blockers</i> e <i>Makers</i> (art. 20).....	137
Jair Eduardo Santana	

ÍNDICE CUMULATIVO

Índice Cumulativo	147
-------------------------	-----

**Toda edição apresentará uma nova
entrevista com ilustres mestres,
trazendo novas perspectivas
sobre os mais importantes
temas do dia a dia do direito.**



ENTREVISTA COM O MESTRE

Dr. Jair Eduardo Santana

Contrato de gestão celebrado entre o Poder Público e organização social:
a gestão compartilhada da saúde

Inicialmente, o senhor poderia explicitar o que seria um contrato de gestão, qual seria sua finalidade e importância para o Poder Público, especificamente na área da saúde?

Antes de ingressar na abordagem do assunto proposto, tomo a liberdade de fazer um registro que ora atrai e costumeiramente afugenta o leitor.

Não é de hoje que o Setor do Direito Público, quase que sem exclusividade, vai caminhando pela superfície pouco ou nada se importando com a visita e a permanência nas regiões onde são encontrados os fundamentos necessários para a compreensão de determinados assuntos.

Essa postura que contamina transversalmente profissionais e intérpretes é danosa em todos os sentidos porque, na prática, pouco se sabe do que se fala.

Estou me referindo, de modo mais incisivo, à incompreensão preliminar de institutos que nos cercam. E o entendimento do contrato de gestão – especialmente quando vocacionado para a saúde pública – é exemplo do que falo.

Comumente vejo contratos de gestão modulados à luz de regime jurídico inaplicável. E não poderia haver nada mais absurdo do que isso e chega a causar paralisia o elevado grau dessa incapacidade de entendimento.

Na prática, é ofensivo a olhos e ouvidos o edital de licitação publicado para a escolha de empresa sem fins lucrativos que venha assumir determinados serviços públicos de saúde, mediante critério de julgamento da técnica e preço.

Como esta entrevista é fluída (espero que isso seja publicado sem censura pelo Editor), venho externando, num misto de brincadeira e seriedade, que provavelmente os filósofos do passado (Sócrates, Platão, Aristóteles, Montesquieu, dentre tantos) e muitos dos magníficos pensadores e notáveis que são mencionados hoje e sempre (Da Vinci, Galileu, Nikola Tesla etc.) não tivessem produzido tanto e com tanta profundidade se ficassem na média brasileira de tempo gasto no Facebook (que é de oito horas/mês “contra” 6.3 horas/mês da média mundial). E vejam que aí não estão computados os tempos dedicados ao Instagram, Twitter, Snapchat e outros do gênero.

Não é preciso ser nenhum desses gênios humanos citados para compreender as especificidades existentes num contrato de gestão de saúde e o seu regime jurídico.

Basta lembrar que qualquer instituto ou objeto de investigação, sob o prisma legal, imanta os princípios e as regras que lhes dão forma, impondo limites, possibilidades e vetorização.

O contrato de gestão de serviços de saúde (estou dizendo sem preocupação científica) denota uma espécie de parcerização realizada entre o Poder Público e entidade do Terceiro Setor, a Organização Social de Saúde (ou, simplesmente, OSSs).

E não há como compreender tal contratualização celebrada entre os parceiros mencionados sem antes visitar o Terceiro Setor para entendimento das missões legais atribuídas às OSSs.

Se não se sabe – de início – nem mesmo o que é, a que serve e quais as regras do Terceiro Setor, como avançar em procedimento que objetiva a seleção de OSSs para realizar a Gestão Compartilhada na área da Saúde? Ou seja, visitas, revisitas, fixação de conceitos e entendimentos plurais são necessários nesta área.

Se eu não disse o que são, falo pela negativa e afirmo que não são elas, as OSSs, empresas como escutam por aí diariamente. Tais entidades não possuem fins lucrativos e não praticam atividades comerciais. Mas isso não significa que estejam a cargo da realização de trabalho gratuito ou filantrópico.

A Lei 9.637 (de 15 de maio de 1998, resultado da conversão da Medida Provisória nº 1.648) criou e disciplinou as Organizações Sociais, como resultado da Reforma do Estado iniciada na Era do Governo Collor e finalizada na Era do Governo Fernando Henrique Cardoso.

O objetivo dessa intervenção normativa foi e é – em resumo – a diminuição do tamanho do Poder Público (*downsizing*) e o fomento à gestão eficiente mais aproximada da sociedade.

Hoje (2018) está muito mais claro, a qualquer brasileiro ou extraterrestre que aqui aporte, que o Poder Público se mostra relativamente incapaz de prover a sociedade com inúmeros dos serviços e utilidades básicas, mesmo a despeito do gigantismo autofágico existente em nossa estrutura governamental.

Por essa razão principal (a ineficiência ou a melhoria da eficiência) é que a celebração de contrato de gestão com OSS deve ser precedida de estudos aprofundados que determinem, em síntese, o problema, apontem a solução e evidenciem os respectivos custos com a elaboração de indicadores (de qualidade e quantidade), seguido de austero e constante M&A (monitoramento e avaliação). Tudo dentro de um ambiente que homenageia, sobretudo, a transparência e a eficiência.

Inexiste, portanto, qualquer possibilidade de se terceirizar o caos ou o problema da saúde. Posto que não se trata nem de terceirização e muito menos de trespasse puro e simples, a entidade não governamental, da ineficiência comumente encontrada.

Ao escrever um verbete no Dicionário de Políticas Públicas (UEMG), acabei por concluir o mesmo que conluo aqui: se o que se busca, ao final de tudo, é a eficiência governamental, haveremos de admitir a ineficiência e saber realizar tanto o trespasse quanto o monitoramento (já que seria inapropriado falar em fiscalização pura). De outro modo, se o Poder Público não se desincumbe razoavelmente da sua função, deveria ao menos ser eficiente no trespasse e no controle da atividade não executada. Somente assim poderemos visualizar e falar de resultados.

Destaquemos que a saúde é um direito do gênero dos direitos humanos e da espécie dos direitos sociais (conforme diz a nossa Constituição Federal).

Essa saúde que é direito, de um lado, é igualmente dever do Estado, de outro lado, não havendo possibilidade deste (o Estado) ser excluído da relação pelo só fato de ter havido uma transferência desses serviços para determinada OSS.

É que a atuação da OSS é complementar à atuação estatal que, reconhecendo sua incapacidade de prestar serviços de forma plena, como lhe é designado pela Constituição, opta pela eficiência e pela qualidade na prestação do serviço e para isso permite que o setor privado desenvolva certas atividades em seu lugar, mas sob sua supervisão, gestão e controle – e, evidentemente, atendendo aos parâmetros, diretrizes e critérios elaborados previamente.

Registre-se que a Lei 9.637 foi modulada pelo Supremo Tribunal Federal (ADI 1.923), em longo julgado (que precisa ser lido apesar das quase 150 páginas de registros), restando positivada no Brasil a possibilidade de se compartilhar a gestão e a execução da saúde de modo complementar valendo-se das OSSs.

O contrato de gestão entre o Poder Público e organizações sociais tem sido visto por muitos como um instrumento de fuga do regime jurídico administrativo. O senhor concorda com esta assertiva? O senhor acredita ser juridicamente possível o Poder Público delegar integralmente a execução dos serviços públicos de interesse da coletividade, como os de saúde, educação, assistência social, às organizações sociais por meio do contrato de gestão?

Discordo integralmente que o contrato de gestão possa ser utilizado como fuga, pelo Poder Público, dos seus deveres e das suas obrigações constitucionais e legais.

Como registrei há pouco, não há a menor possibilidade de trespasse puro e simples de um problema setorial causado pela ineficiência do Poder Público.

Se há ineficiência (e há com muita frequência), o primeiro passo é o reconhecimento (pelo Poder Público) desse cenário. O segundo é investigar como a superação do problema poderá se dar. As OSSs, quando bem selecionadas, mostram que a parcerização traz sensíveis melhorias ao Setor. E os motivos são simples além de diversos, a começar pela fluidez natural de quem trafega pelo trilho privado.

Vamos a um exemplo clássico e simples de entender (ainda focando na saúde pública): um cardioversor precisa ser adquirido para determinada unidade de saúde. A pergunta: quem tem melhores condições de efetuar essa aquisição? O público ou o privado, se consideramos simultaneamente (a) tempo, (b) qualidade e (c) valor?

Se quisermos potencializar a problemática, imaginemos a necessidade de um Centro de hemodiálise. Pensemos na elaboração, pelo Poder Público, dos projetos de engenharia para a futura edificação que abrigará referidos serviços. Não raro, uma licitação seria deflagrada para que a empresa de engenharia pudesse elaborar o Projeto Básico, os projetos complementares e o Projeto Executivo. Fosse esse o caminho, em quanto tempo o Centro de hemodiálise estaria em pleno funcionamento de acordo com o modelo clássico de suprimentos governamentais?

As respostas são intuitivas e mostram que as OSSs possuem melhores condições (em muitos casos) que o Poder Público.

Mas não se tratará jamais (enquanto o marco regulatório ditar o que reza hoje) de uma simples terceirização que repassa ao privado o problema e os recursos financeiros correspondentes debaixo da esperança de fuga, pelo Poder Público, dos seus deveres constitucionais em relação à saúde pública.

Qual o modelo adequado para a escolha de uma Organização Social e celebração de um contrato de gestão? Seria necessária a licitação? Sabemos que esta questão não é pacífica na doutrina, mas gostaríamos de saber seu posicionamento.

Não há mais nenhuma controvérsia possível para a escolha de OSSs depois que o Supremo Tribunal Federal – STF modulou a Lei 9.637 na ADI 1.923.

O STF fixou entendimento de que: (a) a gestão compartilhada da saúde é possível e legítima; e a opção pelo modelo é discricionária do agente político democraticamente eleito, (b) a seleção de OSSs deve ser feita mediante procedimento específico que as qualifique como tais, assujeitando-se a inúmeros princípios constitucionais, (c) não está vedada a contratação direta, quando presentes os pressupostos materiais e procedimentais, e (d) não se aplica a Lei 8.666/93 na celebração de ajustes entre as OSSs e terceiros.

Também está solidificada a premissa segundo a qual o processo de seleção de OSS não é um procedimento de licitação regido pela Lei nº 8.666/93.

E, por consequência de tudo, o contrato de gestão não é um contrato administrativo regido pela Lei de Licitações, a começar porque não há partes, e sim parceiros que ajustam entre si metas, como forma de garantir a obtenção de resultados satisfatórios para ambos.

Recomendo sempre aos gestores que queiram trilhar por esse caminho (e OSSs que se relacionam com o Poder Público) que estejam atentos às fases de (a) planejamento, (b) qualificação e seleção, (c) contratualização e (d) M&A – monitoramento e avaliação incluindo a prestação de contas exigíveis na forma da lei.

Os contratos de gestão podem ser celebrados por prazo indeterminado? Eles estão atrelados à disciplina da Lei nº 8.666/93? Há limites para acréscimos ou supressões quantitativas?

Considerando, como dito antes, que a Lei nº 8.666 não está na regência desse objeto, não se aplicam ao contrato de gestão os contornos e limites ali existentes para a contratualização.

Mas por certo não seria o caso de se contratualizar por prazo indeterminado. Creio que somente quem atua no setor (de fato) tem condições de entender que nem mesmo uma transição (da gestão exclusivamente pública para a gestão compartilhada) seja algo tão simples, dependendo do que é o objeto do trespasse.

O estabelecimento de indicadores (de qualidade e de quantidade), o cumprimento de metas e, por fim, a inequívoca obtenção de resultados (focados na eficiência) fazem parte de um processo quase que contínuo de aperfeiçoamento na prestação de serviços (especialmente de saúde).

Enfim, será o caso concreto que ditará o prazo do ajuste que poderá ser de 6, 7, 8 anos (ou até mesmo prazos maiores, de acordo com a conveniência ao interesse público e as características do setor). Da mesma forma que poderia ter 1, 2 ou 3 anos.

Mas, parceria que é, pode ser desfeita a qualquer tempo segundo as regras que forem pactuadas no contrato de gestão.

Não há que se falar, como decorrência do que está dito antes, da imposição de limites às alterações contratuais. Não estamos falando de ajustes regidos pela Lei 8.666/93.

Essa simples premissa há de ser fixada inicialmente.

Imaginemos que algo se programou para um quantitativo de 100% e haja necessidade real para além dos 25%. O 126º paciente da unidade de saúde não seria atendido enquanto não fossem feitas todas as justificativas imagináveis para a superação do limite de acréscimo de 25% permitido pela Lei 8.666? Ou esse paciente nem mesmo seria atendido para não extrapolar o limite legal da 8.666?

Os contratos de gestão na área da saúde têm realmente proporcionado uma menor onerosidade ao Estado, bem como serviços de melhor qualidade à população, sem que o Governo tivesse que aumentar suas despesas?

Não é a primeira vez que cito aqui a expressão M&A – monitoramento e avaliação. Essa atividade é inerente ao modelo da gestão compartilhada da saúde pública. É desse M&A que surgirão os elementos que permitirão dizer se o modelo posto está produzindo, ou não, os resultados positivos estabelecidos inicialmente.

Os indicadores (de qualidade e de quantidade), as métricas, os resultados enfim que forem coletados dirão se o projeto (como gosto de dizer) está no caminho correto.

A dimensão econômica do projeto é questão de pouca importância, desde que o Poder Público entenda a necessidade de ter (no modelo) um centro de custos, conforme os termos da lei. Digo pouca importância no sentido de que os custos serão sempre um dos elementos de aferição da eficiência dos serviços.

Trafegar na rodovia pública esburacada a custo imediato zero talvez seja mais oneroso do que transitar pela estrada concessionada pagando-se algum valor simbólico ou não. Nesse contexto hipotético, o quê, enfim, seria esse conceito de onerosidade?

Como eu disse há pouco, é impensável transferir a uma OSS o problema e os recursos, imaginando que do nada tudo irá se resolver na prestação de serviços relacionados à saúde pública.

Em muitos projetos de trespasse dos serviços de saúde para o Terceiro Setor, o que vejo é a quase absoluta falta de planejamento e normalmente nem mesmo se tem em conta os custos da saúde antes de uma transição do público para o regime compartilhado.



Há inúmeras possibilidades de maximização e efficientização da saúde pública pela via das OSSs, incluindo resultados positivos no tocante aos aspectos econômicos.

Mas – não custa insistir – as OSSs só atuam bem quando o Poder Público faz a sua parte, incluindo a modulação cumprindo todas (todas!) as ações em suas fases (do planejamento ao monitoramento).

Será um erro de largada pensar que o compartilhamento da gestão da saúde é um antídoto para a crônica doença da saúde financeira do Poder Público.

Por isso é que cada projeto (ou caso concreto) deverá – a partir do planejamento – aprofundar estudos para avaliar a melhor solução dentro dos conceitos de viabilidade técnica e econômica que venham a ser apurados e o melhor modelo aplicável para o caso específico. Não há – e nem deveria haver – uma fórmula matemática e binária para isso.

A Lei nº 9.637/98 permite a cessão de funcionários públicos para prestar serviços perante as organizações sociais, custeados pelo próprio ente estatal, ou seja, além de o Poder Público custear o quadro de pessoal das organizações sociais, dispensa-se a prévia aprovação em concurso público para a ocupação das respectivas vagas, valendo-se de servidores públicos concursados, mas removidos para o trabalho junto a tais entidades. Como o senhor vê esta situação?

O pilar dos talentos humanos de um projeto de gestão compartilhada de saúde (entre o Poder Público e OSSs) é fundamental tanto na dimensão assistencial quanto na parte da administração e da gestão propriamente dita.

O dimensionamento do quadro (e de equipes) num bom projeto, de regra, efficientiza o cenário encontrado no setor público. E, de fato, segundo a lei, os servidores públicos podem ser aproveitados pelas OSSs.

Estes, os servidores públicos, não se confundem com aqueles que vierem a ser contratados pelas OSSs mediante procedimento de seleção.

Não é verdade (e tampouco possível) que os prestadores de serviço ou colaboradores das OSSs possam ser contratados sem qualquer critério ou arbitrariamente.

E quem diz isso é o STF na ADI que aqui já citei algumas vezes. A OSS deve (não há opção!) selecionar seus colaboradores mediante procedimento específico que seja objetivo e, ao mesmo tempo, impessoal.

Particularmente entendo razoável quando o projeto oportuniza aos servidores concursados a opção de permanecer na unidade que passa à gestão compartilhada, acaso o aproveitamento seja possível. Mas, na prática, devem estes servidores estar cientes de que o regime privado que lhes será posto é bem diferente do regime público de trabalho. Estes passarão a trabalhar em busca do atingimento de resultados advindos dos indicadores de *performance* que forem previamente fixados entre os parceiros público e privado.

Como será feito o controle por parte da Administração Pública, no tocante à destinação dos recursos públicos auferidos pelas organizações sociais?

Esse é um ponto muito interessante que converge para aquela minha fala inicial (que afugenta leitores).

Dado o desconhecimento generalizado do assunto e a falta de regulação satisfatória, são poucos os ambientes que deram tratamento ao tema controle e fiscalização de repasses feitos ao Terceiro Setor.

Cito aqui, como exemplos positivos, as medidas adotadas pelos Tribunais de Contas de São Paulo e do Espírito Santo que estabeleceram os parâmetros a serem seguidos pelos seus jurisdicionados no repasse de recursos públicos para o Terceiro Setor.

Mas, onde não há disciplina, eu é que formulo a pergunta: como controlar a destinação de recursos públicos para as OSSs?

A estas vamos aplicar as mesmas regras que são impostas ao Poder Público quando este realiza despesas em relação à saúde? Mesmo sendo estas, as OSSs, de natureza privada e sem fins lucrativos? É possível imaginar uma OSS realizando empenhamentos, dentro da sistemática da classificação funcional-programática e orçamentária inerente ao Poder Público?

Os exageros dos questionamentos feitos são propositais e mostram que evidentemente isso não será possível: impor à OSS o regime público puro de execução da despesa e prestação de contas.

Sugiro ao Poder Público, onde não há regras específicas, que – durante a modelagem – fixe os parâmetros, as regras e as diretrizes para o controle e a prestação de contas em relação a recursos públicos transferidos para as OSSs.

Recordam-se do que disse há pouco sobre o centro de custos? Pois bem, ele é mesmo indispensável juntamente com a presença de *softwares* corporativos que auxiliem na gestão das atividades finalísticas (assistenciais) e administrativas, onde incluo por certo as orçamentárias, as contábeis e as fiscais.

De uma maneira geral e diante das observações feitas até aqui, onde há um bom modelo de gestão compartilhada de saúde entre Poder Público e organizações sociais?

Há algumas ótimas iniciativas em curso no Brasil e, embora sejam poucas, todas elas mostram elementos comuns. O principal deles é o entendimento amplificado dos institutos trazidos para o ambiente onde a parceria entre o Poder Público e a OSS se instala.

No âmbito do Estado do Espírito Santo, há um excelente case que imanta extraordinariamente todo o referencial incidente (marco regulatório) e os atores (do Poder Público) detêm domínio singular das categorias que o modelo da gestão compartilhada maneja.

Refiro-me, especialmente, à gestão compartilhada da saúde prisional que – dadas as particularidades dos respectivos serviços – desafiaram e desafiam a todo instante o Poder Público e o Terceiro Setor.

A Secretaria de Justiça do Estado (SEJUS), por intermédio da Gerência de Saúde do Sistema Prisional (GSSP), é responsável pela prestação de serviços de saúde à população carcerária (população pouco mais de 20 mil), em 35 unidades prisionais existentes em locais distintos do Estado capixaba.

Ditos serviços são objeto de gestão compartilhada com OSS e o desafiador modelo tem o entendimento não apenas da SEJUS, mas igualmente de outras Secretarias de Estado que tematicamente são vinculadas ao assunto (a exemplo da Secretaria de Governo – SEG, Secretaria de Gestão e Recursos Humanos – SEGER, Secretaria de Saúde – SESA, Secretaria de Controle e Transparência – SECONT e Procuradoria Geral do Estado – PGE).

O Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo – TCE/ES, já mencionado aqui, sensível ao assunto editou normativo para regular a matéria no âmbito das suas competências (Instrução Normativa TC nº 42, de 15 de agosto de 2017 – a propósito da fiscalização da formalização e execução dos contratos de gestão, das respectivas prestações de contas).

O Ministério Público capixaba possui um brilhante roteiro, editado sob a forma de Recomendação, para orientar o Setor (Recomendação 030/2016), o qual, pelo didatismo, sempre recomendamos.

No caso da saúde prisional, por envolver o Poder Judiciário estadual em atribuições que perpassam pela pessoa encarcerada, também este detém o conhecimento necessário ao entendimento aqui já falado.

E, por fim, o Estado do Espírito Santo de longa data elegeu o tema Terceiro Setor como pilar estratégico (Lei Complementar Estadual nº 489, de 22 de julho de 2009) assentado na eficiência e na qualidade dos serviços.

E as OSSs que por lá atuam vão paulatinamente se destacando na excelência das suas primordiais missões e cumprindo o seu relevante papel.

Quais são as perspectivas futuras na área da saúde desta gestão compartilhada entre Poder Público e organizações sociais?

Se o medo de existir, de que nos fala o filósofo José Gil, for superado juntamente com o que ele chama de fenômeno da não inscrição, certamente poderemos chegar num patamar confortável em relação ao Terceiro Setor, e não apenas às OSSs (e nisso sigo reclamando pelo entendimento das diversas espécies de entidades que integram o Terceiro Setor com seus respectivos regimes jurídicos).

Mas vou explicar.

José Gil escreveu um livro, dentre muitos de sua autoria, onde ele diz:

“É a vida”!

A frase – não raro – constitui por si só toda uma “visão do mundo” e, mais importante, toda uma visão de nós mesmos, da nossa vida enquanto (tele) espectadores do mundo. “O telespectador é colocado dentro do mundo mas ao mesmo tempo acima dele, como se o vivesse não o vivendo. “É a vida”! A nossa, a de todos, aquela que vivemos – e, no entanto, a vida é um espetáculo de imagens a que vós acabais de assistir. Estamos fora da vida, dentro dela: “É a vida”!¹

O filósofo chama de “não inscrição” aqueles acontecimentos que não influenciam a nossa vida; como se não acontecessem. E, não tendo acontecido, não há “responsáveis”. “Pode-se continuar a vida como se nada tivesse se passado. Os acontecimentos não se inscrevem em nós, nem nas nossas vidas, nem nós nos inscrevemos na história. Por isso, não acontecem. Isso vem do medo e da falta da ideia de futuro; vive-se num presente que se perpetua. Não se inscreve em nós o futuro nem o passado.”²

Ou seja, essa letargia – arrisco eu a dizer – atinge-nos também quando pensamos um pouco mais para fora do círculo estreito de nossa vivência: “Governo”, “Poder Público”, “Administração”, “Política”, “Economia”; enfim, “eles” e não “nós”! Como se não fôssemos os verdadeiros “atores e senhores do nosso próprio destino”.³

Se ainda prenda a atenção do(a) leitor(a), o que estou ensaiando para responder à questão feita é no sentido de que todos os ingredientes estão à mesa para que as OSSs cumpram o seu papel eficientizando a saúde pública brasileira.

Há demandas não atendidas por ineficiência governamental, há recursos financeiros que alavancam total ou parcialmente os serviços de saúde, há materiais, medicamentos e insumos disponíveis no mercado fornecedor, há excepcionais profissionais da saúde que se dedicam a esse tipo de cuidado humano e há diversas OSSs que podem atuar dentro desse Setor.

Mas enquanto o Poder Público e os demais setores responsáveis não entenderem a fundo desse assunto e da modulagem que deve ser feita, percorrendo o passo a passo do intrincado processo de trespasse dos serviços (do Setor Público para o Terceiro Setor), seguiremos na trilha do filósofo José Gil, lamuriando com pessimismo a baixa *performance* da saúde pública nacional. Afinal, como escuto diariamente por aí, sempre é mais fácil simplesmente dizer: “é a vida”!

1. GIL, José. *Portugal, Hoje. O medo de existir*. 3. ed. Lisboa: Relógio D'água, 1998.

2. GIL, José. *Op. cit.*

3. SANTANA, Jair. *Democracia e cidadania*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.



SOLUÇÕES

PRÁTICAS

Esta seção traz respostas objetivas e minuciosamente selecionadas a questionamentos apresentados aos nossos advogados e consultores.

As respostas aqui apresentadas refletem a opinião do corpo jurídico da SGP – Soluções em Gestão Pública.

É possível a contratação de seguro de vida para agentes públicos municipais?

A contratação, por parte do Município, de seguro de vida em benefício de seus servidores estará autorizada, desde que haja lei municipal específica autorizadora, bem como mediante o competente procedimento licitatório.

Esclareça-se, todavia, que o interesse público almejado com a realização de tal despesa deverá ser devidamente justificado, sob pena de tal despesa ser considerada irregular pelas Cortes de Contas, como se depreende da melhor doutrina, nas lições de Hely Lopes Meirelles, do qual aproveitamos para destacar:

Os fins da administração pública resumem-se num único objetivo: o bem comum da coletividade administrativa. Toda a atividade do administrador público deve ser orientada para esse objetivo. Se dele o administrador se afasta ou desvia, trai o mandato de que está investido, porque a comunidade não institui a Administração senão como meio de atingir o bem-estar social. Ilícito e imoral será todo ato administrativo que não for praticado no interesse da coletividade. [...] os fins da Administração consubstanciam-se na defesa do interesse público, assim entendidas aquelas aspirações ou vantagens lícitamente almejadas por toda a comunidade administrada, ou por parte expressiva de seus membros. O ato ou contrato administrativo realizado sem interesse público configura desvio de finalidade (*Direito Administrativo Brasileiro*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 87-88).

Ademais, a título de exemplo, o dispêndio de recursos com tais despesas pode ser classificado como impróprio.

Assim, aliás, já se posicionou o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, o qual mencionamos a título de ilustração:

Alguns exemplos de despesas tidas como impróprias e constantemente apontadas pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, dentre outras: Multas de trânsito em razão de imperícia ou imprudência do condutor do veículo, sem a tomada de medidas necessárias ao ressarcimento ao erário municipal; confecção de cartões de Natal; publicidade de atos, programas, obras e serviços, contendo nomes, símbolos ou imagens caracterizando promoção pessoal ou partidária; pagamento de anuidades de funcionários devidas a entidades de classe como CRC, OAB; *seguro de vida a funcionários*; viagens particulares ou outras que não atendam ao interesse público, dentre outros (*Manual Básico de Orientação às Câmaras Municipais*, 2007. p. 64) (grifos nossos).

Esta Corte tem proclamado, em casos análogos, que *o pagamento de seguro de vida em benefício de agentes políticos e de servidores públicos deve estar amparado em lei e restringir-se à cobertura de acidentes pessoais no trabalho*. Sobre a questão, permito-me citar voto da lavra do Eminentíssimo Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga, exarado nos autos do TC 800145/354/02, cujo teor pode ser aplicado no caso concreto: "[...] o pagamento de seguro de vida privado é benefício estranho ao sistema de seguridade estabelecida pela Constituição e não guarda relação direta com a atividade desenvolvida em benefício da Administração; estas poderiam, eventualmente, autorizar apenas a contratação de seguro por acidentes pessoais" (cf. TC-015377/026/03, TCESP – 2ª Câmara, Conselheiro Robson Marinho, Sessão de 28/4/2009) (destaque nosso).

No que concerne ao Seguro de Vida em favor dos Agentes Políticos e servidores, *a Jurisprudência desta Corte é pacífica, no sentido de que o benefício deve restringir-se à modalidade acidentes pessoais ocorridos em serviço* (cf. TC-800145/354/02, TCESP – 1ª Câmara, Relator Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga, Sessão de 20/6/2006) (destaque nosso).

CONTRATO DE SEGURO DE VIDA EM GRUPO PARA SERVIDORES MUNICIPAIS – IMPOSSIBILIDADE – DESPESA IMPRÓPRIA QUANDO NÃO DESTINADO À EXCLUSIVA COBERTURA DE ACIDENTES LABORAIS – NECESSIDADE DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO LEGAL – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO: A contratação de seguro de vida em grupo, quando não destinado à indenização de acidentes pessoais ocorridos no desempenho das funções inerentes ao exercício do cargo pelo segurado, caracteriza despesa imprópria, implicando desvio de finalidade na aplicação dos recursos públicos (cf. TC-007486/026/06, TCESP – Tribunal Pleno, Relatora Substituta de Conselheiro Maria Regina Pasquale, sessão de 4/3/2008) (destaque do original e nosso).

Diante do exposto, ressalte-se que as despesas pertinentes a tal demanda, se houverem, somente seriam legítimas se restasse efetivamente demonstrado o interesse público de assim proceder. Isso porque o interesse público não pode ser alegado de forma genérica e imprecisa, pois a motivação deve envolver os aspectos práticos do pleito, de forma a se mostrar inequívoco que promover tal demanda comprovadamente atende à necessidade da coletividade, com a devida contraprestação administrativa.

Portanto, existindo lei autorizativa geral, em observância ao princípio da legalidade insculpido no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, respaldada em ampla justificativa e existência de interesse público e, a rigor, precedida de licitação, sem prejuízo de eventual questionamento dos órgãos de controle, poder-se-ia contratar seguro de vida para todos os agentes públicos da municipalidade.

Mas, ainda assim, recomenda-se que o seguro privado de vida, em grupo ou individual, para servidores da Administração seja restrito à modalidade de seguro de vida contra acidentes pessoais ocorridos em serviço, nos termos dos excertos supramencionados, mesmo porque apenas o seguro contra acidentes de trabalho seria um direito social, garantido constitucionalmente, nos termos do inc. XXVIII do art. 7º da CF/88, e estendido aos servidores públicos, por força do seu art. 39, § 3º.

É viável a adesão a determinada ata de registro de preços de órgão estadual, mas de outro Estado da Federação?

Inicialmente, cumpre-nos ressaltar que a possibilidade ou não do “carona” em atas de registro de preços de outros Municípios, Estados, Distrito Federal ou da União, na verdade, dependerá do que dispuser cada legislação própria de registro de preços a respeito do assunto.

Com efeito, no âmbito da Administração Pública federal, a presente matéria foi disciplinada pelo art. 22, §§ 8º e 9º, do Dec. federal nº 7.892/13, que expressamente proíbe a adesão, por parte da Administração Federal, de atas pertencentes a órgãos ou entidades da esfera municipal, distrital ou estadual, mas, por outro lado, autoriza a utilização de atas de registro de preços federais por quem tiver interesse, independentemente da esfera de governo.

Nesse sentido, aliás, já se manifestou a Controladoria-Geral da União:

53. Há possibilidade de os órgãos e entidades pertencentes às esferas estaduais e municipais aderirem à ARP cujo registro pertença à Administração Pública Federal?

Sim, o § 9º do art. 22 do Dec. nº 7.892/13 traz essa permissividade. Segue a transcrição *in verbis*:

“Art. 22. Desde que devidamente justificada a vantagem, a ata de registro de preços, durante sua vigência, poderá ser utilizada por qualquer órgão ou entidade da administração pública federal que não tenha participado do certame licitatório, mediante anuência do órgão gerenciador.

[...]

§ 9º É facultada aos órgãos ou entidades municipais, distritais ou estaduais a adesão à ata de registro de preços da Administração Pública Federal”.

Salientamos que, no caso de utilização de ARP Federal em vigor por esses entes, deverá ser obedecido limite geral de contratação definido no § 4º do art. 22 do Dec. nº 7.892/13:

“§ 4º O instrumento convocatório deverá prever que o quantitativo decorrente das adesões à ata de registro de preços não poderá exceder, na totalidade, ao quádruplo do quantitativo de cada item registrado na ata de registro de preços para o órgão gerenciador e órgãos participantes, independente do número de órgãos não participantes que aderirem” (cf. in *Sistema de Registro de Preços – Perguntas e Respostas*, CGU, Brasília, 2014, p. 47 – cartilha acessada no seguinte endereço: <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/auditoria-e-fiscalizacao/imagens/sistemaregistroprecos.jpg/view>>).

Por sua vez, tratando-se, exemplificativamente, de adesão à ata de registro de preços da esfera estadual por órgão ou entidade estadual, mas de outro Estado da Federação, parece-nos que tal utilização de ata de registro de preços dependerá do que dispuser a normatização de registro de preços aplicável a ambas as Administrações Estaduais.

Parece-nos que a utilização de ata de registro de preços entre Administrações Estaduais de Estados diversos da Federação apenas seria cogitável, em nosso pensar, se eventual legislação aplicável em cada Estado e referente ao sistema de registro de preços ou ao objeto pretendido admitisse ou pelo menos não vedasse expressamente tal prática, e, ainda assim, desde que cumpridos os respectivos requisitos legais. Da mesma forma no tocante à utilização de ata de registro de preços entre Administrações Municipais de Municípios diversos.

Do contrário, a nosso ver, restará vedada a adesão de ata de registro de preços elaborada por órgão ou entidade de outra órbita federativa ou mesmo entre Estados ou Municípios diversos.

Quando é cabível a realização de uma chamada pública para o credenciamento de interessados em prestar tais e quais serviços ao Poder Público? Como implementar o sistema de credenciamento?

O sistema de credenciamento justifica-se sobremaneira nos casos em que o interesse público não possa ser atendido por intermédio da contratação de apenas um ou determinado número de interessados, vale dizer, nas hipóteses em que a contratação de apenas um licitante ou certo número de profissionais não seja suficiente para o atendimento dos fins perseguidos pelo órgão contratante, o que deve ser analisado em face de cada caso concreto, e devidamente justificado nos autos do processo.

Logo, o sistema de credenciamento fundamenta-se na ausência de viabilidade de serem satisfeitos os interesses da Administração Pública, por meio de licitação (ajuste com apenas um interessado), fato que ocasiona, sob certo ângulo, a inexigibilidade de licitação pela ocorrência de inviabilidade fática de competição, nos moldes do art. 25, *caput*, da Lei de Licitações.

Muito embora o sistema de credenciamento não se encontre adstrito à Lei de Licitações, a Administração, ao adotá-lo, deverá observar seus princípios basilares, razão pela qual, e em observância ao princípio da isonomia, a Administração não estará legitimada a estabelecer, no sistema de credenciamento, condições desnecessárias, que somente determinados interessados podem atender, ou seja, que impliquem um dirigismo.

Do ponto de vista procedimental, a implantação do sistema de credenciamento deve realizar-se com a observância das seguintes etapas:

Primeiramente, cabe à Administração elaborar um regulamento, se já não o possuir, no qual sejam estabelecidas as condições para a efetivação do sistema de credenciamento, em consonância com o princípio da isonomia.

Uma vez elaborado esse documento e autorizada a realização desse procedimento pela autoridade superior, o regulamento deve ser amplamente divulgado.

Por conseguinte, será indispensável a publicação do aviso de chamamento, a fim de que todos os interessados dele possam tomar conhecimento.

Aqueles que preencherem as condições serão credenciados, anuindo, desde então, com todos os termos e condições fixados no aludido regulamento.

Assim sendo, todos aqueles que tiverem interesse em efetuar esse credenciamento poderão fazê-lo, desde que atendam às condições predeterminadas.

Nesse escopo, parece-nos inviável a realização de um credenciamento com o objetivo de credenciar um número limitado de empresas ou pessoas, sob pena de infringir o princípio da isonomia, tendo em vista que mais empresas ou pessoas poderiam ter interesse na participação e condições de serem credenciadas.

Desta forma, tem-se que, no sistema de credenciamento, a Administração fixará, por meio de um regulamento, que deverá ser amplamente divulgado, as condições que deseja impor, sendo que aqueles que se interessarem aderirão ou não aos seus termos, desde que preencham todos os requisitos exigidos.

Nesse diapasão, percebe-se que, em tese, não haveria a necessidade (embora assim possa proceder) de elaborar um contrato para cada um dos interessados que forem credenciados, posto que já estarão vinculados aos termos estatuídos no próprio regulamento do credenciamento, que estabelece os serviços a serem prestados e os respectivos valores.

Corroborando essa assertiva, salienta a professora Sonia Tanaka que:

Tratando-se de credenciamento, também não há que falar na necessidade de elaboração de termo de contrato, *posto que as condições já foram preestabelecidas e autorizadas no edital e no termo de credenciamento (BLC – Boletim de Licitações e Contratos. São Paulo: NDJ, ano 16, n. 5, p. 335, maio 2003. p. 335) (grifo nosso).*

De qualquer maneira, parece-nos que o próprio regulamento é que deverá prever a forma com que será instrumentalizado o credenciamento, sendo que, em regra, ao aderir ao regulamento o interessado estará imediatamente vinculado a seu teor.

O regulamento definirá o objeto a ser executado, as exigências básicas a serem cumpridas, o valor da remuneração dos serviços, prazo para cadastramento (determinado ou indeterminado) etc.

Por sua vez, se a Administração, na verdade, celebrar contratos administrativos com cada um dos credenciados, informe-se que, em princípio, estes ajustes oriundos do credenciamento deveriam observar estritamente as disposições constantes dos arts. 54 e ss. da Lei nº 8.666/93, que assentam a teoria geral dos contratos administrativos.

Nessa hipótese de celebração de contrato, a realização de prorrogação dos prazos fixados neste ajuste, bem como a realização de eventuais acréscimos e supressões do objeto efetivamente contratado, na verdade, estará adstrita aos exatos termos dos arts. 57 e 65 da Lei nº 8.666/93.

A adoção do sistema de credenciamento afasta a necessidade de licitação ou procedimento de contratação direta como antecedente da celebração da contratação, assim como eventual ratificação pela autoridade superior, porquanto esta, assim, já terá se manifestado quando da autorização do procedimento em tela.

Julgamos oportuno consignar que, embora inexista lei que trate do sistema de credenciamento, tal procedimento já foi objeto de análise, sendo acatado de longa data pelo Tribunal de Contas da União, conforme TC-016.171/94, publicado no *DOU* em 27/3/95, Seção I, p. 4215 e ss.; e TC-016.522/95-8, publicado no *DOU* em 28/12/95, p. 22555/22557.

Como deve ocorrer a terceirização de serviços no âmbito da Administração Pública?

Especificamente no tocante à terceirização, notadamente aquela mão de obra necessária ao desempenho da finalidade da Administração ou que vise atender às suas necessidades permanentes (atividades-fim), em princípio, deverá ser realizada por meio de concurso público, na forma determinada pelo art. 37, inc. II, da Constituição Federal.

No entanto, as atividades-meio poderão perfeitamente ser terceirizadas, não havendo que falar em impedimento, em face da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho e do Dec. nº 2.271/97.

O posicionamento ora adotado funda-se no fato de que a contratação temporária de pessoal por tempo determinado apenas poderá ser realizada nos casos de excepcional interesse público, nos moldes do inc. IX do art. 37 da CF/88.

Entretanto, por evidente, se a Administração Pública conseguir demonstrar a transitoriedade de sua necessidade, o excepcional interesse público envolvido, assim como a impossibilidade de seus recursos humanos atenderem às suas provisórias necessidades, ainda que fossem objeto de remanejamento ou de redobrado esforço, registre-se que, a nosso ver, pelo menos à primeira vista, estaria autorizada a contratação temporária da mão de obra, não havendo que falar, nesse caso, em afronta à Constituição Federal.

Contudo, essa contratação deverá ser temporária, sob pena de violação ao princípio constitucional do concurso público, e implicará aumento do percentual de despesa de pessoal, classificada orçamentariamente como outras despesas de pessoal, nos termos do § 1º do art. 18 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Por sua vez, a contratação de pessoa física ou jurídica especializada, por meio de licitação ou processo de contratação direta (que também se caracterizam como formas de terceirização), tão somente será possível se a atividade a ser desempenhada também for extraordinária e de natureza transitória, temporária e excepcional.

Entrementes, registre-se que, em princípio, a contratação de serviços, por meio de certame licitatório ou processo de contratação direta, independentemente de se tratar de prestação por pessoa física ou jurídica, também estaria inviabilizada, caso os respectivos cargos necessários para a execução das atividades pretendidas constem do plano de carreira da Administração.

Nesse caso, cremos que apenas seria possível, eventualmente, a contratação por meio de concurso público ou contratação temporária, nos termos supracitados, sendo apenas cogitável uma contratação direta por inexigibilidade, em face da singularidade do objeto, que, por conseguinte, não poderia ser executado pelo pessoal da Administração.

Em princípio, esses seriam os possíveis procedimentos afetos à contratação de mão de obra por parte da Administração Pública.



SOLUÇÕES

AUTORAIS

Com matérias selecionadas dos melhores autores do direito administrativo brasileiro, esta seção traz artigos, pareceres e demais peças jurídicas essenciais aos profissionais que atuam neste fervilhante ramo do Direito.

Os artigos aqui apresentados representam a opinião de seus autores, não necessariamente a opinião da SGP – Soluções em Gestão Pública.

O impacto da alteração dos valores das modalidades da Lei nº 8.666/1993

Christianne de Carvalho Stroppa

Mestre e Doutoranda em Direito do Estado (PUC/SP); Professora de Direito Administrativo na PUC/SP; Assessora Jurídica no Tribunal de Contas do Município de São Paulo; Advogada

I. Introdução. II. Norma geral. III. Impacto.

I. Introdução

No dia 19 de junho de 2018, foi publicado o Decreto federal nº 9.412, atualizando os valores das modalidades de Licitação estabelecidos no art. 23 da mesma norma.

Desde a entrada em vigor da Lei nº 8.666, em 21 de junho de 1993, a única alteração ocorrida nos referidos valores foi pela Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998¹.

De conformidade com o art. 120 da Lei nº 8.666/1993, os valores fixados por esta Lei poderão ser anualmente revistos pelo Poder Executivo Federal, que os fará publicar no *Diário Oficial da União*, observando como limite superior a variação geral dos preços do mercado, no período.

Como anotado por Marçal Justen Filho, por se tratar de uma faculdade, deverá “supor-se que essa faculdade existirá apenas quando a inflação permanecer sob controle, com índices irrelevantes”².

Curiosamente, somente após 25 (vinte e cinco) anos de vigência da Lei de Licitações é que se entendeu pertinente efetuar tal atualização.

II. Norma geral

No tocante à observância dos novos valores pelos demais entes federativos, de conformidade com o disposto no inciso XXVII, art. 22 da Constituição Federal de 1988, compete à União expedir normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III.

1. Aliás, alteração foi necessária tendo em vista a mudança da moeda de cruzeiros para reais.

2. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1472.

Para facilitar a compreensão deste dispositivo constitucional, Jair Eduardo Santana apresenta a seguinte decomposição:

- (a) a União é quem detém competência legislativa sobre o tema licitações e contratações públicas;
- (b) a União pauta-se pela determinação das regras gerais (art. 22, inciso XXVII), não descendo às normas específicas ou, tampouco, as operacionais. Com isso não se inibiria as competências dos demais entes federados (não estamos falando na hipótese de omissão quanto à fixação dessas normas gerais);
- (c) o art. 37, inciso XXI, está direcionado para a Administração Pública direta, autárquica e fundacional em todos os níveis de governo (a própria União, Estados, Municípios, etc.);
- (d) em se tratando de sociedade de economia mista ou de empresa pública, que explorem atividade econômica, obedecer-se-á o artigo 173, § 1º, inciso III;
- (e) segundo o art. 173, § 1º, inciso III, a lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública e disporá sobre licitações observados os princípios da Administração Pública (e não o art. 37, inciso XXI – que remete no presente momento à Lei nº 8.666, de 1993 e as demais normas complementares, tais como Lei nº 10.520/2002, Lei nº 12.462/2011, LC nº 123/2006). É dizer, o regime licitatório das empresas públicas e das sociedades de economia mista não se confundem com o regime licitatório da Administração direta e indireta da União, Estados e Municípios³.

Na esteira dessa competência constitucional, existem dois diplomas legais sobre licitações e contratos, ambos dispendo sobre normas gerais e aprovados pela União:

- Lei nº 8.666/1993 – aplicável às administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.
- Lei nº 13.303/2016 – aplicável às empresas públicas e sociedades de economia mista.

Não obstante a falta de consenso na doutrina sobre quais são os dispositivos legais que podem ser tipificados como normas gerais, entendemos que, em face da específica redação do art. 22, inciso XXVII, da Constituição Federal, os artigos que estabelecem e definem as modalidades licitatórias instituídas na Lei nº 8.666/93 (concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão) e na Lei 10.520/2002 (pregão), devem ser obrigatoriamente observadas por todos os entes federativos.

Dentre os critérios descritos por Celso Antônio Bandeira de Mello para identificar as normas gerais da Lei nº 8.666/1993, destacam-se as normas que veiculam “preceitos que podem ser aplicados uniformemente em todo o país, por se adscreverem a aspectos nacionalmente indiferenciados, de tal sorte que repercutem com neutralidade, indiferentemente, em quaisquer de suas regiões ou localidades”⁴.

3. SANTANA, Jair Eduardo. Podem os Municípios alterar os valores dos incisos I e II do artigo 24 da Lei nº 8.666/93? Parecer disponibilizado no site: <http://www.jairsantana.com.br/wp-content/uploads/2014/09/Limites_Dispena_Normas_Municipais.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2018.

4. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 548.

Importante notar, por outro lado, que os valores alterados somente passarão a valer daqui a 30 (trinta) dias (art. 2º do Decreto federal nº 9.412/2018).

III. Impacto

De conformidade com o art. 1º do Decreto federal nº 9.412/2018, quando da utilização das modalidades da Lei nº 8.666/1993, devem-se observar os seguintes valores:

1) Convite: modalidade utilizada para as relações negociais de valores mais baixos, o que permitiu que o legislador vislumbresse um procedimento de formalidades e burocracias reduzidas, mais simplificado.

Aqui, o particular é convocado pela Administração, havendo a previsão legal de que devem ser chamados pelo menos 03 (três)⁵, entre interessados do ramo, cadastrados ou não, para apresentar ofertas à pretensão de contratação manifestada. Os não convidados podem participar desde que estejam devidamente cadastrados (art. 22, § 3º, da Lei nº 8.666/1993).

a) obras e serviços de engenharia: até R\$ 330.000,00 (trezentos e trinta mil reais).

b) compras e outros serviços: até R\$ 176.000,00 (cento e setenta e seis mil reais).

2) Tomada de Preços: modalidade em que a disputa se dá entre os interessados cadastrados, podendo ser acrescida por aqueles que, mesmo não cadastrados, atenderem às condições editalícias. É um procedimento de menor complexidade, já que, em um primeiro momento, os particulares seriam selecionados apenas dentro do universo de particulares cadastrados (art. 22, § 2º, da Lei nº 8.666/1993).

a) obras e serviços de engenharia: até R\$ 3.300.000,00 (três milhões e trezentos mil reais).

b) compras e outros serviços: até R\$ 1.430.000,00 (um milhão, quatrocentos e trinta mil reais).

3) Concorrência: modalidade utilizada, via de regra, para maiores contratações, aberta a quaisquer interessados que preencham os requisitos estabelecidos no edital. Mesmo com a vocação desta modalidade para os contratos de grande vulto econômico, o legislador fez questão de estabelecer hipóteses em que ela tem aplicação, independentemente dos valores envolvidos, como nas licitações internacionais e outras situações descritas no § 3º do art. 23 (art. 22, § 1º, da Lei nº 8.666/1993).

a) obras e serviços de engenharia: acima de R\$ 3.300.000,00 (três milhões e trezentos mil reais).

b) compras e outros serviços: acima de R\$ 1.430.000,00 (um milhão, quatrocentos e trinta mil reais).

Como consequência, ficam alterados também os montantes de dispensa de licitação, indicados no art. 24, incisos I, II e § 1º da Lei nº 8.666/1993:

1) inciso I do art. 24 – obras e serviços de engenharia: até R\$ 33.000,00 (trinta e três mil reais).

2) inciso II do art. 24 – compras e outros serviços: até R\$ 17.600,00 (dezessete mil e seiscentos reais).

5. Sobre a necessidade do número mínimo de participantes, decisão STJ – Resp 640679/RS – Rel. Min. Eliana Calmon – Segunda Turma.

3) § 1º, do art. 24 – compras, obras e serviços contratados por Consórcios Públicos e por Autarquias ou Fundações qualificadas como Agências Executivas⁶, o montante passa a ser:

- a) obras e serviços de engenharia: até R\$ 66.000,00 (sessenta e seis mil reais).
- b) compras e outros serviços: até R\$ 35.200,00 (trinta e cinco mil e duzentos reais).

Afora isso, importante lembrar que referida alteração também impacta:

1) Na definição de obras, serviços e compras de grande vulto, de conformidade com o disposto no inciso V, do art. 6º da Lei nº 8.666/1993, cujo valor estimado seja superior a R\$ 82.500.000,00 (oitenta e dois milhões e quinhentos mil reais).

2) Na contratação efetuada por Consórcios Públicos⁷ formados por até 3 (três) entes da Federação (§ 8º, do art. 23 da Lei nº 8.666/1993), o limite das modalidades passa a ser o dobro:

a) Convite:

- a.1) obras e serviços de engenharia: até R\$ 660.000,00 (seiscentos e sessenta mil reais).
- a.2) compras e outros serviços: até R\$ 352.000,00 (trezentos e cinquenta e dois mil reais).

b) Tomada de Preços:

- b.1) obras e serviços de engenharia: até R\$ 6.600.000,00 (seis milhões e seiscentos mil reais).
- b.2) compras e outros serviços: até R\$ 2.860.000,00 (dois milhões, oitocentos e sessenta mil reais).

c) Concorrência:

- c.1) obras e serviços de engenharia: acima de R\$ 6.600.000,00 (seis milhões e seiscentos mil reais).
- c.2) compras e outros serviços: acima de R\$ 2.860.000,00 (dois milhões, oitocentos e sessenta mil reais).

3) Na contratação efetuada por Consórcios Públicos formados por mais de 3 (três) entes da Federação (§ 8º, do art. 23 da Lei nº 8.666/1993), o limite das modalidades passa a ser o triplo:

a) Convite:

- a.1) obras e serviços de engenharia: até R\$ 990.000,00 (novecentos e noventa mil reais).
- a.2) compras e outros serviços: até R\$ 528.000,00 (quinhentos e vinte e oito mil reais).

b) Tomada de Preços:

- b.1) obras e serviços de engenharia: até R\$ 9.900.000,00 (nove milhões e novecentos mil reais).
- b.2) compras e outros serviços: até R\$ 4.290.000,00 (quatro milhões, duzentos e noventa mil reais).

6. Muito embora o dispositivo também faça referência às Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista, as hipóteses e valores de dispensa de licitação a elas aplicável agora está regulada pela Lei nº 13.303/2016.

7. De conformidade com a Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, entende-se por Consórcio Público, a Associação (pública ou civil) formada por pessoas jurídicas políticas, com personalidade de direito público, criada mediante autorização legislativa, para a gestão associada de serviços públicos.

c) Concorrência:

c.1) obras e serviços de engenharia: acima de R\$ 9.900.000,00 (nove milhões e novecentos mil reais).

c.2) compras e outros serviços: acima de R\$ 4.290.000,00 (quatro milhões, duzentos e noventa mil reais).

4) Na realização de Audiência Pública, com fundamento no art. 39 da Lei nº 8.666/1993, cujo valor de referência passa a ser: superior a R\$ 330.000.000,00 (trezentos e trinta milhões de reais).

5) Nas contratações feitas em regime de adiantamento, com fundamento no parágrafo único, do art. 60 da Lei nº 8.666/1993, cujo valor de referência passa a ser: não superior a R\$ 8.800,00 (oito mil e oitocentos reais).

6) Na obrigatoriedade da utilização do instrumento de contrato.

O artigo 62, *caput*, da Lei nº 8.666/93, no tocante à formalização de instrumento contratual, expressamente determina:

Art. 62. O instrumento de contrato é *obrigatório* nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e *facultativo* nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço (grifos nossos).

Importante esclarecer, utilizando-se dos ensinamentos de Marçal Justen Filho, que a expressão “termo” de contrato “destina-se especificamente a documentar a avença, contendo todas as cláusulas contratuais de modo minucioso e detalhado. Já as outras figuras indicadas no texto da lei são instrumentos escritos cuja finalidade específica não é formalizar a avença. Possuem outras finalidades para fins administrativos, tais como promover o empenho de verbas, autorizar determinada atividade etc. A distinção não apresenta maior relevância. Em qualquer caso, existe contrato administrativo e o documento escrito é um ‘instrumento contratual’”⁸.

Conclui o citado autor que, enquanto o termo de contrato é “um escrito completo, contemplando todas as cláusulas cabíveis, emitido para o fim específico de documentar a avença”, as outras formas de documentação envolvem “a utilização de instrumentos destinados a outros fins para, de modo concomitante, promover a formalização da contratação”⁹.

Desta forma, tanto o termo de contrato, quanto os demais instrumentos que o substituem, têm o condão de formalizar uma relação jurídica, de natureza contratual.

A regra prevista no *caput* do artigo 62 da Lei nº 8.666/93 determina que:

a) o instrumento de contrato é obrigatório:

a.1) nas licitações instauradas nas modalidades concorrência e tomada de preços, independentemente do objeto a ser executado:

a) obras e serviços de engenharia: acima de R\$ 990.000,00 (novecentos e noventa mil reais).

8. JUSTEN FILHO, Marçal. p. 1156.

9. JUSTEN FILHO, Marçal. p. 1156.

b) compras e outros serviços: acima de R\$ 528.000,00 (quinhentos e vinte e oito mil reais).

a.2) nas contratações diretas, por dispensa ou inexigibilidade, cujo valor seja: acima de R\$ 990.000,00 (novecentos e noventa mil reais), para obras e serviços de engenharia e acima de R\$ 528.000,00 (quinhentos e vinte e oito mil reais), para compras e serviços que não sejam de engenharia; e

a.3) nas licitações instauradas na modalidade pregão, cujo valor seja acima de R\$ 528.000,00 (quinhentos e vinte e oito mil reais).

b) o instrumento de contrato é facultativo, ou seja, a Administração pode optar por formalizá-lo ou substituí-lo por outros instrumentos pertinentes:

b.1) nas licitações instauradas na modalidade convite, independentemente do objeto a ser executado;

b.2) nas contratações diretas, por dispensa ou inexigibilidade, cujo valor seja: até R\$ 990.000,00 (novecentos e noventa mil reais), para obras e serviços de engenharia e até R\$ 528.000,00 (quinhentos e vinte e oito mil reais), para compras e serviços que não sejam de engenharia; e

b.3) nas licitações instauradas na modalidade pregão, cujo valor seja até R\$ 528.000,00 (quinhentos e vinte e oito mil reais).

Acerca da citação da modalidade pregão, feita no item a.3 acima, importante lembrar que a Lei nº 10.520/2002 somente disciplina o processo licitatório, não fazendo referência aos contratos decorrentes.

Desta forma, deve-se adotar, por se tratar de norma geral, a regra de adoção obrigatória do instrumento contratual prevista na Lei nº 8.666/1993, em especial no *caput* do art. 62.

Uso da contratação emergencial para o cumprimento de decisão judicial¹

Murillo Giordan Santos

Doutor e Mestre em Direito do Estado pela USP; Procurador federal (Advocacia Geral da União – AGU);
Professor de Direito Administrativo

1. Introdução. 2. Necessidade de contratação pública para o cumprimento de decisão judicial. 3. A contratação emergencial como hipótese de contratação direta. 4. A contratação emergencial em casos de emergência e calamidade pública. 5. A urgência de atendimento. 6. Risco de ocorrência de sérios danos a pessoas ou bens. 7. A duração da contratação emergencial e a sua prorrogação nos casos de cumprimento de condenação judicial. 8. Conclusões. Referências.

1. Introdução

O presente artigo analisa o uso da contratação pública para o cumprimento de decisão judicial pela Administração Pública, com enfoque sobre a utilização da contratação emergencial.

A evolução jurisprudencial vem consagrando um ativismo judicial, que leva a condenações do Poder Público à efetivação de direitos fundamentais dos cidadãos. Como consequência, muitas vezes, a Administração é obrigada a celebrar contratos com terceiros para promover o devido cumprimento das obrigações impostas pelo Poder Judiciário.

Além disso, algumas dessas condenações são impostas sob determinação de urgência ou cumprimento imediato, o que leva o gestor público a se socorrer da contratação emergencial prevista pelo art. 24, IV, da Lei nº 8.666/93, já que é o meio contratual utilizado para os casos urgentes.

No entanto, a contratação emergencial, como espécie de contratação direta, possui requisitos próprios de utilização, que nem sempre estão presentes nas condenações judiciais.

Dessa maneira, a intenção deste estudo é analisar as hipóteses em que a contratação emergencial poderá ser utilizada para dar cumprimento às condenações judiciais, bem como as hipóteses em que será preferível o uso da licitação.

Para tanto, será necessário abordar o uso da contratação pública para o cumprimento de decisões judiciais e verificar se restam atendidos os requisitos necessários para a contratação emergencial.

1. Artigo originalmente publicado na *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 267, p. 135-162, set./dez. 2014.

2. Necessidade de contratação pública para o cumprimento de decisão judicial

Nos últimos tempos, observa-se um aumento de demandas para a concretização de direitos fundamentais perante o Estado, que tem como motivo a democratização do Direito, a maior acessibilidade ao Judiciário e o maior conhecimento e problematização dos direitos fundamentais².

Como consequência, a Administração Pública tem sido condenada pelo Poder Judiciário a dar cumprimento a decisões fundamentadas na necessidade de promoção de direitos fundamentais, o que a obriga a promover contratações públicas para atender a esses comandos.

O presente artigo não objetiva enfrentar os contornos ou os limites dessas determinações judiciais à Administração Pública ou abordar assuntos correlatos como o ativismo judicial, o princípio da reserva do possível, os limites da discricionariedade dos atos administrativos e o controle judicial das políticas públicas. A intenção é analisar a utilização da contratação emergencial para dar cumprimento a essas determinações judiciais.

Devido ao extenso rol de direitos fundamentais encartados na Constituição Federal, essas condenações implicam obrigações diversas para a Administração Pública como o fornecimento de medicamentos não contemplados pelo Sistema Único de Saúde (SUS), a realização de cirurgias médicas, a realização de obras de acessibilidade em prédios públicos³, a adoção de medidas necessárias para a preservação do patrimônio histórico, a conservação de bens públicos etc.

De fato, muitas dessas medidas requerem a contratação de bens, obras ou serviços para que a Administração possa cumprir a condenação que lhe foi imposta pelo Judiciário. Como exemplo, pode-se mencionar a condenação do Poder Público à adaptação de seus prédios às condições de acessibilidade, a fim de que promova a construção de rampas de acesso, instalação de elevadores, afixação de sinalização especial etc.

Tais atos materiais normalmente são operados por meio de contrato administrativo, já que a Administração Pública não costuma dispor de meios próprios para tanto, o que leva à contratação de terceiros para realizá-las.

Ao mesmo tempo, muitas dessas condenações determinam o cumprimento imediato ou em prazo exíguo de seus comandos, sob pena de multa pecuniária, justamente sob o fundamento da “urgência” que a medida requer.

Por essa razão, muitos gestores públicos se socorrem à contratação emergencial para promover a contratação de bens, obras e serviços necessários para o cumprimento da condenação judicial.

Isso porque a contratação emergencial decorre, entre outros requisitos, da urgência da situação fática subjacente, permitindo a elaboração do contrato administrativo sem a realização de licitação.

No entanto, a simples existência de uma decisão judicial determinando medidas administrativas para a concretização de direitos fundamentais não pode servir como causa única e suficiente para a utilização da contratação emergencial.

2. FORTINI, Cristiana; CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. Efetividade dos direitos fundamentais e o princípio da reserva do possível: uma discussão em torno da legitimidade das tomadas de decisão público-administrativas. *Fórum Administrativo – Direito Público*, Belo Horizonte, ano 8, n. 93, nov. 2008.

3. “PRÉDIO PÚBLICO – PORTADOR DE NECESSIDADE ESPECIAL – ACESSO. A Constituição de 1988, a Convenção Internacional sobre Direitos das Pessoas com Deficiência e as Leis nº 7.853/89 – federal –, nº 5.500/86 e nº 9.086/95 – estas duas do Estado de São Paulo – asseguram o direito dos portadores de necessidades especiais ao acesso a prédios públicos, devendo a Administração adotar providências que o viabilizem.” (STF, 1ª Turma. RE 440028/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 29/10/2013, *DJe*-232, p. 26-11-2013)

Na verdade, por ser uma das hipóteses de dispensa de licitação, a contratação emergencial só poderá ser utilizada nos casos taxativamente previstos em lei que, por sua vez, não contemplam as decisões judiciais como uma de suas causas ensejadoras.

Em outras palavras, o cumprimento de decisão judicial não consta entre os requisitos legais necessários para a operacionalização da contratação emergencial.

Conforme será demonstrado adiante, a contratação emergencial, por ser uma das modalidades de dispensa de licitação, é uma opção do gestor, que pode optar pela realização da licitação. Mesmo nos casos em que essa discricionariedade é mitigada pela presença da situação calamitosa ou de emergência, é necessária a efetiva presença de risco a pessoa ou bens, não bastando a mera decretação formal dessa realidade. Em outras palavras, não basta a decisão judicial atestar a urgência da medida condicionada à contratação pública. Seria necessária a real existência de todos os requisitos legais necessários para a utilização da contratação emergencial.

Ainda que haja legitimidade no controle judicial das políticas públicas, que se consagrou como uma necessidade do constitucionalismo moderno e de garantia de direitos fundamentais, essa prática não pode alijar o gestor público da discricionariedade que lhe é inerente, fazendo-o substituir pelo juiz⁴.

Com isso, ao Judiciário, é possível determinar a adoção de medidas administrativas necessárias para a efetivação de direitos fundamentais, sem que isso implique, por si só, invasão no mérito do ato administrativo⁵. No entanto, determinar qual medida administrativa ou qual a forma de contratação deverá ser utilizada pela Administração implica invasão indevida nessa seara.

Dessa maneira, não seria de boa técnica uma decisão judicial que determinasse ao Poder Público a promoção de medida necessária para a efetivação de direito fundamental e, ao mesmo tempo, determinasse a utilização de contratação emergencial para efetivá-la.

Sobre esses aspectos, convém comentar caso peculiar enfrentado pela Tribunal Regional Federal da 5ª Região⁶. O juízo de primeira instância determinou expressamente que o Estado do Rio Grande do Norte ou a União provesse a imediata contratação emergencial de prestadora privada de serviços de assistência especializada à saúde aos usuários locais do SUS, pois a responsável por essa atividade apresentava condições precárias de funcionamento, o que, segundo alegado nos autos, estava provocando a morte de usuários do sistema.

Essa decisão foi objeto de agravo de instrumento, no qual o Relator manteve a decisão recorrida mediante o fundamento de seríssimo risco para a sociedade em caso de seu descumprimento. Embora a decisão de segunda instância não tenha abordado especificamente a adequação da contratação emergencial para a espécie, pode-se inferir que o fundamento utilizado diz respeito à possibilidade de comprometimento da segurança de pessoas, tal como exige o art. 24, IV, da Lei nº 8.666/93.

De fato, a situação enfrentada representava situação de emergência apta a justificar uma contratação emergencial, pois a contratada para a prestação de serviços médicos aos usuários do SUS não estava cumprindo suas obrigações satisfatoriamente, o que impunha a sua imediata substituição para preservar a vida e a saúde das pessoas. Mesmo assim, mostra-se indevida a determinação judicial quanto à medida administrativa a ser tomada pelo gestor público. A escolha pela medida administrativa adequada à concretização do direito fundamental em risco deveria ter permanecido sob os

4. Fortini et al. Efetividade dos direitos fundamentais e o princípio da reserva do possível: uma discussão em torno da legitimidade das tomadas de decisão público-administrativas, op. cit.

5. Segundo Odete Medauar: "A tendência de ampliação do controle jurisdicional da Administração se acentuou a partir da Constituição Federal de 1988. O texto de 1988 está impregnado de um espírito geral de priorização dos direitos e garantias ante o poder público. Uma das decorrências desse espírito vislumbra-se na indicação de mais parâmetros de atuação, mesmo discricionária, da Administração, tais como o princípio da moralidade e o princípio da impessoalidade" (*Direito Administrativo moderno*. 11. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 396).

6. TRF5, 2ª Turma. AG 00110361420104050000, Rel. Des. Fed. Francisco Barros Dias, *DJe* 18/11/2010, p. 352.

critérios de discricionariedade técnica da Administração Pública⁷, que poderia até mesmo dispor de outro meio de solução eficiente para o caso, *v. g.*, o credenciamento de hospitais. Além disso, a escolha de outra prestadora em substituição à atual poderia não se mostrar possível por outras razões. No entanto, diante da negativa do recurso interposto, não cabe outra alternativa ao gestor senão cumprir a decisão nos termos determinados.

Havendo omissão da decisão judicial quanto à medida administrativa a ser utilizada para dar concreção à condenação (o que seria de melhor técnica), cabe ao gestor público ponderar o meio contratual apto ao atendimento do interesse público, devendo, se for o caso, abrir licitação para a escolha do contratado.

Portanto, para que o cumprimento de decisões judiciais seja operado por meio da contratação emergencial, devem estar presentes os requisitos legais necessários para tanto, não cabendo à decisão judicial adentrar na forma de contratação a ser adotada pela Administração Pública ou criar uma situação de urgência em termos de tempo para cumprimento da decisão.

A existência de determinação do Poder Judiciário (sentença, antecipação de tutela ou liminar), com prazo imediato ou exíguo de cumprimento, não pode, por si só, justificar a utilização da contratação emergencial para o seu atendimento.

Dessa forma, se, no caso concreto que originou a determinação judicial, não estiverem presentes os requisitos necessários para a contratação emergencial, deve o gestor público escolher outro meio cabível de contratação direta ou realizar a licitação.

Caso a determinação judicial também obrigue à contratação emergencial, não haverá espaço para o gestor ponderar sobre a utilização de outro meio contratual e tampouco o uso da licitação, sob pena de incorrer no ilícito de descumprimento de ordem judicial. No entanto, como mencionado, não é de boa técnica que o Poder Judiciário venha interferir nos meios administrativos a serem utilizados pelo gestor, pois isso invade o mérito do ato administrativo.

O mesmo raciocínio deve ser aplicado caso a ordem judicial estipule que a medida administrativa deva ser tomada em prazo insuficiente para a realização da licitação. Nesse caso, não restará outra solução ao gestor senão optar pelo uso de meio contratual apto ao cumprimento da medida dentro do prazo estabelecido. Ainda assim, se a situação permitir, seria o caso de se tentar, por meio da respectiva unidade de representação judicial, a dilação do prazo para a realização da licitação.

Do mesmo modo, seria o caso de se recorrer da decisão quanto ao prazo estipulado para o cumprimento da ordem, caso isso ainda seja possível.

Ressalta-se que, se presentes os requisitos da contratação emergencial para o cumprimento da ordem dada pelo Poder Judiciário, não serão cabíveis os referidos questionamentos. Caso contrário, colocar-se-ia em risco algum bem jurídico diante da demora inerente ao procedimento licitatório.

Em seguida, passa-se à abordagem dos requisitos caracterizadores da contratação emergencial, juntamente com a análise de sua adequação ou não ao cumprimento de decisões judiciais.

3. A contratação emergencial como hipótese de contratação direta

Como é amplamente sabido, as contratações na Administração Pública devem ser precedidas de licitação. Essa é a regra. Somente de maneira excepcional é que pode ocorrer a contratação direta.

7. Sobre a utilização da discricionariedade técnica pela Administração Pública na contratação emergencial, cf. SOUSA, Guilherme Carvalho e. A discricionariedade na contratação pública emergencial e a possível ocorrência de atos de improbidade administrativa. *Fórum Administrativo* – FA, Belo Horizonte, ano 14, n. 156, p. 3443, fev. 2014.

É o que está previsto no art. 37, XXI, da Constituição Federal. Assim, por expreso mandamento constitucional, ressalvados os casos de contratação direta especificados na legislação, as contratações públicas de obras, bens e serviços devem ser precedidas de licitação pública.

A legislação prevê três formas de contratação direta: dispensa, inexigibilidade de licitação e licitação dispensada.

Basicamente, essas formas são tratadas na Lei nº 8.666/93, que é a Lei Geral de Licitações e Contratações Públicas, e regulamenta o art. 37, XXI, da Constituição Federal.

A licitação dispensada é aquela utilizada para a alienação de bens públicos, móveis e imóveis que, em regra, também devem ser precedidas de licitação.

As hipóteses de licitação dispensada estão exaustivamente previstas no art. 17 da Lei 8.666/93.

As hipóteses de dispensa de licitação também estão previstas de maneira exaustiva na Lei 8.666/93, precisamente em seu art. 24.

É justamente entre as hipóteses de dispensa de licitação do art. 24 da Lei 8.666/93 que está prevista a contratação emergencial, objeto do presente artigo.

Já a inexigibilidade está prevista no art. 25 da Lei 8.666/93, mas de maneira exemplificativa, ou seja, podem ocorrer outras hipóteses de contratação direta por inexigibilidade de licitação além das previstas nesse artigo.

Para a devida compreensão do tema em exposição, faz-se necessário diferenciar as hipóteses de dispensa das de inexigibilidade de licitação, já que a contratação emergencial está elencada entre as primeiras.

A doutrina leciona que, na contratação direta por dispensa de licitação, o certame poderia ter ocorrido, mas a lei faculta à Administração promover a contratação diretamente. Em outras palavras, o processo de licitação seria possível (poderia ocorrer faticamente), mas há uma dispensa jurídica para a sua não realização⁸.

Assim, cabe ao gestor público analisar a conveniência e a oportunidade de optar pela contratação direta por dispensa de licitação dentre as hipóteses previstas no art. 24 da Lei 8.666/93 ou realizar o certame. Essa discricionariedade evidentemente deve ser sempre pautada pelo interesse público.

A mesma lógica não pode ser aplicada à inexigibilidade de licitação, pois as hipóteses do art. 25 da Lei 8.666/93 referem-se a situações em que a licitação não pode ocorrer por motivos fáticos, ou seja, ela não ocorre por razões lógicas ou naturais. Não há como a lei alterar essa realidade fática. Daí, as hipóteses previstas no art. 25 da Lei 8.666/93 serem meramente exemplificativas, tal como está expreso na própria lei: “é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial”.

Essa diferenciação é importante para o tema tratado, pois a contratação emergencial está prevista entre as hipóteses do art. 24 da Lei 8.666/93, ou seja, como uma possibilidade de contratação direta por dispensa de licitação. No caso, a licitação seria plenamente possível de ser realizada, mas ficaria dispensada em razão de disposição legal: em caso de guerra, grave perturbação da ordem e situação emergencial ou calamitosa.

É o que está previsto no art. 24, III e IV, da Lei 8.666/93:

Art. 24. É dispensável a licitação:

[...]

8. Nesse sentido, cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 345; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 224.

III – nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem;

IV – nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos⁹;

[...]

Com isso, a contratação emergencial deve atender aos seguintes requisitos: a) existência de situação emergencial ou calamitosa; b) necessidade de urgência de atendimento; c) existência de risco de ocorrência de sérios danos a pessoas ou bens; e d) prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias.

O cumprimento de decisão judicial em prazo exíguo ou imediato não está elencado como requisito para a utilização da contratação emergencial. Portanto, a princípio, deve a Administração Pública seguir a regra geral e utilizar a licitação para dar cumprimento à providência determinada judicialmente.

A utilização da contratação emergencial para tanto só será possível se houver necessidade de urgência no atendimento, existência de situação urgente ou calamitosa e existência de risco de ocorrência de sérios danos a pessoas ou bens.

Com isso, veda-se ao gestor o pretexto da decisão judicial para evitar o uso da licitação. Não se pode negar que o contraditório inserido nessa última facilita o controle da medida administrativa e possibilita a formação de uma contratação de melhor conteúdo.

Aliás, deve-se ter em mente que um dos principais problemas enfrentados pelas contratações públicas diz respeito justamente à falta de planejamento para a aquisição de bens, obras e serviços. Por esse motivo é que o Tribunal de Contas da União (TCU) exige a elaboração de projeto básico, termo de referência e projeto executivo completo e bem detalhado, a fim de evitar aditivos contratuais e jogo de planilhas¹⁰.

A Administração Pública deve evitar contratações de afogadilho, ainda que seja para o cumprimento de decisões judiciais. A realização da licitação possibilita que o Poder Público tenha maiores chances de formular adequadamente a especificação do objeto, pois o processo administrativo possibilitará maior participação dos interessados em detrimento da elaboração isolada e sumária do projeto básico.

Igualmente, a opção por um meio processual de contratação pública possibilita um maior controle dessa atividade, já que o contraditório a ser instalado implicará um controle multilateral pelas partes do processo.

Dessa forma, a opção pela licitação deve ser preferível para dar atendimento à ordem judicial.

Por outro lado, se estiverem presentes os requisitos do art. 24, IV, da Lei nº 8.666/93, não haverá óbice à utilização da contratação emergencial, ao contrário, ela será desejável sob pena de colocar em risco bens ou pessoas. Nesse caso, não haveria, em tese, sequer necessidade de intervenção judicial, já que a Administração Pública pode (deve) se socorrer de sua prerrogativa de autotutela para evitar lesão a bens jurídicos.

9. BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 27 fev. 2014.

10. Por esse motivo é que foi editada a Súmula TCU nº 261: “Em licitações de obras e serviços de engenharia, é necessária a elaboração de projeto básico adequado e atualizado, assim considerado aquele aprovado com todos os elementos descritos no art. 6º, inciso IX, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, constituindo prática ilegal a revisão de projeto básico ou a elaboração de projeto executivo que transfigurem o objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos”.

Se ainda assim tiver ocorrido a intervenção judicial, o gestor público deverá proceder à imediata contratação emergencial, pois conforme será demonstrado adiante, nessas situações, não há discricionariedade entre a contratação direta e a realização da licitação, devendo prevalecer a medida apta a tutelar os bens jurídicos em perigo diante da situação calamitosa ou emergencial.

Por essa razão é que se passa à análise de cada um dos requisitos necessários para a utilização da contratação emergencial, a fim de verificar as condições em que eles poderão dar azo à sua utilização para o cumprimento de decisões judiciais.

4. A contratação emergencial em casos de emergência e calamidade pública

O presente artigo ficará restrito às hipóteses do inciso IV do art. 24 da Lei nº 8.666/93 (casos de emergência ou calamidade pública), pois são mais cotidianas no Brasil.

No caso, a licitação teria sido plenamente viável se não fosse pela caracterização da situação emergencial ou calamitosa, que exigem que a licitação seja dispensada para melhor atendimento do interesse público, já que os seus trâmites ordinários fariam com que a contratação só viesse a ocorrer após o tempo necessário para evitar risco ou danos a bens e à saúde das pessoas.

Como já mencionado, essa situação deve estar devidamente fundamentada.

Isso porque o art. 26 da Lei 8.666/93 exige que a contratação direta seja devidamente justificada, ou seja, o gestor deve demonstrar fundamentadamente que a contratação sem licitação melhor atende ao interesse público.

O mesmo art. 26 da Lei 8.666/93 prevê de maneira mais específica, em seu parágrafo único, inciso I, que os processos de contratação direta por dispensa ou inexigibilidade de licitação sejam instruídos, se for o caso, com a “caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa”.

Os gestores devem demonstrar fundamentadamente que está caracterizada a situação emergencial ou calamitosa apta a possibilitar a contratação direta por dispensa de licitação.

Dessa forma, além da determinação judicial, o gestor público também deve fundamentar o uso da contratação com a demonstração da presença da situação calamitosa ou emergencial.

Ao mesmo tempo, existem entendimentos que consideram a contratação emergencial obrigatória¹¹, diante da necessidade de evitar risco ou dano a pessoas e bens, colocando o gestor público diante de um poder-dever.

Portanto, o caráter previamente discricionário da contratação emergencial fica mitigado diante da incolumidade pública envolvida nas situações concretas.

Com isso, o gestor público está jungido à contratação emergencial e à respectiva fundamentação, não podendo delas se esquivar sob pena de responsabilidade.

Por essas razões é que se deve abordar os modos pelos quais a demonstração da situação emergencial ou calamitosa deve ser demonstrada, o que passa evidentemente pelo conceito dessas situações.

Há certa imprecisão na definição dessas situações diante de casos concretos. Em outras palavras, o que seria uma situação de calamidade ou de emergência, apta a justificar uma contratação emergencial direta em determinado caso concreto, poderia não servir para fundamentar a mesma contratação diante de outras circunstâncias.

11. TCU, Plenário, Acórdão 1138/2011, Processo 006.399/2008-2, Rel. Min. Ubiratan Aguiar, DOU 11/05/2011.

É certo que existe previsão normativa no Decreto 7.257/10, que trata do reconhecimento de situação de emergência e do estado de calamidade pública, entre outros assuntos, ao regulamentar a Lei 12.340/10 que, por sua vez, dispõe sobre o Sistema Nacional de Defesa Civil (SINDEC).

As definições de situação de emergência e de calamidade estão, respectivamente, nos incisos III e IV do art. 2º do Decreto 7.257/10:

Art. 2º Para os efeitos deste Decreto, considera-se:

[...]

III – situação de emergência: situação anormal, provocada por desastres, causando danos e prejuízos que impliquem o comprometimento parcial da capacidade de resposta do poder público do ente atingido;

IV – estado de calamidade pública: situação anormal, provocada por desastres, causando danos e prejuízos que impliquem o comprometimento substancial da capacidade de resposta do poder público do ente atingido¹²;

[...]

Nota-se que ambos os conceitos legais referem-se à situação anormal provocada por desastres e causadora de danos e prejuízos que impliquem comprometimento da capacidade de resposta do Poder Público.

A diferença se deve à extensão do comprometimento gerado pela situação fática que poderá ensejar a contratação direta. Nos casos de situação de emergência, a situação anormal implica em comprometimento parcial da capacidade de resposta do Poder Público, enquanto no estado de calamidade, esse comprometimento é substancial.

A doutrina também fornece conceitos parcialmente diferentes para a situação de emergência e estado de calamidade pública.

José dos Santos Carvalho Filho nos ensina que calamidade pública é a “situação, natural ou não, que destrói ou põe em risco a vida, a saúde e os bens de certos agrupamentos sociais. Normalmente deriva de fatos naturais, como chuvas torrenciais, alagamentos, transbordamentos de rios e outros fenômenos naturais”¹³.

Já Lucas Rocha Furtado aproxima os conceitos de situação emergencial ou calamitosa:

[...] situação emergencial ou calamitosa que legitima contratação direta [...] é aquela cuja ocorrência escape às possibilidades normais de prevenção por parte da Administração e que, portanto, não possa ser imputada à desídia administrativa, à falta de planejamento ou má gestão dos recursos disponíveis¹⁴.

Renato Geraldo Mendes entende que a situação anormal causada por evento da natureza é denominada de calamidade pública, mas quando causada por evento humano, deve ser denominada de grave perturbação da ordem¹⁵.

Hely Lopes Meirelles, por sua vez, entende calamidade pública como situação de perigo e anormalidade social decorrente de fatos da natureza, tais como inundações devastadoras, vendavais destruidores, epidemias letais e secas assoladoras, além de outros eventos físicos que afetem

12. BRASIL. Decreto 7.257, de 04 de agosto de 2010. Regulamenta a Medida Provisória nº 494 de 2 de julho de 2010, para dispor sobre o Sistema Nacional de Defesa Civil – SINDEC, sobre o reconhecimento de situação de emergência e estado de calamidade pública [...]. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 05 ago. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Decreto/D7257.htm>. Acesso em: 27 fev. 2014.

13. *Manual de direito administrativo*, op. cit., p. 226/227.

14. FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 75.

15. MENDES, Ricardo Geraldo. *Lei de licitações e contratos anotada: notas e comentários à Lei 8.666/93*. 8. ed. Curitiba: Zênite, 2011. p. 317.

profundamente a segurança ou a saúde pública, os bens particulares, o transporte coletivo, a habitação e o trabalho em geral¹⁶.

Portanto, nota-se que os conceitos de emergência e calamidade pública são similares, diferenciando-se, para efeitos de contratação direta, somente pela extensão do comprometimento da capacidade de resposta da Administração, sendo parcial nos casos de situação de emergência e substancial nos casos de calamidade.

De qualquer forma, os efeitos práticos serão os mesmos, eis que ambas as situações servem como substrato para que o Poder Público possa operar a contratação direta nos termos do art. 24, IV, da Lei nº 8.666/93.

Alguns autores divergem sobre a necessidade de declaração de calamidade por decreto do Chefe do Poder Executivo, declarando formalmente a situação de anormalidade. Esse é o entendimento de Diogenes Gasparini¹⁷. Em sentido contrário, temos o entendimento de José dos Santos Carvalho Filho, que entende ser desnecessário o decreto¹⁸.

Na verdade, se devidamente demonstrado/comprovado o caso de emergência e cumpridas as exigências da Lei 8.666/93, a ausência da declaração de estado de calamidade não impede a contratação emergencial, pois ela decorre de situação fática e não formal.

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes entende que a ausência de reconhecimento da situação anormal por meio de ato administrativo formal da Chefia do Poder Executivo não impede a contratação direta “diante da análise de uma determinada situação que, pelas suas dimensões, não atinge toda uma comunidade, mas apenas uma área de atividade da Administração”¹⁹.

Aliás, cumpre observar que devido à sua natureza fática, o estado de calamidade ou de emergência não pode ficar atrelado a requisitos formais. Ao contrário, a mera formalização por meio de decreto pode servir para mascarar contratações alheias às exigências do art. 24, IV, da Lei 8.666/93, sob o pretexto de que formalmente a Administração Pública está diante de situação anormal, quando na verdade a situação calamitosa já foi superada²⁰.

Dessa forma, o que deve prevalecer é a realidade fática subjacente à situação de calamidade pública ou de emergência, ainda que não seja declarada por decreto.

O mesmo deve ser dito em relação ao cumprimento de ordem judicial para a promoção de direitos fundamentais que implique na necessidade de contratação pública. Não basta que a decisão do Poder Judiciário diga formalmente que a situação é de urgência ou calamidade. O direito fundamental a ser efetivado deve estar faticamente em situação de emergência ou calamidade, caso contrário, não há que se utilizar a contratação emergencial, sendo preferível o uso da licitação.

Ao mesmo tempo, é fundamental que a situação de emergência não tenha sido ocasionada por falta de planejamento administrativo ou que venha para atender a necessidades perfeitamente previsíveis.

16. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 291-292.

17. GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 529. No mesmo sentido, cf. MENDES, Ricardo Geraldo. *Lei de licitações e contratos anotada: notas e comentários à Lei 8.666/93*. op. cit., p. 317.

18. *Manual de direito administrativo*, op. cit., p. 227.

19. FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 366.

20. Há notícias de que alguns prefeitos utilizaram o Decreto de calamidade pública como pretexto para promoverem diversas contratações sem licitação, muitas delas destinadas a bens desnecessários para resolver a situação emergencial e fora do prazo legal de 180 dias, “perpetuando” a situação calamitosa como pretexto para direcionarem as contratações públicas.

Nesse sentido, é o entendimento do TCU, segundo o qual a desídia do administrador ou a falta de planejamento administrativo não justificam a contratação emergencial:

[...] a situação adversa, dada como de emergência ou de calamidade pública, não se tenha originado, total ou parcialmente, da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos disponíveis, ou seja, que ela não possa, em alguma medida, ser atribuída a culpa ou dolo do agente público que tinha o dever de agir para prevenir a ocorrência de tal situação; [...].

(Decisão 347/1994 Plenário)

Em outras palavras, a situação emergencial deve decorrer de evento incerto e imprevisível, o que não se confunde com a desídia ou falta de planejamento do gestor público²¹.

Caso interessante relacionado ao tema ora abordado foi enfrentado pelo TCU nos autos do Processo nº 025.812/2007-2²². Nessa ocasião, a sua área técnica opinou pela ilegalidade de contratação emergencial perpetrada por sociedade de economia mista com o objetivo de obter serviços advocatícios para combater medida liminar que lhe foi desfavorável. Tratava-se de ação de cobrança em que seus bens foram penhorados na condição de terceiro, pois ela não integrava a lide original.

A empresa pública em questão alegou que o bem era de alto valor e que a medida judicial a ser tomada demandava providências imediatas, o que a fez optar pela contratação prevista pelo art. 24, IV da Lei nº 8.666/93 diante da possibilidade de prejuízo e comprometimento da segurança de seus bens.

Nota-se que a decisão judicial desfavorável à entidade pública em questão gerou uma contratação emergencial para combater essa decisão e não para cumpri-la. Portanto, ela é um pouco diversa dos fins colimados por este estudo.

Mesmo assim, os argumentos utilizados pela área técnica do TCU para rechaçar os argumentos apresentados pelos gestores da empresa estatal em questão são muito semelhantes às hipóteses ora defendidas e também servem de fundamento empírico para as conclusões deste estudo.

Segundo o órgão de análise técnica do TCU, toda empresa que desenvolve atividade comercial está sujeita às situações enfrentadas pela entidade pública em questão, o que torna previsível a situação vivenciada. Por essa razão, exigem atuação constante por parte de profissionais do direito, seja por meio de servidores que integram seus quadros (advogados concursados), seja por meio de escritórios de advocacia previamente contratados por meio de processo licitatório para tratar dessas questões (poder-se-ia cogitar até mesmo da utilização do sistema de registro de preços)²³.

Portanto, a emergência decorrente de decisão judicial há de demandar algum cuidado antes de fundamentar uma contratação emergencial, pois deve estar conjugada com os demais requisitos exigidos para a utilização dessa modalidade de contratação direta.

Por outro lado, existe entendimento jurisprudencial no sentido de que o fornecimento de medicamento, pelo Poder Público, mediante decisão judicial, caracteriza a emergência necessária para a

21. Nesse sentido, “a contratação direta com fundamento em situação emergencial deve decorrer de evento incerto e imprevisível, e não da falta de planejamento ou desídia administrativa do gestor” (TCU, Primeira Câmara, Acórdão 3267/2007, Processo TC-013.905/2002-0, Rel. Min. Marcos Bemquerer Costa, j. 16/10/2007).

22. TCU, Primeira Câmara, Acórdão 8356/2010, Processo 025.812/2007-2, Rel. Min. Augusto Nardes, DOU 10/12/2010.

23. Deve ficar devidamente consignado que o entendimento narrado foi esposado pela área técnica do TCU, sendo que no julgamento final o Ministro relator entendeu que estaria caracteriza a situação de emergência, muito embora tenha reconhecido que “a simples excepcionalidade ou relevância da causa não justifica automaticamente a contratação de terceiros, ainda mais sem licitação”, no que foi acompanhado, por maioria, pelos demais ministros (TCU, Primeira Câmara, Acórdão 8356/2010, Processo 025.812/2007-2, Rel. Min. Augusto Nardes, DOU 10/12/2010).

utilização da contratação emergencial nos termos do art. 24, IV da Lei nº 8.666/93, pois a demora natural do processo licitatório colocaria em risco a saúde de pessoas²⁴.

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes entende que, se estiverem presentes todos os requisitos estabelecidos pelo art. 24, IV da Lei nº 8.666/93, será cabível a contratação emergencial, pouco importando se a emergência tenha decorrido da inércia do gestor público ou não. Caso contrário, a sociedade estaria sendo penalizada duplamente. Segundo seu entendimento, caberia a penalização do agente desidioso ou omissor pelos órgãos de controle, sem privar a população das medidas necessária para sanar a situação de calamidade ou emergência²⁵.

Decorrente ou não de decisão judicial, o contrato de emergência deve se limitar a bens, serviços e obras necessários para sanar a situação emergencial ou calamitosa, não podendo abarcar outros objetos que não se relacionam com a solução do caso concreto. Como exemplo, pode-se citar o caso de hospital público que teve grande aumento de demanda devido a um desastre de grandes proporções.

Naturalmente, o hospital necessitará aumentar a sua capacidade de atendimento devido à situação calamitosa, o que sem dúvida alguma implicará em novas contratações que não poderão esperar o curso normal do processo licitatório sob pena de colocar em risco a vida das pessoas.

Por exemplo, o aumento da necessidade de material cirúrgico certamente caracterizará a situação de emergência exigida em lei para a contratação emergencial²⁶. No entanto, o mesmo não se pode dizer em relação à recuperação das salas de cirurgia, que necessitam de reparação por desgaste do uso, pois isso não caracteriza a situação de emergência.

Portanto, a dispensa de licitação em razão de emergência ou calamidade pública deve ser restrita aos contratos e atos relativos ao estado de calamidade, ou seja, somente para a contratação do que for necessário para minorar os efeitos dessa situação anormal²⁷.

Nota-se que a contratação direta sem a caracterização da situação de emergência ou calamidade enseja impugnações por vícios de motivo ou desvio de finalidade.

Desse modo, deve-se evitar que a ordem judicial venha a servir de pretexto para mascarar a desídia administrativa e justifique contratações, sob a forma emergencial, que poderiam ter sido licitadas.

5. A urgência de atendimento

Além da situação de emergência ou calamidade, deve estar presente a urgência de atendimento.

A urgência de atendimento que legitima a contratação direta emergencial é aquela urgência qualificada pelo risco de ocorrência de prejuízo ou comprometimento da segurança de pessoas ou bens públicos e particulares, caso as medidas requeridas não sejam adotadas de pronto²⁸.

Para se evitar prejuízos, o atendimento de certas situações pelo Poder Público deve ser imediato sob pena de a procrastinação causar danos a pessoas, bens e serviços.

Assim, urgência é sinônimo de necessidade imediata.

24. “Nos termos do artigo 24, da Lei Federal n. 8.666/93, em caso de comprovada urgência, é possível a dispensa de processo de licitação para a aquisição, pelo Poder Público, de medicamento necessário à manutenção da saúde de pessoa carente de recursos para adquiri-lo” (TJSC, 4ª Câmara de Direito Público. Agravo de Instrumento n. 2013.015316-7, Rel. Des. Jaime Ramos, j. 12-09-2013).

25. *Contratação direta sem licitação*, op. cit., p. 370.

26. Cf. PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei da licitações e contratações da administração pública*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 266.

27. Convém mencionar o exemplo dado por Diogenes Gasparini: [...] se são necessários cobertores para atender aos flagelados, não pode a Administração comprar mil, para utilizar os sobejantes oitocentos para a campanha de inverno que se avizinha” (*Direito administrativo*, op. cit., p. 529).

28. Furtado. *Curso de licitações e contratos administrativos*, op. cit., p. 75.

Diante dessa necessidade, de evitar a ocorrência de prejuízo ou comprometimento da segurança de pessoas ou bens, é que a contratação emergencial se caracteriza como um poder-dever do gestor público²⁹.

Essa obrigatoriedade só pode ser reconhecida em cada caso e deve ser relacionada à situação de imprevisibilidade dentro de um quadro de mediana percepção pelo administrador.

Marçal Justen Filho observa que essa situação de urgência não deve ser “fabricada” pelo gestor público para justificar a contratação direta. Segundo o seu entendimento, a *emergência fabricada* é aquela em que a Administração deixa propositadamente de tomar as medidas necessárias para a realização da licitação no tempo correto. Como consequência, ao término do contrato, não haverá prazo suficiente para a realização de novo certame, o que colocará a gestão administrativa em risco devido à falta do bem ou serviço, que justificaria a contratação emergencial. Tal conduta deve gerar a responsabilização do agente público omissor.

A solução, acompanhada da punição do agente responsável, seria a contratação direta pelo menor prazo possível, visando afastar o risco de dano irreparável, juntamente com a abertura imediata de nova licitação³⁰.

Seria o caso de o gestor não manter estoque suficiente de oxigênio em hospital público e usar a imprescindibilidade desse produto para justificar a urgência de atendimento, quando na verdade a sua necessidade está dentro de uma mediana previsibilidade³¹.

Em outras palavras, a situação de emergência que deu origem à contratação emergencial deve ser imprevisível e não decorrente de atuação irresponsável ou negligente do gestor público³².

Diogenes Gasparini leciona que essa emergência deve ser *real* e não *ficta*. Para ele, a emergência real é aquela que não decorreu de comportamento comissivo ou omissor da Administração. Como exemplo, ele cita a reparação de equipamento de balsa danificado pela enchente de um rio. Já a emergência ficta seria aquela decorrente de negligência do Poder Público, o que inviabilizaria a contratação emergencial. Ele exemplifica esse caso com a compra de distintivos hoje para homenagear servidores que amanhã completam vinte anos de serviço. No caso, como já havia conhecimento de que tal viria a ocorrer, seria inviável a contratação emergencial³³.

Essas lições doutrinárias devem servir de alerta para que a determinação judicial não seja uma forma de contribuir para os casos de emergência “fabricada”, ou seja, a desídia administrativa pode ter ocasionado a decisão judicial que implica em uma contratação pública para que ela seja cumprida. Nesse caso, a solução deverá ser a mesma: o uso da contratação emergencial para o cumprimento da decisão judicial e a abertura de processo administrativo para apurar a conduta ilícita do agente desidioso. Igualmente, a contratação direta só poderá durar o período suficiente para a realização do novo certame.

A possibilidade de contratação emergencial decorrente de emergência ficta, aquela decorrente de inércia da Administração, gera controvérsia doutrinária.

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, como já mencionado anteriormente, entende que a emergência decorrente da inércia da Administração não impede a contratação emergencial, sob pena de se sancionar a sociedade duplamente. No caso, deve-se punir somente o administrador pela desídia³⁴.

29. Cf. TCU, Plenário, Acórdão 1138/2011, Processo 006.399/2008-2, Rel. Min. Ubiratan Aguiar, DOU 11/05/2011.

30. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 296.

31. Pereira Júnior, *Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública*, op. cit., p. 266.

32. Fernandes, *Contratação direta sem licitação*, op. cit., p. 369.

33. *Direito administrativo*, op. cit., p. 530.

34. *Contratação direta sem licitação*, op. cit., p. 370.

Em sentido contrário, Lucas Rocha Furtado entende que permitir que a inércia do administrador possa justificar a contratação emergencial direta e buscar apenas a responsabilização do gestor implicaria em legitimar, ao arrepio de todas as regras e os princípios constitucionais³⁵, o conluio entre a empresa ou o profissional contratado e o administrador.

Há entendimento do TCU no sentido de que a desídia ou a falta de planejamento do administrador público impedem a configuração dos requisitos da contratação emergencial³⁶, o que viria a acarretar a responsabilidade do gestor público que vier a provê-la nessas condições³⁷.

A Advocacia Geral da União (AGU) se manifestou sobre essa polêmica por meio da Orientação Normativa da nº 11/2009:

A contratação direta com fundamento no inc. IV do art. 24 da lei nº 8.666, de 1993, exige que, concomitantemente, seja apurado se a situação emergencial foi gerada por falta de planejamento, desídia ou má gestão, hipótese que, quem lhe deu causa será responsabilizado na forma da lei.

Portanto, o entendimento da AGU legitima a contratação emergencial diante dos requisitos legais, mesmo que a situação de urgência tenha sido causada por desídia do administrador, mas concomitantemente determina a apuração dessa desídia para fins de responsabilidade do agente que deu causa à ocorrência.

Tal entendimento é coerente com o que esposado anteriormente, pois embora as situações de contratação direta por dispensa de licitação sejam facultativas, a hipótese específica de contratação emergencial seria obrigatória³⁸, diante da necessidade de evitar risco ou dano a pessoas e bens, o que colocaria o gestor público diante de um poder-dever.

Nota-se ainda que o entendimento do TCU pela inviabilidade da contratação emergencial nos casos de desídia ou falta de planejamento do gestor público parece ter como escopo evitar o descaso com a gestão pública, desencorajando as autoridades a se omitirem, além de servir como fundamento para a responsabilização dos gestores omissos.

Em relação a essa questão, deve ser considerado que inúmeras situações de emergência decorrem de omissões ou falhas de planejamento históricas por parte da Administração Pública, de modo que o gestor que enfrenta a emergência atual não contribuiu para que ela chegasse a esse ponto.

Por essas razões, deve-se privilegiar a solução concreta e evitar danos a pessoas ou bens, buscando concomitantemente a responsabilização de quem efetivamente deu causa a essa situação.

Caso contrário, a sociedade enfrentaria dois sensíveis prejuízos: 1) os danos decorrentes de uma gestão irresponsável; 2) os danos causados pela falta de solução imediata da situação que coloca em risco de dano pessoas e bens.

Conforme manifestado anteriormente, a Administração Pública prescinde de qualquer medida judicial para agir diante de uma situação de emergência, o que encontra abrigo em seu poder de autotutela. Portanto, em tese, não haveria motivo para a ocorrência de decisão judicial para obrigar a Administração a agir nessas circunstâncias. Se ainda assim for proferida decisão judicial nesse sentido, o gestor deverá demonstrar que ela deve ser cumprida de forma imediata, ou seja, que a tramitação ordinária do processo licitatório é incompatível com a urgência que a medida requer.

35. *Curso de licitações e contratos administrativos*, op. cit., p. 77.

36. “Observe que a contratação com base no art. 24, IV, da Lei no 8.666/93, aplica-se aos casos em que a situação adversa, a título de emergência ou de calamidade pública, não se tenha originado, total ou parcialmente, da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos disponíveis. Ou seja, que ela não possa, em alguma medida, ser atribuída a culpa ou dolo do agente público que tinha o dever de agir para prevenir a ocorrência de tal situação.” (TCU, Primeira Câmara, Acórdão 3754/2009, Processo 013.601/2008-3, Rel. Min. Valmir Campelo)

37. “Deve ser responsabilizado o gestor pela contratação emergencial indevida quando a situação adversa decorreu de sua omissão ou falta de planejamento.” (TCU, Segunda Câmara, Acórdão 627/2009, Processo 007.127/2004-4, Rel. Min. Aroldo Cedraz, j. 03/03/2009)

38. Cf. TCU, Plenário, Acórdão 1138/2011, Processo 006.399/2008-2, Rel. Min. Ubiratan Aguiar, DOU 11/05/2011.

6. Risco de ocorrência de sérios danos a pessoas ou bens

A urgência anteriormente comentada deve evitar risco de dano a pessoas e bens.

Esse risco deve ser efetivo e concretamente demonstrado, tendo em vista a situação para a qual se alega urgência de atendimento. Além da situação calamitosa ou emergencial, a Administração deve demonstrar objetivamente a probabilidade da ocorrência de sérios danos a pessoas ou bens caso não seja prontamente efetivada a contratação emergencial.

Nesse sentido, convém lembrar o entendimento de Marçal Justen Filho, segundo o qual incumbe à Administração avaliar a presença de dois requisitos antes de promover a dispensa de licitação: a) demonstração concreta e efetiva da potencialidade de dano, ou seja, a urgência deve ser concreta e efetiva, não bastando ser simplesmente retórica, devendo-se indicar os dados que evidenciam a urgência; b) demonstração de que a contratação é via adequada para eliminar o risco: segundo o autor, a contratação emergencial só será admissível se evidenciado que ela é adequada e eficiente para eliminar o risco, ou seja, deve haver uma relação de causalidade entre a contratação e a supressão do risco de dano. Caso contrário, se o risco de dano não for suprimido por meio da contratação emergencial, ela não será cabível³⁹.

Deve-se acrescentar que o TCU já decidiu que a contratação emergencial deve se limitar a especificações e quantitativos necessários e suficientes para afastar os possíveis riscos⁴⁰.

Nesse sentido, seria possível aditar a contratação emergencial nos termos do art. 65, § 1º, da Lei nº 8.666/93, a fim de obter o quantitativo necessário para afastar o risco de dano em questão⁴¹.

Sobre a abrangência do que é tutelado pela contratação emergencial sob o pretexto de risco, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes observa que o art. 24, IV, da Lei nº 8.666/93, utiliza os termos pessoas, obras, serviços e equipamentos, além da expressão outros bens. Segundo esse autor, existem entendimentos de que esse tipo de contratação direta também protegeria bens de conteúdo não econômico como o bem-estar, a justiça e a dignidade. No entanto, ele defende entendimento diverso, no sentido de que o conteúdo exemplificativo da norma em questão vedaria o alargamento da contratação emergencial⁴².

Exemplo relevante para demonstrar o cabimento de contratação emergencial para o cumprimento de decisão judicial em razão da ocorrência de risco de dano a pessoas ou bens pode ser encontrado nas condenações da Fazenda Pública ao fornecimento de medicamentos. Isso porque o fornecimento de remédios pode ocorrer diante de situação de risco a pessoas ou em situações que permitem o uso de licitação.

Se o cidadão beneficiário da ordem judicial estiver em situação de risco, que será afastada com o fornecimento do medicamento pleiteado, não restará dúvida quanto ao cabimento da contratação emergencial para promover o cumprimento da ordem judicial.

Nesse sentido, convém citar precedente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP):

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO COMINATÓRIA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. OBRIGATORIEDADE NO FORNECIMENTO DE FRALDAS GERIÁTRICAS. 1. Ilegitimidade passiva ad causam do Município – Inocorrência – Qualquer um dos Entes da Federação pode ser acionado para se alcançar o cumprimento da norma constitucional, que garante acesso do cidadão às ações com vistas a resguardar o direito à saúde. Incidência do Enunciado Predominante de Direito Público n. 16. 2. Direito à vida digna – Paciente idosa – Doença crônica – Agravamento demonstrado – Fornecimento do insumo pretendido que se impõe – Garantias constitucionais previstas nos

39. Justen Filho, *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, op. cit., p. 294-295.

40. TCU, Plenário, Acórdão 2254/2008, Processo TC 013.629/2005-0, Rel. Min. Aroldo Cedraz, j. 15/10/2008.

41. Fernandes, *Contratação direta sem licitação*, op. cit., p. 379.

42. *Ibid.*, p. 378.

artigos 5º e 196 não se esgotam apenas na dispensação de medicamentos mas abrangem todas as ações com vistas à garantia da dignidade da pessoa – Fundamento da República que se aplica à hipótese como pressuposto de atendimento eficiente. 3. Insumo pleiteado fora da lista padronizada do SUS – Irrelevância – Feito que prescinde de outras provas. 4. Violação ao princípio constitucional da separação dos poderes – Inocorrência – Atuação do Judiciário cuida tão somente de evitar risco de vida – Mecanismo de garantia do efetivo exercício do direito à saúde – Impossibilidade de o Poder Público exonerar-se de fornecer fraldas geriátricas só porque não constam em protocolos. 5. A emergência na compra de remédio autoriza a dispensa de licitação (artigo 24, IV da Lei 8.666/93) – Afronta a princípios constitucionais não caracterizada. 6. Verba honorária fixada segundo parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade, consoante critérios de equidade do juiz, não ensejando qualquer reparo (artigo 20, § 4º do CPC). Recursos não providos⁴³.

Por outro lado, se a condenação judicial implicar em fornecimento continuado da medicação, deverá ser exigida licitação em relação ao período posterior ao prazo limite de 180 dias de duração da contratação emergencial, pois nesse caso, estar-se-ia diante de situação de previsibilidade e não mais de emergência.

Dessa forma, a aquisição de medicamento justifica a urgência somente se houver risco de dano. Nos casos em que a aquisição do medicamento por ordem judicial não precisar ser imediata e puder aguardar o desfecho do processo licitatório devido à ausência de risco imediato a pessoas, não será cabível a contratação emergencial.

O cumprimento da ordem judicial por meio da contratação emergencial também pode esbarrar na questão dos quantitativos necessários para o seu cumprimento. Se o Poder Público necessitar de estoques permanentes para cumprir o que lhe foi imposto judicialmente, deverá promover licitação para tanto, já que são ausentes os requisitos necessários para a contratação emergencial.

Situação semelhante pode ocorrer em relação ao risco de dano a bens. Exemplo: se houve condenação judicial da Administração Pública à restauração de bem público, somente deverá ser utilizada a contratação emergencial se houver necessidade de algum serviço premente e apto a evitar o risco de dano ao bem. Caso contrário, havendo tempo hábil para a realização do certame, ele deverá ser realizado.

A doutrina chama a atenção para a possibilidade de utilização da contratação emergencial em decorrência de decisão judicial que obstaculiza o prosseguimento e a conclusão de licitação, a fim de possibilitar a continuidade do serviço. No caso, a ordem judicial que paralisou o certame consistiria fato superveniente e imprevisto⁴⁴. Com isso se evitaria risco a pessoas e bens.

Precedente do STJ⁴⁵ nesse mesmo sentido considerou que a paralisação de processo licitatório por medida liminar, impedindo o Poder Público de contratar serviço essencial, não caracteriza *periculum in mora* suficiente para fundamentar a suspensão da medida incidental, eis que é possível a utilização de contratação emergencial para assegurar a continuidade do serviço. Desse modo, a decisão judicial que suspendeu a contratação pública não representaria lesão grave e de difícil reparação, pois isso seria evitado com a contratação emergencial ou com a anulação do certame guerreado e a consequente abertura de novo processo licitatório.

O STJ também já decidiu que, suspensa a licitação por ordem judicial, a lesão ao interesse público pode ser evitada por meio de contratação emergencial⁴⁶. Portanto, nota-se que doutrina e

43. TJSP, 8ª Câmara de Direito Público, Apelação 0004427-32.2009.8.26.0032, Rel. Des. Cristina Cotofre, j. 08/06/2011.

44. FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Ordem judicial que determina a paralisação de processo licitação. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 27, mar. 2004. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=8811>>. Acesso em: 23 fev. 2014.

45. STJ, 2ª Turma. Agravo Regimental na Medida Cautelar nº 4.081/DF, Rel. Min. Franciulli Netto, j. 28/08/2001, DJ 29.10.2001.

46. STJ, Corte Especial. AGSS 201101129630, Rel. Min. Ari Pargendler, *Dje*. 28/09/2011. No mesmo sentido: STJ, 2ª Turma. RESP 200501183750, Rel. Min. Herman Benjamin, *Dje*. 15/12/2009.

jurisprudência tendem a considerar cabível o uso da contratação emergencial diante da suspensão do certame por decisão judicial, pois entendem que essa medida representa meio idôneo para assegurar a continuidade do serviço e a preservação de pessoas e bens.

7. A duração da contratação emergencial e a sua prorrogação nos casos de cumprimento de condenação judicial

Outra peculiaridade da contratação emergencial que afeta a sua utilização para o cumprimento de decisão judicial diz respeito ao prazo de duração do contrato.

Dispõe o art. 24, IV, da Lei nº 8.666/93, que a contratação emergencial poderá ser utilizada para parcelas de obras e serviços que puderem ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta), sendo vedada a prorrogação.

Portanto, a contratação decorrente da ordem judicial, em se tratando de obras e serviços, deverá ser concluída dentro do prazo legal, cuja prorrogação é vedada. Assim, deve o gestor público verificar se o contrato necessário para o cumprimento da medida administrativa determinada judicialmente pode ser concluído dentro de 180 dias. Caso contrário, dever-se-á realizar licitação para o período excedente a esse prazo.

Ao mesmo tempo, deve-se considerar que a doutrina e a jurisprudência vêm flexibilizando essa vedação de prorrogação da contratação emergencial. Segundo Marçal Justen Filho, a prorrogação da contratação emergencial é indesejável, mas não pode ser proibida, o que faz com que a lei seja interpretada em termos diante de circunstâncias supervenientes. Assim, o dimensionamento de 180 dias pode e deve ser ultrapassado se essa alternativa for indispensável para evitar o perecimento do interesse a ser protegido⁴⁷.

Lucas Rocha Furtado observa que o TCU, durante o exame da TC - 500.296/96-0, diferenciou *renovação* de *prorrogação* do contrato de emergência, concluindo que estaria vedada somente a primeira. Desse modo, seria possível a prorrogação do início ou da conclusão da execução dos contratos emergenciais⁴⁸.

Caso a condenação judicial implique medidas administrativas cuja contratação correlata ultrapasse o prazo de 180 dias, deve o gestor providenciar a realização de licitação para o período excedente. A possibilidade de renovação apontada pela doutrina e pela jurisprudência só é possível diante de situações excepcionais e supervenientes à própria contratação emergencial.

8. Conclusões

O presente artigo procurou demonstrar que o cumprimento de ordem judicial não deve servir de justificativa para a dispensa de licitação sob o argumento de urgência se não estiverem presentes os demais requisitos necessários para a configuração dessa modalidade de contratação direta.

Cabe à Administração Pública ponderar a utilização do meio contratual necessário para o atendimento do interesse público, mesmo nos casos decorrentes de decisão judicial. O Poder Judiciário não deve interferir nesses aspectos discricionários, o que não se confunde com determinações relativas à efetivação de direitos fundamentais.

Tal raciocínio não se aplica aos casos de determinação judicial expressa para a utilização da contratação emergencial, nos quais não haverá espaço para o gestor ponderar sobre a utilização de outro meio contratual e tampouco o uso da licitação, sob pena de incorrer no ilícito de descumprimento de ordem judicial. Embora esse tipo de decisão implique em invasão do mérito do ato administrativo, não

47. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, op. cit., p. 242.

48. *Curso de licitações e contratos administrativos*, op. cit., p. 78-79.

restará outra opção senão o cumprimento da determinação judicial e a interposição do recurso cabível, caso isso ainda seja possível.

Do mesmo modo, se estiverem presentes os requisitos do art. 24, IV, da Lei nº 8.666/93, não haverá óbice à utilização da contratação emergencial, ao contrário, ela será desejável sob pena de se colocar em risco bens ou pessoas. Aliás, nesse caso, não haveria, em tese, sequer necessidade de intervenção judicial, já que a Administração Pública pode (deve) se socorrer de sua prerrogativa de autotutela para evitar lesão a bens jurídicos.

Ao mesmo tempo, defende-se que a licitação pública, não obstante as suas inúmeras dificuldades, contribui para a melhor formação do conteúdo da contratação pública e possibilita maior transparência e controle à atividade estatal.

Com isso, tenta-se evitar subterfúgios para a fuga dos preceitos do direito administrativo, pois se defende que eles constituem instrumentos aptos para a defesa e o atendimento do interesse público.

Certamente, as decisões judiciais não devem servir como pretexto para a evasão dos postulados do direito administrativo, ao contrário, devem servir para reforçá-los e para promover maior efetividade aos direitos fundamentais.

Referências

BRASIL. Decreto 7.257, de 04 de agosto de 2010. Regulamenta a Medida Provisória nº 494 de 2 de julho de 2010, para dispor sobre o Sistema Nacional de Defesa Civil – SINDEC, sobre o reconhecimento de situação de emergência e estado de calamidade pública [...]. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 05 ago. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Decreto/D7257.htm>. Acesso em: 27 fev. 2014.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 27 fev. 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

_____. Ordem judicial que determina a paralisação de processo licitação. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 27, mar. 2004. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=8811>>. Acesso em: 23 fev. 2014.

FORTINI, Cristiana; CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. Efetividade dos direitos fundamentais e o princípio da reserva do possível: uma discussão em torno da legitimidade das tomadas de decisão público-administrativas. *Fórum Administrativo – Direito Público*, Belo Horizonte, ano 8, n. 93, nov. 2008.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

MARTINS, Tulio César Pereira Machado. Legalidade da aquisição de medicamentos e insumos para tratamento médico mediante contratação emergencial. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, jul.ago.set., 2013.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 11. ed. São Paulo: RT, 2007.

MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. *O ativismo judicial e o direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Ricardo Geraldo. *Lei de licitações e contratos anotada: notas e comentários à Lei 8.666/93*. 8. ed. Curitiba: Zênite, 2011.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SOUSA, Guilherme Carvalho e. A discricionariedade na contratação pública emergencial e a possível ocorrência de atos de improbidade administrativa. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 14, n. 156. p. 3443, fev. 2014.

Panorama geral das licitações na Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais)

Rafael Carvalho Rezende Oliveira

Pós-doutor pela Fordham University School of Law (New York); Doutor em Direito pela UVA/RJ; Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC/RJ; Especialista em Direito do Estado pela UERJ; Membro do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro (IDAERJ); Professor de Direito Administrativo do IBMEC, da EMERJ e do Curso Forum; Professor dos cursos de Pós-Graduação da FGV e Cândido Mendes; Advogado, árbitro e consultor jurídico; Sócio fundador do escritório Rafael Oliveira Advogados Associados

1. Introdução. 2. Proposta de interpretação conforme a Constituição da Lei 13.303/2016. 3. O regime jurídico das licitações na Lei 13.303/2016. 4. Conclusão.

1. Introdução

O presente artigo pretende apresentar o panorama geral das licitações realizadas por empresas estatais a partir da Lei 13.303/2016.

Após, aproximadamente, 18 anos de espera, finalmente foi elaborado o estatuto jurídico das estatais. Ao regulamentar o art. 173, § 1º, da CRFB, alterado pela EC 19/1998, a Lei 13.303/2016 estabelecer normas sobre regime societário, licitações, contratos e controle das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, exploradoras de atividades econômicas, ainda que em regime de monopólio, e prestadoras de serviços públicos.

Após a apresentação de proposta de interpretação da Lei 13.303/2016 em conformidade com a Constituição de 1988, o ensaio destacará as principais características do regime jurídico das licitações instituído pela referida Lei.

2. Proposta de interpretação conforme a Constituição da Lei 13.303/2016

Com efeito, a Lei 13.303/2016 fixou normas homogêneas de licitação para toda e qualquer empresa estatal, sem distinção entre o tipo de objeto prestado: serviço público e/ou atividade econômica.

A ausência de assimetria normativa no tratamento da licitação entre as diversas estatais, a partir das respectivas atividades desenvolvidas, pode ser questionada sobre diversos aspectos.

Em primeiro lugar, os Tribunais Superiores, o TCU e parcela da doutrina sempre apresentaram distinções quanto ao regime jurídico das estatais a partir da atividade desenvolvida, aproximando, com maior intensidade, o regime das estatais econômicas, que atuam em regime de concorrência no mercado, ao regime das demais empresas privadas. Mencione-se, por exemplo: a) o reconhecimento da imunidade tributária para estatais prestadoras de serviços públicos ou exploradora de atividades econômicas em regime de monopólio; a impenhorabilidade de bens afetados à prestação dos serviços públicos e necessários à sua continuidade; a responsabilidade civil objetiva das estatais de serviços públicos, na forma do art. 37, § 6º, da CRFB.¹

1. Sobre o regime jurídico das empresas estatais, *vide*: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Método, 2016. p. 117/129; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Administração Pública, concessões e terceiro setor*. 3. ed. São Paulo: Método, 2016. p. 155/182.

No campo das licitações, o entendimento tradicional também sustentava a necessidade do tratamento diferenciado entre as estatais a partir dos respectivos objetos sociais. Enquanto as empresas estatais prestadoras de serviços públicos seriam tratadas como as demais entidades da Administração Pública Direta e Indireta, submetendo-se à Lei 8.666/1993 e legislação correlata, as estatais econômicas estariam autorizadas a celebrar contratações diretas para exploração de suas atividades econômicas, aplicando-se às demais contratações as normas de licitação existentes até o advento do regime próprio exigido pela Constituição.²

Vale dizer: as estatais econômicas não precisariam realizar licitação para o desempenho de suas atividades econômicas finalísticas, mas apenas para contratações relacionadas às suas atividades instrumentais.

A referida assimetria no tocante às licitações era justificada em razão da necessidade de maior celeridade na exploração das atividades econômicas, uma vez que as estatais, ao contrário das demais entidades administrativas, concorrem com empresas privadas que, por sua vez, não se submetem às regras da licitação.

Isto porque as estatais econômicas são como o Deus romano Jano, possuem duas faces que olham para direções opostas: de um lado, a face privada da sua personalidade jurídica e da exploração da atividade econômica, que exigem a adoção do regime próprio das empresas da iniciativa privada; e, de outro lado, a face pública que reside especialmente no controle societário estatal, o que justifica a aplicação de normas de direito público (exs.: concurso público; controle pelas Cortes de Contas; teto remuneratório, com a exceção das estatais não dependentes etc.).

Há uma busca incessante pelo equilíbrio entre a busca da lucratividade, por um lado, especialmente por parte das sociedades de economia mistas, que possuem sócios privados investidores, e, por outro lado, da efetividade do interesse público que justificou a instituição da estatal.

Não é por outra razão que, no campo das contratações, o art. 173, § 1º, da CRFB, alterado pela EC 19/1998, remeteu ao legislador ordinário a tarefa de elaborar o estatuto jurídico das empresas estatais exploradoras de atividade econômica que deveria dispor, dentre outros temas, sobre “licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública”. O objetivo foi estabelecer regime distinto daquele aplicado às demais entidades da Administração Pública, na forma dos arts. 21, XXVII, e 37, XXI, da CRFB.

Não obstante o art. 173, § 1º, da CRFB dispor sobre as estatais econômicas, inclusive por se encontrar no Capítulo I do Título VII da Constituição, que trata dos “princípios gerais da atividade econômica”, verifica-se que a Lei 13.303/2016 extrapolou, em certa medida, para englobar, ainda, as estatais que atuam em regime de monopólio e as que prestam serviços públicos.

Não se questiona, aqui, a complexidade cada vez maior em identificar e caracterizar, nos objetivos sociais das diversas empresas estatais, as respectivas atividades como serviços públicos ou atividades econômicas. O desafio decorre, em grande medida, da própria dificuldade da conceituação do serviço público que também pode ser considerada, ao lado da atividade econômica em sentido estrito, espécie de atividade econômica em sentido lato.

O problema é amplificado no caso das estatais que exploram as duas atividades, tal como ocorre no caso da Empresa de Correios e Telégrafos (ECT). Não obstante a questionável decisão do

2. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos*, 5. ed. SP: Método, 2015. p. 57-60; JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 24-26; FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 431-438; TCU, Plenário, Acórdão 121/1998, Rel. Min. Iram Saraiva, DOU 04.09.1998. Note-se, contudo, que alguns autores criticam a distinção entre atividade-fim e atividade-meio por ser de difícil operacionalização. Segunda essa visão doutrinária, as estatais competitivas não se submetem à Lei 8.666/1993 (SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. Licitação nas estatais: levando a natureza empresarial a sério. *RDA*, n. 245, maio 2007).

Supremo Tribunal Federal no julgamento da APF 46/DF,³ quando a Corte afirmou que, em princípio, o serviço postal é serviço público, não se pode olvidar – e isso foi afirmado no próprio julgado em comento – que alguns serviços postais seriam considerados atividades econômicas e seriam prestados em regime concorrencial, o que dificulta, em nosso juízo, a homogeneização de regimes jurídicos.

De lado a dificuldade na distinção entre as atividades econômicas em sentido estrito e os serviços públicos, não se pode desconsiderar que a Constituição da República consagrou a referida distinção ao exigir normas próprias de licitação apenas para estatais exploradoras de atividades econômicas que atuam em regime concorrencial.

Em resumo, a distinção relativa ao objeto da estatal influencia decisivamente no respectivo regime licitatório. Enquanto a atividade econômica encontra-se submetida ao princípio da livre concorrência, a prestação do serviço público é de titularidade estatal.

É verdade, contudo, que, mesmo na prestação de serviços públicos, a Administração deve promover a concorrência, na forma do art. 16 da Lei 8.987/1995, o que poderia justificar a submissão às regras diferenciadas de licitação.

O que não parece razoável é a fixação de normas homogêneas de licitação para toda e qualquer empresa estatal, independentemente da atividade desenvolvida (atividade econômica ou serviço público) e do regime de sua prestação (exclusividade, monopólio ou concorrência).

E preciso levar a sério a personalidade jurídica de direito privado e a atuação concorrencial por parte das estatais.

Assim como as pessoas jurídicas de direito privado não devem ser submetidas ao idêntico tratamento dispensado às pessoas jurídicas de direito público da Administração Direta e Indireta, não seria prudente fixar o mesmo tratamento jurídico para pessoas jurídicas de direito privado que atuam em exclusividade (ou monopólio) e em regime concorrencial.

A possível solução é a interpretação conforme a Constituição da Lei 13.303/2016 para que as suas normas de licitação sejam aplicadas às empresas estatais que exploram atividades econômicas *lato sensu* em regime concorrencial, excluindo-se da sua incidência as estatais que atuam em regime de monopólio e na prestação de serviços públicos em regime de exclusividade.

Fica a impressão de que o legislador perdeu uma grande oportunidade de inovação na fixação de normas diferenciadas de licitação voltadas às estatais exploradoras de atividades econômicas em regime concorrencial.

De fato, a grande demora na regulamentação do art. 173, § 1º, da CRFB, aumentou as expectativas nos operadores do direito e gestores públicos no tocante à qualidade do estatuto jurídico das estatais econômicas.

Talvez, por isso, verifica-se, com certa decepção, que o legislador foi pouco criativo ao tratar da licitação na Lei 13.303/2016, limitando-se a estabelecer uma colcha de retalhos de normas já existentes em outros diplomas normativos, notadamente a Lei 10.520/2002 (pregão) e a Lei 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC).

Não se discute a qualidade das normas do pregão e do RDC – certamente melhores que as normas excessivamente formalistas da Lei 8.666/1993 –, mas a opção legislativa de colocar no mesmo baiaio entidades administrativas que, por imposição constitucional, deveriam ser tratadas de forma diversa.

Apesar dos notáveis avanços na relativização das influências políticas na gestão das estatais, com a limitação da discricionariedade e moralização das nomeações dos dirigentes, bem como na

3. STE, ADPF 46/DF, Rel. p/ acórdão Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJe-035 26/02/2010.

fixação de normas relativas ao controle institucional e social, a Lei 13.303/2016 foi tímida ao dispor sobre as normas relacionadas às licitações.

No tradicional conflito entre as faces estatal x privada das estatais econômicas, o primeiro tem vencido com ampla margem de vantagem, colocando em risco a concorrência no respectivo mercado, influenciado, certamente, pela reação formalista e estatizante do legislador aos escândalos revelados na operação “Lava Jato” que tiveram a Petrobras no foco.

Cabe ressaltar que a Lei 13.303/2016 entrou em vigor na data da sua publicação, que ocorreu no dia 01.07.2016 (art. 97 da Lei), mas as estatais já existentes terão o prazo de 24 meses para promoção das adaptações necessárias à adequação ao disposto na nova Lei, e durante esse prazo as licitações e os contratos continuarão regidos pela legislação anterior (art. 91, *caput* e § 3º da Lei).

Destaque-se, ainda, que até o advento da Lei 13.303/2016, algumas estatais utilizavam procedimentos simplificados de licitação, previstos em regulamentos. Os regulamentos deverão ser revistos para se adaptarem à nova legislação; No caso específico da Petrobras, o Decreto 2.745/1998, que estabelecia o regime simplificado de licitação, não poderá mais ser utilizado após a revogação da norma legal que lhe dava fundamento. Com efeito, o art. 67 da Lei 9.478/1997, que remetia ao decreto presidencial a definição do procedimento licitatório simplificado na Petrobras, foi revogado pelo art. 96, II, da Lei 13.303/2016.

3. O regime jurídico das licitações na Lei 13.303/2016

Independentemente da crítica lançada à Lei das Estatais e em atenção ao princípio da presunção relativa de sua constitucionalidade, serão apresentadas, a seguir, as principais características das licitações previstas na Lei 13.303/2016:

a) âmbito federativo (lei nacional): a Lei das Estatais contém normas gerais aplicáveis às estatais da União, Estados, DF e Municípios, na forma do art. 22, XXVII, da CRFB (art. 1º da Lei 13.303/2016);

b) destinatários: não obstante as críticas apresentadas anteriormente, o Estatuto, em sua literalidade, incide sobre estatais, prestadora de atividades econômicas, em regime de concorrência ou monopólio, e de serviços públicos (art. 1º da Lei 13.303/2016);

c) objeto dos contratos: a exigência de licitação aplica-se aos contratos de prestação de serviços, inclusive de engenharia e de publicidade, aquisição, locação de bens, alienação de bens e ativos integrantes do respectivo patrimônio ou execução de obras a serem integradas a esse patrimônio, bem como implementação de ônus real sobre tais bens, ressalvadas as hipóteses de contratação direta previstas na Lei das Estatais (art. 28 da Lei 13.303/2016);⁴

d) as licitações devem observar o tratamento diferenciado conferido às microempresas e empresas de pequeno porte pelos arts. 42 a 49 da LC 123/2006 (art. 28, § 1º, da Lei 13.303/2016);

e) inaplicabilidade da licitação (licitação dispensada): e.1) comercialização, prestação ou execução, de forma direta, pelas empresas estatais, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais (atividades finalísticas); e e.2) casos em que a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo (art. 28, § 3º, I e II, da Lei 13.303/2016);⁵

4. As normas de licitações e contratos da Lei das Estatais são aplicáveis, também, aos convênios e contratos de patrocínio celebrados com pessoa física ou jurídica para promoção de atividades culturais, sociais, esportivas, educacionais e de inovação tecnológica, desde que comprovadamente vinculadas ao fortalecimento da marca da estatal (art. 27, § 3º, e art. 28, § 2º, da Lei 13.303/2016).

5. De acordo com o art. 28, § 4º, da Lei 13.303/2016, consideram-se oportunidades de negócio “a formação e a extinção de parcerias e outras formas associativas, societárias ou contratuais, a aquisição e a alienação de participação em sociedades e outras formas associativas, societárias ou contratuais e as operações realizadas no âmbito do mercado de capitais, respeitada a regulação pelo respectivo órgão competente”.

f) licitação dispensável (art. 29 da Lei das Estatais), nos seguintes casos taxativos: f.1) para obras e serviços de engenharia de valor até R\$ 100.000,00, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda a obras e serviços de mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente; f.2) para outros serviços e compras de valor até R\$ 50.000,00 e para alienações, nos casos previstos na Lei das Estatais, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizado de uma só vez (Em razão dos referidos valores, deve ser considerado derogado o § 1º do art. 24 da Lei 8.666/1993 na parte relativa às estatais);⁶ f.3) licitação deserta, quando, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a estatal, desde que mantidas as condições preestabelecidas; f.4) quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional ou incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes; f.5) para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento de suas finalidades precípuas, quando as necessidades de instalação e localização condicionarem a escolha do imóvel, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia; f.6) na contratação de remanescente de obra, de serviço ou de fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições do contrato encerrado por rescisão ou distrato, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido;⁷ f.7) na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos; f.8) para a aquisição de componentes ou peças de origem nacional ou estrangeira necessários à manutenção de equipamentos durante o período de garantia técnica, junto ao fornecedor original desses equipamentos, quando tal condição de exclusividade for indispensável para a vigência da garantia; f.9) na contratação de associação de pessoas com deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão de obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado; f.10) na contratação de concessionário, permissionário ou autorizado para fornecimento ou suprimento de energia elétrica ou gás natural e de outras prestadoras de serviço público, segundo as normas da legislação específica, desde que o objeto do contrato tenha pertinência com o serviço público; f.11) nas contratações entre empresas públicas ou sociedades de economia mista e suas respectivas subsidiárias, para aquisição ou alienação de bens e prestação ou obtenção de serviços, desde que os preços sejam compatíveis com os praticados no mercado e que o objeto do contrato tenha relação com a atividade da contratada prevista em seu estatuto social; f.12) na contratação de coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda que tenham como ocupação econômica a coleta de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública; f.13) para o fornecimento de bens e serviços, produzidos ou prestados no País, que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional, mediante parecer de comissão especialmente designada pelo dirigente máximo da empresa pública ou da sociedade de economia mista; f.14) nas contratações visando ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 4º, 5º e 20 da Lei 10.973/2004, observados os princípios gerais de contratação dela constantes; f.15) em situações de emergência, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial e para as parcelas de obras e serviços

6. Os valores estabelecidos nos incisos I e II do art. 29 da Lei podem ser alterados, para refletir a variação de custos, por deliberação do Conselho de Administração da estatal, admitindo-se valores diferenciados para cada sociedade (art. 29, § 3º, da Lei 13.303/2016).

7. Na hipótese de nenhum dos licitantes aceitar a contratação nas mesmas condições do contrato encerrado, a empresa estatal poderá convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a celebração do contrato nas condições ofertadas por estes, desde que o respectivo valor seja igual ou inferior ao orçamento estimado para a contratação, inclusive quanto aos preços atualizados nos termos do instrumento convocatório (art. 29, § 1º, da Lei 13.303/2016).

que possam ser concluídos no prazo máximo de 180 dias consecutivos e ininterruptos, contado da ocorrência da emergência, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;⁸ f.16) na transferência de bens a órgãos e entidades da Administração Pública, inclusive quando efetivada mediante permuta; f.17) na doação de bens móveis para fins e usos de interesse social, após avaliação de sua oportunidade e conveniência socioeconômica relativamente à escolha de outra forma de alienação; e f.18) na compra e venda de ações, de títulos de crédito e de dívida e de bens que produzam ou comercializem;

g) licitação inexigível ou “contratação direta” (art. 30 da Lei das Estatais), quando houver inviabilidade de competição, nos casos seguintes exemplificativos:⁹ g.1) aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo; g.2) contratação dos seguintes serviços técnicos especializados, com profissionais ou empresas de notória especialização,¹⁰ vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação: (i) estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos; (ii) pareceres, perícias e avaliações em geral; (iii) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; (iv) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços; (v) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas; (vi) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal; (vii) restauração de obras de arte e bens de valor histórico;¹¹

h) nos casos de dispensa ou inexigibilidade (contratação direta) de licitação, o processo será instruído, no que couber, com os seguintes dados: h.1) caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso; h.2) razão da escolha do fornecedor ou do executante; h.3) justificativa do preço (art. 30, § 3º, da Lei 13.303/2016). Na hipótese de comprovação, pelo órgão de controle externo, de sobrepreço ou superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado quem houver decidido pela contratação direta e o fornecedor ou o prestador de serviços (art. 30, § 2º, da Lei 13.303/2016);

i) fundamentos e princípios: as licitações destinam-se a assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto, e a evitar operações em que se caracterize sobrepreço ou superfaturamento, devendo observar os princípios da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da proibidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, da obtenção de competitividade e do julgamento objetivo (art. 31 da Lei 13.303/2016);

j) Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI): possibilidade de adoção do procedimento de manifestação de interesse privado para o recebimento de propostas e projetos de empreendimentos com o intuito de atender necessidades previamente identificadas, cabendo a regulação a definição de suas regras específicas (art. 31, § 4º, da Lei 13.303/2016). Nesse caso, o autor ou financiador do projeto poderá participar da licitação para a execução do empreendimento, podendo ser ressarcido pelos custos aprovados pela estatal caso não vença o certame, desde que seja promovida a cessão de direitos patrimoniais e autorais do projeto (art. 31, § 5º, da Lei 13.303/2016);

k) Diretrizes (art. 32 da Lei 13.303/2016): k.1) padronização do objeto da contratação, dos instrumentos convocatórios e das minutas de contratos; k.2) busca da maior vantagem competitiva

8. No caso de contratação emergencial, sem licitação, deverá ser promovida a responsabilização de quem, por ação ou omissão, tenha dado causa a situação emergencial, inclusive no tocante à improbidade administrativa (art. 29, § 2º, da Lei 13.303/2016).

9. Entendemos que o legislador deveria ter utilizado a nomenclatura “licitação inexigível” ou inexigibilidade de licitação”, consagrada em outros diplomas legislativos. Isso porque a expressão “contratação direta” envolveria toda e qualquer contratação sem licitação prévia, abarcando, por isso, também os casos de dispensa.

10. De acordo com o art. 30, § 1º, da Lei 13.303/2016: “Considera-se de notória especialização o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou 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”.

11. Os serviços técnicos enumerados no art. 30 da Lei das Estatais devem ser considerados, em nossa opinião, exemplificativos, tal como ocorre na interpretação do art. 13 da Lei 8.666/1993.

para a estatal, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância; k.3) parcelamento do objeto, visando ampliar a participação de licitantes, sem perda de economia de escala, e desde que não atinja valores inferiores aos limites estabelecidos para dispensa (art. 29, I e II, da Lei); k.4) adoção preferencial do pregão para a aquisição de bens e serviços comuns; k.5) observação da política de integridade nas transações com partes interessadas;

l) função regulatória da licitação que deve respeitar (art. 32, § 1º, da Lei 13.303/2016): l.1) disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas; l.2) mitigação dos danos ambientais por meio de medidas condicionantes e de compensação ambiental, que serão definidas no procedimento de licenciamento ambiental; l.3) utilização de produtos, equipamentos e serviços que, comprovadamente, reduzam o consumo de energia e de recursos naturais; l.4) avaliação de impactos de vizinhança; l.5) proteção do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial, inclusive por meio da avaliação do impacto direto ou indireto causado por investimentos realizados por estatais; l.6) acessibilidade para pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida. Caso se verifique potencial impacto negativo sobre bens tombados, a contratação dependerá de autorização da esfera de governo encarregada da proteção do respectivo patrimônio, devendo o impacto ser compensado (art. 32, § 2º, da Lei 13.303/2016);

m) sigilo do orçamento: o valor estimado do contrato será sigiloso, salvo para os órgãos de controle, facultando-se à contratante, mediante justificação na fase de preparação, conferir publicidade ao valor estimado do objeto da licitação sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas (art. 34, *caput* e § 3º, da Lei 13.303/2016);¹²

n) sociedades impedidas de participar de licitação promovida por estatais (art. 38 da Lei 13.303/2016): n.1) sociedade cujo administrador ou sócio detentor de mais de 5% do capital social seja diretor ou empregado da estatal; n.2) suspensa pela estatal; n.3) declarada inidônea pelo ente federado a que está vinculada a estatal, enquanto perdurarem os efeitos da sanção; n.4) constituída por sócio de empresa que estiver suspensa, impedida ou declarada inidônea; n.5) cujo administrador seja sócio de empresa suspensa, impedida ou declarada inidônea; n.6) constituída por sócio que tenha sido sócio ou administrador de empresa suspensa, impedida ou declarada inidônea, no período dos fatos que deram ensejo à sanção; n.7) cujo administrador tenha sido sócio ou administrador de empresa suspensa, impedida ou declarada inidônea, no período dos fatos que deram ensejo à sanção; n.8) que tiver, nos seus quadros de diretoria, pessoa que participou, em razão de vínculo de mesma natureza, de empresa declarada inidônea.¹³

Nas contratações para obras e serviços, a Lei 13.303/2016 prevê os seguintes regimes: a) empreitada por preço unitário, nos casos em que os objetos, por sua natureza, possuam imprecisão inerente de quantitativos em seus itens orçamentários; b) empreitada por preço global, quando for possível definir previamente no projeto básico, com boa margem de precisão, as quantidades dos serviços a serem posteriormente executados na fase contratual; c) contratação por tarefa, em contratações de profissionais autônomos ou de pequenas empresas para realização de serviços técnicos comuns e de curta duração; d) empreitada integral, nos casos em que o contratante necessite receber o empreendimento,

12. O sigilo do orçamento não se aplica às licitações que adotarem o critério de julgamento “maior desconto”, quando o valor estimado será informado no instrumento convocatório, bem como no julgamento “melhor técnica” em que o valor do prêmio ou remuneração será incluído no edital (art. 34, § 1º e 2º, da Lei 13.303/2016).

13. O impedimento para participar de licitações das estatais também se aplica aos seguintes casos: a) à contratação do próprio empregado ou dirigente, como pessoa física, bem como à participação dele em procedimentos licitatórios, na condição de licitante; b) a quem tenha relação de parentesco, até o terceiro grau civil, com: b.1) dirigente de estatal; b.2) empregado de estatal cujas atribuições envolvam a atuação na área responsável pela licitação ou contratação; b.3) autoridade do ente público a que a estatal esteja vinculada; c) cujo proprietário, mesmo na condição de sócio, tenha terminado seu prazo de gestão ou rompido seu vínculo com a respectiva estatal promotora da licitação ou contratante há menos de 6 meses (art. 38, parágrafo único, da Lei 13.303/2016).

normalmente de alta complexidade, em condição de operação imediata; e) contratação semi-integrada, quando for possível definir previamente no projeto básico as quantidades dos serviços a serem posteriormente executados na fase contratual, em obra ou serviço de engenharia que possa ser executado com diferentes metodologias ou tecnologias; e f) contratação integrada, quando a obra ou o serviço de engenharia for de natureza predominantemente intelectual e de inovação tecnológica do objeto licitado ou puder ser executado com diferentes metodologias ou tecnologias de domínio restrito no mercado.¹⁴

A contratação integrada é a única hipótese em que a licitação não será precedida de projeto básico, mas é necessária a elaboração de anteprojeto de engenharia, com elementos técnicos que permitam a caracterização da obra ou do serviço e a elaboração e comparação, de forma isonômica, das propostas a serem ofertadas pelos particulares (art. 42, § 1º, I, *a*, e 43, § 1º, da Lei). A execução de obras e serviços de engenharia, em qualquer caso, exige projeto executivo (art. 43, § 2º, da Lei).

Não podem participar, direta ou indiretamente, das licitações para obras e serviços de engenharia (art. 44 da Lei das Estatais): a) pessoa física ou jurídica que tenha elaborado o anteprojeto ou o projeto básico da licitação; b) pessoa jurídica que participar de consórcio responsável pela elaboração do anteprojeto ou do projeto básico da licitação; c) pessoa jurídica da qual o autor do anteprojeto ou do projeto básico da licitação seja administrador, controlador, gerente, responsável técnico, subcontratado ou sócio, neste último caso quando a participação superar 5% do capital votante.¹⁵

Na contratação de obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazos de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato (art. 45 da Lei das Estatais).

É possível a divisão do objeto contratado, mediante justificativa expressa e desde que não implique perda de economia de escala, com a celebração de mais de um contrato para executar serviço de mesma natureza quando o objeto puder ser executado de forma concorrente e simultânea por mais de um contratado (art. 46 da Lei das Estatais).

Na contratação que tenha por objeto a aquisição de bens pelas estatais, as licitações poderão: a) indicar marca ou modelo, nas seguintes hipóteses: a.1) em decorrência da necessidade de padronização do objeto; a.2) quando determinada marca ou modelo comercializado por mais de um fornecedor constituir o único capaz de atender o objeto do contrato; a.3) quando for necessária, para compreensão do objeto, a identificação de determinada marca ou modelo apto a servir como referência, situação em que será obrigatório o acréscimo da expressão “ou similar ou de melhor qualidade”; b) exigir amostra do bem no procedimento de pré-qualificação e na fase de julgamento das propostas ou de lances, desde que justificada a necessidade de sua apresentação; c) solicitar a certificação da qualidade do produto ou do processo de fabricação, inclusive sob o aspecto ambiental, por instituição previamente credenciada. Além disso, o edital poderá exigir, como condição de aceitabilidade da proposta, a adequação às normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) ou a certificação da qualidade do produto por instituição credenciada pelo Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Sinmetro) (art. 47, *caput* e parágrafo único, da Lei das Estatais).

14. A contratação semi-integrada envolve a elaboração e o desenvolvimento do projeto executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto (art. 42, V, da Lei das Estatais). A contratação integrada envolve a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto (art. 42, VI, da Lei das Estatais). A contratação semi-integrada será utilizada preferencialmente para obras e serviços de engenharias contratados por estatais, salvo se a estatal justificar a adoção de outro regime de execução (art. 42, § 4º).

15. As duas últimas vedações (*b* e *c*) não impedem que a pessoa física ou jurídica participe, como consultor ou técnico, nas funções de fiscalização, supervisão ou gerenciamento, exclusivamente a serviço da estatal interessada (art. 44, § 2º, da Lei).

Na alienação de bens, as estatais deverão efetuar (i) a avaliação formal do bem contemplado e (ii) a licitação (art. 49 da Lei das Estatais).¹⁶

As licitações realizadas pelas estatais, independentemente do objeto a ser contratado, observarão a seguinte sequência de fases (art. 51 da Lei das Estatais): a) preparação; b) divulgação; c) apresentação de lances ou propostas, conforme o modo de disputa adotado; d) julgamento; e) verificação de efetividade dos lances ou propostas; f) negociação; g) habilitação; h) interposição de recursos; i) adjudicação do objeto; j) homologação do resultado ou revogação do procedimento.

O procedimento segue a tendência já consagrada na legislação do pregão e em outras normas específicas, com a realização da habilitação após o julgamento.

Todavia, a habilitação poderá, excepcionalmente, anteceder a fase de apresentação de lances e as fases subsequentes, desde que expressamente prevista no instrumento convocatório (art. 51, § 1º, da Lei).

Ainda inspirada na legislação do pregão, a Lei das Estatais dispõe que o procedimento deverá ser preferencialmente eletrônico, com divulgação dos avisos dos resumos dos editais e dos contratos no Diário Oficial do ente federado e na internet (art. 51, § 2º, da Lei).

Nas licitações das estatais, poderão ser adotados os modos de disputa aberto, inclusive com a admissão de lances intermediários, ou fechado (arts. 52 e 53 da Lei 13.303/2016).¹⁷

Na etapa de julgamento, a estatal não levará em consideração vantagens não previstas no instrumento convocatório e os critérios de julgamento (tipos de licitação) que poderão ser utilizados são: a) menor preço; b) maior desconto;¹⁸ c) melhor combinação de técnica e preço;¹⁹ d) melhor técnica; e) melhor conteúdo artístico; f) maior oferta de preço; g) maior retorno econômico;²⁰ h) melhor destinação de bens alienados²¹ (art. 54, *caput* e § 3º, da Lei).

Em caso de empate, serão utilizados, nesta ordem, os seguintes critérios de desempate (art. 55 da Lei): a) disputa final, em que os licitantes empatados poderão apresentar nova proposta fechada, em ato contínuo ao encerramento da etapa de julgamento; b) avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, desde que exista sistema objetivo de avaliação instituído; c) os critérios estabelecidos no art. 3º da Lei 8.248/1991 e no § 2º do art. 3º da Lei 8.666/1993; e d) sorteio.

Após o julgamento dos lances ou propostas, será promovida a sua efetividade, que poderá se restringir aos que tiverem melhor classificação, promovendo-se a desclassificação daqueles que: a) contenham vícios insanáveis; b) descumpram especificações técnicas constantes do instrumento convocatório; c) apresentem preços manifestamente inexequíveis; d) se encontrem acima do orçamento estimado para a contratação; e) não tenham sua exequibilidade demonstrada, quando exigida pela

16. A avaliação formal não é necessária em dois casos que envolvem, inclusive, dispensa de licitação: a) transferência de bens a órgãos e entidades da Administração, inclusive quando efetivada mediante permuta; e b) compra e venda de ações, de títulos de crédito e de dívida e de bens que produzam ou comercializem. A licitação para alienação de bens das estatais não é exigida nos casos em que a licitação é dispensada pela própria Lei, na forma do art. 28, § 3º, da Lei das Estatais. As regras para alienação e os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação são aplicáveis à atribuição de ônus real a bens integrantes do acervo patrimonial de estatais (art. 50 da Lei das Estatais).

17. Consideram-se intermediários os lances: a) iguais ou inferiores ao maior já ofertado, quando adotado o julgamento pelo critério da maior oferta; e b) iguais ou superiores ao menor já ofertado, quando adotados os demais critérios de julgamento (art. 53, parágrafo único, da Lei).

18. O critério “maior desconto” terá como referência o preço global fixado no instrumento convocatório, estendendo-se o desconto oferecido nas propostas ou lances vencedores a eventuais termos aditivos. No caso de obras e serviços de engenharia, o desconto incidirá de forma linear sobre a totalidade dos itens constantes do orçamento estimado, que deverá obrigatoriamente integrar o instrumento convocatório (art. 54, § 4º, da Lei).

19. Nesse critério de julgamento, a avaliação das propostas técnicas e de preço considerará o percentual de ponderação mais relevante, limitado a 70% (art. 54, § 5º, da Lei).

20. No critério “maior retorno econômico”, os lances ou propostas terão o objetivo de proporcionar economia à estatal, por meio da redução de suas despesas correntes, remunerando-se o licitante vencedor com base em percentual da economia de recursos gerada (art. 54, § 6º, da Lei).

21. Nesse último critério de julgamento, será obrigatoriamente considerada, nos termos do respectivo instrumento convocatório, a repercussão, no meio social, da finalidade para cujo atendimento o bem será utilizado pelo adquirente. O descumprimento dessa finalidade resultará na imediata restituição do bem alcançado ao acervo patrimonial da estatal, vedado o pagamento de indenização em favor do adquirente (art. 54, §§ 7º e 8º, da Lei).

estatal; f) apresentem desconformidade com outras exigências do instrumento convocatório, salvo se for possível a acomodação a seus termos antes da adjudicação do objeto e sem que se prejudique a atribuição de tratamento isonômico entre os licitantes (art. 56, *caput* e § 1º, da Lei).

Confirmada a efetividade do lance ou proposta mais bem classificada, inicia-se a fase de negociação de condições mais vantajosas (art. 57 da Lei das Estatais). Caso o preço do primeiro colocado permaneça acima do orçamento estimado, a estatal deverá negociar com os demais licitantes, observada a ordem de classificação, e, se não for obtido preço igual ou inferior ao referido orçamento, a licitação será revogada (art. 57, § 1º e 3º, da Lei).

Na etapa seguinte, a estatal verificará a habilitação do primeiro colocado a partir dos seguintes parâmetros: a) exigência da apresentação de documentos aptos a comprovar a possibilidade da aquisição de direitos e da contração de obrigações por parte do licitante; b) qualificação técnica, restrita a parcelas do objeto técnica ou economicamente relevantes, de acordo com parâmetros estabelecidos de forma expressa no instrumento convocatório; c) capacidade econômica e financeira; d) recolhimento de quantia a título de adiantamento, tratando-se de licitações em que se utilize como critério de julgamento a maior oferta de preço (art. 58 da Lei).²²

O procedimento licitatório possui, em regra, fase recursal única, e o recurso, que poderá discutir questões relacionadas à habilitação, ao julgamento e à efetividade dos lances e propostas, será interposto no prazo de cinco dias úteis após a habilitação (art. 59, § 1º, da Lei). Excepcionalmente, quando houver a inversão de fases, com a realização da habilitação anterior à etapa de julgamento, serão admitidos recursos após a habilitação e a verificação da efetividade dos lances ou propostas (art. 59, § 2º, da Lei).

A homologação do resultado acarreta o direito do licitante vencedor à celebração do contrato, sendo vedada a celebração de contrato com preterição da ordem de classificação ou com pessoas estranhas à licitação (arts. 60 e 61 da Lei).

Admite-se a revogação da licitação por razões de interesse público decorrentes de fato superveniente que constitua óbice manifesto e incontornável (art. 62 da Lei).²³

Na hipótese de ilegalidade, quando não for possível a convalidação, a licitação será anulada pela estatal de ofício ou por provocação de terceiros (art. 62 da Lei).

A nulidade da licitação ou do procedimento de contratação direta induz à do contrato e não gera obrigação de indenizar (art. 62, § 1º, 2º e 4º, da Lei).

Entendemos que a nulidade decretada no curso da execução do contrato não pode afastar o dever de indenização por tudo aquilo que foi executado até aquele momento, salvo comprovada má-fé da contratada, tendo em vista a presunção de boa-fé e a vedação do enriquecimento sem causa.

A revogação e a anulação efetivadas após a fase de apresentação de lances ou propostas deverão ser precedidas do contraditório e da ampla defesa (art. 62, § 3º, da Lei).

O art. 63 da Lei das Estatais prevê os seguintes procedimentos auxiliares das licitações: a) pré-qualificação permanente; b) cadastramento; c) sistema de registro de preços; e d) catálogo eletrônico de padronização.

22. Quando o critério de julgamento utilizado for a maior oferta de preço, os requisitos de qualificação técnica e de capacidade econômica e financeira poderão ser dispensados. Nesse caso, reverterá a favor da estatal o valor de quantia eventualmente exigida no instrumento convocatório a título de adiantamento, caso o licitante não efetue o restante do pagamento devido no prazo para tanto estipulado (art. 58, §§ 1º e 2º, da Lei).

23. A revogação também é possível quando a proposta apresentada, mesmo após a fase de negociação, for superior ao valor do orçamento estimado (art. 57, § 3º), bem como na hipótese em que o licitante vencedor convocado pela estatal não assinar o termo de contrato no prazo e nas condições estabelecidos (art. 75, § 2º, II, da Lei).

O procedimento de pré-qualificação, com prazo de validade de até um ano, será público e permanentemente aberto à inscrição de qualquer interessado, com o objetivo de identificar (a) fornecedores que reúnam condições de habilitação exigidas para o fornecimento de bem ou a execução de serviço ou obra nos prazos, nos locais e nas condições previamente estabelecidos; e (b) bens que atendam às exigências técnicas e de qualidade da Administração (art. 64, *caput* e § 1º e 5º, da Lei).

A estatal poderá restringir a participação em suas licitações a fornecedores ou produtos pré-qualificados, nas condições estabelecidas em regulamento (art. 64, § 2º, da Lei).

A pré-qualificação poderá ser efetuada nos grupos ou segmentos, segundo as especialidades dos fornecedores, bem como poderá ser parcial ou total, contendo alguns ou todos os requisitos de habilitação ou técnicos necessários à contratação, assegurada, em qualquer hipótese, a igualdade de condições entre os concorrentes (art. 64, §§ 3º e 4º, da Lei).

No tocante ao cadastramento, os registros cadastrais poderão ser mantidos para efeito de habilitação dos inscritos em procedimentos licitatórios e serão válidos por um ano, no máximo, podendo ser atualizados a qualquer tempo (art. 65 da Lei).

Os registros cadastrais serão amplamente divulgados e ficarão permanentemente abertos para a inscrição de interessados que serão admitidos segundo requisitos previstos em regulamento (art. 65, § 1º e 2º da Lei).

No registro cadastral, será anotada a atuação do licitante no cumprimento das obrigações assumidas, admitindo-se a alteração, a suspensão ou o cancelamento, a qualquer tempo, do registro do inscrito que deixar de satisfazer as exigências estabelecidas para habilitação ou para admissão cadastral (art. 65, §§ 3º e 4º, da Lei).

Quanto ao Registro de Preços, que será regulado por decreto do Poder Executivo, o procedimento deverá respeitar as seguintes disposições (art. 66, *caput*, §§ 1º, 2º e 3º, da Lei): a) possibilidade de adesão ao registro de qualquer estatal, independentemente da atividade desenvolvida; b) realização prévia de ampla pesquisa de mercado; c) seleção de acordo com os procedimentos previstos em regulamento; d) rotina de controle e atualização periódicos dos preços registrados; e) definição da validade do registro; f) inclusão, na respectiva ata, do registro dos licitantes que aceitarem cotar os bens ou serviços com preços iguais aos do licitante vencedor na sequência da classificação do certame, assim como dos licitantes que mantiverem suas propostas originais; g) a existência de preços registrados não obriga a estatal a firmar os contratos que deles poderão advir, sendo facultada a realização de licitação específica, assegurada ao licitante registrado preferência em igualdade de condições.

Por fim, o catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras, que poderá ser utilizado nas licitações com critério de julgamento menor preço ou maior desconto, consiste em sistema informatizado, de gerenciamento centralizado, destinado a permitir a padronização dos itens a serem adquiridos pela estatal que estarão disponíveis para a realização de licitação (art. 67, *caput* e parágrafo único, da Lei).

4. Conclusão

É fácil notar que a Lei das Estatais foi fortemente influenciada por normas já existentes em nosso ordenamento jurídico, com destaque, por exemplo, para a Lei 10.520/2002 (pregão) e Lei 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC).

Existe o mito, criado pelo senso comum, de que os remédios para solução dos momentos de crise seriam o aumento do formalismo e da burocracia da máquina pública. Costuma-se afirmar, sem maior rigor técnico, que a flexibilização da gestão pública seria, em grande medida, causa para a prática de atos de corrupção.

Ora, basta uma análise pragmática e comprometida da nossa realidade para se perceber que não é o excesso de formalismo e de burocracia que resolverão o problema dos desvios éticos nas licitações. Ao contrário, como demonstra o velho ditado popular, em muitos casos o agente ímprobo “cria dificuldades para vender facilidades”.

Ao invés de adotar as soluções de licitação, pensadas e voltadas para entidades administrativas que não atuam no cenário concorrencial, o legislador poderia ter discutido a instituição de modelo verdadeiramente novo e apropriado para entidades estatais que são, na essência, diferentes pelo simples fato de explorarem atividades econômicas, em regime concorrencial, e possuírem personalidade jurídica de direito privado.

Em suma, o legislador perdeu uma grande oportunidade de inovação na fixação de normas diferenciadas de licitação voltadas às estatais exploradoras de atividades econômicas em regime concorrencial.

Independentemente das críticas apresentadas, certo é que a partir de agora as empresas estatais devem observar o novo regime de licitação inserido pela Lei 13.303/2016.

As Licitações nas Empresas Estatais pela Lei nº 13.303, de 30 de Junho de 2016

Ivan Barbosa Rigolin

Advogado Especialista em Direito Administrativo; Consultor e Assessor Jurídico

Quarta parte

Art. 38

Outro longo artigo que veio ao mundo por causa da operação Lava Jato. Não fora essa específica operação policial, não existiria este artigo, ou, mais provável, existiria sob forma bem mais branda.

Trata-se de outra tentativa de conter corrupção, tráfico de influência, desvio de dinheiro público, licitações e contratações viciadas, negociatas e o que mais se conceba para obter vantagem indevida à custa do erário. É evidente que não eliminará nada disso por completo nem em definitivo, porém ajudará no combate ao crime na licitação e nos contratos das estatais.

Diz algumas obviedades francamente desnecessárias, de comandos já contidos na lei nacional de licitações, e a introduz novidades, algumas aparentemente inconstitucionais por restringirem a igualdade dos cidadãos e das pessoas jurídicas, tudo em nome da moralidade – princípio esse que nos enseja arrepio na alma, não por ser errado ou indevido mas porque é quase sempre alardeado por bandidos de quatro costados, ou por hipócritas profissionais. Sempre insistiremos em que quem deseje encontrar o homem mais imoral sobre a Terra não perca seu tempo buscando em lugar errado: procure o presidente da associação dos moralistas.

O artigo elenca em oito, por vezes macarrônicos, incisos as situações ou condições pessoais que proíbem o detentor de participar de licitações e de contratos. E, não contente, o artigo ainda contém um parágrafo único com outras três, inspiradas de perto daquelas do art. 9º da lei de licitações.

O inc. I impede o licitante detentor de ao menos 5% do capital social da sua empresa de participar da licitação pela estatal da qual seja empregado ou diretor. Baseia-se no fato de que ninguém pode ser licitante e licitador a um só tempo, pela evidente suspeição de qualquer resultado favorável no certame.

O inc. II impede que empresa suspensa pela estatal participe de licitação na própria estatal. Está descoberto o fogo! É realmente extraordinário que uma lei precise declarar impedida de licitar uma empresa suspensa na própria estatal que licita!

De uma obviedade embaraçosa, ao menos tem o mérito de restringir o escopo da pena de suspensão apenas a quem suspendeu, e com isso impedindo a aplicação da pena extramuros, como uma estúpida investida jurisprudencial superior andou há poucos anos ensaiando fazer em nosso país, a esta altura felizmente desprestigiada e vencida pela lógica e pela razão ditadas pela letra da lei de licitações, art. 6º, incs. XII e XIII, combinados com o art. 87, incs. III e IV. Quanto a isso, malgrado sua obviedade, merece elogio.

O inc. III também, quanto a isso acima apontado, está correto na forma da lei de licitações, pois que quem sofre pena de declaração de inidoneidade está impedido de licitar e contratar com o poder público no Brasil, de todo nível e natureza, enquanto a sanção produzir efeito.

O inc. IV, em conjunto com o inc. V, começa a justificar o adjetivo macarrônico, acima utilizado, pois ingressa em detalhismos possivelmente desnecessários neste panorama. Estão impedidas de licitar com a estatal as empresas que em seu quadro tenham sócio ou administrador de empresa suspensa ou impedida por aquela estatal que licita, ou então de empresa que tenha sido declarada inidônea no país, com penas ainda em vigor. Dispositivo claro, porém seria mesmo necessário? Terá o controle eficaz que demanda, para ser afinal útil?

Segue o macarronismo, desta vez com o angu engrossando nitidamente, nos incisos seguintes, o inc. VI e o inc. VII, que aprofundam um detalhismo que em direito costuma atrapalhar muito mais que ajudar. Prescrevem, em seu conjunto, que – prepare-se, estômago – não podem licitar nem contratar com estatais as empresas que tenham sócio ou administrador que tenha sido sócio ou administrador de empresa suspensa, impedida ou declarada inidônea ao tempo dos fatos que ensejaram a penalização.

Parece carta enigmática. Compreende-se o que está dito, porém, por tudo que é sagrado, alguém imagina ou vislumbra alguma forma de controlar a aplicação de uma tal regra? É o labirinto de Delfos jurídico. Evidentemente somente por denúncias durante a licitação é que se acionará o mecanismo de controle, e então, em breves três ou quatro meses de pesquisa, a estatal terá condição de concluir se algum licitante infringiu a restrição. Francamente, o direito brasileiro não precisava desta, com vênua, quinquilharia.

De outro lado, será constitucional alijar-se quem incide nesse proibitivo de participar de um certame na estatal? Parece-nos que não, vulnerando-se a regra da igualdade. Trata-se de uma caça a fantasmas, quando o país, e as estatais, e as empresas, já têm tantos problemas reais e palpáveis a arrostar.

Num país educado e civilizado o pouco direito escrito cuida do *macro*, e funciona. Num país como o é nosso território o imenso direito se espraia por detalhes microscópicos, e ainda assim não dá certo.

O último inciso do *caput* do art. 38, inc. VIII, lembra os anteriores. Verdadeiro angu de caroço, fixa que está impedida de licitar e de contratar com as estatais a empresa que tiver diretor que foi diretor de empresa declarada inidônea. Miséria jurídica inenarrável, serviço de alérgicos crônicos ao direito, não esclarece por quanto permanece a maldição do infeliz diretor: para sempre?

Quer então significar que, apenas por um dia ter sido diretor de uma empresa que um dia foi declarada inidônea no país – por exemplo há vinte anos -, então a empresa de que atualmente é diretor jamais poderá licitar nem contratar com estatais? Seria pena perpétua, daquelas proibidas pela Constituição, art. 5º, inc. XLVII, al. *b*? E daquelas que jamais constaram de lei ou norma alguma sobre licitação?

Ou será apenas relativo a empresa que neste momento esteja sob declaração de inidoneidade em vigor? Se é assim, então por que a lei não o disse expressamente, visando com isso orientar a estatal em suas licitações como fez no inc. III?

Não se apercebe o legislador do imenso cipoal de leviandades e impropriedades que, em nome da moral e dos bons costumes, elabora nas leis que produz, as quais não conduzem a nada sustentável no mundo jurídico? Trata-se de um dispositivo, inc. VIII, que merece o mesmo respeito devido a um horóscopo diário de jornal.

O parágrafo único deste art. 38 estende a proibição constante do *caput* a: (1) contratação do empregado ou dirigente da própria estatal que licita (inc. I); (2) contratação de parente até terceiro grau de dirigente da estatal licitadora, ou então servidor da estatal que exerça função relacionada com a licitação ou contratação (inc. II, al. *a*), e ainda (3) contratação de parente até terceiro grau de autoridade do ente público a que a estatal esteja vinculada (inc. II, al. *b*).

Proíbe ainda o inc. III do parágrafo único que o proprietário ou sócio de uma empresa, que tenha deixado de ser dirigente da estatal licitadora há menos de seis meses, participe de licitação ou contratação promovida por essa mesma estatal.

As proibições de todo o parágrafo único deste art. 38 são cabulosas, intrincadas, enoveladas e de muito difícil controle. Pretendem disciplinar um assunto pequeno e que desaparece ante as grandes questões que envolvem a licitude e a moralidade das licitações e das contratações, além de que contêm possíveis inconstitucionalidades por diferenciar seres potencialmente iguais na condição de licitantes.

Com efeito, imagine-se se um parente de terceiro grau de alguma autoridade – não se sabe de que nível – do ente superior a que esteja vinculada a estatal da estatal licitadora tem motivo, de fato e de antemão, para estar impedido de licitar... que tem uma coisa com outra? O empresário tem o azar de ter parente alto dirigente do ente ao qual institucionalmente se vincula a estatal que licita, e então está alijado de todo certame e de toda contratação por aquela estatal. A lei pressupõe contra esse cidadão.

Acaso não confia nos recursos do edital para eleger o melhor proponente, a começar por uma boa e correta descrição das características do objeto, ou, de outro modo, será que não confia na honorabilidade dos membros da comissão julgadora, ou do pregoeiro?

Não se compreendem tantos zelos – lei cheia de dedos – em matéria tão vaga, mal alinhavada e casuística quanto esta, por exemplo como se parente de quarto grau fosse excelente, e parente de terceiro grau, que por vezes nem sabe que o é porque para começar nem sabe o que é isso¹, fosse um potencial delinquente.

E sem se saber qual o nível da autoridade mencionada no inc. III do parágrafo único acabam sobrando restrições a meio mundo, mais perto e mais longe, sem que alguém compreenda precisamente por quê. A metralhadora giratória da lei, nesta sua caça às bruxas, revela-se tão generalizante quanto antitécnica.

Não se combate aqui a bandeira da idoneidade das licitações e dos contratos das estatais, jamais e em tempo algum porque tal seria insânia; combate-se apenas o detalhismo meio cego, sem direção, das medidas legais que se pretendem moralizantes, e cujo resultado, se houver, deverá ser pífio.

A lei deveria falar menos e melhor, até porque assuntos próprios para leis precisam ser maiores que os deste nível de preocupação. Imagine-se o caudal de ações judiciais que pode decorrer de textos assim ambíguos, subjetivos, de múltipla interpretação e aplicação possíveis, como os deste artigo. Querendo ajudar a estatal, a lei pode – como seria facilmente evitável – ensejar-lhe um pesadelo interminável, um horror sem fim².

Sim, porque definitivamente não é descendo ao plano microscópico dos seus temas moralizantes que alguma lei conseguirá resolver, e talvez nem sequer minorar, os problemas éticos de

1. Tal qual o cidadão que não consegue separar o joio do trigo porque não faz a menor ideia do que seja o joio.

2. Afrontando com isso a máxima da sabedoria popular segundo a qual se deve preferir um fim horrível a um horror sem fim.

um povo. E as que mergulham até aquele nível atômico dos assuntos tendem a engrossar as hostes daquelas leis que não pegam.

Art. 39

Artigo modernizante e cibernético – como hoje em dia nada escapa de ser –, prescreve que o edital das licitações, de pré-qualificações e dos contratos das estatais deverão ser divulgados em portal específico na internet, sendo que os prazos mínimos de publicidade, a partir daquela divulgação, vêm estabelecidos nos incs. I a III do artigo.

São eles, para aquisição de bens, de 5 (cinco) dias úteis sempre que o critério de julgamento for o do menor preço ou o do maior desconto (inc. I, al. *a*), e de 10 (dez) dias úteis nas demais hipóteses (I, *b*).

Para a contratação de *obras e serviços*, o prazo mínimo é de 15 (quinze) dias úteis se por menor preço ou maior desconto (II, *a*), e de 30 (trinta) dias úteis nas demais hipóteses (II, *b*).

E sempre que o certame for por melhor técnica, ou combinação de melhor técnica e preço, ou ainda por contratação integrada ou semi-integrada, o prazo mínimo será de 45 (quarenta e cinco) dias úteis.

Observe-se, até este ponto:

- a) os prazos são sempre em dias úteis, ou sejam aqueles em que há expediente administrativo na estatal, independentemente da modalidade licitatória utilizada;
- b) a lei adotou regras (I) da lei de licitações, (II) da péssima lei do RDC – regime diferenciado de contratação – e (III) da lei de concessões de serviço. Fez um apanhado de institutos daquelas leis, de modo sintético e formalmente razoável;
- c) não interessou o valor estimado dos objetos para determinar o prazo de publicidade do edital, mas apenas (I) se é compra, ou se é obra ou serviço, e (II) qual o critério de julgamento. Essas variáveis, fixadas a cada caso, obrigam ao prazo mínimo este ou aquele;
- d) ainda assim, hoje em dia parecem exagerados os prazos de 30 e de 45 dias úteis, esse último podendo significar mais de 60 dias corridos, neste país dos feriados prolongados, das emendas e dos enforcements generalizados que se praticam, com grande alegria dos empregados e com pesar tétrico para os empresários, os serviços públicos, a economia, a funcionalidade, a eficiência e a imagem do país.

Com efeito, se algum licitante precisar de 60 dias para formular sua proposta e habilitar-se a concorrer, não deve ser grande coisa no mercado, e com prestador assim a lei não se deveria preocupar se for em prejuízo dos bons fornecedores, de resto sempre ávidos por contratar e prontos para elaborar suas propostas. Não se prejudica o bom pelo ruim.

Observe-se que em grandes obras como, por exemplos, a hidrelétrica Itaipu, a ponte Rio-Niterói, a duplicação de uma grande rodovia, a transposição do rio São Francisco³, e inúmeras que sempre se licitam, o edital pode fixar publicidade muito maior que a mínima legal, já que a mera proposta para um tal empreendimento exige intenso e pesado planejamento, investimento, reflexão e amadurecimento pelos interessados.

3. E para rechaçar pechas de bairrismo desde logo se excluiu a reforma da biblioteca do Clube Orlandia.

Nada impede que em casos assim o edital se mantenha seis meses publicado e à espera de fornecedores à altura. Mas fixar prazo mínimo de 45 dias úteis parece apenas beneficiar o inepto, o preguiçoso, o desinteressado e o pouco capaz, que como sói acontecer deixará para a última semana todo o trabalho envolvido na proposta.

O parágrafo único deste art. 39, calcado no art. 21, § 4º, da lei de licitações, o arremata, prescrevendo que as modificações aos editais deverão ser divulgadas pelos mesmos meios utilizados para a divulgação do edital, devolvendo-se todo o prazo que já tenha corrido desde a divulgação do edital a não ser que a modificação não afete a formulação das propostas.

Observa-se na prática, entretanto, que mesmo certas modificações editalícias quanto às exigências habilitatórias – e não nas questões relativas às propostas – por vezes são tão aprofundadas nesse cabeludíssimo assunto de habilitação que recomendam devolver-se todo aquele prazo, na medida em que prevenção e água benta jamais apresentam efeitos colaterais.

Com todo efeito, existem documentos habilitatórios de rematada complexidade e muito difíceis de obter de afogadilho, e o fato o edital de um para outro momento se modificar para passar a exigí-los pode constituir um duro golpe contra os licitantes, cuja expectativa não era nada daquilo, e não contemplava precisar obter aqueles documentos. Tão árduo pode ser obtê-los que por vezes apenas isso impede a participação de quem já se julgava dentro do certame e competindo bravamente...

Mas o que é preciso reconhecer é que não é usual que alguma modificação do edital – a qual em geral já conta com grande e inercial má-vontade pela Administração – se dê por razão pouco relevante ou desimportante, já que as alterações quase sempre versam sobre importantes requisitos, características e demandas da proposta, e não de coisa alguma mais. Fica entretanto o alerta, porque são conhecidos episódios desse jaez que eram relativos à habilitação, e que deram o que falar.

Art. 40

Este artigo determina que as estatais deverão “publicar e manter atualizado regulamento interno de licitações e contratos”, que seja compatível com esta lei e especialmente quanto a nove assuntos, elencados nos incs. I a IX que seguem.

Para publicar parece acaciano que antes precisam as estatais elaborar seus regulamentos, o que a partir desta lei voltou a ser imperativo – e que sempre foi absolutamente desejável pelas empresas do Estado, que jamais cessaram de lamuriar por ter de sujeitar-se à lei nacional das licitações desde 1993. O que neste momento, após o advento desta lei das estatais, não se pode assegurar é que o resultado simplificador para as estatais saiu aquele desejado.

O veículo da publicação pode ser o portal na internet referido no art. 39, à falta de outra indicação de jornal ou mídia impressa. Assim entendemos, porque se até um edital pode ser divulgado apenas ali, parece que a lei deu ao portal a máxima relevância possível em matéria de publicidade dos atos das estatais, regulamento de licitações incluído. E se, nesse art. 40 ou em qualquer outro, não indicou nenhum veículo impresso para publicação do regulamento, parece autorizada esta conclusão.

A legislação atual confunde um pouco – baralhando propositadamente ou não – publicidade, publicação e divulgação. Não consegue ser muito objetiva quanto a isso, como até um passado recente era claríssimo nas leis, que fixavam a publicação no jornal tal, ou no veículo qual, sem palavras dúbias ou genéricas como “divulgação”.

É de supor que as leis doravante nem se lembrem de que ainda existem jornais escritos, tal qual já ocorre à juventude. Mas, nesse caso, é também de esperar que parem de se referir a publicação. Observe-se a relevância quase nenhuma desse assunto, e que uma dúvida como esta – onde “publicar” – jamais precisaria existir em uma lei.

Os assuntos sobre os quais o regulamento de cada estatal deve dedicar especial atenção são o glossário de expressões técnicas; o cadastro de fornecedores; minutas-padrão de editais e contratos; procedimentos de licitação e contratação direta; tramitação de recursos; formalização de contratos; gestão e fiscalização de contratos; aplicação de penalidades, e recebimento dos objetos contratados, conforme, respectivamente, incs. I a IX do art. 40.

Muita novidade aí existe: cadastro de fornecedores dentro do regulamento? Minutas-padrão de editais e de contratos dentro do regulamento?

Trata-se de matérias que não integram costumeiramente os existentes regulamentos de licitações porque o encompridam desnecessariamente, podendo à perfeição figurar de manuais, instruções ou normas outras, que não o regulamento, que deve ser solene, conciso e econômico na medida do possível, absolutamente objetivo.

Mais importante, entretanto, é ter presente que:

a) os editais apenas podem ser padronizados em certos aspectos, sobretudo e muito especialmente de exigências habilitatórias, mas não faz sentido imaginar exigências-padrão para propostas de produtos, serviços ou obras que não sejam previamente padronizados, já que todos os objetos variam ao infinito, mesmo sendo bens adquiríveis.

Qual então a utilidade efetiva de modelos rígidos de editais se não podem avançar muito em nada, eis algo que se questiona de antemão. O edital-modelo não pode ser uma camisa-de-força para a estatal que o elabora, nem, menos ainda, um tiro que desfira no seu próprio pé. Se, por outro lado, o edital for um modelo mais flexível, então por quê o modelo?

b) quanto a minutas de contratos já é mais razoável a ideia, porém mesmo nesse terreno hoje os contratos seguem certos padrões, e amanhã seguirão outros, e depois de amanhã outros ainda, variando e evoluindo em inúmeros aspectos. Obrigar a modificações do regulamento sempre que se modificarem os modelos contratuais parece não ser medida das mais racionais ou inteligentes, o que recomendaria que os regulamentos não contenham aqueles modelos.

Cada regulamento, entendemos, pode e deve contemplar os assuntos acima, sem jamais tentar resolvê-los por inteiro dentro do seu elevado âmbito porém remetendo-os a outros diplomas normativos menores, que, de mais fácil alteração e atualização, devem resultar mais adequados para esse mister. O regulamento, sendo solenemente elaborado e aprovado pelos Conselhos superiores da estatal, de certo modo “congela” os temas que disciplina, o que nem sempre convém, como neste caso de minutas de editais e de contratos.

Quanto ao cadastro de fornecedores, não se imagina como isso poderia figurar dentro de qualquer regulamento. A ideia não faz o menor sentido. Aqui, mais do que nos pontos anteriores, o regulamento deve apenas disciplinar como se elabora o cadastro, que requisitos deve conter, que informações abrigar, como se cadastra e como se descadastra alguém, e outros temas correlatos, mas jamais se imaginando inscrever todo o cadastro dentro do regulamento.

Esta consideração parece tão óbvia que chega a ser constrangedor tecê-la, mas é comum afirmar que em direito mesmo o óbvio exige explicação. Estando no Brasil, não duvidamos.

Seja como for, grande trabalho criativo aguarda as estatais na elaboração de seus regulamentos de licitações e contratos. Com vista a racionalizar esse trabalho parece interessante observar:

a) os regulamentos das estatais devem observar as regras desta lei das estatais e não da lei de licitações, salvo quando expressamente assim determinado na lei das estatais;

b) diante de toda a Lei nº 13/303/16 em verdade não restou muita matéria importante para ser disciplinada de maneira original por cada estatal, com vista a atender as suas peculiaridades. É absolutamente seguro que toda estatal brasileira gostaria de que a lei das estatais a deixasse mais livre para dispor sobre as licitações e os contratos que precisará encetar, sem tantas injunções e sem este figurino-camisa-de-força a impor parâmetros, limites, proibições e direções, sem dizer do grande volume de matéria que, positiva e francamente, não precisaria constar da lei.

Desse modo e sendo esse o panorama, do que restar a cada estatal disciplinar sobre a matéria dentro de cada regulamento recomenda-se a máxima simplicidade possível, com lícitas remissões à lei das estatais sempre que necessário, em nome de não se criarem mais dificuldades e burocracias num assunto já tão assoberbado de formalismos e rituais forçados.

Simplificar é uma grande arte, enquanto complicar é o trabalho que se costuma destinar aos que não têm capacidade de sintetizar e de resumir o que a cada momento importa ter em conta. Dizer o bom e o necessário em poucas palavras – como Gonçalves Dias na sua poesia e como Händel na sua música – é apanágio de quem, alma velha, sabe o que faz, não o de quem talvez gostasse de sabê-lo mas que, desafortunadamente, não desfruta daquela condição.

Art. 41

Último artigo da Seção II deste Capítulo I, manda aplicar a seção de crimes em licitação que consta da lei de licitações, arts. 89 a 99.

Não seria de esperar diferente, uma vez que dificilmente seria desconsiderado aquele rol de crimes e penas que foi introduzido no direito administrativo pela Lei nº 8.666 em 1993. Trata-se de matéria penal genuína, dentro de legislação administrativista.

A história da aplicação daqueles artigos não é nem um pouco gloriosa para o direito, nem encomiástica ou lisonjeira para o legislador.

Matéria esquiva, mal ajambrada e francamente de baixo nível de qualidade, hibernou durante vários anos antes de as autoridades detentoras da ação penal iniciarem sua aplicação, denunciando servidores e autoridades que acusavam de incidir naqueles tipos criminais.

O imenso número de injustiças, de mal-entendidos, de equívocos de interpretação e de forcejamentos de leitura com base em ideologias pessoais de maior, de menor ou de nenhum acerto, e o crescente enquadramento de cidadãos que o mereçam ou que não o mereçam, tudo isso que passou a se avolumar pela propositura de incontáveis ações penais francamente indevidas, causa engulhos a quem tenha moderado senso de justiça, e a quem não vise apenas ver arruinadas pessoas, ou a colecionar e exibir acusações as mais graves contra a mais variada clientela.

Grande percentual daquelas referidas imputações muitas vezes, a final e com o correr dos processos, se revela sem pé nem cabeça, não raro com petições julgadas ineptas ou de algum outro modo imprestáveis. De outra feita ocorrem frequentes condenações bastante sérias, tal qual isso só em si constituísse o mais justo e o mais desejável dos panoramas – sendo em verdade indesejável sempre, e nem sempre justo.

É evidente que, daquelas todas ações que foram e que continuam sendo propostas, muitas são mais do que corretas e necessárias, e só merece elogio quem as propôs, como quem as recebeu. Mas esse fato inquestionável não justifica o sem-número de pesadas ofensivas contra agentes públicos e contra particulares contratados que, de outro lado, foram e são encetadas sem real motivo, geralmente arruinando reputações, por vezes patrimônios legitimamente constituídos, a saúde, o sono, a alegria de viver e a vida profissional de inúmeros processados – tudo com base na lei de licitações, arts. 89 a 98.

Nada na lei das estatais indica que aqui será diferente, e seja considerada a possível agravante de que os contratos das estatais amiúde envolvem valores astronômicos, a atizar a cobiça de grandes empresas mais que o usual nos negócios do poder público.

Então, somente se anseia que a aplicação das disposições penais da lei das licitações no âmbito das estatais seja informada por detida reflexão pelas autoridades que manejam a ação criminal, o que de resto é imperioso em qualquer província da Administração e da atividade privada.

Continua na próxima edição.

A gestão da juridicidade dos contratos administrativos conforme as normas de regência – Gerais, Pregão, Registro de Preços e RDC

Jessé Torres Pereira Junior

Desembargador do Tribunal de Justiça; Professor e coordenador dos cursos de pós-graduação em direito administrativo da Escola da Magistratura e da Escola de Administração Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro; Professor visitante da Escola de Direito, Rio, da Fundação Getúlio Vargas

Marinês Restelatto Dotti

Advogada da União; Especialista em Direito do Estado e em Direito e Economia (UFRGS); Professora no curso de especialização em Direito Público com ênfase em Direito Administrativo da UniRitter – Laureate International Universities, em Porto Alegre, RS

1. Introdução. 2. As normas de gestão no RDC. 3. As normas de gestão dos contratos públicos regidos, predominantemente, por normas de direito privado. 4. Instrumentos formalizadores de contratos. 4.1 instrumento formalizador de contratação resultante de pregão. 4.2 instrumento formalizador de contratação resultante de ata de registro de preços. 5. Publicidade. 6. Contrato verbal. 7. Alterações contratuais unilaterais. 8. Alterações contratuais consensuais. 9. Prorrogações. 9.1 prorrogações de prazos de início de execução, de conclusão e de entrega do objeto (art. 57, § 1º, Lei nº 8.666/93). 9.2 prorrogação do prazo de vigência contratual. 10. Equilíbrio econômico-financeiro. 10.1 reajuste. 10.2 repactuação. 10.3 revisão. 11. Acréscimos e supressões. 12. Subcontratação. 12.1 sub-rogação. 13. Fiscalização. 14. Aplicação das sanções da Lei nº 8.666/93 nos contratos decorrentes de pregão e do RDC. 15. Aplicação da penalidade de impedimento de licitar e contratar prevista na lei do pregão. 16. Declaração falsa. 17. Rescisão contratual. 17.1 rescisão unilateral. 17.2 rescisão contratual consensual. 18. Conclusão.

1. Introdução

De acordo com o art. 54 da Lei nº 8.666/93, os contratos administrativos regulam-se por suas cláusulas e preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e disposições de direito privado. Em face dessa regra, descabe a aplicação subsidiária de norma privada quando existente regra específica na lei que rege o contrato administrativo. Assim reconhece a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRATO ADMINISTRATIVO. NORMAS APONTADAS COMO VIOLADAS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. [...] 3. Havendo regra específica nas leis que regem os contratos administrativos, descabe a aplicação subsidiária das normas que regem as relações privadas. (AgRg no REsp 1308430/ SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 08/09/2014).

O regime jurídico dos contratos administrativos distingue-se do regime de direito comum pela presença das chamadas cláusulas exorbitantes, assim compreendidas as que atribuem à administração

pública prerrogativas não encontradas nos contratos entre particulares. Ditas prerrogativas não são arbitrárias, nem autorizam a administração a utilizá-las indiscriminadamente. O escopo das prerrogativas é o de dotar a administração de poderes-deveres instrumentais para certificar-se de que o objeto do contrato, precedido ou não de licitação, alcance a sua finalidade e produza, com eficiência e eficácia, os resultados de interesse público planejados.

Trata-se de efeito da prevalência do interesse público – de que a administração contratante é curadora – sobre o interesse privado – que impulsiona o agir do particular contratado. Por isto que a essas prerrogativas o contratado não se pode opor, sendo-lhe garantida, em contrapartida, a justa remuneração pelo que houver executado, fundada no direito subjetivo ao equilíbrio da equação econômico-financeira do contrato, que deve resultar da correspondência entre o objeto em execução e a sua respectiva remuneração.

O art. 58 da Lei nº 8.666/93 define o regime jurídico dos contratos administrativos como aquele que confere à administração as prerrogativas de:

- (a) modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;
- (b) rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 da Lei nº 8.666/93;
- (c) fiscalizar-lhes a execução;
- (d) aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste; e
- (e) nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato.

Descortinar-se-ão, neste estudo, as principais intercorrências nos processos de concepção, elaboração e execução dos contratos administrativos, conforme sujeitos ao regime da lei geral (Lei nº 8.666/93), da lei do pregão (Lei nº 10.520/02), das normas regulamentadoras do sistema de registro de preços ou da lei do regime diferenciado de contratação (Lei nº 12.462/11), sobretudo destacando-se, para preveni-los, os vícios que possam conduzi-los à invalidação dos contratos ou a impedir que alcancem os resultados de interesse público planejados.

A utilidade do estudo estará em advertir, no âmbito da gestão dos contratos administrativos, para o que o saudoso Diogo de Figueiredo Moreira Neto sublinhou, em sua monografia *Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno* (Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 133-134), *verbis*:

[...] a Constituição de 1988, com louvável antecipação, já estabelece todo o fundamento necessário para a afirmação e aplicação em nosso país da doutrina da assim denominada administração de resultado, ou seja, confere uma base institucional de legalidade finalística ou, melhor e mais amplamente, para empregar denominação já difundida na literatura jurídica, por envolver também a legitimidade, uma base institucional da juridicidade finalística, no direito público brasileiro [...] Na base desse progresso agita-se uma dramática mutação do próprio conceito de administração pública, que vai aos poucos perdendo suas características imperativas, que a postavam, tradicionalmente, como expressão de um poder do Estado, para entendê-la como nada mais que uma função constitucionalmente vinculada a ser desempenhada pelo Estado e a ser o mais amplamente que possível compartilhada com a sociedade, compreendendo todo o seu desenvolvimento, desde o seu planejamento até o seu controle [...]

2. As normas de gestão no RDC

De acordo com o art. 39 da Lei nº 12.462/11, os contratos administrativos celebrados com base no RDC reger-se-ão pelas normas da Lei nº 8.666/93, salvo regras específicas que a nova lei estabeleça. A mesma previsão consta do art. 63 do Decreto federal nº 7.581/11, segundo o qual os contratos administrativos celebrados com base no regime diferenciado serão regidos pela Lei nº 8.666/93, com exceção das regras específicas previstas na Lei nº 12.462/11 e no decreto regulamentador.

São normas específicas aplicáveis à gestão dos contratos decorrentes do RDC:

Art. 9º

[...]

§ 4º Nas hipóteses em que for adotada a contratação integrada, é vedada a celebração de termos aditivos aos contratos firmados, exceto nos seguintes casos:

I – para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior; e

II – por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da administração pública, desde que não decorrentes de erros ou omissões por parte do contratado, observados os limites previstos no § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

[...]

Art. 40. É facultado à administração pública, quando o convocado não assinar o termo de contrato ou não aceitar ou retirar o instrumento equivalente no prazo e condições estabelecidos:

I – revogar a licitação, sem prejuízo da aplicação das cominações previstas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e nesta Lei; ou

II – convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a celebração do contrato nas condições ofertadas pelo licitante vencedor.

Parágrafo único. Na hipótese de nenhum dos licitantes aceitar a contratação nos termos do inciso II do *caput* deste artigo, a administração pública poderá convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a celebração do contrato nas condições ofertadas por estes, desde que o respectivo valor seja igual ou inferior ao orçamento estimado para a contratação, inclusive quanto aos preços atualizados nos termos do instrumento convocatório.

Art. 41. Na hipótese do inciso XI do art. 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento de bens em consequência de rescisão contratual observará a ordem de classificação dos licitantes remanescentes e as condições por estes ofertadas, desde que não seja ultrapassado o orçamento estimado para a contratação.

[...]

Art. 43. Na hipótese do inciso II do art. 57 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, os contratos celebrados pelos entes públicos responsáveis pelas atividades descritas nos incisos I a III do art. 1º desta Lei poderão ter sua vigência estabelecida até a data da extinção da APO.

No Decreto nº 7.581/11, são regras específicas:

Art. 42. Nas licitações de obras e serviços de engenharia, a economicidade da proposta será aferida com base nos custos globais e unitários.

[...]

§ 4º No caso de adoção do regime de empreitada por preço global ou de empreitada integral, serão observadas as seguintes condições:

[...]

III – as alterações contratuais sob alegação de falhas ou omissões em qualquer das peças, orçamentos, plantas, especificações, memoriais ou estudos técnicos preliminares do projeto básico não poderão ultrapassar, no seu conjunto, dez por cento do valor total do contrato.

[...]

Art. 100. Os contratos decorrentes do SRP/RDC terão sua vigência conforme as disposições do instrumento convocatório, observadas, no que couber, as normas da Lei nº 8.666, de 1993.

§ 1º Os contratos decorrentes do SRP/RDC não poderão sofrer acréscimo de quantitativos.

3. As normas de gestão dos contratos públicos regidos, predominantemente, por normas de direito privado

Dispõe a Lei nº 8.666/93 que:

Art. 62 [...]

§ 3º Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber:

I – aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado;

II – aos contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público.

Há situações em que as condições do ajuste são delineadas pelo contratado, ou seja, a administração submete-se a determinadas restrições na medida necessária para adequar o meio utilizado ao fim público, como ocorre, *v.g.*, com os contratos de seguro, de financiamento, de locação em que a administração pública seja locatária e naqueles em que a administração for parte como usuária de serviços públicos concedidos (energia elétrica, água e esgoto, entre outros).

Tais ajustes não constituem um contrato administrativo propriamente dito porque suas cláusulas levam a administração a abdicar de algumas formalidades exigidas em lei, como, por exemplo, a submissão ao prazo de vigência do art. 57 e aos limites para as alterações, fixados no art. 65 da Lei nº 8.666/93.

Permanecem, contudo, prerrogativas asseguradas àqueles que desempenham função pública, “não para que a pessoa administrativa prevaleça sobre o particular, mas para que o interesse público não se veja derogado ou acuado pelo privado” (PEREIRA JÚNIOR, 2007. p. 692).

Assim, nada obstante a predominância das normas de direito privado, permanecem asseguradas à administração pública as prerrogativas previstas no art. 58 da Lei nº 8.666/93, que se harmonizarem com a natureza do serviço contratado, tais como, ilustrativamente: (a) o poder de rescindir unilateralmente a relação jurídico-contratual por interesse público, decorrente de fato superveniente devidamente justificado; (b) aplicar sanções ante a comprovada inexecução total ou parcial das condições a que o contratado está obrigado, observados os princípios do contraditório e da ampla defesa; (c) estabelecer a sede processual-administrativa do contrato; e (d) conferir efeito retroativo à declaração de nulidade do contrato.

As situações elencadas no art. 62, § 3º, I, da Lei nº 8.666/93, exigem, pois, formalização por meio de instrumento específico (termo), em vista da necessária indicação das cláusulas previstas no art. 55 e das informações constantes do art. 61 da mesma Lei.

4. Instrumentos formalizadores de contratos

Instrumento contratual ou contrato, conforme disposto no art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, é gênero, do qual são espécies: o termo de contrato, a carta contrato, a nota de empenho de despesa, a autorização de compra e a ordem de execução de serviço.

A definição do instrumento contratual adequado à formalização do ajuste entre a administração pública e o particular, ainda na fase interna da licitação, deve principiar pela análise das obrigações que serão impostas ao vencedor da licitação, estipuladas no termo de referência ou no projeto básico, independentemente do valor da contratação ou da modalidade licitatória. Veja-se que, à luz da regra do *caput* do art. 62 da Lei nº 8.666/93, é dispensado o termo de contrato nas licitações que adotem a modalidade convite. Entretanto, mesmo no caso de compras efetuadas por meio dessa modalidade (até R\$80.000,00), caso tenham sido estipuladas, no projeto básico, obrigações a serem cumpridas futuramente por parte do vencedor da disputa, incluindo-se a prestação de assistência técnica, impõe-se a formalização do ajuste por meio de termo de contrato. A existência de obrigações futuras, inclusive assistência técnica, independentemente do valor da contratação, atrai a formalização do ajuste por meio de termo de contrato pela evidente razão de que é necessário deixar expressos e claros os encargos cujo desempenho garantirá, ou não, a plena execução do objeto, com a consequente consecução das finalidades de interesse público motivadoras da contratação.

Distinga-se o teor das expressões termo de contrato e instrumento equivalente.

Termo de contrato é documento solene, assinado pelas partes contraentes, integrado por cláusulas definidoras do objeto, das condições para a sua execução, das obrigações em geral quanto a prazos, preço, pagamento, garantias, vigência e sanções.

Instrumento equivalente é documento simplificado, que contém algumas das cláusulas previstas no art. 55 da Lei nº 8.666/93, no que forem aplicáveis, exigindo, apenas, o aceite e a retirada pelo contratado. Nesse instrumento simplificado, a vigência contratual encerra-se com o cumprimento da obrigação, como assentado pela jurisprudência do Tribunal de Contas da União:

9.5.3 se abstenha de firmar termos aditivos a contratos após o término de sua vigência, observando que, nos casos em que os termos contratuais são substituídos por notas de empenho da despesa, a vigência contratual encerra-se na data em que se extinguem as obrigações das partes (Acórdão nº 1.656/2003 – Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, Processo nº 008.551/2003-8).

4.1 instrumento formalizador de contratação resultante de pregão

Na Lei nº 10.520/02, os dispositivos atinentes à formalização do ajuste entre a administração e o adjudicatário aludem à celebração e à assinatura do contrato, depreendendo-se que o instrumento a ser utilizado na modalidade pregão deva ser o termo de contrato, documento escrito e solene que enuncia o nome e a qualificação das partes, as cláusulas relacionadas ao objeto e à sua execução (obrigações, sanções, garantias, prazos, etc.), arrematado por local, data e assinatura dos contraentes. Assim¹:

Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:

I – a autoridade competente justificará a necessidade de contratação e definirá o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento; [...]

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

III – do edital constarão todos os elementos definidos na forma do inciso I do art. 3º, as normas que disciplinarem o procedimento e a minuta do contrato, quando for o caso; [...]

XXII – homologada a licitação pela autoridade competente, o adjudicatário será convocado para assinar o contrato no prazo definido em edital; e

XXIII – se o licitante vencedor, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, aplicar-se-á o disposto no inciso XVI. [...]

Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicafe, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais. (grifamos)

Extrai-se do art. 4º, III, da Lei nº 10.520/02 que a minuta de contrato, leia-se, termo de contrato, integra o processo licitatório quando for o caso de formalizar-se o ajuste mediante termo. Significa que o termo de contrato nem sempre será o instrumento necessário a formalizar o ajuste entre a administração e o adjudicatário, na modalidade pregão.

1. O art. 2º, II, do Decreto federal nº 9.046/17, que dispõe sobre as condições para a contratação plurianual de obras, bens e serviços, no âmbito do poder executivo federal, define o contrato como sendo o ajuste entre órgãos ou entidades da administração pública federal e particulares em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, não obstante a denominação utilizada, realizado com fundamento nas disposições da Lei nº 8.666/93, da Lei nº 12.462/11, ou da Lei nº 10.520/02.

Por aplicação subsidiária do art. 62, § 4º, da Lei nº 8.666/93, é dispensável o termo de contrato e facultada a sua substituição, a critério da administração e independentemente de seu valor, nos casos de compras com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica. Entende-se como compra para entrega imediata, segundo o art. 40, § 4º, da Lei nº 8.666/93, aquela com prazo de entrega de até trinta dias da data prevista para apresentação da proposta. Essa (a compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, ou seja, com prazo de entrega de até trinta dias da data prevista para apresentação da proposta, dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica) é a hipótese que dispensa a formalização do ajuste por meio de termo de contrato, aplicável subsidiariamente à modalidade pregão (art. 9º da Lei nº 10.520/02).

A regra prevista no *caput* do art. 62 da Lei nº 8.666/93 não tem aplicação no pregão, em vista de a utilização dessa modalidade depender do valor estimado do objeto, como ocorre nas modalidades concorrência e tomada de preços.

O Tribunal de Contas da União orienta acerca da utilização do termo de contrato, inclusive na modalidade pregão, a saber:

Nas hipóteses a seguir, *deve a contratação ser formalizada obrigatoriamente por meio de termo de contrato*:

Licitações realizadas nas modalidades concorrência, tomada de preços e *pregão*;

Dispensa ou inexigibilidade de licitação, cujo valor esteja compreendido nos limites das modalidades concorrência e tomada de preços;

Contratações de qualquer valor das quais resultem obrigações futuras. Exemplo: entrega futura ou parcelada do objeto e assistência técnica.

Nos demais casos, o termo de contrato é facultativo, podendo ser substituído pelos instrumentos hábeis a seguir:

carta-contrato;

nota de empenho de despesa;

autorização de compra;

ordem de execução de serviço.

Pode a Administração dispensar o termo de contrato nas compras com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, das quais não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica, independentemente do valor e da modalidade realizada. (Licitações & contratos. orientações e Jurisprudência. 4. ed. Tribunal de Contas da União. p. 652). (grifamos)

A Corte de Contas federal advertiu órgão público sob fiscalização que constitui falha a ausência de contrato para a execução de serviços, decorrente de pregão:

9.3. dar ciência à [...] sobre as falhas identificadas na gestão: [...]

9.3.2. ausência de celebração de contrato para execução de serviços, em desacordo com o art. 4º, XXII, da Lei nº 10.520/2002; (Acórdão nº 5.127/2014 – Primeira Câmara, Rel. Min. Weder de Oliveira, Processo nº 018.855/2009-6).

Assim, na modalidade pregão, em regra, o ajuste entre a administração e o adjudicatário deve ser formalizado mediante termo de contrato. Tal termo poderá ser dispensado e substituído por instrumentos equivalentes (nota de empenho, autorização de compra etc.) nas exclusivas hipóteses de compras, independentemente do valor, com entrega imediata e integral dos bens adquiridos (aquelas com prazo de entrega de até trinta dias da data prevista para apresentação da proposta), das quais não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica. Configuram obrigações futuras, segundo a Corte de Contas federal, além da assistência técnica, a entrega futura ou parcelada do objeto.

4.2 instrumento formalizador de contratação resultante de ata de registro de preços

A ata de registro de preços traduz um negócio jurídico entre as partes, criando vínculos e estabelecendo obrigações recíprocas, predominantemente para o particular signatário. É que, na ata de registro de preços, é acordado entre as partes apenas o objeto licitado e os respectivos preços ofertados, diferenciando-se de um típico contrato administrativo, no qual também são acertadas as quantidades a serem fornecidas e existe a obrigação, e não mera faculdade – como resulta da ata de registro de preços –, de o contratante demandar as quantidades previamente acordadas.

Importante a distinção que a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, desde a vigência do Decreto nº 3.931/01, e aplicável à sistemática atual do sistema de registro de preços, traça entre ata e contrato, no SRP:

Ao estabelecer que a ata de registro de preços é, essencialmente, um compromisso para futura contratação, o Decreto claramente distingue os instrumentos concernentes à ata e ao contrato, além de dispor que a assinatura da ata deve anteceder a celebração dos contratos dela decorrentes.

Saliento que a ata de registro de preços tem natureza diversa da do contrato, sendo inapropriada, também por isso, sua celebração em um mesmo termo ou instrumento. Como vimos, a ata firma compromissos para futura contratação, ou seja, caso venha a ser concretizado o contrato, há que se obedecer às condições previstas na ata.

Além do que a ata de registro de preços impõe compromissos, basicamente, ao fornecedor (e não à Administração Pública), sobretudo em relação aos preços e às condições de entrega. Já o contrato estabelece deveres e direitos tanto ao contratado quanto ao contratante, numa relação de bilateralidade e comutatividade típicas do instituto (Acórdão nº 3.273/2010 – Segunda Câmara, Rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti, Processo nº 018.717/2007-3).

Dispõe o Decreto nº 7.892/13, regulamentador do sistema de registro de preços no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, fundos especiais, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas, direta ou indiretamente pela União, que:

Art. 15. A contratação com os fornecedores registrados será formalizada pelo órgão interessado por intermédio de instrumento contratual, emissão de nota de empenho de despesa, autorização de compra ou outro instrumento hábil, conforme o art. 62 da Lei nº 8.666, de 1993.

No tocante ao contrato, a Lei nº 8.666/93 estabelece que:

Art. 62. O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.

§ 1º A minuta do futuro contrato integrará sempre o edital ou ato convocatório da licitação.

§ 2º Em “carta contrato”, “nota de empenho de despesa”, “autorização de compra”, “ordem de execução de serviço” ou outros instrumentos hábeis aplica-se, no que couber, o disposto no art. 55 desta Lei.

§ 3º Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber:

I – aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado;

II – aos contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público.

§ 4º É dispensável o “termo de contrato” e facultada a substituição prevista neste artigo, a critério da Administração e independentemente de seu valor, nos casos de compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica.

De acordo com o transcrito art. 62, o instrumento de contrato – leia-se termo de contrato – é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites dessas duas modalidades de licitação, e facultativo

nos casos em que a administração puder substituí-lo por instrumentos equivalentes. A modalidade pregão independe do valor estimado do objeto.

O termo de contrato pode ser substituído por instrumento equivalente (carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço), a critério da administração e independentemente de seu valor, na hipótese de compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica, por aplicação do disposto no art. 62, § 4º, da Lei nº 8.666/93 (É dispensável o “termo de contrato” e facultada a substituição prevista neste artigo, a critério da Administração e independentemente de seu valor, nos casos de compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica). Entende-se como compra para entrega imediata, segundo o art. 40, § 4º, da Lei nº 8.666/93, aquela com prazo de entrega de até trinta dias da data prevista para a apresentação da proposta.

Tendo em vista que, no sistema de registro de preços, o prazo de validade da ata é de no máximo doze meses, período em que a administração poderá contratar com o fornecedor registrado, de pouca ou nenhuma aplicabilidade terá o disposto no art. 40, § 4º, da Lei nº 8.666/93, para ensejar o emprego de instrumento equivalente. O termo de contrato será, então, o instrumento apropriado para veicular cada contratação que se realizar dentro do prazo de validade da ata de registro de preços, daí a imprescindibilidade de integrar o edital da licitação como anexo. Também será o instrumento adequado para formalizar os ajustes celebrados entre os demais órgãos contratantes (participantes e aderentes) e o fornecedor registrado.

Na obrigação futura, o contratado compromete-se a satisfazer às necessidades da administração contratante durante período de tempo determinado e nas condições previamente estipuladas. Configuram obrigações futuras do contratado, segundo o Tribunal de Contas da União², a entrega futura ou parcelada do objeto e a assistência técnica, a atrair, portanto, a formalização do ajuste por meio de termo, não por instrumento equivalente. Assim:

Nas hipóteses a seguir, deve a contratação ser formalizada obrigatoriamente por meio de termo de contrato:

Licitações realizadas nas modalidades concorrência, tomada de preços e pregão;

Dispensa ou inexigibilidade de licitação, cujo valor esteja compreendido nos limites das modalidades concorrência e tomada de preços;

Contratações de qualquer valor das quais resultem obrigações futuras. Exemplo: entrega futura ou parcelada do objeto e assistência técnica.

Nos demais casos, o termo de contrato é facultativo, podendo ser substituído pelos instrumentos hábeis a seguir:

carta-contrato;

nota de empenho de despesa;

autorização de compra;

ordem de execução de serviço.

Pode a Administração dispensar o termo de contrato nas compras com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, das quais não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica, independentemente do valor e da modalidade realizada. (Licitações e Contratos. Orientações e Jurisprudência. 4. ed. Tribunal de Contas da União. p. 652). (grifamos)

A assistência técnica, inclusive a que deva ser prestada durante o prazo de garantia do produto ou equipamento adquirido pela administração pública, exige a formalização do ajuste por meio de termo de contrato, independentemente do valor da contratação ou modalidade licitatória, consoante estabelece o art. 62, § 4º, da Lei nº 8.666/93.

2. <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2057620.PDF>

Dependendo da natureza do objeto a ser adquirido, como, *v.g.*, máquinas e equipamentos em geral, é importante que a administração não se satisfaça com a só entrega dos produtos nas condições exigidas no edital ou contrato. Termos de referência e projetos básicos, por isso, devem prever o prazo de garantia do equipamento e a obrigação de o vencedor da licitação ou contratado prestar assistência técnica nesse período. Caso o equipamento venha a apresentar defeito durante o prazo de garantia, a quem competirá a prestação de assistência técnica? Sendo esta (assistência técnica) obrigação do vencedor da disputa, por força de lei (art. 62, § 4º, da Lei nº 8.666/93), deve ser formalizado o termo de contrato independentemente do valor da contratação, mesmo quando adotado o sistema de registro de preços.

Ainda segundo a Corte de Contas federal:

7.11. O Tribunal tem manifestações nos dois sentidos, mas mantém jurisprudência sistematizada com entendimento de que a contratação deve ser formalizada obrigatoriamente por meio de termo de contrato sempre que houver obrigações futuras decorrentes do fornecimento de bens e serviços, independentemente da modalidade de licitação, sua dispensa ou inexigibilidade, conforme preconizado no art. 62, § 4º, da Lei 8.666/1993; (Acórdão nº 3.352/2015 – Plenário, Rel. Min. André de Carvalho, Processo nº 007.797/2015-0).

Configuram obrigações futuras, segundo o TCU, a “entrega futura” e a entrega “parcelada do objeto”, situações apropriadas e recomendadas à utilização do sistema de registro de preços consoante disposto no Decreto nº 7.892/13 (Art. 3º O Sistema de Registro de Preços poderá ser adotado nas seguintes hipóteses: I – quando, pelas características do bem ou serviço, houver necessidade de contratações frequentes; II – quando for conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas...). Da interpretação sistemática das normas (artigos 40, § 4º e 62, § 4º, da Lei nº 8.666/93 e incisos I e II do art. 3º do Decreto nº 7.892/13) extrai-se ser o termo de contrato o instrumento apropriado para veicular cada contratação que se realizar dentro do prazo de validade da ata de registro de preços.

Há outra situação atraente da formalização do ajuste entre o fornecedor registrado e a administração por meio de termo de contrato. O Decreto federal nº 7.892/13, em seu art. 12, § 1º, veda a realização de acréscimos nos quantitativos fixados pela ata de registro de preços, mas a admite nos contratos decorrentes da ata (art. 12, § 3º). Sendo juridicamente inviável aditar nota de empenho de despesa, em vista de a vigência desse instrumento contratual encerrar-se na data em que se extinguem as obrigações das partes, como fazer uso da prerrogativa inscrita no art. 65, § 1º, da Lei nº 8.666/93 (acréscimo do objeto)? É o termo de contrato que viabiliza a formalização de aditivos necessários a acrescer o objeto do contrato, até o limite previsto em Lei. Sob esse aspecto, traduz ineficiência e ineficácia administrativa a administração pública criar obstáculo a si mesma para a consecução de seus objetivos, sempre comprometidos com o interesse público, ao dispensar a formalização do ajuste decorrente de ata de registro de preços por meio de termo de contrato, inviabilizando eventual acréscimo quantitativo do objeto.

5. Publicidade

O art. 61, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93 exige a publicação resumida do instrumento de contrato, sem distinguir suas espécies, do que resulta a obrigatoriedade de publicação na imprensa oficial, qualquer que seja o valor do contrato, inclusive quando utilizados instrumentos equivalentes ao termo de contrato (nota de empenho, autorização de compra etc.). Recorde-se o precedente do Tribunal de Contas da União:

O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE: 1. fixar o prazo de 15 (quinze) dias para que o Presidente da Empresa Brasileira de Planejamento e Transportes – GEIPOT, adote as medidas adiante descritas, com vistas a prevenir a ocorrência de outras impropriedades semelhantes: [...] 1.3. publicação dos extratos de todos seus contratos no Diário Oficial da União, nos termos do parágrafo único do art. 61 da Lei nº 8.666/93 e do art. 33 do Regulamento de Licitações e Contratos do GEIPOT, mesmo em se tratando de outros instrumentos hábeis, como por exemplo, “nota de empenho”, “carta contrato”, “autorização de compra”, “ordem de execução de serviço”; (Decisão nº 585/1994 – Plenário, Rel. Min. Homero Santos, Processo nº 011.621/1993-1).

6. Contrato verbal

Os contratos administrativos são bilaterais e, em regra, formais, ou seja, os ajustes entre a administração pública e o particular devem ser materializados por meio de um termo de contrato ou outro instrumento equivalente, como a carta contrato, a nota de empenho de despesa, a autorização de compra ou a ordem de execução de serviço, ou seja, sempre instrumentos escritos.

A Lei nº 8.666/93 em seu art. 60, parágrafo único, admite, em caráter excepcional, o contrato verbal, exclusivamente nas pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea “a”, da Lei, feitas em regime de adiantamento. Atualmente, esse valor é de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais).

7. Alterações contratuais unilaterais

Quer o contrato administrativo origine-se de um procedimento competitivo (licitação), quer de sua dispensa ou inexigibilidade, o regime jurídico de direito público garante à administração pública o exercício da prerrogativa de alterá-lo unilateralmente, por isto que não necessita de previsão expressa no instrumento convocatório ou no contrato. As alterações unilaterais do contrato decorrem de prerrogativa que a lei outorga à administração pública, sendo, portanto, irrenunciável e impostergável. Prerrogativa não é direito, é dever jurídico que se instrumentaliza por poder que a lei confere com o fim de habilitar a administração a atender ao interesse público com eficiência e eficácia.

Daí o contratado não poder opor-se a prerrogativas regularmente exercidas pela administração, sem embargo de lhe ser assegurado o direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, acaso afetado. O direito a tal equilíbrio impede alteração unilateral de cláusula financeira ou monetária do contrato. O exercício de prerrogativas se dá, exclusivamente, sobre cláusulas de execução, também chamadas de regulamentares ou de serviço, e são formalizadas por meio de termo aditivo a que se deve dar publicidade.

São disposições da Lei nº 8.666/93 atinentes às alterações unilaterais contratuais:

Art. 57 [...]

§ 1º Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo:

I – alteração do projeto ou especificações, pela Administração;

II – superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato;

III – interrupção da execução do contrato ou diminuição do ritmo de trabalho por ordem e no interesse da Administração;

IV – aumento das quantidades inicialmente previstas no contrato, nos limites permitidos por esta Lei;

V – impedimento de execução do contrato por fato ou ato de terceiro reconhecido pela Administração em documento contemporâneo à sua ocorrência;

VI – omissão ou atraso de providências a cargo da Administração, inclusive quanto aos pagamentos previstos de que resulte, diretamente, impedimento ou retardamento na execução do contrato, sem prejuízo das sanções legais aplicáveis aos responsáveis.

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

I – modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

[...]

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I – unilateralmente pela Administração:

- a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;
- b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

8. Alterações contratuais consensuais

As alterações contratuais consensuais são passíveis de implementação por acordo de vontades entre a administração contratante e o contratado. Há previsão na Lei nº 8.666/93:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

[...]

II – por acordo das partes:

- a) quando conveniente a substituição da garantia de execução;
- b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;
- c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;
- d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

[...]

§ 2º Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo: [...]

II – as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes.

O elenco não é exaustivo, ou seja, outras cláusulas contratuais podem ser objeto de alteração por acordo entre as partes, desde que necessária à satisfatória execução do avençado e não se desnature o objeto do contrato. Formaliza-se a alteração por meio de termo aditivo, cuja minuta deverá ser encaminhada para análise e aprovação da assessoria jurídica (art. 38, parágrafo único). O termo aprovado há de ser publicado na imprensa oficial (art. 61, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93).

9. Prorrogações

9.1 prorrogações de prazos de início de execução, de conclusão e de entrega do objeto (art. 57, § 1º, Lei nº 8.666/93)

São disposições da Lei nº 8.666/93 autorizadoras das prorrogações de prazos de início de execução, de conclusão e de entrega do objeto:

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

[...]

IV – os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso;

[...]

Art. 57

§ 1º Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo:

I – alteração do projeto ou especificações, pela Administração;

II – superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato;

III – interrupção da execução do contrato ou diminuição do ritmo de trabalho por ordem e no interesse da Administração;

IV – aumento das quantidades inicialmente previstas no contrato, nos limites permitidos por esta Lei;

V – impedimento de execução do contrato por fato ou ato de terceiro reconhecido pela Administração em documento contemporâneo à sua ocorrência;

VI – omissão ou atraso de providências a cargo da Administração, inclusive quanto aos pagamentos previstos de que resulte, diretamente, impedimento ou retardamento na execução do contrato, sem prejuízo das sanções legais aplicáveis aos responsáveis.

A norma do parágrafo único, do art. 8º, da Lei nº 8.666/93 proíbe o retardamento imotivado da execução de obra ou serviço, ou de suas parcelas, se existente previsão orçamentária para sua execução total, salvo insuficiência financeira ou comprovado motivo de ordem técnica, justificados em despacho circunstanciado da autoridade competente.

Tratando-se de obras e serviços, é o cronograma físico-financeiro o instrumento hábil a estabelecer todas as etapas necessárias à execução do objeto, conforme as diretrizes traçadas no projeto básico (ou no termo de referência, caso utilizada a modalidade pregão para serviços comuns) e no cronograma de desembolso. Sobrevindo alguma das hipóteses previstas no art. 57, § 1º, da Lei nº 8.666/93, está a administração pública autorizada a prorrogar os prazos previamente ajustados, acompanhada de justificativa expressa. Essas hipóteses traduzem o exercício da prerrogativa de alteração unilateral do contrato e independem de previsão no instrumento convocatório ou no contrato. Podem decorrer de fato ou fatos surgidos antes mesmo da assinatura do termo de contrato. Importa que o novo prazo para o início das etapas de execução, para conclusão ou entrega do objeto seja útil para atender, de forma eficaz, à consecução deste.

As prorrogações de prazos com base no § 1º do art. 57, da Lei nº 8.666/93, não interferirão nas demais cláusulas regulamentares ou de serviço, que se manterão inalteradas, defeso à administração executar objeto diverso daquele licitado ou autorizado pela autoridade competente (decorrentes de contratações diretas).

Tais prorrogações serão formalizadas por meio de termo aditivo, cuja minuta deverá ser encaminhada para análise e aprovação pela assessoria jurídica e, posteriormente, publicado na imprensa oficial (art. 61, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93).

9.2 prorrogação do prazo de vigência contratual

Segundo o *caput* do art. 57 da Lei nº 8.666/93, a duração dos contratos administrativos deve ficar adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, ou seja, até 31 de dezembro, exceto quanto aos relativos: (a) aos projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no Plano Plurianual, os quais poderão ser prorrogados se houver interesse da administração e desde que isso tenha sido previsto no ato convocatório; (b) à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses; (c) ao aluguel de equipamentos e à utilização de programas de informática, podendo a duração estender-se pelo prazo de até 48 (quarenta e oito) meses após o início da vigência do contrato; e (d) às hipóteses previstas nos incisos IX, XIX, XXVIII e XXXI do art. 24 da Lei nº 8.666/93, cujos contratos poderão ter vigência por até 120 (cento e vinte) meses, caso haja interesse da administração.

A prorrogação pressupõe que a administração haja apurado, por meio de consulta ao mercado, se o objeto e/ou o preço contratado permanecem vantajosos. Se assim não for, não se admite a prorrogação, ainda que prevista em lei e no contrato.

Toda prorrogação de prazo contratual deve ser justificada por escrito e previamente autorizada pela autoridade competente para celebrar o contrato (art. 57, § 2º, da Lei nº 8.666/93).

A possibilidade de prorrogação, ainda que prevista em lei e no contrato, é faculdade outorgada à administração contratante e não constitui direito subjetivo do contratado, a este não cabendo invocar o cumprimento da norma que repute desconsiderada ou violada pela administração. Assim: “[...] A prorrogação contratual, mesmo que autorizada em lei e prevista no termo avençado, é uma faculdade outorgada à Administração e não um direito subjetivo do contratado” (TCU, Acórdão nº 1.084/2012 – Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz, Processo nº 030.543/2008-1. Informativo de licitações e contratos nº 105, de 2012).

Da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal colhe-se que:

MANDADO DE SEGURANÇA. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, QUE DETERMINOU A NÃO PRORROGAÇÃO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. VIOLAÇÃO DAS GARANTIAS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NÃO CONFIGURADA. 1. Não há direito líquido e certo à prorrogação de contrato celebrado com o Poder Público. Existência de mera expectativa de direito, dado que a decisão sobre a prorrogação do ajuste se inscreve no âmbito da discricionariedade da Administração Pública. 2. Sendo a relação jurídica travada entre o Tribunal de Contas e a Administração Pública, não há que se falar em desrespeito às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. 3. Segurança denegada (MS 26.250/DF, Rel. Min. Ayres Britto, DJe: 12-3-2010).

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO QUE DETERMINOU A NÃO-PRORROGAÇÃO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. 1. Não há direito líquido e certo à prorrogação de contrato celebrado com o Poder Público. Existência de mera expectativa de direito, dado que a decisão sobre a prorrogação do ajuste se insere no âmbito da discricionariedade da Administração Pública, quando embasada em lei. 2. A representação ao Tribunal de Contas da União contra irregularidades em processo licitatório não está limitada pelo prazo do § 2º do art. 41 da Lei 8.666/93. 3. Segurança denegada. (MS 27008/AM, Rel. Min. Ayres Britto, DJe: 12-03-2010)

Importante que a administração contratante planeje a continuidade de seus contratos, formulando, expressamente, consulta ao contratado com antecedência razoável em relação ao termo final da avença, e conceda a este prazo factível para a resposta, a fim de providenciar os atos e documentos necessários à instrução da prorrogação ou à abertura de nova licitação, caso haja manifestação de desinteresse na manutenção da relação contratual, ou as condições propostas para a prorrogação não se demonstrem vantajosas para a administração.

10. Equilíbrio econômico-financeiro

O direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato encontra respaldo no art. 37, XXI, da Constituição Federal, segundo o qual obras, serviços e compras serão contratados com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, ou seja, assiste ao contratado o direito à manutenção da equação econômico-financeira tal como consagrada no contrato que celebrou. A intangibilidade das cláusulas econômico-financeiras deve ser assegurada contra elevações de preços que tornem mais onerosas as prestações a que esteja obrigado o contratado, o que se fará por meio de revisão ou de repactuação, bem como contra o desgaste do poder aquisitivo da moeda, o que se garantirá por meio de reajuste.

A manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato é assegurada pela figura do reajuste, de que são subespécies a repactuação e a revisão.

10.1 reajuste

O reajuste é a via jurídica adequada para preservar o equilíbrio econômico-financeiro inicialmente estabelecido pelas partes, quando elevações dos custos se mostrem capazes de inviabilizar a execução do objeto contratado. Faz-se através da aplicação de índice (setorial, específico ou geral) previsto no instrumento convocatório ou no contrato. Deve observar a periodicidade anual, contada a partir da data limite para a apresentação da proposta, do orçamento a que a proposta se referir ou de outro marco inicial fixado no edital ou contrato, como, por exemplo, a data da assinatura do instrumento deste. Formaliza-se por meio de apostilamento, conforme disposto no art. 65, § 8º, da Lei nº 8.666/93.

Encontra previsão nas seguintes normas:

Lei nº 8.666/93

Art. 5º Todos os valores, preços e custos utilizados nas licitações terão como expressão monetária a moeda corrente nacional, ressalvado o disposto no art. 42 desta Lei, devendo cada unidade da Administração, no pagamento das obrigações relativas ao fornecimento de bens, locações, realização de obras e prestação de serviços, obedecer, para cada fonte diferenciada de recursos, a estrita ordem cronológica das datas de suas exigibilidades, salvo quando presentes relevantes razões de interesse público e mediante prévia justificativa da autoridade competente, devidamente publicada. § 1º Os créditos a que se refere este artigo terão seus valores corrigidos por critérios previstos no ato convocatório e que lhes preservem o valor.

[...]

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: [...] XI – critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela;

[...]

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: [...] III – o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

Lei nº 10.192/01

Art. 2º É admitida estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano. § 1º É nula de pleno direito qualquer estipulação de reajuste ou correção monetária de periodicidade inferior a um ano.

[...]

Art. 3º Os contratos em que seja parte órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, serão reajustados ou corrigidos monetariamente de acordo com as disposições desta Lei, e, no que com ela não conflitarem, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. § 1º A periodicidade anual nos contratos de que trata o *caput* deste artigo será contada a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir.

Decreto federal nº 1.054/94

Art. 1º O reajuste de preços nos contratos a serem firmados pelos órgãos e entidades da Administração Federal direta, fundos especiais, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, rege-se pelo disposto neste decreto.

Art. 2º Os critérios de atualização monetária, a periodicidade e o critério de reajuste de preços nos contratos deverão ser previamente estabelecidos nos instrumentos convocatórios de licitação ou nos atos formais de sua dispensa ou inexigibilidade. 1º O reajuste deverá basear-se em índices que reflitam a variação efetiva do custo de produção ou do preço dos insumos utilizados, admitida a adoção de índices setoriais ou específicos regionais, ou na falta destes, índices gerais de preços. 2º É vedada, sob pena de nulidade, cláusula de reajuste vinculada a variações cambiais ou ao salário-mínimo, ressalvados os casos previstos em lei federal.

O reajuste opera o reequilíbrio da equação econômico-financeira mediante a aplicação de índice estabelecido no edital ou no contrato, conforme determinado em lei. Exatamente porque expresso nesses instrumentos é de aplicação automática pela administração, uma vez cumprido o lapso temporal, independentemente de solicitação do contratado. Assim orientam precedentes do Tribunal de Contas da União:

4. No caso concreto, portanto, dever-se-ia falar em reajuste, onde não se opera a modificação do contrato celebrado. Segundo Marçal Justen Filho (Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2000. p. 407-408): ‘O reajustamento de preços [...] consiste na previsão antecipada da ocorrência da inflação e na adoção de uma solução para neutralizar seus efeitos. É a determinação de que os preços ofertados pelos interessados serão reajustados de modo automático, independentemente inclusive de pleito do interessado’ (Decisão nº 235/2002, Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, Processo nº 000.727/2000-2);

32. Consoante destacado no Voto condutor do Acórdão nº 1.309-TCU-1ª Câmara, a diferença fundamental entre os dois institutos é que, enquanto no reajuste há correção automática do desequilíbrio, com base em índices de preços previamente estipulados no edital, na repactuação a variação dos componentes dos custos do contrato deve ser demonstrada analiticamente, de acordo com a Planilha de Custos e Formação de Preços, e o contrato é corrigido na exata proporção do desequilíbrio que a parte interessada lograr comprovar (Acórdão nº 1.827/2008, Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, Processo nº 027.973/2007-2).

10.2 repactuação

A repactuação é subespécie de reajuste, que autoriza o reequilíbrio da relação econômico-financeira do contrato baseado na demonstração da variação efetiva dos custos de produção, ou seja, na variação dos elementos que compõem o custo da atividade executada pelo contratado no curso do contrato, a que não corresponda índice prefixado no edital ou no contrato.

Segundo o Tribunal de Contas da União, o instituto da repactuação de preços aplica-se apenas a contratos de serviços continuados, prestados com dedicação exclusiva da mão de obra (Acórdão nº 1.488/2016 – Plenário, Rel. Min. Vital do Rêgo, Processo nº 030.028/2015-9).

Analisa-se, pontualmente, o item (ou itens) da planilha que sofreu alteração de custo e sua repercussão no valor contratual, respeitado o requisito da anualidade, contado da data da apresentação da proposta ou do orçamento a que esta se referir. Deve a repactuação ser solicitada pelo contratado mediante a demonstração analítica da variação dos custos do contrato por meio de planilha. À administração cumpre certificar se ocorreu ou não a efetiva repercussão dos eventos tidos como majoradores

dos custos do contrato, na forma postulada pelo contratado, vedada a incidência de custo não previsto originariamente na proposta.

No caso de repactuações subsequentes, o interregno de um ano será contado da última repactuação, entendendo-se como última repactuação a da data em que iniciados os seus efeitos financeiros. Formaliza-se a repactuação por meio de apostilamento. Quando coincidir com prorrogação contratual ou outra alteração, por economia processual, pode ser formalizada no mesmo instrumento do aditamento.

10.3 revisão

A revisão é a via jurídica adequada para o fim de restabelecer o valor contratual abalado por álea extraordinária superveniente, que lhe rompeu o equilíbrio econômico-financeiro de modo a inviabilizar a execução do objeto nos termos originalmente convencionados. Independe de interregno temporal, como ocorre com o reajuste e a repactuação, dado que os seus fatos geradores ocorrem inopinadamente, mostrando-se invencíveis pela vontade dos contraentes.

Cabe ao contratado demonstrar a superveniência dos eventos que autorizam a revisão, os efeitos gerados e a repercussão sobre a execução do objeto, bem como o desequilíbrio na relação encargo/remuneração. À administração compete averiguá-los integralmente e atestá-los, analisado o vínculo de causalidade entre o evento ocorrido e a majoração dos encargos do contratado. É vedado a este incluir custos não previstos originariamente no edital e na proposta vencedora.

Encontra previsão na Lei nº 8.666/93:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: [...] II – por acordo das partes: [...] d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

[...]

§ 5º Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.

11. Acréscimos e supressões

A previsão normativa que autoriza a administração a exigir do contratado acréscimos e supressões, até os limites estabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/93, não a legitima a agir contrariamente aos princípios que regem a licitação pública, especialmente o da vinculação aos termos da proposta, que busca submeter a execução contratual às características da proposta vencedora do certame, sob pena de ferir o princípio constitucional da isonomia. Referido comando legal tem por finalidade única viabilizar correções quantitativas e qualitativas do objeto licitado, conferindo certa flexibilidade ao contrato, mormente em função de eventuais erros advindos dos levantamentos de quantitativos do projeto básico ou do termo de referência. Não autoriza, por isto mesmo, a introdução de elementos que desnaturem ou descaracterizem o objeto original, em torno do qual houve a disputa licitatória ou a contratação direta.

Os limites de alterações contratuais, previstos no § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666/93 devem ser calculados sobre o valor inicial atualizado do contrato, aplicando-se a cada um desses conjuntos (acréscimos e supressões), individualmente e sem nenhum tipo de compensação entre eles, os limites percentuais previstos no dispositivo.

O valor inicial atualizado do contrato não envolve acréscimos e supressões realizados. A atualização a que se refere o dispositivo diz respeito ao reequilíbrio econômico-financeiro do valor contratual, ou seja, recomposições decorrentes de revisões, reajustes e repactuações realizadas durante a execução do contrato.

Para o cálculo do limite de 25%, os acréscimos devem ser computados em separado das supressões, de forma independente: um acréscimo não pode compensar uma supressão e vice-versa. Ou seja, como base para o cálculo do limite de 25%, o valor original do contrato deve ser considerado sem acréscimos ou supressões eventualmente efetuados.

O Tribunal de Contas da União analisou consulta formulada pelo Ministério da Integração Nacional acerca da aplicação de dispositivos legais sobre a compensação de acréscimos e decréscimos contratuais. Respondeu ser entendimento pacífico da Corte que, na elaboração do cálculo de limite de alteração contratual previsto na Lei Geral de Licitações, a administração não pode compensar acréscimos e decréscimos. As alterações de quantitativos devem ser calculadas sobre o valor original do contrato, aplicando-se a cada uma, sem compensação com as demais, os limites da lei.

Consoante o Acórdão nº 1.536/2016 – Plenário, em decisões anteriores a Corte admitiu a compensação em aditivos de contratos celebrados previamente à pacificação do entendimento, a exemplo do Projeto de Integração do Rio São Francisco (Pisf).

O Tribunal reafirmou que o cálculo dos limites de alterações contratuais deve ser feito de forma isolada, sobre o valor original do contrato, vedada a compensação entre acréscimos ou supressões. No caso de outros contratos de obra de infraestrutura hídrica, não pode ser realizada, de forma genérica, a compensação admitida nos contratos do Pisf. Essa admissão não pode ser generalizada, segundo o órgão de controle externo, pois necessário que haja a análise prévia das circunstâncias de cada caso concreto.

De acordo com o TCU, no caso de empreendimentos de infraestrutura hídrica de grande magnitude, cujos contratos tenham sido celebrados antes da data de publicação do Acórdão nº 2.059/2013 – Plenário, é viável a compensação. Aditem-se alterações necessárias à conclusão do objeto e que não impliquem seu desvirtuamento, observada a supremacia do interesse público e dos demais princípios que regem a administração pública. Segundo o relator do processo, Ministro Bruno Dantas, atos decisórios, em especial os paradigmáticos, como no caso, assumem uma capacidade de generalização e irradiação, sinalizando padrões de conduta para situações similares e promovendo segurança jurídica.

Confira-se, a seguir, o Acórdão nº 1.536/2016 – Plenário, no sentido de que os acréscimos ou supressões nos montantes dos ajustes firmados pela administração pública devem ser considerados de forma isolada, sendo calculados sobre o valor original do contrato, vedada a compensação:

9.1. conhecer da consulta para, no mérito, com base nas razões de decidir que fundamentaram os entendimentos firmados nos Acórdãos 2.819/2011, 2.681/2013, 3.105/2013 e 1.160/2014, todos do Plenário, responder ao consulente que:

9.1.1. a jurisprudência deste Tribunal é pacífica no sentido de entender, como regra geral, para atendimento dos limites definidos no art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/1993, que os acréscimos ou supressões nos montantes dos ajustes firmados pelos órgãos e pelas entidades da Administração Pública devem ser considerados de forma isolada, sendo calculados sobre o valor original do contrato, vedada a compensação entre seus valores;

9.1.2. a modulação admitida no Acórdão 2.681/2013-TCU-Plenário não pode ser generalizada a fim de se estender a todo e qualquer contrato de obra de infraestrutura hídrica firmado em decorrência de Termo de Compromisso assinado com o Ministério da Integração Nacional, eis que nem todos os contratos apresentam as mesmas peculiaridades que conduziram o Tribunal naquela decisão;

9.1.3. é juridicamente viável a compensação entre o conjunto de acréscimos e de supressões no caso de empreendimentos de grande relevância socioeconômica do setor de infraestrutura hídrica que integrem Termo de Compromisso pactuado com o Ministério da Integração Nacional, desde que o contrato tenha sido firmado antes da data de publicação do Acórdão 2.059/2013-TCU-Plenário e as

alterações sejam necessárias para a conclusão do objeto, sem que impliquem seu desvirtuamento, observada a supremacia do interesse público e demais princípios que regem a Administração Pública;

9.1.4. as circunstâncias que comprovem o enquadramento de cada caso à solução temporária indicada no subitem anterior deverão constar dos processos administrativos relativos aos aditivos, que também devem apresentar as justificativas quanto à pertinência da alteração, os elementos técnicos que demonstrem não estar sendo desvirtuadas as características fundamentais estabelecidas no projeto básico do empreendimento e o atendimento ao disposto nos arts. 14 e 15 do Decreto 7.983/2013 (Rel. Min. Bruno Dantas, Processo nº 015.542/2016-5).

12. Subcontratação

A subcontratação de terceiro pelo contratado encontra previsão no art. 72 da Lei nº 8.666/93, *verbis*:

O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração.

Amplia, em princípio, a competitividade porque possibilita a participação de sociedades empresariais que, embora atuem no ramo do objeto da licitação, não estejam habilitadas à execução de sua integralidade. A execução de parte do objeto é transferida a terceiro, escolhido pelo contratado, desde que não encontre vedação no edital da licitação. Constitui motivo para sua rescisão a existência de dispositivo editalício ou cláusula contratual expressa no sentido de vedá-la.

No regime do art. 72, a iniciativa de subcontratar é do contratado, no curso da execução do contrato, desde que autorizado pela administração. E a responsabilidade por eventuais danos, vícios, falhas, omissões ou prejuízos decorrentes da execução do objeto é integral do contratado perante a administração.

12.1 sub-rogação

A sub-rogação traduz cessão ou transferência não só da execução total ou parcial do objeto, mas também das responsabilidades contratuais: o contratado, na condição de sub-rogante, cede sua posição a terceiro, que assume todos os seus direitos e deveres consignados no termo contratual original.

A sub-rogação substitui o juízo da administração – formado durante e por meio do procedimento licitatório – pelo juízo do licitante vencedor, o qual, por ato próprio, escolhe terceiro para executar o objeto a ele adjudicado e responder pelas obrigações e direitos previstos no contrato, passando a assumir a posição de contratado, neste ponto distinguindo-se da subcontratação. Daí ser ilegal e inconstitucional a sub-rogação, nos contratos administrativos, da figura do contratado ou a divisão das responsabilidades por ele assumidas, ainda que de forma solidária, em ofensa aos princípios constitucionais da moralidade e da eficiência (art. 37, *caput*, da Constituição Federal), o princípio da supremacia do interesse público, o dever geral de licitar (art. 37, XXI, da Constituição Federal) e os artigos 2º, 72 e 78, inciso VI, da Lei nº 8.666/93.

13. Fiscalização

A fiscalização é atividade de controle e inspeção sistemática da execução do objeto contratado, com a finalidade de certificar-se, a administração, de que tal execução obedece às especificações, ao projeto, aos prazos estabelecidos e demais obrigações previstas no contrato. Traduz-se, portanto, no acompanhamento cotidiano do contrato em seu local de execução.

De acordo com o art. 67 da Lei nº 8.666/93, a execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição. Esse representante (o fiscal) anotarà em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato,

determinando o que for necessário à regularização de faltas ou defeitos observados. As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante (fiscal) deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes.

O superior a que alude esse dispositivo é o gestor do contrato, cuja atribuição é gerenciar o contrato, tomar decisões relativas à sua execução e sobre eventuais e possíveis alterações das condições avançadas por meio de aditamentos ou apostilamentos, quando autorizados. Decerto que tomará decisões gerenciais do contrato com base nas informações que lhe transmitir o fiscal da execução de campo das obrigações contratadas.

14. Aplicação das sanções da Lei nº 8.666/93 nos contratos decorrentes de pregão e do RDC

A Lei nº 8.666/93, em seus artigos 86 e 87, prevê sanções administrativas aplicáveis ao contratado, decorrentes da inexecução total ou parcial do objeto do contrato. São elas: as multas moratória (art. 86) e compensatória (art. 87, II), advertência (art. 87, I), suspensão para participar de licitação e contratar com o órgão ou entidade sancionadora (art. 87, III) e declaração de inidoneidade (art. 87, IV).

Tais sanções convivem com aquelas previstas no art. 7º da Lei nº 10.520/02, quando a modalidade licitatória utilizada for o pregão. A própria redação do art. 7º, ao estabelecer a aplicação da sanção de impedimento de licitar e contratar com a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, concomitantemente com o descredenciamento do sistema de registro cadastral competente, pela prática dos atos ali enunciados, prevê que tais sanções podem ser aplicadas “sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais”.

Da leitura do art. 7º da Lei nº 10.520/02 infere-se que o dispositivo não afastou a incidência de outras cominações, desde que previstas em lei, ou seja, lei em sentido formal, aprovada pelo Poder Legislativo. A aplicação das sanções do art. 87 da Lei nº 8.666/93, também na modalidade pregão, torna-se eficaz quando a infração cometida pelo contratado não integra o exaustivo elenco de infrações previstas no art. 7º da Lei nº 10.520/02 (princípio da tipicidade).

A inexecução contratual de menor gravidade, se fosse admitida somente a imposição da sanção do art. 7º, exporia a Administração Pública Federal, na condição de órgão ou entidade licitante ou contratante, a impor sanção que tornaria o licitante ou o contratado impedido de licitar e contratar com ninguém menos que a União, o que quer dizer: impedido de licitar e contratar com todos os entes públicos personalizados que a integram e os seus órgãos respectivamente subordinados, bem como as entidades vinculadas àqueles órgãos, nomeadamente as autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista, além do descredenciamento do licitante ou da contratada no SicaF; enquanto a mesma infração, conquanto admitidas as sanções do art. 87 da Lei nº 8.666/93, torna possível a aplicação de pena menos severa, como a de advertência ou suspensão de licitar ou contratar com a administração contratante, por prazo de até dois anos.

A Lei nº 12.462/11, que instituiu o regime diferenciado de contratações públicas (RDC), prevê as mesmas infrações e sanções do art. 7º da Lei nº 10.520/02 e admite, expressamente, a incidência das sanções administrativas previstas na Lei nº 8.666/93 em seus contratos.

Confira-se:

Art. 47. Ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas no instrumento convocatório e no contrato, bem como das demais cominações legais, o licitante que:

I – convocado dentro do prazo de validade da sua proposta não celebrar o contrato, inclusive nas hipóteses previstas no parágrafo único do art. 40 e no art. 41 desta Lei;

II – deixar de entregar a documentação exigida para o certame ou apresentar documento falso;

- III – ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado;
- IV – não manter a proposta, salvo se em decorrência de fato superveniente, devidamente justificado;
- V – fraudar a licitação ou praticar atos fraudulentos na execução do contrato;
- VI – comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal; ou
- VII – der causa à inexecução total ou parcial do contrato.

[...]

§ 2º As sanções administrativas, criminais e demais regras previstas no Capítulo IV da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, aplicam-se às licitações e aos contratos regidos por esta Lei. (grifamos)

15. Aplicação da penalidade de impedimento de licitar e contratar prevista na lei do pregão

O art. 7º da Lei do Pregão (Lei nº 10.520/02) relaciona diferentes condutas que podem configurar infração, nas contratações realizadas nessa modalidade. O elenco de irregularidades previsto no dispositivo refere-se a condutas praticadas na contratação, no curso do certame e durante a execução do contrato. Assim:

Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não manter a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

De acordo com o Tribunal de Contas da União (Acórdão nº 754/2015 – Plenário, Rel. Min. Ana Arraes, Processo nº 015.239/2012-8), o elenco de condutas irregulares tipificado no art. 7º da Lei nº 10.520/02, pode ser sistematizado da seguinte forma: a) não celebrar contrato, se convocado dentro do prazo de validade da proposta; b) deixar de entregar documentação exigida para o certame; c) apresentar documentação falsa; d) ensejar o retardamento da execução de seu objeto; e) não manter a proposta; f) falhar ou fraudar na execução do contrato; g) comportar-se de modo inidôneo; h) cometer fraude fiscal.

Para o efeito de estabelecerem-se os procedimentos para a definição da dosimetria na aplicação da penalidade de impedimento de licitar e contratar prevista no art. 7º da Lei nº 10.520/02, foi publicada, pelo Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, a Norma Operacional 2 DIRAD, de 17 de março de 2017.

Referida norma, além de definir as situações configuradoras das infrações previstas no art. 7º da Lei nº 10.520/02, também disciplina a dosimetria da correspondente sanção (impedimento de licitar e contratar com a União) a ser aplicada ao licitante ou contratado em razão da infração cometida.

A título ilustrativo, de acordo com a Norma Operacional 2 DIRAD, considera-se retardamento na execução do certame qualquer ação ou omissão do licitante que prejudique o bom andamento do certame, evidencie tentativa de indução a erro no julgamento, ou ainda que atrase a assinatura do contrato ou ata de registro de preços.

O Decreto federal nº 9.035/17 dispõe sobre a estrutura regimental do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Segundo o seu art. 16, II, compete ao Departamento de Normas e Sistemas de Logística do órgão formular e promover a implementação de diretrizes relativas a licitações e contratações da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Referida competência encontra supedâneo no art. 115 da Lei nº 8.666/93, segundo o qual os órgãos da administração poderão expedir normas relativas aos procedimentos operacionais a serem observados na execução das licitações, no âmbito de sua competência, observadas as disposições desse diploma.

Recentemente foi publicada a Instrução Normativa nº 1, notadamente em 13 de outubro de 2017, também dispondo sobre os procedimentos para a definição da dosimetria na aplicação da penalidade de impedimento de licitar e contratar prevista no art. 7º da Lei nº 10.520/02, mas esta no âmbito da Presidência da República.

Segundo a Instrução Normativa, em análise comparativa com a Norma Operacional 2 DIRAD, considera-se retardamento da execução do objeto qualquer ação ou omissão do licitante que prejudique o bom andamento da licitação, inclusive deixar de entregar a amostra no prazo assinalado no edital, que evidencie tentativa de indução a erro no julgamento, ou que atrase a assinatura do contrato ou da ata de registro de preços.

A Instrução Normativa nº 1, de 13 de outubro de 2017, destina-se a dispor sobre a dosimetria das sanções previstas no art. 7º da Lei nº 10.520/02 no âmbito da Presidência da República. A Norma Operacional 2 DIRAD, de 17 de março de 2017, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, também se destina a dispor sobre os procedimentos para a definição da dosimetria na aplicação da penalidade de impedimento de licitar e contratar com base no art. 7º da Lei nº 10.520/02. Tem aplicação no âmbito do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, consoante enuncia o seu art. 1º, irradiando-se as suas diretrizes, por força do disposto no art. 16, II, do Decreto nº 9.035/17 e no art. 115 da nº 8.666/93 sobre a administração pública federal direta, autárquica e fundacional, alcançando, por conseguinte, a própria Presidência da República.

Decerto que a Norma Operacional 2 DIRAD, de 17 de março de 2017, produziu um modelo que propicia maior segurança jurídica na aplicação das sanções previstas na Lei do Pregão, cujo art. 7º sempre recebeu a censura de que enunciava sanções genéricas, sem critérios de aplicação, o que ensejava omissões e arbitrariedades. Daí ponderar-se que nenhum óbice haverá a que os demais entes federativos façam dela aplicação na apuração e na imposição de penalidades em sede de contratos sujeitos à Lei do Pregão, desde que assim o mencionem em seus respectivos editais e termos contratuais.

Eis o texto da Norma Operacional 2 DIRAD, de 17 de março de 2017:

Art. 1º Esta norma operacional estabelece procedimentos para a definição da dosimetria na aplicação da penalidade de impedimento de licitar e contratar prevista no art. 7º da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, no âmbito do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão.

Art. 2º Nas licitações na modalidade Pregão realizadas no âmbito do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, é obrigatória a instauração de procedimento administrativo para aplicação das sanções cabíveis quando da ocorrência das seguintes condutas:

- I – deixar de entregar documentação exigida para o certame;
- II – não celebrar o contrato ou a ata de registro de preços, quando convocado dentro do prazo de validade de sua proposta;
- III – apresentar documentação falsa exigida para o certame;
- IV – ensejar o retardamento da execução do certame;
- V – não manter a proposta;
- VI – falhar ou fraudar na execução do contrato;
- VII – comportar-se de maneira inidônea; ou
- VIII – cometer fraude fiscal.

1º Considera-se retardamento na execução do certame qualquer ação ou omissão do licitante que prejudique o bom andamento do certame, evidencie tentativa de indução a erro no julgamento, ou ainda que atrase a assinatura do contrato ou ata de registro de preços.

2º Considera-se não manter a proposta a ausência de envio da mesma, bem como a recusa do envio de seu detalhamento, quando exigível, ou ainda o pedido, pelo licitante, da desclassificação de sua

proposta, quando encerrada a etapa competitiva, desde que não esteja fundamentada na demonstração de vício ou falha na sua elaboração, que evidencie a impossibilidade de seu cumprimento.

3º Considera-se falhar na execução contratual o inadimplemento grave ou inescusável de obrigação assumidas pelo contratado.

4º Considera-se fraudar na execução contratual a prática de qualquer ato destinado a obtenção de vantagem ilícita, induzindo ou mantendo em erro a Administração Pública.

5º Considera-se comportar-se de maneira inidônea a prática de atos direcionados a prejudicar o bom andamento do certame ou do contrato, tais como: frustrar ou fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório, agir em conluio ou em desconformidade com a lei, induzir deliberadamente a erro no julgamento, prestar informações falsas, apresentar documentação com informações inverídicas, ou que contenha emenda ou rasura, destinados a prejudicar a veracidade de suas informações.

Art. 3º Deixar de entregar documentação exigida para o certame: Pena – impedimento do direito de licitar e contratar com a União e descredenciamento do SICAF pelo período de 2 (dois) meses.

Art. 4º Não celebrar o contrato ou a ata de registro de preços, quando convocado dentro do prazo de validade de sua proposta: Pena – impedimento do direito de licitar e contratar com a União e descredenciamento do SICAF pelo período de 4 (quatro) meses.

Art. 5º Apresentação de documentação falsa: Pena – impedimento do direito de licitar e contratar com a União e descredenciamento do SICAF pelo período de 24 (vinte e quatro) meses.

Art. 6º Ensejar o retardamento da execução do certame: Pena – impedimento do direito de licitar e contratar com a União e descredenciamento do SICAF pelo período de 4 (quatro) meses.

Art. 7º Não manter a proposta: Pena – impedimento do direito de licitar e contratar com a União e descredenciamento do SICAF pelo período de 4 (quatro) meses.

Art. 8º Falhar na execução do contrato: Pena – impedimento do direito de licitar e contratar com a União e descredenciamento do SICAF pelo período de 12 (doze) meses.

Art. 9º Fraudar na execução do contrato: Pena – impedimento do direito de licitar e contratar com a União e descredenciamento do SICAF pelo período de 30 (trinta) meses.

Art. 10. Comportar-se de modo inidôneo: Pena – impedimento do direito de licitar e contratar com a União e descredenciamento do SICAF pelo período de 24 (vinte e quatro) meses.

Art. 11. Cometer fraude fiscal: Pena – impedimento do direito de licitar e contratar com a União e descredenciamento do SICAF pelo período de 40 (quarenta) meses.

Art. 12. As penas previstas nos arts. 3º a 11 serão agravadas em 50% (cinquenta por cento) de sua pena-base, para cada agravante, até o limite de 60 (sessenta) meses, em decorrência do seguinte:

I – quando restar comprovado que o licitante ou contratado tenha sofrido registro de 3 (três) ou mais penalidades no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF em decorrência da prática de qualquer das condutas tipificadas na presente norma nos 24 (vinte e quatro) meses que antecederam o fato em decorrência do qual será aplicada a penalidade;

II – quando restar comprovado que o licitante tenha sido desclassificado ou inabilitado por não atender às condições do edital, quando for notória a sua impossibilidade de atendimento ao estabelecido;

III – quando o licitante, deliberadamente, não responder às diligências destinadas a esclarecer ou a complementar a instrução do processo; ou

IV – quando restar comprovado que o licitante tenha prestado declaração falsa de que é beneficiário do tratamento diferenciado concedido em legislação específica.

Art. 13. As penas previstas nos arts. 3º, 4º, 6º e 7º serão reduzidas pela metade, apenas uma vez, após a incidência do previsto no art. 12, quando não tenha havido nenhum dano ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, em decorrência de qualquer das seguintes atenuantes:

I – a conduta praticada tenha sido, desde que devidamente comprovada, decorrente de falha escusável do licitante ou contratado;

II – a conduta praticada seja decorrente da apresentação de documentação que contenha vícios ou omissões para os quais não tenha contribuído, ou que não sejam de fácil identificação, desde que devidamente comprovado; ou

III – a conduta praticada seja decorrente da apresentação de documentação que não atendeu às exigências do edital, desde que reste evidenciado equívoco em seu encaminhamento e a ausência de dolo.

Art. 14. A penalidade prevista no Art. 3º será afastada quando tenha ocorrido a entrega da documentação fora dos prazos estabelecidos, desde que não tenha acarretado prejuízos à Administração, observando-se ainda, cumulativamente:

I – a ausência de dolo na conduta;

II – que a documentação entregue esteja correta e adequada ao que foi solicitado;

III – que o eventual atraso no cumprimento dos prazos não seja superior a sua quarta parte;

IV – não tenha ocorrido nenhuma solicitação de prorrogação dos prazos;

V – que a penalidade esteja estabelecida em prazo não superior a 2 (dois) meses; e

VI – que o licitante faltoso não tenha sofrido registro de penalidade no SICAF em decorrência da prática de qualquer das condutas tipificadas na presente norma em procedimentos licitatórios ou contratações ocorridos nos 12 (doze) meses que antecederam o fato em razão do qual será aplicada a penalidade.

Art. 15. Quando a ação ou omissão do licitante ou contratante ensejar o enquadramento da conduta em tipos distintos, prevalecerá aquele que comina a sanção mais grave.

Art. 16. Na apuração dos fatos de que trata a presente Norma, a Administração atuará com base no princípio da boa fé objetiva, assegurando ao licitante a ampla defesa e o contraditório, o direito de juntar todo e qualquer meio de prova necessário à sua defesa, podendo, inclusive, requerer diligências.

Parágrafo único. A Administração deverá formar sua convicção com base na demonstração dos fatos e condutas praticadas, devendo, quando necessário, promover diligências para a apuração da veracidade dos documentos e informações apresentadas na defesa.

Art. 17. Esta Norma Operacional entra em vigor na data de sua publicação.

16. Declaração falsa

Em sede administrativa, o art. 28 do Decreto federal nº 5.450/05, que regulamenta o procedimento aplicável à modalidade pregão, no formato eletrônico, e ao qual se subordinam órgãos da administração pública federal direta, fundos especiais, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, reproduz, em parte, o disposto no art. 7º da Lei nº 10.520/02, que relaciona as infrações e sanções administrativas aplicáveis nas licitações sob a modalidade do pregão, a saber:

Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

Art. 28. Aquele que, convocado dentro do prazo de validade de sua proposta, não assinar o contrato ou ata de registro de preços, deixar de entregar documentação exigida no edital, apresentar documentação falsa, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo, *fizer declaração falsa* ou cometer fraude fiscal, garantido o direito à ampla defesa, ficará impedido de licitar e de contratar com a União, e será descredenciado no SICAF, pelo prazo de até cinco anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

Segundo o art. 28 do Decreto federal nº 5.450/05, quem fizer “declaração falsa” ficará impedido de licitar e de contratar com a União e será descredenciado no SICAF. Referida infração, cuja dosimetria na aplicação da sanção é disciplinada tanto na Instrução Normativa nº 1, de 13 de outubro de 2017, como na Norma Operacional 2 DIRAD, de 17 de março de 2017, não encontra previsão no art. 7º da Lei nº 10.520/02.

Decretos são atos administrativos de competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo, destinados a prover sobre a efetivação de normas expressas em lei. A diferença entre a lei e o regulamento, no Direito brasileiro, não se limita à origem ou à supremacia daquela sobre este. A distinção substancial reside no fato de que a lei inova originariamente o ordenamento jurídico, enquanto o regulamento não o altera, limitando-se a enunciar regras orgânicas e procedimentais destinadas a pôr em execução os princípios e normas institucionais estabelecidos por lei, ou para desenvolver os preceitos constantes da lei, expressos ou implícitos.

A “declaração falsa” a que alude o Decreto federal nº 5.450/05, inexistente no art. 7º da Lei do Pregão (nº 10.520/02), não configura infração administrativa. No sistema jurídico brasileiro, decreto regulamentar não pode criar infrações, obrigações, vedações e sanções além das que forem previstas em lei, posto que só a lei pode inovar a ordem jurídica e, portanto, criar figuras delituais típicas. Tal compreensão decorre do disposto no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal (“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”). A determinação do inciso XXXIX da Constituição (“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”) aplica-se também ao ilícito administrativo.

17. Rescisão contratual

O art. 78 da Lei nº 8.666/93 elenca, de forma exemplificativa, os motivos ensejadores da rescisão contratual. A ocorrência de outras situações supervenientes, impeditivas do prosseguimento da relação contratual na forma originariamente pactuada, autoriza a rescisão do contrato, desde que devidamente comprovadas e justificadas pela administração.

Os incisos I a XI e XVIII referem-se às situações ensejadoras de rescisão contratual por fato do contratado. As situações elencadas nos incisos XIII a XVI referem-se às hipóteses de rescisão contratual por fato da administração. Já as hipóteses dos incisos XII e XVII decorrem de fatos além e acima dos previsíveis pela administração pública e pelo contratado, impeditivas do prosseguimento do contrato nas condições originariamente pactuadas.

17.1 rescisão unilateral

A rescisão contratual unilateral decorre de prerrogativa concedida à administração pública (art. 58, II, da Lei nº 8.666/93), nas hipóteses previstas nos incisos I a XII e XVII do art. 78 da mesma Lei, e será precedida de autorização escrita e fundamentada da autoridade competente.

A rescisão unilateral, dependendo do caso concreto, pode produzir as seguintes consequências, sem prejuízo da aplicação de sanções previstas na Lei nº 8.666/93:

(a) assunção imediata do objeto do contrato, no estado e local em que se encontrar, por ato próprio da administração; neste caso, esta poderá dar continuidade à obra ou ao serviço por execução direta (com seus próprios meios) ou indireta (contratando terceiro);

(b) ocupação e utilização do local, instalações, equipamentos, material e pessoal empregados na execução do contrato, necessários à sua continuidade, na forma do inciso V do art. 58 da Lei nº 8.666/93; também neste caso, a administração poderá dar continuidade à obra ou ao serviço por execução direta ou indireta, devendo o ato ser precedido de autorização expressa do Ministro de Estado competente ou Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso;

(c) execução da garantia contratual, para ressarcimento da administração, e dos valores das multas e indenizações a ela devidos; e

(d) retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à administração.

Importante que o termo de rescisão seja precedido de balanço dos eventos contratuais já cumpridos ou parcialmente cumpridos, da relação dos pagamentos já efetuados e ainda devidos, bem como de eventuais indenizações e multas devidas pelo contratado.

17.2 rescisão contratual consensual

De acordo com o art. 79, II, da Lei nº 8.666/93, a rescisão do contrato poderá ocorrer de forma amigável, por acordo entre as partes, reduzida a termo nos autos do processo da licitação, e desde que a rescisão convenha à administração.

Para a rescisão contratual consensual, ou seja, fruto de acordo entre a administração contratante e o contratado, devem ser observados os seguintes requisitos:

(a) não pode ser aplicada quando houver motivo de rescisão unilateral;

(b) não pode resultar em prejuízo para a administração contratante;

(c) viabilizar-se acordo entre as partes contratantes;

(d) existência de prévia autorização escrita e fundamentada da autoridade competente, sobretudo no tocante à conveniência para a administração; e

(e) formalização por meio de termo de rescisão, lavrado nos autos do processo da licitação ou da contratação direta.

De acordo com o Tribunal de Contas da União, somente cabe a rescisão amigável de contrato administrativo quando houver conveniência para a administração e não ocorrer nenhuma das hipóteses legais de rescisão unilateral. Assim:

1.7.1.2. a rescisão amigável de contrato, sem a devida comprovação de conveniência para a Administração e de que não houve os motivos para a rescisão unilateral do ajuste, conforme se verificou nos contratos para a execução dos objetos dos Contratos de Repasse 0141552-42/2002 e 0141553-57/2002, constitui ato ilegal, pois afronta o disposto no art. 79, inciso II, da Lei 8.666/199 (Acórdão nº 1.175/2015 – Segunda Câmara, Rel. Min. Augusto Nardes, Processo nº 016.392/2011-6).

3. A rescisão amigável de contrato administrativo especificada no art. 79, inciso II, da Lei 8.666/1993 somente é cabível se houver conveniência para administração e não ocorrer nenhuma das hipóteses previstas na lei para a rescisão unilateral da avença (Acórdão nº 740/2013 – Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, Processo nº 016.087/2012-7. Informativo de licitações e contratos nº 146, de 2013).

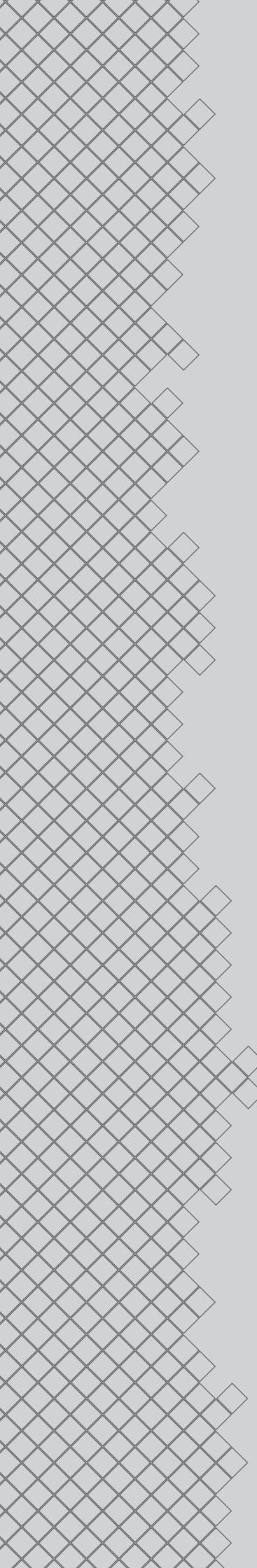
18. Conclusão

A breve recapitulação sistêmica dos mais relevantes elementos jurídicos e jurígenos que integram o processo de concepção, elaboração e execução dos contratos administrativos, seja qual for o normativo de regência de cada qual no atual direito positivo brasileiro – na lei geral, na lei do pregão, nos regulamentos do sistema de registro de preços e na lei do RDC –, enseja a visão de conjunto do mesmo e invariável compromisso que todos esses contratos devem ter com a administração de resultados, proposta pelo estado democrático de direito em construção a partir da Constituição de 1988.

Sentido não mais há, na pós-modernidade – como já houve na ordem jurídica que se desenvolveu a partir do positivismo racional do século XIX, que trouxe consigo o estado dito moderno –, em examinar-se cada um daqueles fenômenos jurídicos – formas de exteriorização da “vontade” administrativa, prazos os mais variados, alterações unilaterais e consensuais, prorrogações, vias de manutenção

e restauração do equilíbrio da equação econômico-financeira, acréscimos e supressões, subcontratação, fiscalização da execução, regime sancionatório, modos de desfazimento da relação contratual e seus efeitos – sem que todos estivessem vinculados à administração de resultados, não apenas à lógica da positivista legalidade estrita e formal. Retome-se, em arremate, a visão prospectiva de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (*op. cit.*, p. 135-143) sobre a gestão pública qualificada pela juridicidade, *verbis*:

[...] não há possibilidade de se por logicamente em dúvida que a entrega de um serviço deva necessariamente garantir a sua utilização. Este resultado, ele próprio considerado – e não apenas os processos empregados para alcançá-lo –, pode e deve ser submetido aos mesmos critérios que presidiram aos trâmites juspolíticos levados a efeito desde o seu planejamento até a sua execução. Em outros termos: os resultados também devem estar conformados aos princípios de legitimidade e de eficiência. A expressão resultado, embora oriunda das ciências administrativas, não deve ser tomada como mera transposição de um conceito de sentido econômico, mas, com muito maior amplitude, ser coerentemente adaptada em referência aos imperativos de efetiva realização das diretrizes constitucionais que orientam e balizam os Poderes Públicos. Assim é que, não obstante legítimo o planejamento e legítima a execução de uma política pública, deve ser também legítimo o resultado, o que vale dizer: o bem ou o serviço entregue à sociedade deve necessariamente garantir uma utilização eficiente por parte de seus destinatários, tal como razoavelmente estaria nas expectativas de todos os que para tanto contribuíram com seus recursos... A referência aqui é a um resultado administrativo legítimo e eficiente e não apenas a processos administrativos legítimos e eficientes, e, muito menos e ainda mais remotamente, a atos administrativos singulares legítimos e eficientes. Distinguida, desse modo, a categoria jurídica do resultado administrativo, a sua análise ganha expressão e autonomia jurídica para que se possam qualificar resultados como adequados e inadequados, previstos e imprevistos, suficientes e insuficientes, efetivos e inefetivos, reais ou falsos etc., essas e outras subcategorizações, fundamentalmente enquadráveis ou como legítimas-ilegítimas ou como eficientes-ineficientes... Eis um ponto em que o direito deve buscar, nas técnicas de controle de gestão, as respostas instrumentais – o denominado SGD (Sistema de Gestão de Desempenho) –, definido como um conjunto de técnicas articuladas destinadas a realizar as seguintes funções: a) definição de objetivos de políticas públicas; b) identificação das estruturas administrativas responsáveis por sua consecução; c) definição das normas de desempenho que traduzam um compromisso quanto ao grau de realização dos objetivos demarcados em função dos meios a eles destinados; d) os resultados comensurados e sua comunicação; e) outorga de facilidades de gestão aos responsáveis, proporcionalmente a seu desempenho (conforme convênios de gestão); f) análise dos dados de desempenho integrados com vista a informar as subsequentes decisões sobre recursos e orçamentação; g) fixação de acompanhamentos físicos e contábeis necessários para os controles, correntes e posteriores. Com toda razão, portanto, os autores que conotam a implantação desta modalidade vanguardeira de controle a uma cultura de resultados... Ao mesmo tempo, no evoluir do processo, a sociedade cumulativamente se beneficia, vindo nele a colher novas oportunidades de se exercitar e de se aprofundar na saudável prática da democracia – entendida não apenas como a vetusta democracia formal, aquela das eleições periódicas para a escolha de quem nos governará, mas a jovem democracia substantiva, esta da participação e da realização de valores, dirigida à escolha, como se referiu Jean Rivero, de como queremos ser governados. São preciosos instrumentos da cidadania, que poderão ser, auspiciosamente, de emprego regular no direito público deste vigésimo primeiro século.



S|LC

SOLUÇÕES

JURISPRUDENCIAIS

Esta seção apresenta julgados cuidadosamente escolhidos a respeito de diversos temas pertinentes e atuais, indispensáveis a todos os que desejam se manter a par das últimas decisões dos tribunais brasileiros.

Os julgados aqui apresentados são publicados em seu inteiro teor, com apenas pequenos ajustes de formatação para melhor adequação à publicação neste periódico.

Responsabilização dos pareceristas jurídicos, por culpa ou erro grosseiro, na emissão de pareceres opinativos que induzam o administrador público à prática de irregularidades ou ilegalidades

Tribunal de Contas da União

Grupo I – Classe I – Plenário

TC 015.560/2006-1

Natureza: Recurso de Reconsideração.

Unidade jurisdicionada: Companhia das Docas do Estado da Bahia – Codeba.

Recorrentes: Geraldo Simões de Oliveira (CPF [...]) e Soraya Regina Bastos Costa Pinto (CPF [...]).

Representação legal: Sidney Sá das Neves (OAB/BA [...] e OAB/DF [...]), Gustavo Teixeira Ramos (OAB/DF [...]) e Aline Mendonça Sterf (OAB/DF [...]).

RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO EM PRESTAÇÃO DE CONTAS. IRREGULARIDADE, COM APLICAÇÃO DE MULTA. ALEGAÇÕES RECURSAIS INSUFICIENTES PARA REVERTER A DELIBERAÇÃO RECORRIDA. NEGATIVA DE PROVIMENTO.

1. Mantém-se o julgamento pela irregularidade das contas e a condenação do responsável em débito, com aplicação de multa, quando não são trazidos aos autos elementos suficientes para a modificação do juízo formado por esta Corte.
2. A pretensão punitiva do TCU subordina-se ao prazo geral de prescrição indicado no art. 205 do Código Civil, conforme assentado no Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário (incidente de uniformização de jurisprudência), sendo ela contada a partir da data de ocorrência da irregularidade sancionada, nos termos do art. 189 do mesmo Códex.
3. Diante da não comprovação da boa e regular aplicação dos recursos conveniados, o termo inicial para a contagem do prazo da prescrição da pretensão punitiva do TCU deve ser fixado na data fatal para a prestação de contas final do ajuste pactuado.

Relatório

Adoto como relatório, com alguns ajustes de forma pertinentes, a instrução lavrada pelo auditor encarregado do exame do processo no âmbito da Secretaria de Recursos (peça 141), a qual contou com a anuência do escalão dirigente da unidade técnica e do Ministério Público junto a este Tribunal (peças 142 a 144):

“INTRODUÇÃO

1. Trata-se de recursos de reconsideração (peças 77 e 105) interpostos por Geraldo Simões de Oliveira, ex-Presidente, e Soraya Regina Bastos Costa Pinto, ex-Coordenadora do Departamento Jurídico, em oposição ao Acórdão 3.193/2014-TCU-Plenário (peça 68), exarado com o seguinte teor. Em destaque, os itens alcançados pelo efeito suspensivo:

9.1. julgar irregulares as contas dos Srs. Geraldo Simões de Oliveira e Soraya Regina Bastos Costa Pinto, com fulcro nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alínea 'b', 19 e 23, inciso III, da Lei 8.443/1992;

9.2. julgar regulares com ressalva, com fundamento nos arts. 1º, inciso I; 16, inciso II; 18 e 23, inciso II, da Lei 8.443/1992, as contas dos Srs. Jorge Francisco Medauar e José Galdino Aragão Leite, dando-lhes quitação;

9.3. julgar regulares, com fundamento nos arts. 1º, inciso I; 16, inciso I; 17 e 23, inciso I, da Lei 8.443/1992, as contas dos demais responsáveis arrolados, dando-lhes quitação plena;

9.4. aplicar, individualmente, aos Srs. *Geraldo Simões de Oliveira e Soraya Regina Bastos Costa Pinto* a multa prevista no art. 58, inciso I, da Lei 8.443/1992, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais);

9.5. fixar o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da data da notificação, para que os responsáveis de que trata o subitem anterior comprovem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea 'a', e 269 do RI/TCU), o recolhimento das referidas quantias aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas, quando paga após seu vencimento, monetariamente desde a data de prolação deste acórdão até a do efetivo recolhimento, na forma da legislação em vigor;

9.6. autorizar a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992;

9.7. autorizar, desde já, caso venha a ser solicitado, o parcelamento das dívidas em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais, nos termos do art. 217 do RI/TCU, com a incidência sobre cada parcela dos devidos encargos legais até o efetivo pagamento, esclarecendo que a falta de pagamento de qualquer parcela importará no vencimento antecipado do saldo devedor (§ 2º do art. 217 do RI/TCU);

9.8. determinar à Companhia das Docas do Estado da Bahia – Codeba que:

9.8.1. no que diz respeito à Administração da Hidrovia do São Francisco (AHSFRA), informe nas próximas contas as providências adotadas em relação à constatação de que teriam sido utilizados recursos públicos para o custeio de viagem particular de servidor – trecho Brasília/Boa Vista/Brasília – no valor de R\$ 1.673,50 (peça 24, p. 11-15);

9.9. dar ciência à Companhia das Docas do Estado da Bahia – Codeba que foram constatadas as seguintes ocorrências na apreciação destas contas:

9.9.1. ausência de sistematização e formalização de procedimentos para:

9.9.1.1. recuperação de créditos vencidos decorrentes das atividades operacionais da empresa (peça 4, p. 56-57);

9.9.1.2. apuração de responsabilidades em razão de infrações de trânsito (peça 4, p. 57-60);

9.9.1.3. ressarcimento de despesas referentes à utilização de telefones celulares pelos prepostos da empresa (peça 4, p. 60-62);

9.9.2. contratação direta, com fulcro no art. 24, inciso XIII, da Lei 8.666/1993 sem que tivesse sido demonstrada a inquestionável reputação ético-profissional da contratada;

9.9.3. concessão irregular de empréstimos a servidores admitidos posteriormente à edição do Decreto-lei 2.355/1987;

9.10. determinar à Secex/BA que extraia cópias das peças destes autos relacionadas à ocorrência mencionada nos subitens 5.1.3.1. e 5.1.5.1 da instrução às fls. 1384-1403 (peça 28) e proponha sua juntada ao TC 019.668/2007-1, que trata das contas da Companhia das Docas do Estado da Bahia – Codeba, referentes ao exercício de 2006;

9.11. encaminhar cópia deste Acórdão, acompanhado do Relatório e Voto que o fundamentam, bem como das peças 4, p. 56-62; e 24, p. 11-15, à Companhia das Docas do Estado da Bahia – Codeba;

9.12. dar ciência aos responsáveis do teor desta deliberação.

HISTÓRICO

2. O Relatório de Auditoria nº 175439 (peça 3, p. 46-peça 5, p. 27), elaborado pela Controladoria-Geral da União, apresenta os resultados dos exames realizados referentes à prestação de contas dos atos de gestão da Companhia das Docas do Estado da Bahia (Codeba), no exercício de 2005.

3. A Secretaria Federal de Controle Interno certificou a regularidade com ressalva das contas dos seguintes responsáveis: Jorge Francisco Medauar (Diretor-Presidente de 1/1/2005 a 29/4/2005), *Geraldo Simões de Oliveira* (Diretor-Presidente de 29/4/2005 a 3/12/2005), José Galdino Aragão Leite

(Diretor Administrativo), José Fidelis Augusto Sarno (Diretor de Infraestrutura), Newton Ferreira Dias (Diretor Administrativo), Osias Ernesto Lopes (Coordenador Administrativo), *Soraya Regina Bastos Costa Pinto* (Coordenadora do Jurídico) (peça 22, p. 47-52).

4. Encaminhados os autos ao TCU (peça 22, p. 58), foram realizadas inicialmente diligências na Codeba (peça 23, p. 24-32), com vistas a sanear as diversas irregularidades apontadas pelo Controle Interno.

5. Após analisar as respostas às supracitadas diligências, constatou-se a necessidade de realização de nova diligência no próprio órgão jurisdicionado, o que resultou na proposta de se promover audiências dos responsáveis, conforme consta das instruções e despachos encartados à peça 24, p. 43-57 e peça 25, p. 12-15.

6. As audiências aos ora recorrentes se deram, por meio dos ofícios constantes da peça 25, p. 24 e p. 30-32, cujas respostas foram encaminhadas ao Tribunal pela Sra. Soraya Regina Bastos Costa Primo (peça 25, p. 37-53) e pelo Sr. Geraldo Simões de Oliveira (peça 27, p. 24-37).

7. O exame dessas razões de justificativa apresentadas a esta Corte foi efetuado pela Secex/BA (peça 28, p. 29-52), pelo qual foram propostas a irregularidade das contas de diversos responsáveis, bem como a aplicação de multa e diversas determinações à Codeba. Já o MP/TCU manifestou-se de acordo com a proposta da regional da Bahia, à qual acresceu apenas alguns ajustes (peça 28, p. 55).

8. O Pleno do Tribunal, por sua vez, ao analisar o feito, proferiu o acórdão ora recorrido (peça 68 – transcrito no topo desta instrução), por meio do qual concluiu que apenas o Sr. Geraldo Simões de Oliveira (ex-Presidente) e a Sra. Soraya Regina Bastos Costa Pinto (ex-Coodenadora do Departamento Jurídico) teriam suas contas julgadas irregulares, condenando-os ao pagamento da multa prevista no art. 58, inciso I, da Lei 8.443/1992, em razão da *irregularidade descrita a seguir*, já que as demais foram afastadas, conforme análise constante do Voto (peça 69), que precedeu o Acórdão 3.193/2014-TCU-Plenário.

contratação direta da Fundação Crê para prestação de serviços, com fundamento no art. 24 da Lei 8.666/93, sendo que a entidade não possuía em seu quadro pessoal técnico qualificado e os serviços contratados seriam executados pela empresa Aquino Consultores Associados Ltda., configurando subcontratação. Também não restou provado no processo que a proposta da Fundação Crê seria a mais vantajosa;

9. A condenação da ex-Coodenadora do Departamento Jurídico fundamentou-se na *emissão de parecer favorável* à contratação da Fundação Crê (peça 12, p. 40-41), o que foi considerado ‘prática de erro grosseiro’, por não ter aprofundado as investigações a respeito do preenchimento por parte da contratada dos requisitos previstos no art. 24, inciso XIII, da Lei 8.666/1993 (peça 69, p. 4).

10. Neste momento, em razão do inconformismo com a referida deliberação, os recorrentes interpõem recursos de reconsideração (peças 77 e 105), pelos quais pleiteiam o julgamento de suas contas como regulares com ressalva, bem como o afastamento da multa que lhes foi aplicada.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

11. Reiteram-se os exames preliminares de admissibilidade realizados por esta unidade técnica (peças 107-109), ratificados pelo Exmo. Relator, Ministro Augusto Nardes (peça 115), para conhecer dos recursos de reconsideração, com fundamento nos artigos 32, inciso I, e 33, da Lei 8.443/92, c/c o artigo 285 do RI/TCU, suspendendo-se os efeitos referentes aos itens 9.1, 9.4, 9.5 e 9.6 do acórdão recorrido.

EXAME DE MÉRITO

12. Delimitação

12.1. Constitui objeto do presente recurso definir:

- a) se ocorreu a *prescrição* da pretensão punitiva do TCU;
- b) se foi adequada a *responsabilização* do ex-Presidente e da ex-Coodenadora do Departamento Jurídico.

13. Prescrição (peça 77, p. 1-4)

13.1. O ex-Presidente argumenta que ocorreu a prescrição, pois a ciência do ofício de sua audiência deu-se na data de 30/10/2008 (peça 26, p. 6) e a notificação do acórdão condenatório em 25/11/2014 (peça 72), o que evidencia um transcurso de tempo entre essas duas datas *superior a cinco anos*.

13.2. Diante disso e do que preceitua o art. 54 da Lei 9.784/99, segundo o qual ‘O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários

decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé, o recorrente pugna que a prescrição administrativa ocorreu neste caso concreto.

13.3. Também faz referência ao art. 1º da Lei 9.873/1999, que diz ‘Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado’, para defender a ocorrência da prescrição em cinco anos no processo em análise.

13.4. Acrescenta que a regra é a ‘prescritibilidade’, sendo a ‘imprescritibilidade’ a exceção, razão pela qual o instituto da prescrição deve estar previsto em norma expressa, o que não ocorreu na esfera administrativa, em face da inércia do legislador em relação às punições pelas cortes de contas.

13.5. Aduz ainda que a aplicação, por analogia, das regras do direito civil ao direito administrativo não pode decorrer de uma interpretação extensiva que possa dar ensejo à restrição de direitos. Para sustentar essa tese, anexa à peça recursal excertos doutrinários e jurisprudenciais.

Análise:

13.6. Não é possível acolher a razão recursal que intenta demonstrar ter-se operado a prescrição de multa a ser aplicada pelo Tribunal.

13.7. Muito embora essa questão sequer tenha sido levantada nas razões de justificativa aduzidas pelos responsáveis, o relator da decisão recorrida antecipou-se e, em seu Voto (peça 69, p. 14-15), promoveu análise do tema, por meio da qual demonstrou a inoportunidade da prescrição.

13.8. Em tal análise, o relator consignou que defendia que o prazo prescricional fosse de cinco anos, conforme teor do Acórdão 1.314/2013-TCU-Plenário, bem como dos processos TC 007.822/2005-4 e 011.101/2003-6, também de sua relatoria. Entretanto optou, neste caso, por aplicar, na linha do deliberado nos Acórdãos 2.568/2014-Plenário, 2.391/2014-Plenário, 5.686/2013-1ª Câmara, 4842/2013-1ª Câmara e 1.463/2013-Plenário, a jurisprudência até aqui predominante no Tribunal, que preconiza o uso das regras gerais estabelecidas no Código Civil para a prescrição da pretensão punitiva desta Corte de Contas, a qual estabelece o prazo de dez anos.

13.9. Nessa mesma oportunidade, o relator a quo ressaltou que adotava tal posição até a apreciação definitiva dos processos mencionados no parágrafo anterior, ocasião em que seria deliberada a linha jurisprudencial a ser aplicada pelo Tribunal.

13.10. Assim, em face da divergência que se apresentava, este Tribunal, em 8/6/2016, proferiu o Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário, nos autos de incidente de uniformização de jurisprudência suscitado quando do julgamento de recurso de reconsideração interposto contra o Acórdão-3.298/2011-TCU-Plenário (TC 007.822/2005-4).

13.11. No referido acórdão, ficou deliberado que:

9.1.1. a pretensão punitiva do Tribunal de Contas da União *subordina-se ao prazo geral de prescrição indicado no art. 205 do Código Civil*;

9.1.2. a prescrição a que se refere o subitem anterior é contada a partir da data de ocorrência da irregularidade sancionada, nos termos do art. 189 do Código Civil;

9.1.3. o ato que ordenar a citação, a audiência ou oitiva da parte *interrompe a prescrição* de que trata o subitem 9.1.1, nos termos do art. 202, inciso I, do Código Civil;

9.1.4. a prescrição interrompida *recomeça a correr da data em que for ordenada a citação*, a audiência ou oitiva da parte, nos termos do art. 202, parágrafo único, parte inicial, do Código Civil;

9.1.5. haverá a suspensão da prescrição toda vez que o responsável apresentar elementos adicionais de defesa, ou mesmo quando forem necessárias diligências causadas por conta de algum fato novo trazido pelos jurisdicionados, não suficientemente documentado nas manifestações processuais, sendo que a paralisação da contagem do prazo ocorrerá no período compreendido entre a juntada dos elementos adicionais de defesa ou da peça contendo o fato novo e a análise dos referidos elementos ou da resposta da diligência, nos termos do art. 160, § 2º, do Regimento Interno;

9.1.6. a ocorrência desta espécie de prescrição será aferida, independentemente de alegação da parte, em cada processo no qual haja intenção de aplicação das sanções previstas na Lei 8.443/1992;

9.1.7. o entendimento consubstanciado nos subitens anteriores será aplicado, de imediato, aos processos novos (autuados a partir desta data) bem como àqueles pendentes de decisão de mérito ou de apreciação de recurso por este Tribunal.

(destaques inseridos)

13.12. Verifica-se, portanto, que neste caso concreto não ocorreu a prescrição, pois, como deliberado no acórdão que examinou o incidente de uniformização de jurisprudência, ela só ocorreria dez anos após o ato que ordenou a audiência (10/2008), já que este a interrompe (itens 9.1.3 e 9.1.4 do acórdão), o que se daria somente em 2018.

13.13. É de se ressaltar que no referido acórdão que uniformizou a jurisprudência as diversas correntes doutrinárias, jurisprudenciais, bem como o arcabouço normativo foram amplamente debatidos, motivo pelo qual a preliminar de ocorrência de prescrição suscitada pelo recorrente não pode ser aceita.

14. Responsabilização

14.1. Geraldo Simões de Oliveira (peça 77, p. 4-9)

14.1.1. No mérito, o recorrente argumenta que a contratação direta da Fundação CRÊ apoiou-se em estudos comparativos realizados pelo órgão competente da Codeba, bem como no parecer do departamento jurídico da empresa, na forma do disposto no art. 24, inciso XIII, da Lei 8.666/1993, o que seria suficiente para isentá-lo de qualquer responsabilização.

14.1.2. Assevera que algumas decisões adotadas na companhia se submetiam ao colegiado da Diretoria-Executiva, composta de quatro diretores, nos termos do Regimento Interno. E neste caso, conforme elementos constantes do processo, era cabível a contratação direta, pois se enquadrava na hipótese de dispensa de licitação, tendo inclusive apresentado a melhor proposta e o menor preço.

14.1.3. Portanto, entende que não agiu de má-fé nem com intuito de burlar a norma, já que confiou em parecer jurídico, que deve se incumbir de analisar a conformidade com a lei e com a jurisprudência deste Tribunal.

Análise:

14.1.4. Rejeitam-se os argumentos recursais do Sr. Geraldo, pois sua responsabilização se baseou em atos de gestão de sua autoria constantes dos autos, a exemplo da homologação e adjudicação dos serviços de consultoria que deu ensejo à dispensa da licitação em questão (peça 12, p. 42), além da assinatura do contrato firmado entre a Codeba e Fundação Crê (peça 13, p. 30-36).

14.1.5. Referidas condutas atraíram para o recorrente a responsabilidade, já que confrontam o art. 24, inciso XIII, da Lei 8.666/1993, que assim dispõe:

Art. 24. É dispensável a licitação:

XIII – na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos; (grifos inseridos).

14.1.6. Como já demonstrado na análise que deu suporte à deliberação recorrida, a própria proposta da Fundação Crê apresentou elementos indicativos de que não detinha corpo técnico qualificado para a execução dos serviços, pelo que se lê no item 'IV – REFERÊNCIAS DA PROPONENTE' (peça 12, p. 5)

Deve-se salientar que à experiência da FUNDAÇÃO CRÊ estão agregadas aquelas das instituições parceiras da mesma, destacando-se a Aquino Consultores Associados e a Associação Brasileira de Apoio aos Recursos Ambientais – ABARÁ.

14.1.7. Além disso, a contratação direta apresentou-se indevida por estar em desacordo com jurisprudência do TCU, segundo a qual o ente contratado por dispensa de licitação, com base no art. 24, XIII, da Lei 8.666/1993, deve comprovar a capacidade de execução do objeto pactuado com meios próprios e de acordo com as suas finalidades institucionais, o que torna inadmissível a subcontratação dos serviços (Acórdãos do Plenário 1.803/2010 e 551/2010).

14.1.8. Portanto, diante das evidências da incapacidade da empresa em realizar o objeto do contrato, bem como da atuação direta do recorrente nos atos ensejadores da irregularidade, não é

possível afastar sua responsabilidade, com base no argumento de que tal conduta baseou-se em análises técnicas e jurídicas das respectivas áreas da companhia.

14.1.9. No caso, a conduta diversa exigível seria examinar com profundidade se a Fundação Crê realmente seria detentora das condições necessárias para executar o objeto do contrato com inquestionável profissionalismo e por seus próprios meios.

14.1.10. Dessa maneira, o recurso do ex-Presidente não pode ser provido.

14.2. Soraya Regina Bastos Costa Pinto (peça 105)

14.2.1. A recorrente, ex-Coordenadora do Departamento Jurídico, apresenta inicialmente as hipóteses de responsabilização pela emissão de parecer jurídico, segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que diz: 'Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa.'

14.2.2. Outro ponto delineado pelo STF preconiza que quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo. Por outro lado, quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer.

14.2.3. Afirma que neste caso concreto o parecer por ela emitido foi meramente opinativo e não vinculante, além do que não há previsão legislativa da obrigatoriedade de elaboração de parecer jurídico, pelo que se lê nos artigos 26 e 38 da Lei 8.666/1993 e nas competências da Coordenação Jurídica previstas no Regimento Interno da Codeba.

14.2.4. Quanto à caracterização de erro grosseiro em sua conduta referente à emissão do parecer favorável à contratação, a recorrente argumenta que, conforme consignado no próprio acórdão recorrido, não se deve exigir que todo o pessoal necessário para a execução do objeto do contrato já componha os quadros da contratada, antes mesmo da contratação ou que a empresa não possa se valer da prestação de serviços de terceiros, razão pela qual entende que no presente caso não há que se falar em erro grosseiro.

14.2.5. Afirma que parece contraditório vislumbrar a ocorrência de erro grosseiro, se o próprio órgão de controle interno registra que 'os profissionais somente foram contratados após assinatura do contrato da CODEBA'. Além disso, a proposta da Fundação contratada veio acompanhada de suas credenciais técnicas, dos currículos dos consultores que participariam da implementação do objeto do contrato, e, ainda, com a informação de que sua experiência estaria agregada à de instituições parceiras reconhecidas no ramo (peça 105, p. 9).

14.2.6. Sobre a assertiva do Tribunal de que a parecerista deveria ter investigado profundamente a Fundação (peça 69, p. 4, item 20), a recorrente argumenta que seu parecer não recomendou a contratação direta (sem licitação), pois tão-somente opinou sobre qual das duas empresas 'selecionadas e consideradas aptas pela Coordenadoria de Assuntos Estratégicos e pelo Coordenador da Secretaria Executiva' seria a mais adequada para a concretização do sistema ambiental da Codeba.

14.2.7. Nesse sentido, argui ainda que não lhe pode ser exigido conhecer as especificidades referentes ao serviço a ser contratado, pois para isso teria que analisar aspectos alheios à sua competência jurídica. Assim, indicou a contratação da Fundação Crê, porque considerou que ela possuía maior experiência e melhor proposta financeira dentre as duas apresentadas, já que ofertou menor preço.

14.2.8. Por fim, pondera que seria de rigor excessivo manter a sua condenação, pois, segundo a jurisprudência desta Corte de Contas (anexada à peça recursal), é necessário que haja absoluta segurança da ocorrência de erro grosseiro para que o parecerista jurídico seja responsabilizado.

Análise:

14.2.9. Verifica-se que a recorrente bem delimitou suas argumentações para afastar sua responsabilização em duas premissas: (a) o parecer por ela emitido foi meramente opinativo e (b) sua conduta não configurou erro grosseiro.

14.2.10. Quanto ao primeiro aspecto, é desnecessário qualquer contra argumentação, pois toda a linha de raciocínio que fundamentou a sanção aplicada pelo Tribunal foi no sentido de que se tratava de parecer opinativo, o que não obrigava a administração da Codeba a segui-lo.

14.2.11. Todavia, mesmo sendo considerado opinativo, o acórdão impugnado verificou a ocorrência de erro grosseiro em seu parecer, o que deu ensejo à aplicação de multa pelo Tribunal. Interessa examinar, portanto, as razões recursais que intentam afastar a existência de erro grosseiro na conduta da ex-Coordenadora do Departamento Jurídico da Codeba.

14.2.12. A conclusão presente na deliberação recorrida de que ocorreu ‘erro grosseiro’ não advém, como afirma a recorrente, da suposta exigência de que *todo o pessoal necessário para a execução do objeto do contrato* já componha os quadros da contratada, mas da clara constatação do controle interno, que assim se manifestou:

Quando apresentou sua proposta, a *Fundação CRÊ não dispunha, em seus quadros, de corpo técnico qualificado para execução serviço*. Pelo contrário, os profissionais somente foram contratados após assinatura do contrato da CODEBA. Resta, portanto, prejudicada avaliar a Fundação CRÊ neste quesito. Uma por que *não traz consigo nenhuma experiência que lhe assegure a inquestionável reputação e outra por não dispor de quadro técnico especializado, a época de sua contratação*.

A Sra. Ana Amélia, representante legal da Fundação CRÊ nos informou, e posteriormente foi confirmado através da Coordenação de Assuntos Estratégicos (CI-COA 38 de 2005), que *para o desenvolvimento do projeto de licenciamento, seriam utilizados os conhecimentos técnicos da empresa Aquino Consultores Associados Ltda.* que já havia prestado serviços para a CODEBA em março de 2004, na área de meio ambiente, tal qual se propõe agora a Fundação CRÊ. (Destques inseridos)

14.2.13. Vê-se, assim, que não se está a falar de todo o pessoal necessário para a execução do contrato, e, sim, do corpo técnico qualificado para tal fim.

14.2.14. Tanto é assim que o Relator do acórdão impugnado se manifestou no sentido de que a norma estabeleceu que a futura contratada deve dispor de irrefutável experiência na realização do objeto a ser contratado e de um núcleo permanente de pessoal qualificado. Já a prestação de serviços auxiliares por terceiros – referentes a partes não relevantes do objeto – e a complementação do quadro de pessoal poderiam ocorrer de acordo com as necessidades impostas pela contratação.

14.2.15. Também não se acolhe a argumentação de que seria contraditório ‘vislumbrar eventual erro grosseiro da Recorrente quando o próprio órgão de controle interno registra que ‘os profissionais somente foram contratados após assinatura do contrato da CODEBA’, pois tal fato vem justamente comprovar que a Fundação Crê não dispunha de quadro suficiente para executar o contrato. Do mesmo modo, se consta da própria proposta da contratada que haveria necessidade de agregar experiência de instituições parceiras *reconhecidas no ramo*, verifica-se um claro indicativo de que a proponente poderia não estar apta a preencher os mencionados requisitos legais.

14.2.16. E é exatamente por esse motivo que se mostra coerente e lógica a assertiva do Tribunal de que a parecerista deveria ter investigado com mais acuidade a Fundação Crê. Ainda sobre esse ponto, rejeita-se o argumento de que não houve a recomendação de contratação direta, pois todo o contexto do Parecer 349/2005 (peça 12, p. 40-41) circundou essa questão, tanto que o dispositivo legal que dispõe sobre a dispensa de licitação – art. 24, inciso XIII, da Lei 8.666/1993 – encontra-se transcrito na própria peça produzida pela ex-Coordenadora. Ademais, na conclusão do Parecer consta: ‘Diante do exposto, opina-se pela contratação da Fundação Crê para a concretização do sistema ambiental da CODEBA’.

14.2.17. Em face do que se expôs sobre as evidências da incapacidade da Fundação Crê para realizar o objeto da contratação, não haveria necessidade de conhecimento profundo das especificidades relacionadas ao serviço, para que se promovesse um exame mais criterioso, de modo a se certificar do preenchimento dos requisitos legais exigidos.

14.2.18. Dessa forma, a manutenção da condenação mostra-se pertinente, pois, como visto, as evidências permitiram afirmar com segurança que ocorreu erro grosseiro, o que torna a parecerista passível de responsabilização, consoante a jurisprudência dominante deste Tribunal e do Supremo Tribunal Federal. Além do mais, os argumentos oferecidos pela recorrente não foram suficientes para descaracterizar o erro grosseiro que lhe foi atribuído.

14.2.19. Essa é a linha de entendimento defendida nos Acórdãos 226/2004-Plenário, 629/2004-Plenário, 160/2006-Plenário, 1.491/2007-1ª Câmara, 1.801/2007-Plenário, 651/2008-Plenário, 2.510/2009-Plenário, 2.706/2009-Plenário, 6.640/2009-1ª Câmara, 1.964/2010-1ª Câmara, 1.161/2010-Plenário, 40/2013-Plenário, 1.151/2015-Plenário, 1.730/2015-1ª Câmara, entre outros, que encontra guarida no Supremo Tribunal Federal, que, no julgamento do MS 24.631-6/DF, ressaltou que, ainda que a natureza

opinativa do parecer jurídico afaste, em regra, a responsabilidade de seu emitente, essa subsiste, caso se demonstre culpa ou erro grosseiro.

CONCLUSÃO

15. Das análises anteriores, conclui-se que não ocorreu a prescrição da pretensão punitiva do TCU e que foi adequada a responsabilização de ambos os recorrentes, razão pela qual a proposta é de negativa de provimento aos dois recursos de reconsideração interpostos.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

16. Diante do exposto, submete-se à consideração superior esta análise dos recursos de reconsideração interpostos por Geraldo Simões de Oliveira e Soraya Regina Bastos Costa Pinto contra o Acórdão 3.193/2014-TCU-Plenário, para propor, com base nos artigos 32, inciso I, e 33, da Lei 8.443/92, c/c o artigo 285 do RI/TCU:

- a) conhecer dos recursos e, no mérito, negar-lhes provimento;
- b) dar ciência ao responsável e aos interessados”.

É o relatório.

Voto

Trata o presente processo, originalmente, da prestação de contas da Companhia das Docas do Estado da Bahia – Codeba relativa ao exercício de 2005.

2. Mediante o Acórdão nº 3.193/2014-TCU-Plenário, este Tribunal decidiu julgar irregulares as presentes contas no que tange à responsabilidade do Sr. Geraldo Simões de Oliveira e da Sra. Soraya Regina Bastos Costa Pinto, respectivamente Diretor-Presidente e Coordenadora do Departamento Jurídico à época dos fatos, com fulcro no art. 16, inciso III, alínea “b”, da Lei nº 8.443/1992, além de aplicar-lhes a multa prevista no art. 58, inciso I, da Lei nº 8.443/1992, no valor de R\$ 10.000,00, em face da “contratação direta da Fundação Crê para prestação de serviços, com fundamento no art. 24 da Lei 8.666/93, sendo que a entidade não possuía em seu quadro pessoal técnico qualificado e os serviços contratados seriam executados pela empresa Aquino Consultores Associados Ltda., configurando subcontratação. Também não restou provado no processo que a proposta da Fundação Crê seria a mais vantajosa”.

3. No caso, a Fundação CRÊ foi contratada por dispensa de licitação, com fulcro no art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/1993, pelo valor de R\$ 1.980.000,00, para a “prestação de serviços técnico-administrativos especializados visando à implantação do Sistema de Gestão Integrada de Meio Ambiente, Segurança e Saúde Ocupacional – SGA e à criação do Núcleo Ambiental da Codeba, integrado com outras iniciativas convergentes da comunidade portuária”, sem que dispusesse em seus quadros de corpo técnico qualificado para a execução desses serviços. No caso, foram considerados os conhecimentos técnicos de outra empresa para justificar a não realização de licitação.

4. Tal contratação foi considerada indevida por estar em desacordo com a jurisprudência desta Corte, a qual estabelece que a entidade contratada sem licitação, com base no mencionado dispositivo legal, deve comprovar a capacidade de execução do objeto pactuado com meios próprios e de acordo com as suas finalidades institucionais, sendo, portanto, inadmissível a subcontratação dos serviços (v.g. Acórdãos nºs 1.803/2010 e 551/2010, ambos do Plenário).

5. Nesta oportunidade, apreciam-se recursos de reconsideração interpostos pelo Sr. Geraldo Simões de Oliveira e pela Sra. Soraya Regina Bastos Costa Pinto contra o Acórdão nº 3.193/2014-TCU-Plenário (peças 77 e 105), alegando, basicamente, a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva deste Tribunal, a inadequação das suas responsabilizações, a natureza opinativa e facultativa do parecer jurídico emitido favoravelmente à contratação, a inoccorrência de culpa ou erro grosseiro na emissão desse parecer e o rigorismo da apenação.

6. No tocante à admissibilidade dos recursos em apreço, entendo que devem ser conhecidos, uma vez que preenchem os pressupostos constantes dos arts. 32, inciso III, e 35 da Lei nº 8.443/1992 c/c o art. 288 do Regimento Interno do TCU.

7. No mérito, verifico que a unidade técnica abordou, com propriedade, todos os argumentos aduzidos nos recursos, esgotando a análise da matéria e tornando, por conseguinte, desnecessário o acréscimo de outras considerações, além dos breves comentários a seguir.

8. Com efeito, os recorrentes não apresentaram qualquer argumento que pudesse descaracterizar as irregularidades apuradas nos autos e/ou elidir a sua responsabilidade pela prática dessas irregularidades.

9. No caso, os recorrentes limitaram-se a repetir argumentos já apresentados e devidamente analisados e refutados por este Tribunal na fase anterior do feito, além de não acostar novos elementos tendentes a afastar a responsabilidade a eles atribuída.

10. Ressalto que, relativamente à Sra. Soraya Regina Bastos Costa Pinto, restou configurada a prática de erro grosseiro por parte da parecerista jurídica ao se manifestar favoravelmente à contratação. Segundo o relator *a quo*, faltou aprofundamento das investigações acerca do preenchimento pela fundação dos requisitos previstos no art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/1993, o que, caso promovido, teria levado à constatação de que tal fundação não atendia aos requisitos legais cabíveis.

11. Esclareço que, segundo apurado, a recorrente manifestou-se favorável à contratação direta da Fundação CRÊ, não obstante a proposta de preços apresentada pela própria fundação denotar que ela não dispunha, em seus quadros, de corpo técnico qualificado para a execução do serviço a ser contratado, e que, em função disso, iria agregar conhecimento técnico de outras instituições.

12. Ora, consoante ressaltado no voto condutor do acórdão recorrido, a exigência contida no art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/1993 de a entidade contratada por dispensa de licitação, com fundamento nesse dispositivo, comprovar a capacidade de execução do objeto pactuado com meios próprios e de acordo com as suas finalidades institucionais visa evitar que tal permissivo legal seja utilizado para contratação direta de empresa que atuará meramente como intermediária na prestação dos serviços. Busca, ainda, evitar a fuga ao regular certame licitatório, uma vez que “a empresa de fato executora do objeto não preencheria os requisitos subjetivos e objetivos para que fosse contratada com fulcro nessa hipótese de dispensa de licitação”.

13. Registro, ainda, que a responsabilização da pareceristas jurídicos por culpa ou erro grosseiro na emissão de pareceres opinativos que induzam o administrador público à prática de irregularidades ou legalidades restou devidamente fundamentada no acórdão recorrido e está assente na jurisprudência deste Tribunal, a exemplo do Acórdão nº 442/2017-TCU-1ª Câmara, de cujo voto condutor destaco o seguinte trecho:

“53. A [omissis] apresenta argumentos na tentativa de afastar a responsabilização da assessora jurídica, uma vez que o parecer não se trata de ato decisório, mas apenas emite opinião, a qual não está o administrador vinculado. Alega que não restou configurado erro grave, inescusável, indicativo de que o profissional agiu com negligência, imprudência ou imperícia, para ensejar a responsabilização do profissional do Direito.

54. Ocorre que, no caso concreto, é possível identificar a conduta culposa da assessora, que emitiu os pareceres concluindo pelo atendimento dos requisitos para a rescisão contratual por razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, e, em seguida, para a contratação emergencial por meio de dispensa de licitação, sem que estivessem devidamente caracterizadas, nos autos, as situações previstas no art. 78, inciso XII, e no art. 24, inciso IV, c/c o artigo 26, inciso I, da Lei 8.666/1993, respectivamente.

55. Nesse sentido, esta Corte entende que o parecerista jurídico pode ser considerado responsável, quando, por dolo ou por culpa, induza o administrador público à prática de irregularidade, conforme explicitado no voto condutor do Acórdão 1851/2015 – Plenário:

19. A responsabilidade dos pareceristas jurídicos é tema recorrente nos processos de controle externo. Embora não exerçam função administrativa estrito senso, os advogados podem ser considerados responsáveis por este TCU, pois o art. 71, inciso VIII, da Constituição Federal, c/c art. 58, inciso II, da Lei

8.443/1992, autoriza a aplicação de multa por atos praticados com grave infração de norma legal. Existindo parecer que, por dolo ou por culpa, induza o administrador público à prática de irregularidade, haverá responsabilidade não apenas dos gestores, mas também dos causídicos (Acórdãos 1.964/2010-1ª Câmara, 1.161/2010-Plenário, 6.640/2009-1ª Câmara, 3.987/2009-2ª Câmara e 157/2008-1ª Câmara).

56. A propósito, ressalto que este entendimento é adotado também em relação à assessora de comunicação, responsável pela manifestação técnica, nos termos do Acórdão 1866/2016 – Plenário:

15. Ressalto que meu posicionamento está de acordo com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que agentes públicos que emitem parecer de natureza técnica podem ser responsabilizados perante o TCU em razão da existência de vícios na manifestação que conduzam à prática de atos irregulares, a exemplo dos Acórdãos 2.521/2012 e 1801/2007, ambos do Plenário, e 4.792/2011, da 2ª Câmara”.

14. Nessa mesma linha o voto condutor do Acórdão nº 1.443/2013-TCU-Plenário, *in verbis*:

“Em primeiro lugar, impende salientar que a jurisprudência dos Tribunais Superiores está consolidada no sentido da possibilidade de responsabilização do parecerista jurídico quando o parecer não estiver devidamente fundamentado.

Os pareceristas não têm salvo-conduto para sustentarem e argumentarem como bem desejarem. Seus pareceres são, em regra, decisivos para a atuação das autoridades que deles se valem para decidir. Nesse sentido, transcrevo excerto do voto condutor do Acórdão TCU 1801/2007-Plenário:

‘4. No que concerne à isenção de pareceristas e à independência profissional inerentes à advocacia, a questão encontra-se pacificada junto a este Tribunal, bem assim junto ao Supremo Tribunal Federal, que evoluiu no sentido de que os pareceristas, de forma genérica, só terão afastada a responsabilidade a eles eventualmente questionada, se seus pareceres estiverem devidamente fundamentados, albergados por tese aceitável da doutrina ou jurisprudência, de forma que guardem forte respeito aos limites definidos pelos princípios da moralidade, legalidade, publicidade, dentre outros.

5. Ou seja, ao parecerista que sustenta opiniões técnicas plausíveis, razoáveis, embasado na boa técnica jurídica e na doutrina consagrada, ainda que fundamentado em convicções pessoais, e sendo seu parecer um instrumento que servirá para orientar o administrador público a tomar decisões, não deverá existir a imputação de responsabilização solidária ao gestor faltoso, porquanto tal parecer estará, como mencionado, livre de opiniões que possam ter carreado em si dolo ou culpa que, de alguma forma, poderiam induzir a erro.

6. Ao contrário, se houver parecer que induza o administrador público à prática de irregularidade, ilegalidade ou quaisquer outros atos que possam ferir princípios como o da moralidade, da legalidade ou da publicidade, só para citar alguns exemplos, ou que, por dolo ou culpa, tenham concorrido para a prática de graves irregularidades ou ilegalidades, haverá de existir solidariedade entre gestores e pareceristas, já que deverão ser considerados os responsáveis pela prática desses atos inquitados.

7. Em que pese não estarem sendo apreciadas, nesta oportunidade, as razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Rui Belford Dias, mas uma vez que podem servir como complemento ao que foi alegado no recurso sob exame, cumpre lembrar que não é somente pela prática de ato doloso que poderá ser o parecerista responsabilizado, mas também pela prática de ato culposos, ou seja, aquele que estiver revestido de imperícia, imprudência ou negligência, na dicção do art. 32 da Lei nº 8.906/1994 (Estatuto dos Advogados).“(destaquei)”.

15. Quanto ao Sr. Geraldo Simões de Oliveira, responsável pela homologação e adjudicação da dispensa de licitação e celebração do contrato firmado entre a Codeba e Fundação Crê, apurou-se a ausência da cautela necessária no exame das peças técnicas que concluíram pela contratação ora impugnada.

16. De fato, como é cediço no âmbito deste Tribunal, “O ato de homologar uma licitação não é mera formalidade, funcionando como revisão da regularidade de todo procedimento”. Configura, então, um ato de fiscalização e controle praticado pela autoridade competente sobre tudo o quanto foi realizado e equivale à aprovação dos procedimentos até então adotados.

17. Nesse sentido, ao anuir aos pareceres exarados no processo, a autoridade homologadora da licitação também se responsabiliza pelos vícios ocorridos no procedimento licitatório (visto que a ela cabe arguir eventuais falhas na condução do procedimento), exceto se as irregularidades decorrerem de vícios ocultos, dificilmente perceptíveis pela autoridade em questão, o que não se deu no caso em exame.

18. Nessa linha, confirmam os Acórdãos nºs 3.294/2014-TCU-Plenário, 4.791/2013-TCU-2ª Câmara e 8.744/2016-TCU-2ª Câmara).

19. Destarte, o acolhimento de eventuais pareceres técnicos e jurídicos favoráveis à prática de um ato não é suficiente para isentar o gestor de responsabilidade nos atos ensejadores da irregularidade, notadamente em se tratando de pareceres opinativos e diante da existência de erro grosseiro nessas manifestações.

20. Em relação à alegada prescrição da pretensão punitiva deste Tribunal, esclareço, mais uma vez, que, nos autos de incidente de uniformização de jurisprudência (TC 030.926/2015-7), a prolação do Acórdão nº 1.441/2016-TCU-Plenário assentou, em suma, que: (i) a pretensão punitiva do TCU subordina-se ao prazo geral de prescrição indicado no art. 205 do Código Civil (10 anos) e é contada a partir da data de ocorrência da irregularidade sancionada; (ii) o ato que ordenar a citação, a audiência ou oitiva da parte interrompe a prescrição; (iii) haverá suspensão da prescrição toda vez que o responsável apresentar elementos adicionais de defesa; (iv) a prescrição será aferida independentemente de alegação da parte; e (v) o entendimento do mencionado acórdão será aplicado de imediato aos processos novos e aos pendentes de decisão.

21. No caso, a irregularidade sancionada nesta tomada de contas especial foi a contratação irregular da Fundação CRÊ. Nessas situações, o termo inicial para a contagem do prazo da prescrição da pretensão punitiva do TCU deve ser fixado na data da ocorrência do fato inquinado, o qual se deu em 15/12/2005 (peça 12, fl. 42).

22. Já o ato ordenatório da audiência dos responsáveis – despacho do então relator dos autos anuindo à proposta de audiência da unidade técnica – ocorreu em 26/9/2008 (peça 25, fl. 16).

23. Sendo assim e nos termos do entendimento firmado pelo Acórdão nº 1.441/2016-TCU-Plenário, não transcorreu o lapso de dez anos preconizado na Lei Civil, razão porque não há que se falar em prescrição da pretensão punitiva do TCU.

24. Por fim, no que tange à multa aplicada aos recorrentes, registro que ela representa cerca de 20% do valor indicado no art. 58, *caput*, da Lei nº 8.443/1993, estando dentro, portanto, dos limites estabelecidos pelo art. 268, inciso I, do Regimento Interno desta Casa, além de guardar compatibilidade com o nível de gravidade e a materialidade da irregularidade apurada, o grau de culpabilidade dos envolvidos e as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto. Ademais, há isonomia de tratamento com casos análogos. Em virtude disso, não se vislumbra rigorismo na apenação dos recorrentes.

Pelo exposto, acolhendo os pareceres exarados nos autos, cabe negar provimento aos apelos, razão pela qual VOTO no sentido de que o Tribunal adote o acórdão que ora submeto à deliberação deste Egrégio Plenário.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 28 de fevereiro de 2018.

Ministro JOÃO AUGUSTO RIBEIRO NARDES

Relator

Acórdão nº 362/2018 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 015.560/2006-1.

2. Grupo: I; Classe de Assunto: I – Recurso de reconsideração (Prestação de Contas).

3. Interessados/Responsáveis/Recorrentes:

3.1. Interessado: Companhia das Docas do Estado da Bahia ([...]).

3.2. Responsáveis: Alano Roberto Santiago Guedes ([...]); Ana Lúcia da Rocha Freitas ([...]); Ana Rita Moreira Brandão ([...]); Antonio Henrique Pinheiro Silveira ([...]); Carlos Fraga Filho ([...]); Cristiano Mario Cordeiro Neto ([...]); Enio Soares Dias ([...]); Eraldo Tinoco Melo ([...]); Erianisio dos Anjos Borges ([...]); Fabio José Macciotti Costa ([...]); Fernanda de Lima Teixeira ([...]); Fernando Roth Schmidt ([...]); Geraldo Simões de Oliveira ([...]); Horacio Matos Neto ([...]); Jorge Francisco Medavar ([...]); Jorge

da Silva Netto ([...]); Jose Galdino de Arago Leite ([...]); José Fidelis Augusto Sarno ([...]); Juraci Manoel de Carvalho ([...]); Matildes de Castro Leal Figueiredo ([...]); Newton Ferreira Dias ([...]); Osias Ernesto Lopes ([...]); Paulo Sérgio Oliveira Passos ([...]); Sebastião Jose Marques de Oliveira ([...]); Soraya Regina Bastos Costa Pinto ([...]); Tarcisio José Massote de Godoy ([...])

3.3. Recorrentes: Geraldo Simões de Oliveira ([...]); Soraya Regina Bastos Costa Pinto ([...]).

4. Órgão/Entidade: Companhia das Docas do Estado da Bahia – Codeba.

5. Relator: Ministro Augusto Nardes.

5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro Benjamin Zymler.

6. Representante do Ministério Público: Procuradora-Geral Cristina Machado da Costa e Silva.

7. Unidades Técnicas: Secretaria de Recursos (SERUR).

8. Representação legal:

8.1. Gustavo Teixeira Ramos (OAB/DF [...]) e Aline Mendonça Sterf (OAB/DF [...]), representando Soraya Regina Bastos Costa Pinto.

8.2. Sidney Sá das Neves (OAB/BA [...] e OAB/DF [...]) e outros, representando Geraldo Simões de Oliveira.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de prestação de contas Companhia das Docas do Estado da Bahia – Codeba relativa ao exercício de 2005, em que se apreciam neste momento recursos de reconsideração interpostos contra o Acórdão nº 3.193/2014-TCU-Plenário,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, com fundamento nos arts. 33 e 48 da Lei nº 8.443/1992, em:

9.1. conhecer dos recursos de reconsideração e, no mérito, negar-lhes provimento, mantendo-se inalterado o acórdão recorrido;

9.2. dar ciência deste acórdão aos recorrentes e aos órgãos interessados.

10. Ata nº 6/2018 – Plenário.

11. Data da Sessão: 28/2/2018 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-0362-06/18-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Raimundo Carreiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Augusto Nardes (Relator), Ana Arraes, Bruno Dantas e Vital do Rêgo.

13.2. Ministros-Substitutos convocados: André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)

RAIMUNDO CARREIRO

(Assinado Eletronicamente)

AUGUSTO NARDES

Presidente

Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)

CRISTINA MACHADO DA COSTA E SILVA

Procuradora-Geral

As omissões nas planilhas de custos e preços das empresas licitantes não ensejam necessariamente a antecipada desclassificação das respectivas propostas comerciais

Tribunal de Contas da União

Grupo I – Classe VII – Plenário

TC 000.643/2018-1.

Natureza: Representação

Entidade: Fundação Universidade do Amazonas.

Representante: Secex-AM.

Representação legal: não há

Representação. RDC Eletrônico. Possível desclassificação indevida de licitante. Concessão da cautelar suspensiva. Oitivas. Conhecimento. Procedência. Determinação para a anulação da indevida desclassificação da licitante, com a nulidade de todos os atos subsequentes. Arquivamento sem prejuízo do monitoramento. Ciência.

Relatório

Trata-se de representação, com pedido de cautelar suspensiva, formulada pela Secex-AM, a partir de manifestação da Ouvidoria (Peça nº 2), sobre possíveis irregularidades no RDC Eletrônico nº 6/2017-Ufam destinado à subsequente contratação de empresa para a construção do Bloco 4 do Instituto de Ciências Sociais, Educação e Zootecnia – ICSEZ/UFAM, no Município de Parintins – AM, sob o valor estimado de R\$ 7.563.233,49.

2. Após a análise final do feito, o auditor federal da Secex-AM lançou o seu parecer conclusivo à Peça nº 28 (fls. 1/6), com a anuência, por delegação de competência, do diretor da unidade técnica (Peça nº 29), nos seguintes termos:

“[...] 2. A presente representação foi instaurada em obediência ao despacho da Secretária da Secex/AM (peça 7), uma vez presentes indícios suficientes que demandavam uma atuação mais específica desta unidade técnica.

3. Em suma, a demanda da ouvidoria (peça 1) alerta para a possibilidade de irregularidades na condução do RDC eletrônico 6/2017-Ufam, mais precisamente no que tange à desclassificação da empresa JJ Barroso Ltda. (CNPJ [...]) por erro na proposta em item de diminuto valor frente ao orçamento todo.

4. Está contida na manifestação que a referida empresa teria sido desclassificada por não ter incluído um item cujo valor é de R\$ 15.040,16, sendo a proposta ofertada de R\$ 6.244.234,60.

5. Além disso, informa que o anexo referente ao orçamento possuía duas planilhas, uma contendo o referido item e outra não, ambas foram juntadas aos autos (peças 4 e 5).

6. Reclama, ainda, que mesmo seguindo um dos anexos, a empresa em referência foi desclassificada, fato que ensejou como aceitação da melhor proposta a da empresa Amazoncreto Ltda. (CNPJ [...]) por R\$ 6.960.000,00, valor com diferença de R\$ 715.765,40 a mais, o que configuraria dano ao erário.

7. A reclamação, também, colaciona parecer técnico no qual se embasou a ratificação da desclassificação da empresa JJ Barroso Ltda. (peça 6), nesse expediente há a confirmação de que a irregularidade se deu por falhas na apresentação de custos diretos e indiretos do item 9.6 (andaimos metálicos), cujo valor de referência era de R\$ 15.040,16 (peça 4, p. 3).

8. Outras dúvidas surgiram ao se aprofundar e analisar a documentação disponível no site da Ufam, em expediente intitulado parecer técnico (peça 9), o qual é citado na ata como a primeira análise da proposta da empresa JJ Barroso, e que levou a sua desclassificação (peça 8, p. 8), consta como motivo para tal a não-linearidade da sua proposta, sob a alegação de que os descontos deveriam ser lineares, sem, contudo, indicar os dispositivos do edital que foram violados. No entanto, essa informação só faria sentido se o critério de julgamento fosse o de maior desconto, sendo que no edital o critério estabelecido foi o de menor preço (peça 3, p. 4).

9. Devido a isso, entendeu-se que era necessária a adoção de medida cautelar, por estarem presentes nos autos os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, bem assim por não se ter configurado o *periculum in mora* ao reverso capaz de trazer prejuízos significativos à Ufam ou ao interesse público.

10. Diante dos fatos apurados, para melhor análise do mérito da presente representação, fez-se necessária, ainda, a adoção de oitiva da Ufam para que esclarecesse os seguintes pontos:

a) Motivo para o parecer técnico 008/2017-CPRO/DE/PCU-Ufam, que ratificou a desclassificação da empresa JJ Barroso, apontar uma impropriedade relativa ao item 9.6 do orçamento consolidado, ausência de cotação de andaimes metálicos, o qual representa 0,24% do valor total da proposta da referida empresa, como um vício insanável para o processo licitatório RDC eletrônico 6/2017-Ufam, e não ter considerado o entendimento do TCU de que a existência de erros materiais ou de omissões nas planilhas de custos e preços das licitantes não enseja a desclassificação antecipada das respectivas propostas, devendo a Administração contratante realizar diligências junto às licitantes para a devida correção das falhas, desde que não seja alterado o valor global proposto, conforme Acórdãos 2546/2015-TCU-Plenário-Rel. Min. André de Carvalho, 1811/2014-Plenário-Rel. Min. Augusto Sherman, 187/2014-Plenário-Rel. Min. Valmir Campelo, entre outros;

b) Motivos para a disponibilização de dois orçamentos diferentes, um com o item 9.6 e outro sem, assim, é importante que a Ufam explique qual é a finalidade da presença do referido item em um orçamento e em outro não, ou se foi um erro, e caso tenha sido um erro, por qual motivo foi utilizado para a desclassificação da empresa JJ Barroso Ltda., mesmo sendo informada pela própria empresa da duplicidade de orçamentos estimativos;

c) Motivo para o parecer técnico que sugeriu a desclassificação da empresa JJ Barroso em uma primeira análise ter considerado como causa a não linearidade dos valores propostos, e informar qual dispositivo do edital que estaria estabelecido o critério de julgamento pelo maior desconto;

d) Informar se outras empresas foram desclassificadas pelos motivos acima;

e) Apresentar planilha que demonstre que a empresa Amazoncreto Ltda. (CNPJ [...]) apresentou, ou não, desconto linear.

11. Ainda, fez-se oportuno chamar a empresa Amazoncreto Ltda. (CNPJ [...]) para que se manifeste nos autos, se assim desejasse.

12. Mediante Despacho, o Exmo. Relator autorizou as oitivas (peça 14) e o Plenário, por intermédio do Acórdão 226/2018-TCU-Plenário, Rel. Min. André Luís de Carvalho, concedeu a medida cautelar suspensiva, determinando a imediata suspensão do RDC eletrônico 6/2017-Ufam (peça 18).

Exame Técnico

13. Em resposta às oitivas promovidas por esta Secretaria, por meio dos Ofícios 0176 e 0184/2018-TCU/SECEX-AM, ambos de 6/2/2018 (peça 16 e 17), a Ufam e a empresa Amazoncreto Construções, Comércio e Materiais de Construção Ltda. (CNPJ [...]) apresentaram, intempestivamente e intempestivamente, respectivamente, as informações e/ou esclarecimentos constantes das peças 23 e 25.

14. De maneira geral, a empresa Amazoncreto alega que a desclassificação da empresa JJ Barroso Ltda. foi correta, que a ausência da informação dos andaimes (item 9.6 do orçamento) não era escusável, uma vez que o orçamento já tinha sido retificado nesse ponto, sendo, assim, de conhecimento de todas as licitantes (peça 23).

15. Informa, por fim, que também foi prejudicada pela comissão de licitação, uma vez que foi indevidamente desclassificada, em 24/1/2018, sob a alegação de problemas com o arredondamento dos valores da sua proposta, posteriormente revisaram a desclassificação, contudo, após manifestação de outra empresa (Construtora Progresso), o ato que reconsiderou a desclassificação foi tido como nulo, por problemas formais no recurso, alegando que mesmo ciente da irregular inabilitação da empresa Amazoncreto, a comissão optou por manter a inabilitação, devido a falhas meramente formais no recurso, como se houvesse preclusão e convalidação do ato irregular da comissão.

16. Já a Ufam, por intermédio do Ofício 101/2018-GR/Ufam (peça 25), alegou, em suma, que: i. a desclassificação da empresa JJ Barroso Ltda. se deu em estrita observância ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, tendo em vista que o edital do certame dispôs, no item 10.2, alínea f; ii. a empresa também não apresentou declaração de renúncia à remuneração do citado item; iii. o fato de constarem dois orçamentos no RDC 06/2017 – um sem e outro com o item 9.6 (andaimes metálicos), decorreu de erro, cuja correção se deu em 30/3/2017; iv. em um primeiro momento, a análise de propostas no RDC 06/2017 foi feita com base no critério de desconto linear, ensejando a desclassificação de várias empresas, dentre elas a empresa JJ Barroso Ltda. Ocorre que a própria Comissão Permanente de Licitação constatou a inadequação da adoção do critério de desconto linear no julgamento das propostas, tendo em vista que no edital do certame fixou-se a adoção do critério menor preço, e reviu o ato de desclassificação; e v. que a empresa JJ Barroso Ltda. encontra-se impedida de licitar no período de 19/01/2018 a 19/01/2020, em função de atrasos injustificados na execução de contratos com a Fundação Universidade do Amazonas.

Análise

17. A manifestação da Ufam e da empresa Amazoncreto Ltda. não foram suficientes para que os atos da comissão fossem tidos como regulares.

18. A empresa Amazoncreto Ltda. afirma que a empresa JJ Barroso não teria conseguido justificar a exequibilidade da sua proposta. Contudo, em documento apresentado pela própria empresa Amazoncreto, fica claro que a empresa JJ Barroso tentou demonstrar a sua capacidade de executar o objeto da licitação (peça 23, p. 16-22).

19. Primeiramente, não há no parecer técnico 8/2017 (peça 6) nenhum indicativo claro que a desclassificação se deu por inexecuibilidade da proposta da empresa JJ Barroso, importante destacar, que a jurisprudência do TCU é firme no sentido de que a inexigibilidade deve ser objetivamente demonstrada, a partir de critérios previamente publicados, e deve ser dada a oportunidade de licitantes defenderem suas propostas antes de ocorrer a desclassificação, nos termos do Acórdão 1079/2017-TCU-Plenário-Rel. Min. Marcos Bemquerer, e outros.

20. Conforme se extrai do documento apresentado pela Amazoncreto (peça 23, p. 16-22), a empresa JJ Barroso pediu um prazo maior que 24 horas para demonstrar a exequibilidade de todos os itens da sua proposta; informou que arcaria com o objeto com o valor proposto; além de informar que os andaimes já são de propriedade da empresa.

21. Mesmo assim, a Ufam, tanto no parecer técnico 8/2017 (peça 6) como no Ofício 101/2018-GR/Ufam (peça 25), entendeu que não existia outra saída que não fosse a desclassificação da proposta. Importante destacar que o Ofício da oitiva (peça 16) deixou claro que esse não é o posicionamento do TCU, contudo, a Ufam sequer discorreu sobre os acórdãos citados.

22. Assim, a desclassificação da empresa JJ Barroso se deu por erro em item não essencial, de diminuto valor, que representa 0,24% do total da proposta da empresa, ou seja, mais próximo de 0% do que de 1%, em uma licitação de empreitada por preço global, sem que a Ufam tenha apresentado um argumento robusto para isso.

23. Nesse sentido, o valor é tão insignificante que pode ser considerado erro material sanável, desde que o erro fosse suportado pela licitante, sem majoração do preço global apresentado. Esse é o entendimento do TCU, conforme os Acórdãos:

2546/2015-TCU-Plenário-Rel. Min. André de Carvalho: A existência de erros materiais ou de omissões nas planilhas de custos e preços das licitantes não enseja a desclassificação antecipada das respectivas propostas, devendo a Administração contratante realizar diligências junto às licitantes para a devida correção das falhas, desde que não seja alterado o valor global proposto. Cabe à licitante suportar o ônus decorrente do seu erro, no caso de a Administração considerar exequível a proposta apresentada.

1811/2014-Plenário-Rel. Min. Augusto Sherman: Não restando configurada a lesão à obtenção da melhor proposta, não se configura a nulidade do ato. Erro no preenchimento da planilha de formação de preço do licitante não constitui motivo suficiente para a desclassificação da proposta, quando a planilha puder ser ajustada sem a necessidade de majoração do preço ofertado.

187/2014-Plenário-Rel. Min. Valmir Campelo: É possível o aproveitamento de propostas com erros materiais sanáveis, que não prejudicam o teor das ofertas, uma vez que isso não se mostra danoso ao interesse público ou aos princípios da isonomia e da razoabilidade.

24. O referido parecer (peça 6) não apresenta outro motivo para a ratificação da desclassificação, assim, houve um excesso de formalismo por parte da comissão de licitação.

25. O fato da empresa JJ Barroso encontrar-se impedida de licitar não supre a necessidade de que se determine medidas corretivas no presente certame, uma vez que se observa que a comissão perdeu o foco do interesse público em nome do formalismo exacerbado.

26. Outros fatos também foram levantados para ser dada ciência à Ufam.

27. Primeiro, extrai-se do Memo 118/2017-DE-PCU (peça 26), retirado do sitio de internet da Ufam, que a empresa AFX Construções Ltda. foi desclassificada por: i. ausência de cotação para os itens 9.6 e 15.4, Andaimes Metálicos (R\$ 15.040,16) e Lavatório de Louça suspenso (R\$ 651,52) respectivamente; e ii. erro de arredondamento do valor da proposta; iii. a não linearidade de descontos (conforme já explicado esse motivo foi revisto pela comissão).

28. A proposta da empresa AFX totalizou R\$ 6.045.557,80, ainda menor que a da empresa JJ Barroso, assim, os valores envolvidos em erros são insignificantes, uma vez que os itens não cotados totalizam R\$ 15.691,68 e o arredondamento causou uma distorção de R\$ 8,73 na proposta. Dessa forma, dever-se-ia dar a oportunidade da empresa de arcar com os erros sem alteração do valor da proposta, nos termos dos Acórdãos 2546/2015-TCU-Plenário-Rel. Min. André de Carvalho, 1811/2014-Plenário-Rel. Min. Augusto Sherman, 187/2014-Plenário-Rel. Min. Valmir Campelo, entre outros.

29. Segundo, a desclassificação da empresa Amazoncreto, conforme explicado pela empresa em sua manifestação da oitiva (peça 23), sob a alegação de problemas com o arredondamento dos valores da sua proposta (peça 27, p. 1-2), posteriormente sua desclassificação fora revista (peça 27, p. 3-4), contudo, após manifestação de outra empresa (Construtora Progresso), o ato que reconsiderou a desclassificação foi tido como nulo, por problemas formais no recurso, a empresa Amazoncreto não

teria apresentado sua intenção de recurso, tendo, assim, tal direito precluso nos termos do art. 45, § 1º da Lei 12.462/2011 (peça 23, p. 28).

30. Ocorre que o entendimento da comissão é apenas parcialmente correto. De fato, o direito de recorrer restou precluso, contudo, o dever de a administração rever seus atos eivados de ilegalidade não precluiu, conforme se explanará.

31. Dispõe o art. 63, § 2º da Lei 9.784/1999:

‘Art. 63. O recurso não será conhecido quando interposto:

I – fora do prazo;

II – perante órgão incompetente;

III – por quem não seja legitimado;

IV – após exaurida a esfera administrativa.

[...]

§ 2º O não conhecimento do recurso não impede a Administração de rever de ofício o ato ilegal, desde que não ocorrida preclusão administrativa.’

32. Já a Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal estabelece: Súmula 473, STF: A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

33. Assim, foi correto o não conhecimento do recurso interposto pela empresa Amazoncreto, contudo, o que precluiu foi apenas o direito da empresa em recorrer de decisão, e não o da administração em rever os seus atos eivados de ilegalidade.

34. No caso concreto, não houve preclusão administrativa, uma vez que a administração ficou ciente de seu ato ilegal antes de que houvesse outro ato administrativo, mais precisamente a adjudicação do objeto, até esse momento a Ufam tem o dever de rever seus atos ilegais.

35. Dessa maneira, faz-se imperioso, a determinação de medida corretiva com o fim de anular o ato que inabilitou/desclassificou a ora representante, com a consequente anulação de todos os atos subsequentes, e o retorno à fase de habilitação, com reanálise das propostas de todas as empresas, obedecendo a ordem das propostas, com fundamento no artigo 71, inciso IX, da Constituição Federal, c/c artigo 45 da Lei 8.443, de 1992.

36. Mostra-se oportuno a ciência de irregularidades cometida por parte da comissão de licitação na condução do RDC eletrônico 6/2017-Ufam:

a) omissões nas planilhas de custos e preços das licitantes não enseja a desclassificação antecipada das respectivas propostas, devendo a Administração contratante realizar diligências junto às licitantes para a devida correção das falhas, desde que não seja alterado o valor global proposto, conforme Acórdãos 2546/2015-TCU-Plenário-Rel. Min. André de Carvalho, 1811/2014-Plenário-Rel. Min. Augusto Sherman, 187/2014-Plenário-Rel. Min. Valmir Campelo, entre outros;

b) a preclusão do direito de recurso por perda de prazo com base no art. 45, § 1º da Lei 12.462/2011 não se confunde com o poder/dever de a administração rever seus atos eivados de ilegalidade, desde que ainda na mesma fase da licitação, não tendo, assim, ocorrido a preclusão administrativa, com base no art. 63, § 2º da Lei 9.784/1999 c/c a Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal.

Conclusão

37. O documento constante da peça 1 deve ser conhecido como representação, por preencher os requisitos previstos nos arts. 235 e 237, VI, do Regimento Interno/TCU e no art. 103, § 1º, da Resolução – TCU 259/2014, e ser considerado procedente.

38. Com base na análise empreendida no “exame técnico”, mostra-se imperioso a determinação de medida corretiva com o fim de anular o ato que inabilitou/desclassificou a ora representante, com a consequente anulação de todos os atos subsequentes, e o retorno à fase de habilitação, com reanálise das propostas de todas as empresas, obedecendo a ordem das propostas, com fundamento no artigo 71, inciso IX, da Constituição Federal, c/c artigo 45 da Lei 8.443, de 1992, bem como a expedição de ciência de irregularidades, uma vez que se observa que a comissão perdeu o foco do interesse público em nome do formalismo exacerbado.

Proposta de Encaminhamento

39. Ante todo o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:

a) conhecer da presente representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235 e 237, inciso VI, do Regimento Interno deste Tribunal, c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993 e no art. 103, § 1º, da Resolução – TCU 259/2014, para, no mérito, considerá-la procedente.

b) com fundamento no artigo 71, inciso IX, da Constituição Federal, c/c artigo 45 da Lei 8.443, de 1992, assinar prazo para que a Fundação Universidade do Amazonas (Ufam), adote as medidas necessárias ao exato cumprimento da lei: retorno à fase de análise das propostas, com a consequente anulação de todos os atos subsequentes e reanálise das propostas de todas as empresas, obedecendo a ordem das propostas;

c) dar ciência à Fundação Universidade do Amazonas (Ufam) para que oriente seus pregoeiros, comissão de licitação e comissões técnicas que:

c.1) omissões nas planilhas de custos e preços das licitantes não enseja a desclassificação antecipada das respectivas propostas, devendo a Administração contratante realizar diligências junto às licitantes para a devida correção das falhas, desde que não seja alterado o valor global proposto, conforme Acórdãos 2546/2015-TCU-Plenário-Rel. Min. André de Carvalho, 1811/2014-Plenário-Rel. Min. Augusto Sherman, 187/2014-Plenário-Rel. Min. Valmir Campelo, entre outros;

c.2) a preclusão do direito de recurso por perda de prazo com base no art. 45, § 1º da Lei nº 12.462/2011 não se confunde com o poder/dever de a administração rever seus atos eivados de ilegalidade, desde que ainda na mesma fase da licitação, não tendo, assim, ocorrido a preclusão administrativa, com base no art. 63, § 2º da Lei 9.784/1999 c/c a Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal;

d) dar ciência do acórdão que vier a ser proferido à Ouvidoria do TCU e à Ufam, destacando que o relatório e o voto que fundamentam a deliberação ora encaminhada podem ser acessados por meio do endereço eletrônico www.tcu.gov.br/acordaos e que, caso tenham interesse, o Tribunal pode encaminhar-lhes cópia desses documentos sem quaisquer custos para V. Sas.;

e) arquivar o presente processo”.

É o Relatório.

Voto

Trata-se de representação, com pedido de cautelar suspensiva, formulada pela Secex-AM, a partir de manifestação da Ouvidoria (Peça nº 2), sobre possíveis irregularidades no RDC Eletrônico nº 6/2017-Ufam destinado à subsequente contratação de empresa para a construção do Bloco 4 do Instituto de Ciências Sociais, Educação e Zootecnia – ICSEZ/UFAM, no Município de Parintins – AM, sob o valor estimado de R\$ 7.563.233,49.

2. Entendo, preliminarmente, que a presente representação merece ser conhecida pelo TCU, porquanto preenchidos os requisitos legais e regimentais de admissibilidade.

3. No mérito, a representante anunciou, em suma, a ocorrência de possíveis irregularidades na condução do aludido certame e, mais precisamente, na desclassificação da proposta da JJ Barroso Ltda. por erro em item com diminuto valor em relação ao orçamento global.

4. Como visto, o Acórdão 226/2018-Plenário referendou a aludida cautelar suspensiva (Peça nº 14), tendo a fumaça do bom direito sobressaído do Parecer nº 008/2017-CPRO/DE/PCU-Ufam, quando ratificou a desclassificação da JJ Barroso Ltda. diante da suposta falha no item 9.6 do orçamento consolidado, pela ausência da cotação de andaimes metálicos, a despeito de isso representar apenas 0,24% do valor total da proposta, ao tempo em que o perigo na demora decorreu da iminente homologação do certame, com as subseqüentes contratações indevidas, não tendo a unidade técnica detectado a subsistência do reverso perigo na demora.

5. No voto condutor do referido Acórdão 226/2018-Plenário, ficou destacado que a administração pública deveria ter realizado diligências junto às licitantes para a devida correção das falhas, desde que não fosse alterado o valor global proposto (v.g. Acórdãos 2546/2015, 1.811/2014 e 187/2014, do Plenário), tendo a unidade técnica anotado, ainda, que teriam sido disponibilizados dois orçamentos distintos pela Ufam (um com o citado item 9.6 e outro sem a sua previsão), de tal sorte que a Ufam deveria esclarecer o motivo de a JJ Barroso Ltda. ter sido desclassificada, a despeito de essa duplicidade de orçamentos ter sido informada pela própria empresa.

6. A unidade técnica ressaltou que a desclassificação da proposta apresentada pela JJ Barroso Ltda. teria ensejado a subseqüente aceitação da proposta oferecida pela Amazoncreto Construções, Comércio e Materiais de Construção Ltda., sob o montante de R\$ 6.960.000,00, restando configurado o excedente de preço pelo valor de R\$ 715.765,40 com o possível dano ao erário.

7. De todo modo, em homenagem ao princípio da ampla defesa, a Secex-AM promoveu as necessárias oitivas por meio dos ofícios acostados às Peças nºs 16 e 17, tendo a Ufam e a Amazoncreto acostado as suas respostas às Peças nºs 23 e 25.

8. Em linhas gerais, a Amazoncreto alegou que a desclassificação da JJ Barroso Ltda. teria sido correta, pois a ausência de informação sobre os andaimes (item 9.6 do orçamento) não seria escusável, vez que o orçamento apresentado já teria sido retificado, nesse ponto, com a ciência de todas as licitantes (Peça nº 23).

9. A Amazoncreto informou que ela também teria sido prejudicada pela comissão de licitação, já que, em 24/1/2018, teve a sua proposta desclassificada, sob o argumento de ter praticado o chamado “jogo de planilha”, além de, posteriormente, terem sido detectadas falhas sobre o arredondamento de valores na sua proposta.

10. A Amazoncreto destacou, ainda, que, antes da suspensão do certame, analisava-se a proposta da Progresso Engenharia Ltda. e que, assim, a Amazoncreto pleiteou a revisão da decisão pela desclassificação da sua proposta.

11. Por seu turno, a Ufam alegou, em suma, que: (i) a desclassificação da JJ Barroso Ltda. teria ocorrido em estrita observância ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, nos termos das condições fixadas pela alínea “f” do item 10.2 do edital; (ii) a subsistência de dois orçamentos no RDC nº 6/2017, um sem e o outro com o item 9.6 (andaimes metálicos), teria decorrido de erro, tendo a sua correção sido publicada em 30/3/2017; (iii) a CPL teria constatado a inadequação do critério de desconto linear no julgamento das propostas, já que o edital do certame teria fixado a adoção do menor preço, tendo sido revista a desclassificação das licitantes por esse motivo, aí incluída a da JJ Barroso Ltda., conforme o aviso publicado no Comprasnet em 8/8/2017; e (iv) a JJ Barroso Ltda. estaria impedida de licitar, no período de 19/1/2018 a 19/1/2020, em face de atrasos injustificados na execução de contratos com a Fundação Universidade do Amazonas.

12. Ocorre, contudo, que, por meio do documento acostado à Peça nº 23 (fls. 16/22), a JJ Barroso teria solicitado o prazo para demonstrar a exequibilidade de todos os itens na sua proposta, além de ter informado que os andaimes estariam sob a sua propriedade.

13. Independentemente disso, a partir do Parecer Técnico nº 8/2017 (Peça nº 6) e do Ofício nº 101/2018-GR/Ufam (Peça nº 25), a Ufam procedeu à desclassificação da correspondente proposta, a despeito de a desclassificação da JJ Barroso Ltda. decorrer de erro em item não essencial, com diminuto valor, representando apenas 0,24% do total da proposta, na referida licitação em regime de empreitada por preço global, desconsiderando o entendimento do TCU no sentido de que a mera existência de erros materiais ou de omissões nas planilhas de custos e de preços das licitantes não ensejaria necessariamente a antecipada desclassificação das respectivas propostas.

14. Por outro ângulo, ao observar o Memorando nº 118/2017-DE-PCU (Peça nº 26), a unidade técnica anotou que a AFX Construções Ltda. também teria sido desclassificada por: (i) ausência de cotação para os itens 9.6 e 15.4 em relação, respectivamente, aos andaimes metálicos (R\$ 15.040,16) e ao lavatório de louça suspenso (R\$ 651,52); (ii) erro no arredondamento do valor da proposta; e (iii) não linearidade dos descontos, tendo esse motivo sido revisto, contudo, pela CPL.

15. A unidade técnica salientou que a proposta da AFX Construções Ltda. teria alcançado o montante de R\$ 6.045.557,80, estando, assim, em patamar ainda menor do que a proposta da JJ Barroso Ltda., sob o montante de R\$ 6.244.234,60, a despeito de os itens não cotados totalizarem apenas o valor de R\$ 15.691,68, tendo o aludido arredondamento ocasionado a irrisória distorção de apenas R\$ 8,73 sobre a proposta, sem ter sido dada a oportunidade de a referida empresa corrigir as desconformidades, em sintonia com os Acórdãos 2.546/2015, 1811/2014 e 187/2014, do Plenário.

16. A Secex-AM consignou, ainda, que a Amazoncreto teve a sua proposta desclassificada em face de problemas no arredondamento dos valores da sua proposta (Peça nº 27, fls. 1/2), mas, posteriormente, a referida desclassificação teria sido revista pela CPL (Peça nº 27, fls. 3/4), destacando, todavia, que, após a manifestação da Construtora Progresso Engenharia Ltda., essa reconsideração da desclassificação da Amazoncreto teria sido considerada nula, sob a alegação de não apresentação da intenção de recurso, tendo, com a precluso prevista no art. 45, § 1º, da Lei nº 12.462, de 2011 (Peça nº 23, fl. 28).

17. De todo modo, diante de toda essa confusão procedimental com a subsequente adjudicação em prol de valores menos vantajosos para a administração pública, a unidade técnica propôs a fixação de prazo para que a Ufam promova a anulação da referida desclassificação da JJ Barroso Ltda., com a consequente nulidade de todos os atos subsequentes, promovendo o retorno do certame à etapa de julgamento, para a reanálise das propostas de todas as licitantes, em plena sintonia com o princípio da seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública.

18. Incorporo, portanto, o parecer da unidade técnica a estas razões de decidir e, assim, entendendo que o TCU deve conhecer da presente representação para, no mérito, considerá-la procedente, sem prejuízo de promover o envio de determinações à Ufam, em vez da mera ciência proposta pela Secex-AM.

Ante o exposto, proponho que seja prolatado o Acórdão que ora submeto a este Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 18 de abril de 2018.

Ministro-Substituto ANDRÉ LUÍS DE CARVALHO

Relator

Acórdão nº 830/2018 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 000.643/2018-1.
2. Grupo I – Classe de Assunto: VII – Representação.
3. Representante: Secex-AM.

4. Entidade: Fundação Universidade do Amazonas.
5. Relator: Ministro-Substituto André Luís de Carvalho.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo no Estado do Amazonas (Secex-AM).
8. Representação legal: não há.
9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação, com pedido de cautelar suspensiva, formulada pela Secex-AM, a partir de manifestação da Ouvidoria (Peça nº 2), sobre possíveis irregularidades no RDC Eletrônico nº 6/2017-Ufam destinado à subsequente contratação de empresa para a construção do Bloco 4 do Instituto de Ciências Sociais, Educação e Zootecnia – ICSEZ/UFAM, no Município de Parintins – AM, sob o valor estimado de R\$ 7.563.233,49;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer da presente representação, já que preenchidos os requisitos de admissibilidade previstos no 237, VI, do RITCU, para, no mérito, considerá-la procedente;

9.2. assinar o prazo de 15 (quinze) dias, contados da ciência da presente deliberação, para que, nos termos do art. 71, IX, da Constituição de 1988 e do art. 45 da Lei 8.443, de 1992, a Fundação Universidade do Amazonas (Ufam) adote as medidas cabíveis para a anulação da suscitada desclassificação da JJ Barroso Ltda., no âmbito do RDC Eletrônico nº 6/2017-Ufam, com a consequente nulidade de todos os atos subsequentes, promovendo o retorno do certame à etapa de julgamento, para a reanálise das propostas de todas as licitantes, em plena sintonia com o princípio da seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública;

9.3. determinar, nos termos do art. 250, II, do RITCU, que, no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias contados da ciência da presente deliberação, a Fundação Universidade do Amazonas informe o TCU sobre o resultado do efetivo cumprimento do item 9.2 deste Acórdão:

9.4. determinar, nos termos do art. 250, II, do RITCU, que a Fundação Universidade do Amazonas atente para a observância dos seguintes aspectos:

9.4.1. as omissões nas planilhas de custos e preços das licitantes não ensejam necessariamente a antecipada desclassificação das respectivas propostas, devendo a administração pública promover as adequadas diligências junto às licitantes para a devida correção das eventuais falhas, sem a alteração, contudo, do valor global originalmente proposto, em consonância, por exemplo, com os Acórdãos 2.546/2015, 1811/2014 e 187/2014, do Plenário do TCU;

9.4.2. a eventual preclusão do direito de recurso por perda de prazo, nos termos do art. 45, § 1º, da Lei nº 12.462, de 2011, não se confunde com o poder-dever de a administração rever os seus atos eivados de ilegalidade, nos termos do art. 63, § 2º da Lei nº 9.784, de 1999, e da Súmula nº 473 do STF;

9.5. determinar que a unidade técnica envie a cópia deste Acórdão, acompanhado do Relatório e do Voto que o fundamenta, à Ouvidoria do TCU e à Fundação Universidade do Amazonas, para ciência e eventuais providências; e

9.6. determinar que a unidade técnica promova arquivamento do presente processo, sem prejuízo de promover o monitoramento das determinações prolatadas pelos itens 9.2 e 9.3 deste Acórdão, dispensando a Secex-AM, contudo, do monitoramento sobre o item 9.4 deste Acórdão.

10. Ata nº 13/2018 – Plenário.

11. Data da Sessão: 18/4/2018 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-0830-13/18-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Raimundo Carreiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Aroldo Cedraz e José Múcio Monteiro.

13.2. Ministros-Substitutos convocados: Marcos Bemquerer Costa, André Luís de Carvalho (Relator) e Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)

RAIMUNDO CARREIRO

(Assinado Eletronicamente)

ANDRÉ LUÍS DE CARVALHO

Presidente

Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)

CRISTINA MACHADO DA COSTA E SILVA

Procuradora-Geral

É descabida a proibição do oferecimento de proposta com taxa de administração zero ou negativa, em processos licitatórios para contratação de vale-refeição, vale-alimentação, vale-combustível e cartão combustível

Tribunal de Contas da União

Grupo II – Classe VI – 1ª Câmara

TC 004.759/2018-4

Natureza: Representação

Órgão/Entidade: Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Mato Grosso do Sul

Interessado: Neo Consultoria e Administração de Benefícios [...]

Representação legal: não há

Representação com solicitação de medida cautelar. Eventuais irregularidades no edital do Pregão Eletrônico 2/2018, promovido pelo Instituto Federal de Mato Grosso do Sul – IFMS – *Campus* Naviraí. Conhecimento. Procedência parcial. Indeferimento da cautelar. Ciência. Arquivamento.

Relatório

Adoto, como relatório, a instrução da Secex/MS, peça 6, cujas conclusões e proposta de encaminhamento contaram com a anuência dos respectivos dirigentes.

Transcrevo a peça a seguir, *in verbis*:

“INTRODUÇÃO

1. Cuidam os autos de representação com pedido de medida cautelar formulado pela empresa Neo Consultoria e Administração de Benefícios Eireli – ME, com fundamento no art. 113, § 1º da Lei 8.666/93, noticiando possíveis irregularidades no edital do Pregão Eletrônico 02/2018 (processo administrativo 23347.000762.2017-47) promovido pelo Instituto Federal de Mato Grosso do Sul – IFMS – *Campus* Naviraí, cujo objeto é “a escolha da proposta mais vantajosa para a contratação de serviço e gerenciamento de abastecimento, implantação e operação de um sistema informatizado/integrado com utilização de cartão magnético via WEB a ser utilizado no fornecimento de combustíveis, através de postos credenciados, para atender a frota de veículos oficiais de transporte de pessoal e carga, frota de veículos agrícolas e os equipamentos ou utensílios motorizados de propriedade ou interesse do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Mato Grosso do Sul”. O valor estimado da licitação é de R\$ 259.072,23 e o critério de classificação das propostas é o menor preço da taxa de administração.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

2. Inicialmente, deve-se registrar que a representação preenche os requisitos de admissibilidade constantes do art. 235 do Regimento Interno do TCU, haja vista a matéria ser de competência do Tribunal, referir-se a responsável sujeito a sua jurisdição, estar redigida em linguagem clara e

objetiva, conter nome legível, qualificação e endereço do representante, bem como encontra-se acompanhada do indício concernente à irregularidade ou ilegalidade.

3. Além disso, a empresa representante possui legitimidade para representar ao Tribunal, consoante disposto no inciso VII do art. 237 do RI/TCU c/c o art. 113, § 1º da Lei 8.666/1993.

4. Ainda, conforme dispõe o art. 103, § 1º, in fine, da Resolução – TCU 259/2014, verifica-se a existência do interesse público no trato da suposta irregularidade/ilegalidade, pois as supostas restrições à competitividade constantes do edital do Pregão Eletrônico SRP 02/2018 podem, em tese, impedir a contratação da proposta mais vantajosa para a administração.

5. Dessa forma, a representação poderá ser apurada, para fins de comprovar a sua procedência, nos termos do art. 234, § 2º, segunda parte, do Regimento Interno do TCU, aplicável às representações de acordo com o parágrafo único do art. 237 do mesmo RI/TCU.

EXAME TÉCNICO

6. Na petição inicial a representante aponta no edital do Pregão Eletrônico SRP nº 02/2018 e no respectivo termo de referência a existência de cláusulas consideradas restritivas ao caráter competitivo do certame. Considera impróprias as seguintes disposições (peça 1):

De acordo com o Edital em referência não será possível a oferta de taxa de administração negativa, conforme o item 8.3.1 do Edital:

[8.3 Considera-se inexequível a proposta de preços ou menor lance que:]

8.3.1 Comprovadamente, for insuficiente para a cobertura dos custos da contratação, apresente preços global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos, exceto quando se referirem a materiais e instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais ele renuncie à parcela ou à totalidade da remuneração.

Tal restrição é reforçada nos Itens 2.3 e 7.6 do Termo de Referência do Edital.

2.3 A taxa percentual de intermediação, administração e gerenciamento, deverá ser positiva, diferente de zero, em percentuais ao valor da nota fiscal extraída, com utilização de um sistema informatizado e integrado com utilização de cartão magnético ou micro processado. O Limite a ser pago pela taxa de administração é de 1,85%, com exceção do Grupo 4 (IFMS Coxim) cujo limite da taxa de administração será de 2,76%. O valor médio estimado para o serviço de administração foi determinado a partir de pesquisa de mercado, os orçamentos conforme mapa de apuração:

7.6 Os valores a serem efetivamente pagos para cada tipo de combustível, e de administração serão:

[...]

II – PARA A ADMINISTRADORA: pelos serviços de gerenciamento para o abastecimento com utilização de um sistema informatizado e integrado com utilização de cartão magnético, será pago à administradora uma taxa percentual incidente sobre os valores das faturas de fornecimento de combustíveis. Taxas percentuais iguais a zero serão admitidas, de maneira que a fatura discrimine o valor de abatimento, neste último caso, sobre o montante da operação.

7. Alega que a restrição criada pelos itens transcritos acima não condiz com o objeto da contratação, pois a prática do mercado de gerenciamento de benefícios pressuporia fontes de receita que, muito embora sejam provenientes do contrato celebrado, não estão condicionadas ao valor positivo da taxa de administração.

8. Aduz que é de amplo conhecimento nesse segmento que a receita do licitante prestador de serviço de gerenciamento de benefícios proviria de três principais fontes: da contratante (no caso a IFMS); de aplicações financeiras; e dos estabelecimentos credenciados.

9. Um exemplo dessas fontes seria o chamado “crédito antecipado”, em que a contratada recebe do contratante o valor para emissão dos cartões de benefício e aplica esse valor no mercado financeiro. Nesse caso, a receita seria gerada pelas aplicações no intervalo de tempo entre a data em que a contratada é paga e a data em que o valor é repassado para o estabelecimento credenciado.

10. Outro exemplo seria a cobrança feita pela contratada de um percentual de comissão sobre os serviços/produtos fornecidos pelos estabelecimentos credenciados em decorrência dos gastos realizados pelos órgãos contratantes. Para as credenciadas haveria interesse nessa contratação pois o estabelecimento passaria a ser um maior foco de consumidores.

11. Afirma tratar-se da mesma prática de mercado feita por administradoras de vale-refeição, vale-alimentação, vale combustível, cartão-combustível e gestoras de frotas, prática essa que em tese garantiria taxas mais competitivas aos contratantes, no caso a Administração Pública.

12. Destarte, a representante alega que a vedação à oferta de taxa zero e/ou negativa relativamente à taxa de administração não condiz com o objeto da contratação pretendida pelo Pregão Eletrônico nº 02/2018 por não observar a realidade do mercado prestador do serviço. Traz ainda a seguinte jurisprudência desta Corte de Contas:

2. Deixar assente que, no que pertine às licitações destinadas ao fornecimento de vales refeição/alimentação, a admissão de ofertas de taxas negativas ou de valor zero, por parte da Administração Pública, não implica em violação ao disposto no art. 44, § 3º da Lei nº 8.666/93, por não estar caracterizado, a priori, que essas propostas sejam inexecutáveis, devendo ser averiguada a compatibilidade da taxa oferecida em cada caso concreto, a partir de critérios objetivos previamente fixados no edital.

[...]

7. Isso porque, conforme foi apurado na inspeção em apreço, a remuneração das empresas desse ramo não se restringe à taxa de administração cobrada ou aos rendimentos eventualmente obtidos no mercado financeiro. Fica assente neste trabalho que a remuneração dessas empresas advém também das taxas de serviços cobradas dos estabelecimentos conveniados (as quais variam de 1 a 8%), das sobras de caixa que são aplicadas no mercado financeiro e das diferenças em número de dias existentes entre as operações que realiza como emissão de tíquetes, utilização desse pelo usuário, pagamento dos tíquetes pelo cliente, reembolso à rede de credenciados (varia de 7 a 16 dias).

(Decisão 38/1996 – Plenário)

9.2. dar ciência à Universidade Estadual do Maranhão de que, no pregão presencial 53/2011–CSL, verificou-se não aceitação de proposta de taxa de administração com percentual igual ou inferior a zero, assinalada na letra d.2 do subitem 5.1 do edital, não obstante este Tribunal tenha jurisprudência no sentido de que em processos licitatórios custeados com recursos federais para operacionalização de vale-refeição, vale-alimentação, vale-combustível e cartão combustível, deve ser avaliado, no caso concreto, se a admissão de ofertas de taxas de administração negativas ou de valor zero é exequível, a partir de critérios previamente fixados no edital, conforme decisão 38/1996-Plenário;

(Acórdão 1556/2014 – Segunda Câmara. Processo TC 033.083/2013-4. Relator: Ana Arraes)

13. Desse modo a empresa requer, além da análise da legalidade e motivação dos referidos itens editalícios, a suspensão liminar do procedimento licitatório em epígrafe.

14. Consoante o art. 276 do Regimento Interno/TCU, o Relator poderá, em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao Erário, ao interesse público, ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, de ofício ou mediante provocação, adotar medida cautelar, determinando a suspensão do procedimento impugnado, até que o Tribunal julgue o mérito da questão. Tal providência deverá ser adotada quando presentes os pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

15. A princípio, analisando os elementos apresentados pelo representante, verifica-se que até há, nos autos, os pressupostos acima mencionados.

16. Em exame de cognição sumária, vislumbra-se que a proibição do oferecimento de proposta com taxa de administração zero e/ou negativa contida no item 8.3.1 do edital e principalmente no item 2.3 do respectivo termo de referência contraria frontalmente a jurisprudência desta Corte de Contas.

17. Além das decisões trazidas pela representante, pode ser citada ainda a seguinte deliberação:

A oferta de taxa de administração negativa ou de valor zero, em pregão para prestação de serviços de fornecimento de vale-alimentação, não implica inexecutabilidade da respectiva proposta, a qual só pode ser aferida a partir da avaliação dos requisitos objetivos especificados no edital da licitação.

(Acórdão 1034/2012-Plenário | Relator: Raimundo Carreiro)

18. Ou seja, este Tribunal possui firme jurisprudência no sentido de que o oferecimento de proposta com taxa de administração zero e/ou negativa por si só não implica necessariamente na inexecutabilidade da mesma, devendo ser objeto de apuração em cada caso concreto segundo critérios objetivos definidos em edital. Dessa forma, inicialmente, o *fumus boni iuris* estaria presente.

19. Quanto ao *periculum in mora*, a sessão de abertura do certame ocorreu na data de ontem, dia 20.2.2018, às 10:30h, conforme ata acostada à peça 5.

20. Considerando que o objeto do certame encontra-se adjudicado e em fase de processamento dos recursos, portanto, na iminência de ser homologado, evidenciar-se-ia o *periculum in mora* caso este Tribunal optasse por realizar a oitiva prévia dos responsáveis, já que a referida contratação poderia em tese acarretar prejuízo aos cofres do IFMS e/ou ao interesse público e comprometer a eficácia da decisão de mérito que viesse a ser proferida pelo Tribunal.

21. Ocorre que, conforme se verifica na ata do pregão em comento, as taxas de administração ofertadas pelas duas licitantes vencedoras do certame foram virtualmente zero, sendo que a própria representante, a empresa Neo Administração de Benefícios, sagrou-se vencedora de dois dos oito lotes licitados (agrupou-se um lote por campus do IFMS).

22. À vista da relativa baixa materialidade do certame e considerando que as propostas apresentadas ofertaram taxas de administração virtualmente nulas (R\$ 0,01 por litro de combustível), entende-se que apesar dos argumentos trazidos ao Tribunal pela representante serem corretos, a suspensão ou mesmo a anulação do certame na fase em que se encontra não atenderia ao melhor interesse público. Isso porque os custos associados à continuidade da presente representação seguramente ultrapassariam qualquer economia porventura possível de se alcançar com a supressão das disposições editalícias impugnadas.

23. Por tais razões, propor-se-á o indeferimento da suspensão cautelar do certame e o arquivamento da presente representação.

CONCLUSÃO

24. O documento constante da peça 1 deve ser conhecido como representação por preencher os requisitos previstos nos arts. 235 e 237, inciso VII do Regimento Interno/TCU c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993 e no art. 103, § 1º, da Resolução – TCU 259/2014.

25. No que tange ao requerimento de medida cautelar inaudita altera pars, entende-se que tal medida não deve ser adotada pelas razões de economia processual e racionalidade administrativa expostas nos itens 21-23.

26. Diante dos fatos apurados, concluiu-se pela improcedência da presente representação, razão pela qual se proporá o seu arquivamento.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

27. Ante todo o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:

a) conhecer da presente representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235 e 237, inciso VII do Regimento Interno deste Tribunal, c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993 e no art. 103, § 1º, da Resolução – TCU 259/2014;

- b) indeferir o requerimento de medida cautelar formulado pela Neo Consultoria e Administração de Benefícios Eireli – ME, tendo em vista razões de economia processual e racionalidade administrativa;
- c) considerar improcedente a representação formulada pela Neo Consultoria e Administração de Benefícios Eireli – ME;
- d) comunicar ao Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Mato Grosso do Sul – IFMS – *Campus Naviraí* e ao representante a decisão que vier a ser adotada nestes autos;
- e) arquivar os presentes autos, nos termos do art. 237, parágrafo único, c/c o art. 250, inciso I, do Regimento Interno/TCU.”

Voto

Trata-se de expediente denominado denúncia e recebido como representação, formulado pela empresa Neo Consultoria e Administração de Benefícios Eireli – ME, noticiando irregularidades no edital do Pregão Eletrônico 2/2018, promovido pelo Instituto Federal de Mato Grosso do Sul – IFMS – *Campus Naviraí*, cujo objeto é “a escolha da proposta mais vantajosa para a contratação de serviço e gerenciamento de abastecimento, implantação e operação de um sistema informatizado/integrado com utilização de cartão magnético via WEB a ser utilizado no fornecimento de combustíveis, através de postos credenciados, para atender a frota de veículos oficiais de transporte de pessoal e carga, frota de veículos agrícolas e os equipamentos ou utensílios motorizados de propriedade ou interesse do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Mato Grosso do Sul”.

O valor estimado da licitação é de R\$ 259.072,23 e o critério de classificação das propostas é o menor preço da taxa de administração.

A representante aponta cláusulas por ela consideradas restritivas ao caráter competitivo do certame no edital do Pregão Eletrônico SRP 2/2018 e no respectivo termo de referência. Alega que a vedação à oferta de taxa de administração zero ou negativa não condiz com o objeto da contratação pretendida, pois a prática do mercado prestador do serviço pressuporia fontes de receita que, muito embora sejam provenientes do contrato celebrado, não estão condicionadas ao valor positivo da taxa de administração.

Colaciona precedentes desta Corte de Contas: Decisão 38/1996 – Plenário e Acórdão 1556/2014 – Segunda Câmara.

Requer, além da análise da legalidade e motivação dos itens editalícios impugnados, a suspensão liminar do Pregão Eletrônico 2/2018, até que o Tribunal julgue o mérito da questão.

A Secex/MS propôs conhecer da representação, por atender aos requisitos estabelecidos nos arts. 235, 237, inciso VII, do RI/TCU c/c o art. 113, § 1º da Lei 8.666/1993, bem como ao disposto no art. 103, § 1º, *in fine*, da Resolução – TCU 259/2014.

Avaliou que, embora presentes os pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, os custos de continuidade desta representação ultrapassariam qualquer eventual economia alcançada com a supressão das disposições editalícias impugnadas.

Propôs o indeferimento da suspensão cautelar do certame, o julgamento pela improcedência da presente representação e o respectivo arquivamento.

II

Anuo às análises da unidade técnica (instrução, peça 6) e as incorporo às minhas razões de decidir.

A proibição do oferecimento de proposta com taxa de administração zero ou negativa contida nos itens 8.3.1 do edital e 2.3 do respectivo termo de referência contraria o entendimento desta Corte de Contas acerca do assunto.

Conforme a Decisão 38/1996 – Plenário, “a remuneração das empresas desse ramo não se restringe à taxa de administração cobrada ou aos rendimentos eventualmente obtidos no mercado financeiro. Fica assente neste trabalho que a remuneração dessas empresas advém também das taxas de serviços cobradas dos estabelecimentos conveniados (as quais variam de 1 a 8%), das sobras de caixa que são aplicadas no mercado financeiro e das diferenças em número de dias existentes entre as operações que realiza como emissão de tíquetes, utilização desse pelo usuário, pagamento dos tíquetes pelo cliente, reembolso à rede de credenciados (varia de 7 a 16 dias).

Por essa razão, o item 9.2 do Acórdão 1556/2014 – Segunda Câmara deixou assente que “em processos licitatórios custeados com recursos federais para operacionalização de vale-refeição, vale-alimentação, vale-combustível e cartão combustível, deve ser avaliado, no caso concreto, se a admissão de ofertas de taxas de administração negativas ou de valor zero é exequível, a partir de critérios previamente fixados no edital [...]”.

Neste caso, porém, tendo em vista a baixa materialidade do certame e considerando que as propostas apresentadas ofertaram taxas de administração quase nulas (R\$ 0,01 por litro de combustível), apesar de os argumentos trazidos pela representante serem corretos, a suspensão ou anulação do certame na fase em que se encontra não atende ao melhor interesse público.

O objeto do certame já foi adjudicado e está na iminência de ser homologado. Conforme a ata do pregão em análise, as taxas de administração ofertadas pelas duas licitantes vencedoras do certame foram próximas a zero, sendo que a representante, a empresa Neo Administração de Benefícios, sagrou-se vencedora de dois dos oito lotes licitados.

Como os custos de continuidade desta representação seguramente ultrapassariam qualquer economia possível de ser alcançada com a supressão das disposições editalícias impugnadas, é suficiente dar ciência ao IFMS acerca do entendimento desta Corte de Contas sobre o estabelecimento de limitações às taxas de administração em licitações para operacionalização de vale-refeição, vale-alimentação, vale-combustível e cartão combustível, para que a irregularidade não se repita em futuros certames.

Por todo o exposto, indefiro o pedido de suspensão cautelar do certame formulado pela representante e, no mérito, julgo esta representação parcialmente procedente.

Feitas estas considerações, voto por que o Tribunal de Contas da União aprove o acórdão que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 13 de março de 2018.

WALTON ALENCAR RODRIGUES

Relator

Acórdão nº 2004/2018 – TCU – 1ª Câmara

1. Processo nº TC 004.759/2018-4.
2. Grupo II – Classe de Assunto: VI – Representação
3. Interessados/Responsáveis:
 - 3.1. Interessado: Neo Consultoria e Administração de Benefícios [...].
4. Órgão/Entidade: Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Mato Grosso do Sul.
5. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo no Estado do Mato Grosso do Sul (SECEX-MS).
8. Representação legal: não há
9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação, formulada pela empresa Neo Consultoria e Administração de Benefícios Eireli – ME, noticiando irregularidades no edital do Pregão Eletrônico 2/2018, promovido pelo Instituto Federal de Mato Grosso do Sul – IFMS – *Campus Naviraí*;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão da Primeira Câmara, com fundamento nos arts. 235 e 237, inciso VII, do Regimento Interno deste Tribunal, c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, e, diante das razões expostas pelo relator, em:

9.1. conhecer da presente representação para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;

9.2. dar ciência ao Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Mato Grosso do Sul de que proibição do oferecimento de proposta com taxa de administração zero ou negativa contida nos itens 8.3.1 do Pregão Eletrônico 2/2018 e 2.3 do respectivo termo de referência contraria o entendimento desta Corte de Contas de que, em processos licitatórios custeados com recursos federais para operacionalização de vale-refeição, vale-alimentação, vale-combustível e cartão combustível, deve ser avaliado, no caso concreto, se a admissão de ofertas de taxas de administração negativas ou de valor zero é exequível, a partir de critérios previamente fixados no edital (Decisão 38/1996 – Plenário e Acórdão 1556/2014 – Segunda Câmara);

9.3. encaminhar cópia deste acórdão ao representante e ao Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Mato Grosso do Sul;

9.4. arquivar estes autos, nos termos do art. 237, parágrafo único, c/c o art. 250, inciso I, do Regimento Interno/TCU.

10. Ata nº 7/2018 – 1ª Câmara.
11. Data da Sessão: 13/3/2018 – Ordinária.
12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2004-07/18-1.
13. Especificação do quorum:
 - 13.1. Ministros presentes: Benjamin Zymler (na Presidência), Walton Alencar Rodrigues (Relator), Bruno Dantas e Vital do Rêgo.

13.2. Ministro-Substituto presente: Augusto Sherman Cavalcanti.

(Assinado Eletronicamente)

BENJAMIN ZYMLER

(Assinado Eletronicamente)

WALTON ALENCAR RODRIGUES

na Presidência

Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)

LUCAS ROCHA FURTADO

Subprocurador-Geral

É admitida a restrição de certames licitatórios a cartuchos e *toners* “originais” somente na hipótese de equipamentos no período de garantia

Tribunal de Contas do Estado de São Paulo

Gabinete do Conselheiro Robson Marinho

Conselheiro Substituto Antonio Carlos dos Santos

Tribunal Pleno – Seção Municipal

Sessão: 9/3/2016

Exame Prévio de Edital – Referendo + Julgamento

M002 00005178.989.16-6

Interessada: Prefeitura Municipal de Ribeirão Pires

Responsáveis: José Vicente de Abreu, Secretário Municipal de Administração e Modernização.

Assunto: Edital do Pregão Presencial nº 012/16, do tipo menor preço por lote, cujo objeto é o registro de preços para fornecimento de cartucho e *toner* original do fabricante da impressora, solicitado para exame prévio em virtude de representação de Gott Wird Comércio e Serviços Eireli ME

Valor Estimado: Nada consta.

Advogados: Nada consta.

Relatório

Trata-se de representação intentada por Gott Wird Comércio e Serviços Eireli ME contra o edital do Pregão Presencial nº 012/16 da Prefeitura Municipal de Ribeirão Pires, do tipo menor preço por lote, cujo objeto é o registro de preços para fornecimento de cartucho e *toner* original do fabricante da impressora.

A sessão de entrega dos envelopes estava programada para a data de 24/2/2016.

Resumidamente, insurgiu-se a representante contra o seguinte:

- (i) o edital descumpra a Lei Complementar Federal 123/06, com a alteração da Lei Complementar Federal 147/14, por não assegurar o prazo de 5 (cinco) para a regularização da regularidade fiscal das micro e pequenas empresas, e também por não reservar cota de até 25% do objeto para participação exclusiva de micro e pequenas empresas;
- (ii) o item 5.6¹ do edital excede ao requisitar assinatura do contador responsável ou técnico em contabilidade na declaração a ser apresentada para o credenciamento da micro ou pequena empresa;

1. “5.6 – Por ocasião do credenciamento dos representantes das empresas licitantes, a empresa deverá, para se submeter ao regime especial da Lei Complementar nº 123/06, apresentar além dos demais documentos já exigidos, declaração, sob as penas do art. 299 do Código Penal, subscrita por quem detenha poderes de representação, bem como pelo Contador Responsável ou Técnico em Contabilidade (com indicação clara do número do Registro no respectivo Conselho Regional de Contabilidade), de que se enquadra na situação de microempresa ou empresa de pequeno porte, nos termos da Lei Complementar nº 123/06, bem assim, que inexistem fatos supervenientes que conduzam ao seu desenquadramento desta situação”.

(iii) a concessão, pelo item 7.1.13² do edital, de 24 (vinte e quatro) horas para o saneamento de falhas de licitante inabilitado ofende o § 3º do art. 43 da Lei 8.666/93;

(iv) o item 6.3.2.2³ do edital exige a comprovação de contrato de parceria ou declaração do fabricante de que a licitante está apta a fornecer o cartucho/toner ofertado, como condição para qualificação técnica;

(v) a exigência de cartuchos e toners originais para equipamentos que não mais estão no período de garantia confronta com a jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado, a exemplo do decidido no TC-005827/026/09.

Nestes termos, requer a suspensão cautelar do procedimento licitatório e a determinação para que seja retificado o ato convocatório.

Por decisão publicada no DOE de 24/2/2016, foi determinada a suspensão do certame e oficiada a Origem para que encaminhasse a esta Corte, em prazo não superior a 48 (quarenta e oito) horas, conforme previsto no artigo 222 do Regimento Interno, cópia do edital impugnado para o exame previsto no § 2º do artigo 113 da Lei nº 8.666/93, além de justificativas para as questões suscitadas, determinando aos responsáveis, inclusive, que se abstivessem da prática de quaisquer atos relacionados ao presente certame, até deliberação final a ser emanada pelo E. Plenário.

A Prefeitura Municipal de Ribeirão Pires deixou de apresentar alegações de defesa. O Ministério Público de Contas manifestou-se pela procedência.

É o relatório.

Voto 00005178.989.16-6

Solicitação de referendo

Trago para *referendo* decisão em que determinei a suspensão cautelar do edital do Pregão Presencial nº 012/16 da Prefeitura Municipal de Ribeirão Pires, cujo objeto é o registro de preços para fornecimento de cartuchos e toners para impressoras.

Mérito

No mérito, as impugnações procedem.

Primeiramente, a natureza divisível do objeto licitado faz com que incida o dispositivo do inc. III⁴ do art. 48 da Lei Complementar Federal 123/06, de sorte que a Administração deverá estabelecer cota de até 25% para micro e pequenas empresas, ficando desde já advertida de que a única

2. "7.1.13 – Se o licitante classificado for considerado inabilitado, o pregoeiro poderá conceder-lhe o prazo de 24 (vinte e quatro) horas para o saneamento de falhas, desde que as mesmas possam ser escoimadas nesse prazo".

3. "6.3.2.2 – A empresa licitante deverá comprovar que possui contrato de parceria ou Declaração do fabricante, onde conste que a empresa está apta a fornecer o cartucho/toner, referente ao lote ofertado".

4. "Art. 48. [...] III – deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte".

possibilidade de não o fazer será comprovar, na fase interna do certame, que se faz presente alguma das hipóteses dos incs. do art. 49⁵ daquele mesmo Diploma Legal.

No que se refere ao prazo para a regularização de eventual restrição na regularidade fiscal de micro e pequenas empresas, nos termos do § 1^o do art. 43 da Lei Complementar Federal 123/06, a omissão do edital a esse respeito produz contexto de insegurança jurídica com possível implicação no art. 3^o, § 1^o, I, da Lei 8.666/93.

Deverá ser retificado, pois, o edital, para que ele passe a dispor expressamente sobre a garantia do prazo de 5 (cinco) dias úteis para o exercício do direito assegurado pelo já mencionado § 1^o do art. 43 da Lei Complementar Federal 123/06.

O item 5.6⁷ do edital também deverá ser corrigido, pois vincular o credenciamento das microempresas e empresas de pequeno porte tão somente a uma declaração assinada pelo contador responsável ou técnico em contabilidade é uma restrição que também incorre na vedação do art. 3^o, § 1^o, I, da Lei 8.666/93.

Como já fora decidido pelo E. Plenário no processo TC- 001085/989/14-3⁸, essa correção no item 5.6 deverá “possibilitar a comprovação das interessadas licitantes como microempresa e empresa de pequeno porte por todos os meios admitidos pelo ordenamento jurídico vigente, mormente quanto ao que estabelece a Instrução Normativa n^o 103, de 30/04/07, e/ou a apresentação de Certidão Simplificada da Junta Comercial”.

No que se refere à concessão do prazo de 24 (vinte e quatro) horas para o saneamento de falhas do licitante inabilitado, a ausência de qualquer limitação ou maior clareza sobre em que consistirá tal procedimento coloca em significativo risco o disposto no § 3^o do art. 43 da Lei 8.666/93, que impõe severas limitações a tal espécie de diligência ao dispor que: “é facultada à comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta”.

5. "Art. 49 – Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:

I – (Revogado)

II – não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

III – o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado;

IV – a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei n^o 8.666, de 21 de junho de 1993, excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do art. 24 da mesma Lei, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente de microempresas e empresas de pequeno porte, aplicando-se o disposto no inciso I do art. 48”.

6. “Art. 43. [...] § 1^o Havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal, será assegurado o prazo de 5 (cinco) dias úteis, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado o vencedor do certame, prorrogável por igual período, a critério da administração pública, para a regularização da documentação, pagamento ou parcelamento do débito e emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa”.

7. “5.6 – Por ocasião do credenciamento dos representantes das empresas licitantes, a empresa deverá, para se submeter ao regime especial da Lei Complementar n^o 123/06, apresentar além dos demais documentos já exigidos, declaração, sob as penas do art. 299 do Código Penal, subscrita por quem detenha poderes de representação, bem como pelo Contador Responsável ou Técnico em Contabilidade (com indicação clara do número do Registro no respectivo Conselho Regional de Contabilidade), de que se enquadra na situação de microempresa ou empresa de pequeno porte, nos termos da Lei Complementar n^o 123/06, bem assim, que inexistem fatos supervenientes que conduzam ao seu desenquadramento desta situação”.

8. E. Plenário, em sessão de 30/4/2014. Relator: Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho.

Portanto, o item 7.1.13 do edital deverá ser retificado de modo a se estabelecer com clareza um procedimento de diligência que se submeta ao disposto no § 3º do art. 43 da Lei 8.666/93.

Deverá ser corrigido também o item 6.3.2.2⁹ do edital, porquanto há evidente confronto com a jurisprudência pacificada na Súmula nº 15¹⁰ deste Tribunal na fixação de que uma das condições para qualificação técnica é a comprovação de contrato de parceria ou declaração do fabricante de que a licitante está apta a fornecer o cartucho/toner ofertado.

Nos termos da Súmula nº 14¹¹ deste Tribunal, tal exigência deverá ser direcionada unicamente ao licitante vencedor da disputa, com prazo razoável para tanto, podendo ser requisitada apenas declaração de disponibilidade ou de que a empresa reúne condições de apresentar os documentos no momento oportuno.

No que se refere à definição de que os cartuchos e toners deverão ser originais das marcas das impressoras, isto contraria a pacífica jurisprudência consolidada há tempos no sentido de que é admitida a restrição de certames licitatórios a insumos “originais” somente na hipótese de equipamentos no período de garantia, devendo ser também admitida a oferta dos chamados cartuchos e toners “compatíveis” para os equipamentos que estejam fora do período de garantia.

É assim que se decidiu, por exemplo, nos processos TC- 000597/989/12¹² e TC-000798/989/12¹³ e TC-000234/989/13-5¹⁴.

A propósito, o julgamento do processo TC- 000234/989/13-5, sob a relatoria do eminente Conselheiro Robson Marinho, foi prolatado nos seguintes termos:

“[...] Por outro lado, não é de cartuchos e toners ‘remanufaturados’ ou ‘recarregados’ que trata a discussão sobre esta matéria¹⁵.

Em verdade, o caso destes autos envolve a contraposição entre os insumos produzidos pelas fabricantes dos equipamentos, que são os denominados ‘originais’, e aqueles cartuchos e toners denominados ‘compatíveis’, cuja definição corrente diz serem aqueles que “utilizam matéria-prima nova desde a carcaça, passando pelos circuitos, até a tinta, apesar de não serem produzidos pelo fabricante da impressora. Na caixa traz o termo ‘Compatível’, o código do produto dado por seu próprio fabricante, e o código do cartucho original, para facilitar a conversão por par-

9. “6.3.2.2 – A empresa licitante deverá comprovar que possui contrato de parceria ou Declaração do fabricante, onde conste que a empresa está apta a fornecer o cartucho/toner, referente ao lote ofertado”.

10. “Súmula nº 15 – Em procedimento licitatório, é vedada a exigência de qualquer documento que configure compromisso de terceiro alheio à disputa”.

11. “Súmula nº 14 – Exigências de comprovação de propriedade, apresentação de laudos e licenças de qualquer espécie só são devidas pelo vencedor da licitação; dos proponentes poder-se-á requisitar tão somente declaração de disponibilidade ou de que a empresa reúne condições de apresentá-los no momento oportuno”.

12. E. Plenário, em sessão de 20/6/2012. Relator: Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues.

13. E. Plenário, em sessão de 25/7/2012. Relatora: Conselheira Cristiana de Castro Moraes.

14. E. Plenário, em sessão de 20/3/2013. Relator: Conselheiro Robson Marinho.

15. Segundo definições divulgadas pela Associação Brasileira de Recondicionadores de Cartuchos para Impressoras, o cartucho remanufaturado “é todo aquele que é desmontado para avaliação e substituição das peças que apresentam desgastes significativos que comprometem a qualidade de impressão”, e o cartucho recarregado “é todo aquele em que é agregado novo toner ou nova tinta sem avaliação e/ou substituição de peças” <<http://www.abreci.org.br/artigos/ler/6/>>.

te do usuário com os equipamentos”. Esta definição aqui utilizada foi extraída do Acórdão nº 1033/2007 do Plenário do TCU¹⁶.

Esta questão se mostra relevante porque tratamos aqui de uma pessoa jurídica de direito público que possui um padrão de consumo de grande escala, de sorte que as diferenças de preços unitários passam a assumir posição de relevância quando observados em relação à totalidade dos gastos nesta significativa escala.

Ainda que se possa argumentar a existência do comércio de insumos ‘originais’ por estabelecimentos diversos, os seus preços muito pouco oscilam, o que se torna diferente quando colocados na disputa os insumos denominados ‘compatíveis’, a partir do que se obtém uma efetiva variação dos preços que torna o cenário propício à vantajosidade e aos demais princípios tutelados pelo art. 3º da Lei Geral de Licitações.

Por outro lado, é cediço que existem procedimentos admissíveis no direito para a garantia destas aquisições, pois, além de determinar que sejam insumos ‘compatíveis’ de primeiro uso e fabricados com 100% de componentes novos, pode o ente licitante, por exemplo, exigir das licitantes amostras para testes, assim como requisitar da licitante vencedora certificação de entidade acreditada pelo INMETRO que ateste o atendimento das normas da ABNT¹⁷ pelo produto ofertado [...]”.

Ante o exposto, voto pela *procedência* da representação, devendo a *Prefeitura Municipal de Ribeirão Pires* retificar o ato convocatório:

- (i) de maneira a estabelecer cota de até 25% para micro e pequenas empresas (art. 48, III, da LCF 123/06), com a advertência de que a única possibilidade de não o fazer será comprovar, na fase interna do certame, que se faz presente alguma das hipóteses dos incs. do art. 49 da Lei Complementar Federal 123/06;
- (ii) para que passe a dispor expressamente sobre a garantia do prazo de 5 (cinco) dias úteis para a regularização de eventual restrição na regularidade fiscal de microempresas e empresas de pequeno porte, nos termos do § 1º do art. 43 da Lei Complementar Federal 123/06;
- (iii) no item 5.6, para possibilitar, no credenciamento, que a comprovação da condição de microempresa e/ou de empresa de pequeno porte possa ser realizada por todos os meios admitidos pelo ordenamento jurídico vigente, mormente quanto ao que estabelece a Instrução Normativa nº 103 do DNRC, de 30/04/07, e/ou a apresentação de Certidão Simplificada da Junta Comercial;
- (iv) no item 7.1.13, para se estabelecer com clareza um procedimento de diligência que se submeta ao disposto no § 3º do art. 43 da Lei 8.666/93;
- (v) no item 6.3.2.2, para que o contrato de parceria ou a Declaração do fabricante sejam documentos exigidos unicamente do licitante vencedor, nos termos das Súmulas 14 e 15 deste Tribunal, podendo ser requisitada, na habilitação, apenas declaração de

16. TC-009.485/2007-8; rel. Min. Augusto Nardes; Plenário, em sessão de 30/5/07. Fonte: <www.tcu.gov.br>.

17. Há os exemplos das normas ABNT NBR nºs 19752:2006 (método para determinar o rendimento de cartuchos de *toner* para impressoras eletrofotográficas monocromáticas e para dispositivos multifuncionais que contenham componentes de impressora), 19798:2011 (determinação do rendimento de cartuchos de *toner* para impressoras coloridas e para dispositivos multifuncionais que contenham componentes de impressora), 24711:2011 (determinação do rendimento de cartuchos de tinta para impressoras coloridas a jato de tinta e para dispositivos multifuncionais que contenham componentes de impressora) e 24712:2011 (páginas de teste de cor para a medição do rendimento de equipamentos de escritório).

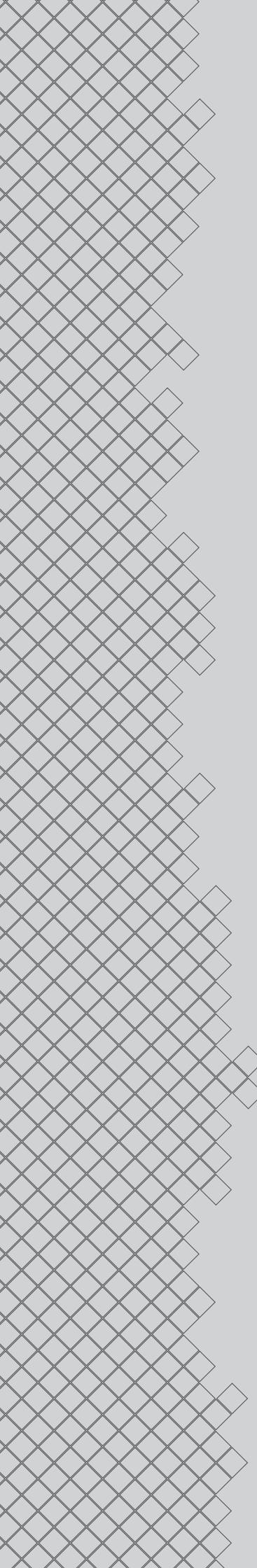
disponibilidade ou de que a empresa reúne condições de apresentar os documentos no momento oportuno;

(vi) na definição do objeto, para que a exclusividade de cartuchos e *toners* “originais” seja estabelecida tão somente às impressoras que estejam no período de garantia, e para que seja também admitida a oferta de cartuchos e *toners* “compatíveis”, junto à oferta de insumos “originais”, para as impressoras que estejam fora do período de garantia.

A Administração deverá ainda publicar o novo texto do edital e reabrir o prazo legal para oferecimento das propostas, nos moldes do artigo 21, § 4º, da Lei Federal nº 8.666/93.

Acolhido este entendimento pelo E. Plenário, deverá ser intimada a Prefeitura Municipal de Ribeirão Pires, na forma regimental.

Com o trânsito em julgado, archive-se o processo.



S|LC

SAINDO DAS

**LICITAÇÕES E
CONTRATOS**

**Esta seção traz matérias com
temáticas sempre atuais e que estão
sendo amplamente discutidas.**

Os artigos aqui apresentados representam a
opinião de seus autores, não necessariamente a
opinião da SGP – Soluções em Gestão Pública.

Administração Pública e interpretação de normas de direito público – A Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018 – Blockers e Makers (art. 20)

Jair Eduardo Santana

Mestre em Direito do Estado (PUC de São Paulo); Advogado e Administrador (ICSS); AETQ do Fundo de Pensão do Ministério Público e da Justiça Brasileira

Sem quaisquer festejos e quase que sorratamente, entrou em vigor, na data da sua publicação, a Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018¹, trazendo modificações sensíveis na LINDB (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro; antiga LICC – Lei de Introdução ao Código Civil).

Originária do Projeto de Lei do Senado Federal (PLS nº 349/2015 e PL nº 7.448/2017 na Câmara dos Deputados), proposto pelo Senador Antônio Augusto Junho Anastasia², a norma tem a deliberada finalidade de incluir na LINDB disposições que aumentam a segurança jurídica e a eficiência tanto na criação, quanto na aplicação do Direito Público, potencializando, conseqüentemente, a qualidade da atividade decisória pública no Brasil.

Por outras palavras mais resumidas, a nova norma, dirigida fundamentalmente aos seus intérpretes governamentais (Administração, Controles e Judicial), visa imputar segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do Direito Público a partir de um “melhor decidir”.

Em meu sentir, estamos diante de norma pendular, daquelas que – de tempos em tempos – causam transformação significativa no meio ao qual se destinam. Acaso assim não seja, tenho certeza absoluta do enorme potencial que ela possui para tanto.

O ponto de preocupação que já antecipo é saber se o Setor está ou não atento a esse novo ferramental e se dele fará uso adequado daqui por diante.

De qualquer modo, as regras aqui citadas vieram num momento excelente para o Brasil, embora seja muito crítico o presente instante brasileiro no que se refere ao caminhar de muitas das funções estatais brasileiras, especialmente se tivermos em conta o ponto de vista da cidadania e dos usuários dos serviços públicos.

Há tempos escrevi que a democracia do terceiro milênio, é bem possível, resulte no retorno à democracia direta. Permitem-nos tal assertiva, dentre outros motivos, os avanços tecnológicos aliados à politização da sociedade³. E continuo firme pensando que a aproximação do cidadão com o núcleo de decisões governamentais (ou núcleo diretivo) é plenamente possível no presente estágio da nossa sociedade porquanto temos todos os ingredientes necessários a tanto.

1. Em anexo.

2. Na realidade, “a proposta teve origem em pesquisa acadêmica da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP e do Grupo Público da FGV Direito SP. Seu objeto de análise eram as concepções legislativas fundamentais adotadas no Brasil nos últimos 80 anos a respeito de três problemas básicos: a construção do interesse público, o tratamento da autoridade pública e os papéis dos Poderes do estado e dos órgãos constitucionais autônomos” (vide SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2. ed., em especial caps. 9, 11 e 12, Malheiros-SBDP, 2014).

3. SANTANA, Jair Eduardo. *Democracia e cidadania: o referendo como instrumento de participação política*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

Porém, o que tem se revelado certo é um incipiente movimento social onde o cidadão almeja o “não ser mais simples objeto e espectador do Estado, mas sujeito e ator do seu próprio destino”⁴. Mas o ponto em que nos encontramos é paradoxal, pois – de um lado – há tanta tecnologia, inovação e possibilidades plurais à nossa volta e – de outro lado – o Estado brasileiro aparenta apenas uma feição que se mostra autofágica nada serviente à sociedade.

Vai se escancarando dentre nós, cada vez mais, a quase absoluta ausência de governança pública⁵ e, derivando disso, a baixíssima *performance* do Poder Público na prestação de serviços.

Falando nela (na cidadania), sintetizou Jabor⁶ que o Brasil é um País que está vivendo uma grande queda, expressando – de tal modo – um sentimento que não é de hoje oculto, nem tampouco solitário. O gigantismo de que se reveste o Poder Público (e sua estrutura) na atualidade é correlato à imensidão da sua burocracia excessiva, desnecessária e ineficiente. E maldosamente assimétrico se o foco for a prestação de serviços públicos para os cidadãos.

De fato, muito impressiona a todos a ineficiência que nos cerca na maioria das áreas instrumentais e finalísticas governamentais, seja em que setor for.

O Estado, no retrato de Jabor (*cit.*), tem um enorme desapego pela sociedade e estamos vivendo uma grande queda não só no prédio em chamas [...] caem as verbas públicas para a modernização do Brasil, as represas não fiscalizadas caem na lama.. [...] cai a infraestrutura, [...]... caem as reformas que não saem; estamos presenciando a explosão de problemas não detectados antes, como nos prédios; o edifício de erros nacionais está cada vez mais visível; nada muda porque mudança dá trabalho, laudos dão trabalho, fiscalização se compra ou se vende, tudo dá trabalho; O País é um emaranhado burocrático feito para não funcionar; a estrutura administrativa do País impede a eficiência, o Estado tem um enorme desapego pela sociedade; [...] O Estado só se preocupa com a sua própria manutenção e com os interesses do seu absurdo fiscal e só o Estado não cai. Ah, e cai também em queda livre a confiança no País.

Costumo eu dizer – num misto de seriedade e brincadeira – que na convergência das ações governamentais com o interesse mínimo (e básico) da sociedade encontramos facilmente duas categorias⁷ de indivíduos-intérpretes das leis relacionadas ao Direito Público: de um lado, os *makers*, desejosos pelo fazer e pela realização plena das possíveis dimensões do ser humano e, de outro lado, os *intérpretes-blockers*, cujo comportamento decorre intuitivamente da palavra que os qualificam.

Tudo o que se queira (ou não queira), possa (ou não possa) fazer (ou não fazer) perspassa no mundo real, é evidente⁸, pelo sistema de normas⁹, pela sua interpretação e – o que precisa ser destacado – pelos diversos intérpretes admitidos como tais na arena respectiva.

4. SANTANA, Jair Eduardo. *Democracia e cidadania: o referendo como instrumento de participação política (cit.)*.

5. SANTANA, Jair Eduardo. *Pensamentos linearcartesiano, sistêmico e complexo aplicados à governança pública: as aquisições governamentais*. Trabalho Científico apresentado no XVII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Cartagena, Colômbia, 30 oct. – 2 Nov. 2012.

6. JABOR, Arnaldo. *Jornal da Globo*, edição de 02 de maio de 2018, em Comentários sobre a queda do prédio no centro de São Paulo. Disponível em: <<https://globoplay.globo.com/v/6707566/>>.

7. O notável Borges (citado em FOUCALT, Michel. *As palavras e as coisas. Uma arqueologia das ciências humanas*. São Paulo: Martins Fontes, 2000) provavelmente discordaria da classificação. Porém é um referencial de simples justificativa e de conforto.

8. Já que a sociedade atual homenageia o governo das leis, como diz Bobbio: “O governo das leis celebra hoje o próprio triunfo na democracia. E o que é a democracia se não um conjunto de regras (as chamadas regras do jogo) para a solução dos conflitos sem derramamento de sangue? E em que consiste o bom governo democrático se não, acima de tudo, no rigoroso respeito a estas regras? Pessoalmente, não tenho dúvidas sobre as respostas a essas questões. E exatamente porque não tenho dúvidas, posso concluir tranquilamente eu a democracia é o governo das leis por excelência. No momento mesmo em que um regime democrático perde de vista este seu princípio inspirador, degenera rapidamente em seu contrário, numa das tantas formas de governo autocrático de que estão repletas as narracões dos historiadores e as reflexões dos escritores políticos” (BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia – Uma defesa das regras do jogo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992. p. 171).

9. Sobre o sistema de normas: SANTANA, Jair Eduardo. *Limites da decisão judicial na colmatação de lacunas: perspectiva social da atividade judicante*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998; e BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 5. ed. Brasília: UNB, 1982.

De minha parte, avançar sobre tal dimensão é caminhada de conforto porque há décadas tenho dedicado especialíssimo cuidado – quando do enfrentamento dos intrincados institutos da hermenêutica – a um aspecto que dentre a maioria parece desimportante: a figura do intérprete¹⁰. Por isso, o que acima disse ser um misto de brincadeira e de seriedade acaba pertencendo mais a este domínio do que àquele. E – no resumo das coisas – as normas jurídicas são utilizadas a todo instante como ferramental de suporte para a tomada de decisões tomadas pela citada pessoa.

Sempre me incomodou (podendo eu imaginar que esse incômodo não seja só meu) a circunstância de que o intérprete (enquanto sujeito e pessoa, dotado de algum poder estatal que o torna apto a decidir) faz do processo de interpretação um palco que ignora as boas técnicas que a hermenêutica universal acolhe. E, ao fim de tudo, a interpretação (enquanto resultado do mencionado processo) acaba por privilegiar elementos e dimensões que se prendem mais ao indivíduo do que ao sistema normativo propriamente dito.

Tive a oportunidade de me aprofundar sobre isso noutra ocasião quando escrevi que a interpretação (como resultado) é tarefa realizada no mais das vezes de maneira mecânica. E ela maneja – em realidade – ato de vontade carregado de valores. Acaba sendo o ato decisional, portanto, operação volitiva-axiológica¹¹, muito embora o aspecto racional devesse ser mais evidente sob pena de nos assujeitarmos à simples vontade individual do intérprete.

Sabidamente a tarefa de interpretar normas no âmbito do Direito Administrativo não é coisa simples. No entanto, meu antigo desconforto sempre se evidenciou em relação à desmedida superposição de uma vontade pessoal às possibilidades (concretas) permitidas pelo modal deôntico (dever-ser) e seu respectivo sistema de normas.

Se é fato que as regras de Direito Público encerram – não raro – indeterminação semântica, vagueza ou ambiguidade, produzindo (ou não) lacunas (normativas, axiológicas ou ontológicas) é igualmente certo que o intérprete, *in concreto*, há de verificar e determinar no mínimo dois aspectos básicos: a) a dimensão em que a norma é indeterminada, vaga, ambígua ou omissa e b) as possibilidades permitidas pela norma para a sua interpretação ou integração, conforme o caso.

Diante de casos tais, jamais poderia o intérprete conduzir-se como se faz costumeiramente em nosso Brasil: decidir sem tomar por fundamento algum modelo teórico-hermenêutico residente na Ciência do Direito para aquilatar as possibilidades de decisão num determinado caso não hipotético.

Para solucionar (pela interpretação) uma dada-relação-controvertida, o intérprete deveria determinar – antes de tudo – o marco de possibilidades hermenêuticas, interpretando ou integrando a norma, como o caso. É que no campo onde situamos a problemática não se verificam nem a verdade ou tampouco a falsidade de uma determinada proposição porque os modais manejados são os deônticos (já o sabemos e o dissemos).

Há de se pensar que, diante do problema, as soluções possíveis haverão de ser, ou não, aceitas. E, para tanto, uma série de premissas sempre se faz presente, e não apenas uma (como fazemos exemplificativamente com o recurso da Tópica¹² que – como técnica argumentativa – fixa as

10. Na disciplina de Direito Público que ministramos por quase 20 anos (Pós-Graduação da Puc Minas Virtual), adotamos como nosso marco teórico texto-base de nossa autoria intitulado *Democracia e humanismo no Direito Administrativo. Lições do passado. Perspectivas e desafios para o futuro* (SANTANA, Jair Eduardo. PUC Minas, BH. ISBN S237D), onde escrevemos, a propósito da interpretação: o Direito só tem significação e sentido se eu puder verte-lo em realidade efetiva. A travessia do abismo existente entre o ser (ôntico) e o dever-ser (deôntico) é o grande motivo e incentivo. Realidade e Direito se contrapõem, na busca de ideais postos e reclamados pela sociedade, que se mostra cada vez mais exigente.

11. SANTANA, Jair Eduardo. *Limites da decisão judicial na colmatação de lacunas: perspectiva social da atividade judicante*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

12. O conceito de *tópica* “já aparece no ‘Organon’, na grandiosa Lógica de Aristóteles, e aí é aplicado a argumentos que não se apoiam em premissas seguramente ‘verdadeiras’, mas antes em premissas simplesmente plausíveis (geralmente evidentes ou que pelo menos aparecem aos ‘sábios’ como verdadeiras) sofreu no transcurso da sua evolução histórica variadas modificações, associou-se à retórica, encontrou também guarida na dialética forense, mereceu ainda uma vez mais acolhimento em Vico (num escrito do ano de 1703), mas que na era moderna, porque o pensamento se voltou para métodos científicos mais exactos, tais como os que foram elaborados na ciência natural matemática, em pensadores como

possibilidades que acima falei; por ela desvenda-se caminhos para que se chegue a único local: a decisão que qualificará a relação de fato e a decisão que tornará a situação de fato-ser em situação qualificada deonticamente: dever-ser).

Desdenhando de procedimentos tais ou assemelhados, assistimos no Brasil o verdadeiro caos interpretativo (de normas de Direito Público) tal qual narra a tradição platônica referindo-se àquele ambiente que antecedeu Demiurgo¹³.

É o Brasil do vale-tudo-interpretativo no tocante às normas de Direito Público, em especial.

Por isso é que entendo que a sociedade brasileira (hoje sabidamente agoniada pelos problemas estatais aqui superficialmente resgatados) ganha, com a edição da Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, um vetor de propriedades ímpares para que – na interpretação das normas necessárias à efetivação de assuntos relacionados ao Direito Público – eficientizemos os setores responsáveis pela interpretação normativa e, enfim, produza-se o que há de ser produzido em termos de utilidades e de serviços públicos e propicie-se o bem-viver, razões primordiais da existência estatal.

A aplicação das normas de Direito Público – insisto – passam a receber uma nova dimensão a partir das diretrizes obrigatórias postas pela Lei em comentário. Ou, por outro modo, posso dizer que a partir de 25 de abril de 2018, aqueles que detêm algum poder de decisão terão que – obrigatoriamente – avaliar e concluir (e, enfim, interpretar), motivadamente, com base num mundo que é real; E nunca mais em abstrações jurídicas como se fez nos últimos anos. Porque o novo ambiente é imperativo:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

São límpidos os comandos do artigo 20 que obriga (na medida em que o verbo é imperativo: não se decidirá!), nas esferas administrativa (órgãos da administração direta), de controle (tribunais de contas e outros) e judiciais (todos os ramos e órgãos de qualquer instância do Judiciário), que se abstenham de justificar suas decisões com valores jurídicos abstratos sem ter em consideração os efeitos práticos da decisão.

Tal artigo parece estar vocacionado, desde a sua concepção, para os intérpretes-*blockers* que na prática e desde sempre teimam em simplesmente dizer não sem – contudo – apontar regras expressas proibitivas ou valores densos nos quais o produto da interpretação se fundamenta. Tal postura interpretativa acerca de normas de Direito Público cria intensa insegurança jurídica e um descolamento quase abissal entre os núcleos normativos e as possibilidades hermenêuticas voltando-se apenas para a retórica e conteúdos vazios. E – o pior de tudo – cria para os intérpretes-*makers* uma real possibilidade do cometimento de infração hermenêutica derivada simplesmente de divergências de interpretação normativa.

E, não raro, dito crime de interpretação, acaba correspondendo a punição mais pela forma do que pelo conteúdo, o que é – na maior parte dos casos – inaceitável diante dos propósitos jurídico-pragmáticos que fundamentaram a direção tomada.

Criou-se aqui (falo do Brasil), em razão desses ingredientes, um ambiente que é de puro medo de fazer assemelhado às cenas que deram nome ao livro do filósofo José Gil¹⁴ (*Portugal hoje: o medo de existir*).

Kant foi considerado o lugar da ‘esperteza’ e da conversa fiada” (ENGISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, 6. ed.).

13. Segundo Platão (428-348 a.C.), o artesão divino ou o princípio organizador do universo que, sem criar de fato a realidade, modela e organiza a matéria caótica preexistente através da imitação de modelos eternos e perfeitos.

14. GIL, José. *Portugal, Hoje. O medo de existir*. 3. ed. Lisboa: Relógio D’água, 1998.

José Gil chamou de não inscrição aqueles acontecimentos que não influenciam a nossa vida; como se não acontecessem. E, não tendo acontecido, não há responsáveis. “Pode-se continuar a vida como se nada tivesse se passado. Os acontecimentos não se inscrevem em nós, nem nas nossas vidas, nem nós nos inscrevemos na história. Por isso, não acontecem. Isso vem do medo e da falta da ideia de futuro; vive-se num presente que se perpetua. Não se inscreve em nós o futuro nem o passado”¹⁵.

Tomo a liberdade de dizer que esse medo é uma das causas da letargia que aflige diversos círculos brasileiros afetando diretamente o Governo, o Poder Público, a Administração Pública, a Política, o Mercado e a Economia; enfim, todos os atores que se encontram estáticos em razão de um comportamento que gera a própria paralisia e desestímulos de toda sorte.

Os que militam na confluência entre o Governo, o Mercado e a Sociedade sabem o quanto é perversa a existência do não simplista a que antes nos referimos ou o seu equivalente, o não omissivo, como decorrência da aplicação e da interpretação das normas de Direito Público.

É dado que transcende a simples curiosidade a coexistência no cenário nacional (composto este por uma imensidão sem fim de normas de Direito Público verticais e horizontais – em razão do federalismo) de inúmeras e opostas interpretações (enquanto produto ou resultado) realizadas pelos mais diversos intérpretes com fundamento no mesmo sistema legal.

Na prática, atordoados se encontram a Sociedade, o Mercado e os cumpridores das Leis de Direito Público tamanha é a diversidade de aqui isso pode e lá isso não pode, como se a maioria de normas tais pudessem estar unicamente sob o elemento volitivo-axiológico encampado pelo intérprete sem a menor dose de racionalidade finalística.

O agravamento desse cenário e ambiente de caos interpretativo é propício à inseguranças de toda ordem tensionando aspectos jurídicos, econômicos e sociais, a um só tempo.

Mas isso tudo deve cair por terra diante da norma aqui comentada.

A norma não se contenta em exigir a interpretação não abstrata de normas de Direito Público e vai além: é de se considerar os efeitos práticos da decisão.

Professores de renome¹⁶, manifestando-se sobre o então Projeto de Lei, escreveram a propósito do artigo 20 ora em comento que o dispositivo possui:

a finalidade de reforçar a ideia de responsabilidade decisória estatal diante da incidência de normas jurídicas indeterminadas, as quais sabidamente admitem diversas hipóteses interpretativas e, portanto, mais de uma solução. A experiência demonstra ser comum a tomada de decisões muito concretas a partir de valores jurídicos bem abstratos – tais como o interesse público, o princípio da economicidade, a moralidade administrativa, etc. O fenômeno é comum às esferas administrativa, controladora e judicial. Diante desse quadro, o parágrafo único do art. 20 propõe instituir ao tomador de decisão o dever de demonstrar, via motivação, a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Enfim, com a modificação do sistema legal operada pelo artigo 20 da LINDB não é mais possível a interpretação de normas de Direito Público fundamentada em valores abstratos que desdenhem a necessidade de motivação que leve em conta os efeitos práticos da respectiva decisão.

Com isso, a simples divergência de interpretação normativa deixa de ser – como é hoje – um crime hermenêutico de efeito paralisante não apenas para o aplicador da Norma de Direito Público, mas para toda a sociedade brasileira que se vê carente de resultados estatais.

15. GIL, José. *Op. cit.*

16. In: Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL nº 7.448/2017. Documento subscrito por Floriano de Azevedo Marques Neto, Carlos Ari Sundfeld, Adilson de Abreu Dallari, Maria Sylvia Zanello Di Pietro, Odete Medauar, Marçal Justen Filho, Roque Carrazza, Gustavo Binenbojm, Fernanda Menezes de Almeida Fernando Facury Scaff, Jacinhto Arruda Câmara, Egon Bockmann Moreira, José Vicente Santos de Mendonça, Marcos Augusto Perez, Flávia Piovesan, Paulo Modesto, André Janjácómo Rosillo e Eduardo Ferreira Jordão.

(ANEXO)**Lei nº 13.655, de 25 de Abril de 2018.¹⁷**

Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), *disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público*.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º O Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), passa a vigorar acrescido dos seguintes artigos:

“Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.”

“Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o *caput* deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.”

“Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.”

“Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Parágrafo único. (VETADO)”

“Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

17. Os destaques feitos no texto não constam do original.

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.”

“Art. 25. (VETADO).”

“Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

§ 1º O compromisso referido no caput deste artigo:

I – buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;

II – (VETADO);

III – não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;

IV – deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

§ 2º (VETADO).”

“Art. 27. A decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos.

§ 1º A decisão sobre a compensação será motivada, ouvidas previamente as partes sobre seu cabimento, sua forma e, se for o caso, seu valor.

§ 2º Para prevenir ou regular a compensação, poderá ser celebrado compromisso processual entre os envolvidos.”

“Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

§ 1º (VETADO).

§ 2º (VETADO).

§ 3º (VETADO).”

“Art. 29. Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão. Vigência

§ 1º A convocação conterá a minuta do ato normativo e fixará o prazo e demais condições da consulta pública, observadas as normas legais e regulamentares específicas, se houver.

§ 2º (VETADO).”

“Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.

Parágrafo único. Os instrumentos previstos no caput deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.”

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, salvo quanto ao art. 29 acrescido à Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), pelo art. 1º desta Lei, que entrará em vigor após decorridos 180 (cento e oitenta) dias de sua publicação oficial.

Brasília, 25 de abril de 2018; 197º da Independência e 130º da República.

MICHEL TEMER

Gilson Libório de Oliveira Mendes

Eduardo Refinetti Guardia

Walter Baere de Araújo Filho

Wagner de Campos Rosário

Eliseu Padilha

Grace Maria Fernandes Mendonça

Este texto não substitui o publicado no *DOU* de 26.4.2018



ÍNDICE

CUMULATIVO

Um prático índice com todo o conteúdo das edições do ano separado por seções e em ordem alfabética para facilitar a busca pelos temas já comentados.

ÍNDICE CUMULATIVO

ENTREVISTA COM O MESTRE

A contratação de serviços advocatícios pelo Poder Público – **Ivan Barbosa Rigolin** – Edição nº 3, junho/2018, p. 7.

Contrato de gestão celebrado entre o Poder Público e organização social: a gestão compartilhada da saúde – **Jair Eduardo Santana** – Edição nº 4, julho/2018, p. 7.

O contrato como forma de viabilizar o relacionamento entre o setor público e o privado: Necessidade de cooperação – **Márcia Walquiria Batista dos Santos** – Edição nº 2, maio/2018, p. 7.

Perspectivas para uma Boa Gestão Pública – **Jessé Torres Pereira Jr.** – Edição nº 1, abril/2018, p. 7.

SOLUÇÕES PRÁTICAS

Como a Administração Pública deve agir diante de propostas comerciais com valores muito abaixo do valor orçado? – Edição nº 3, junho/2018, p. 22.

Como deve ocorrer a terceirização de serviços no âmbito da Administração Pública? – Edição nº 4, julho/2018, p. 23.

É lícito realizar processo licitatório para a contratação de empresa que organize a integralidade de uma festividade local? Tal empresa poderá ser remunerada por meio de exploração da praça de alimentação e/ou venda de ingressos? – Edição nº 2, maio/2018, p. 17.

É possível a contratação de empresa gerenciadora de tíquete-combustível? – Edição nº 1, abril/2018, p. 18.

É possível a contratação de obras e serviços de engenharia por meio da modalidade pregão? – Edição nº 3, junho/2018, p. 19.

É possível a contratação de seguro de vida para agentes públicos municipais? – Edição nº 4, julho/2018, p. 17.

É possível a realização de pagamento antecipado nas contratações públicas? – Edição nº 3, junho/2018, p. 15.

É viável a adesão a determinada ata de registro de preços de órgão estadual, mas de outro Estado da Federação? – Edição nº 4, julho/2018, p. 19.

Os contratos de telefonia podem ter seus valores revistos (reequilíbrio econômico-financeiro), com fundamento no art. 65, inc. II, al. d, da Lei nº 8.666/93? – Edição nº 1, abril/2018, p. 15.

Pode a Administração Pública patrocinar determinado evento em troca de publicidade? – Edição nº 1, abril/2018, p. 16.

Pode o Poder Público celebrar contratos eletrônicos, a exemplo de contratações decorrentes do Google Play Store ou AppStore? – Edição nº 3, junho/2018, p. 17.

Quais os requisitos do reajuste de preços? Em caso de índice negativo, o valor do contrato deverá ser reduzido? – Edição nº 2, maio/2018, p. 15.

Quais são as características dos institutos de Direito Público de trespasse de uso (concessão de uso, permissão de uso e autorização de uso)? – Edição nº 2, maio/2018, p. 19.

Quando é cabível a realização de uma chamada pública para o credenciamento de interessados em prestar tais e quais serviços ao Poder Público? Como implementar o sistema de credenciamento? – Edição nº 4, julho/2018, p. 21.

Um contrato que não foi devidamente publicado na imprensa oficial, no prazo legal, encontra-se em vigor? Tal atraso na publicação impõe a anulação do ajuste? – Edição nº 2, maio/2018, p. 21.

SOLUÇÕES AUTORAIS

A gestão da juridicidade dos contratos administrativos conforme as normas de regência – **Gerais, Pregão, Registro de Preços e RDC** – **Jessé Torres Pereira Junior e Marinês Restelatto Dotti** – Edição nº 4, julho/2018, p. 71.

A Indispensabilidade da Etapa de Lances na Modalidade Pregão – **Mário José Corteze e Pedro Henrique Mazzaro Lopes** – Edição nº 2, maio/2018, p. 39.

A teoria da cegueira deliberada como ponto de partida para aferir o dolo no crime do art. 89 da Lei 8.666/1993 – **Renee do Ó Souza** – Edição nº 3, junho/2018, p. 47.

As Licitações nas Empresas Estatais pela Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016 (Parte 1) – **Ivan Barbosa Rigolin** – Edição nº 1, abril/2018, p. 79.

As Licitações nas Empresas Estatais pela Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016 (Parte 2) – **Ivan Barbosa Rigolin** – Edição nº 2, maio/2018, p. 31.

As Licitações nas Empresas Estatais pela Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016 (Parte 3) – **Ivan Barbosa Rigolin** – Edição nº 3, junho/2018, p. 27.

As Licitações nas Empresas Estatais pela Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016 (Parte 4) – **Ivan Barbosa Rigolin** – Edição nº 4, julho/2018, p. 63.

Dilemas Jurídicos Cinquentenários na Contratação Administrativa de Obras e Serviços de Engenharia – **Jessé Torres Pereira Junior e Marinês Restelatto Dotti** – Edição nº 2, maio/2018, p. 49.

Moralidade nos Contratos Administrativos – **Jessé Torres Pereira Junior e Thaís Boia Marçal** – Edição nº 1, abril/2018, p. 91.

O Contrato de Impacto Social (CIS) e a modelagem jurídica para sua implementação: uma inovação na forma de financiamento de políticas públicas – **Gustavo Madureira Fonseca, Juliana F. Barbeito de Vasconcellos e Thiago Cardoso Araújo** – Edição nº 3, junho/2018, p. 51.

O impacto da alteração dos valores das modalidades da Lei nº 8.666/1993 – **Christianne de Carvalho Stroppa** – Edição nº 4, julho/2018, p. 27.

O Poder Discricionário da Administração Pública no Processo Licitatório – **Márcia Walquiria Batista dos Santos** – Edição nº 2, maio/2018, p. 25.

Os Novos Horizontes da Contratação de Serviços na Administração Federal (Instrução Normativa nº 5/2017) – **Jessé Torres Pereira Junior e Marinês Restelatto Dotti** – Edição nº 1, abril/2018, p. 21.

Panorama geral das licitações na Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais) – **Rafael Carvalho Rezende Oliveira** – Edição nº 4, julho/2018, p. 51.

Ponderação entre o ius variandi e o princípio da inalterabilidade do objeto nos contratos administrativos – **Simone Zanotello de Oliveira** – Edição nº 3, junho/2018, p. 37.

Programa de Integridade (Compliance) e Licitações – **Gina Copola** – Edição nº 1, abril/2018, p. 87.

Uso da contratação emergencial para o cumprimento de decisão judicial – **Murillo Giordan Santos** – Edição nº 4, julho/2018, p. 33.

SOLUÇÕES JURISPRUDENCIAIS

As omissões nas planilhas de custos e preços das empresas licitantes não ensejam necessariamente a antecipada desclassificação das respectivas propostas comerciais – **Tribunal de Contas da União** – Edição nº 4, julho/2018, p. 111.

Denúncia. Pregão eletrônico. Contratação de empresa para prestação de serviços de transporte de bagagem desacompanhada de militar movimentado no âmbito do território nacional. Desclassificação indevida de empresas licitantes. Prejuízo à competitividade do certame. Violação ao princípio da obtenção da proposta mais vantajosa para a administração pública. Oitiva da unidade militar licitante e da empresa contratada. Rejeição das justificativas apresentadas. Procedência da representação apreciada por meio do acórdão 2.634/2016-TCU/Plenário. Manutenção dos contratos até 31/12/2016, a fim de evitar a paralisação das movimentações de militares em período crítico para a unidade jurisdicionada. Determinação para revogação do pregão eletrônico 25/2016, diante da afronta ao interesse público. Proibição de novas adesões à ata de registro de preços decorrente do aludido certame licitatório. Determinações. Audiência do pregoeiro. Impedimento e sorteio de novo relator. Monitoramento das determinações e análise da audiência. Cumprimento das determinações contidas no item 9.2 do acórdão. Inaplicabilidade do monitoramento em relação ao item 9.3, em face da inexistência de prazo definido para seu cumprimento. Rejeição das razões de justificativa do pregoeiro. Multa. Arquivamento – **Tribunal de Contas da União** – Edição nº 3, junho/2018, p. 67.

É admitida a restrição de certames licitatórios a cartuchos e toners “originais” somente na hipótese de equipamentos no período de garantia – **Tribunal de Contas do Estado de São Paulo** – Edição nº 4, julho/2018, p. 129.

É descabida a proibição do oferecimento de proposta com taxa de administração zero ou negativa, em processos licitatórios para contratação de vale-refeição, vale-alimentação, vale-combustível e cartão combustível – **Tribunal de Contas da União** – Edição nº 4, julho/2018, p. 121.

Monitoramento. Acórdão 1982/2015 – TCU – Plenário, prolatado em processo de representação. Descumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal. Irregularidades em procedimento licitatório. Irregularidades na execução de contrato. Audiências. Determinação – **Tribunal de Contas da União** – Edição nº 2, maio/2018, p. 69.

Recurso de reconsideração. Aplicação de multa em razão da adesão injustificada a ata de registros de preços. Ausência de estudos e projetos que justifiquem o quantitativo contratado. Não comprovação da vantagem econômico-financeira da adesão. Alegações incapazes de infirmar o acórdão recorrido. Não provimento – **Tribunal de Contas da União** – Edição nº 2, maio/2018, p. 111.

Representação de empresa licitante. Fundação Norte-Rio-Grandense de Pesquisa e Cultura. Habilitação irregular no âmbito de pregão eletrônico. Atestado de capacidade técnica materialmente inapto para fins de habilitação. Rejeição indevida de intenção de

recurso de empresa licitante. Procedência parcial. Determinações. Ciência de ocorrências à entidade – **Tribunal de Contas da União** – Edição nº 3, junho/2018, p. 125.

Representação. Concorrência. Possível desclassificação indevida por inexecuibilidade da proposta. Inadequada contratação superveniente de proposta menos vantajosa para a Administração Pública. Concessão da cautelar suspensiva. Oitivas – **Tribunal de Contas da União** – Edição nº 2, maio/2018, p. 125.

Representação. Conhecimento. Licitação realizada com amparo em projeto básico com graves deficiências. Adoção de medida cautelar. Necessidade de modificação estrutural do projeto básico. Vício insanável. Nulidade da licitação. Procedência. Determinações – **Tribunal de Contas da União** – Edição nº 3, junho/2018, p. 109.

Representação. Credenciamento de empresas para realização de trabalho social no âmbito do Programa Minha Casa Minha Vida. Conhecimento. Forma de contratação contrária à Lei de Licitações. Encerramento do contrato com uma empresa contratada, em razão da execução contratual completa. Aplicação, por parte do município, de multas e penalidade de impedimento de licitar e contratar com o município, às demais empresas contratadas por irregularidades nas execuções contratuais. Procedência parcial da representação. Determinação – **Tribunal de Contas da União** – Edição nº 1, abril/2018, p. 97.

Representação. Fraudes em procedimentos licitatórios. Conluio. Propostas com coincidência de grafia, apresentação. Restrição à competitividade. Comprometimento da vantajosidade da contratação. Procedência. Multa. Pedido de reexame. Ausência de elementos de defesa capazes de modificar o entendimento do tribunal. Conhecimento. Não provimento. Ciência aos interessados – **Tribunal de Contas da União** – Edição nº 1, abril/2018, p. 119.

Representação. Licitação. Execução de sistema de tratamento de esgoto com recursos federais. Indícios de irregularidades no edital. Exigência cumulativa de capital social mínimo e de garantia de proposta. Ausência de critérios objetivos para análise das propostas técnicas. Exigências exageradas para comprovação técnica. Adoção indevida de licitação do tipo técnica e preço. Fumaça do bom direito. Perigo da demora. Adoção de medida cautelar suspensiva do certame. Oitiva. Referendo pelo plenário – **Tribunal de Contas da União** – Edição nº 1, abril/2018, p. 127.

Representação. Pregão eletrônico. Contratação de serviços de transporte de cargas. Audiências. Não realização de procedimento licitatório em tempo hábil. Prorrogação irregular de contrato. Rejeição parcial das razões de justificativa. Procedência. Multa – **Tribunal de Contas da União** – Edição nº 2, maio/2018, p. 93.

Representação. Pregão eletrônico. Serviços continuados de manutenção, instalação e desinstalação de equipamentos. Audiência. Critério indevido de admissibilidade de preços. Desclassificação sumária sem realizar diligência. Recusa indevida de intenção de recurso pela pregoeira. Rejeição das razões de justificativa. Procedência. Multa – **Tribunal de Contas da União** – Edição nº 1, abril/2018, p. 109.

Representação. Serviço de gerenciamento da manutenção da frota. Alegações de afronta à impessoalidade, à isonomia e à economicidade da contratação. Pedido de medida cautelar. Não caracterização dos pressupostos. Indeferimento. Análise de mérito. Oportunidades para melhoria do modelo adotado. Possibilidade de outras soluções para o atendimento da necessidade. Procedência parcial. Determinações e recomendações – **Tribunal de Contas da União** – Edição nº 3, junho/2018, p. 77.

Responsabilização dos pareceristas jurídicos, por culpa ou erro grosseiro, na emissão de pareceres opinativos que induzam o administrador público à prática de irregularidades ou ilegalidades – **Tribunal de Contas da União** – Edição nº 4, julho/2018, p. 99.

SAINDO DAS LICITAÇÕES E CONTRATOS

A Febre Amarela e a Exigência de Comprovante de Residência – **Marcelo Silva Souza** – Edição nº 1, abril/2018, p. 139.

Administração Pública e interpretação de normas de direito público – A Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018 – Blockers e Makers (art. 20) – **Jair Eduardo Santana** – Edição nº 4, julho/2018, p. 137.

Ilegitimidade de ente da administração direta para pleitear reparação de dano causado à sociedade de economia mista por atos de corrupção – **Jessé Torres Pereira Junior e Thais Boia Marçal** – Edição nº 3, junho/2018, p. 139.

O Manejo da Oficina Anticorrupção no Direito Comparado: Uma Poderosa Ferramenta Para o Controle da Corrupção – **Carina Barbosa Gouvêa e José Lucas Silva Galdino** – Edição nº 2, maio/2018, p. 143.

ISSN 2595-1955



9 772595 195003



Fone +55 11 3729 6504
Celular +55 11 97443 5898
atendimento@sgpsolucoes.com.br

WWW.SGPSOLUCOES.COM.BR