

LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: TEORIA E JURISPRUDÊNCIA

VICTOR AGUIAR JARDIM DE AMORIM

Prefácio:
Jorge Ulisses Jacoby Fernandes

2ª edição

SENADO FEDERAL



**LICITAÇÕES E CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS:
TEORIA E JURISPRUDÊNCIA**

SENADO FEDERAL

Mesa

Biênio 2017 – 2018

Senador Eunício Oliveira

PRESIDENTE

Senador Cássio Cunha Lima

PRIMEIRO-VICE-PRESIDENTE

Senador João Alberto Souza

SEGUNDO-VICE-PRESIDENTE

Senador José Pimentel

PRIMEIRO-SECRETÁRIO

Senador Gladson Cameli

SEGUNDO-SECRETÁRIO

Senador Antonio Carlos Valadares

TERCEIRO-SECRETÁRIO

Senador Zeze Perrella

QUARTO-SECRETÁRIO

SUPLENTE DE SECRETÁRIO

Senador Eduardo Amorim

Senador Sérgio Petecão

Senador Davi Alcolumbre

Senador Cidinho Santos

SECRETARIA DE EDITORAÇÃO E PUBLICAÇÕES
COORDENAÇÃO DE EDIÇÕES TÉCNICAS

LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: TEORIA E JURISPRUDÊNCIA

VICTOR AGUIAR JARDIM DE AMORIM

2. ED.
BRASÍLIA - 2018

SENADO FEDERAL



Edição do Senado Federal
Diretora-Geral: Ilana Trombka
Secretário-Geral da Mesa: Luiz Fernando Bandeira de Mello Filho

Impressa na Secretaria de Editoração e Publicações
Diretor: Fabrício Ferrão Araújo

Produzida na Coordenação de Edições Técnicas
Coordenador: Aloysio de Brito Vieira

Revisão: Thiago Adjuto, Vilma de Sousa e Walfrido Vianna
Capa, projeto gráfico e editoração eletrônica: Serviço de Multimídia (Semid)

A524l Amorim, Victor Aguiar Jardim de, 1986-
Licitações e contratos administrativos : teoria e jurisprudência / Victor
Aguiar Jardim de Amorim. - 2. ed. - Brasília : Senado Federal, Coordenação de
Edições Técnicas, 2018.
271 p.

Conteúdo: Licitação: definições básicas, panorama normativo e princípios -
Etapa interna: preparação da licitação - Modalidades e tipos de licitação - Etapa
externa: o procedimento da licitação - Procedimentos especiais - Contratação
direta: afastamento do dever de licitar - Contratos administrativos.

ISBN: 978-85-7018-944-8

1. Licitação, legislação, Brasil. 2. Contrato administrativo, Brasil. 3.
Contratação de obras e serviços, Brasil. 4. Permissão de serviços públicos, Brasil.
5. Brasil. [Lei de licitação (1993)]. I. Título.

CDDir 341.3527

Coordenação de Edições Técnicas (Coedit)
Senado Federal, Bloco 08, Mezanino, Setor 011
CEP: 70165-900 - Brasília, DF
E-mail: livros@senado.leg.br

Alô Senado: 0800 61 2211

SUMÁRIO

13 **PREFÁCIO**

15 **APRESENTAÇÃO**

17 **NOTA DO AUTOR À 2ª EDIÇÃO**

19 **ABREVIATURAS E SIGLAS**

23 **CAPÍTULO 1**

LICITAÇÃO: DEFINIÇÕES BÁSICAS, PANORAMA NORMATIVO E PRINCÍPIOS

1. Definições básicas: conceito, natureza jurídica e objetivos / 23

| 1.1. Natureza jurídica; 23

| 1.2. Objetivos e finalidades; 24 | 1.2.1. Licitações sustentáveis; 24

| 1.3. Pressupostos da licitação; 27

2. Panorama normativo / 27

3. Obrigatoriedade de licitar / 30

| 3.1. Regime especial da licitação das empresas estatais (Lei nº 13.303/2016); 32

4. Princípios / 33

| 4.1. Legalidade; 34

| 4.2. Impessoalidade e igualdade; 35

| 4.3. Moralidade e probidade administrativa; 36

| 4.4. Publicidade; 36

| 4.5. Sigilo das propostas; 37

| 4.6. Vinculação ao ato convocatório; 38

| 4.7. Julgamento objetivo; 38

| 4.8. Competitividade; 38

| 4.9. Eficiência (economicidade, “vantajosidade” e formalismo moderado); 38

| 4.10. Adjudicação compulsória; 40

45 **CAPÍTULO 2**

ETAPA INTERNA: PREPARAÇÃO DA LICITAÇÃO

1. Preparação da licitação / 45

| 1.1. Estimativa do valor: pesquisa de preços; 46

2. Formalidades para obras e serviços / 47

- | 2.1. Regimes de execução para obras e serviços; 50
- | 2.2. Retardamento da execução de obras e serviços; 52

3. Formalidades para as compras / 52

- | 3.1. A questão do parcelamento das compras; 53
- | 3.2. A questão da indicação de marcas; 54

4. Minuta do edital de licitação e aprovação da assessoria jurídica / 55

5. Os agentes públicos responsáveis pela condução da licitação / 56

- | 5.1. Comissão de licitação; 57
- | 5.2. Pregoeiro e equipe de apoio; 58
- | 5.3. A figura da “área técnica”; 60
- | 5.4. Responsabilidade e responsabilização dos agentes públicos; 61

6. Registros cadastrais / 64

73

CAPÍTULO 3

MODALIDADES E TIPOS DE LICITAÇÃO

1. Modalidades de licitação / 73

- | 1.1. O parcelamento da licitação; 75
- | 1.2. Vedação ao fracionamento da licitação; 76
- | 1.3. Compra de bens de natureza divisível; 77

2. Concorrência / 78

3. Tomada de preços / 79

4. Convite / 79

5. Concurso / 80

6. Leilão / 81

7. Pregão / 82

8. Tipos de licitação / 83

89

CAPÍTULO 4

ETAPA EXTERNA: O PROCEDIMENTO DA LICITAÇÃO

1. Edital / 90

- | 1.1. Publicidade do edital; 93 | 1.1.1. Prazo mínimo de divulgação do edital; 94 | 1.1.1.1. Alteração do edital: necessidade de reabertura do prazo de divulgação; 95
- | 1.2. Impugnação do edital; 96 | 1.2.1. Legitimidade para impugnar; 97 | 1.2.2. Competência para o julgamento da impugnação; 97 | 1.2.3. Contagem do prazo; 98 | 1.2.4. Prazo para a resposta à impugnação: efeito suspensivo da impugnação?; 98 | 1.2.4.1. Impugnação intempestiva: preclusão da alegação de nulidade do edital?; 99

| 1.3. Representação ao Tribunal de Contas (art. 113, § 1º); 100

| 1.4. Pedidos de esclarecimento; 101

2. Fases do procedimento na Lei nº 8.666/1993 (concorrência, tomada de preços e convite) / 102

| 2.1. Habilitação; 102 | 2.1.1. Exigências de documentos habilitatórios: limites legais e razoabilidade; 107 | 2.1.1.1. Exigências editalícias fundadas em atos normativos de agências reguladoras; 108 | 2.1.2. Formalidades dos documentos de habilitação; 110 | 2.1.2.1. Da realização de diligências para esclarecimentos acerca do conteúdo dos documentos de habilitação; 111 | 2.1.2.1.1. A questão da juntada posterior de documento no procedimento licitatório; 113 | 2.1.3. Participação de consórcios; 115

| 2.2. Julgamento; 117 | 2.2.1. Preço de referência x preço máximo; 118 | 2.2.1.1. A publicidade do preço de referência; 119 | 2.2.2. A questão da inexequibilidade da proposta; 119 | 2.2.3. Exigência de amostras; 121 | 2.2.4. A desistência de propostas; 122 | 2.2.5. O empate entre propostas; 122 | 2.2.6. A desclassificação de todas as propostas; 122 | 2.2.7. O prazo de validade das propostas; 123

| 2.3. Critérios de diferenciação e concessão de benefícios no julgamento das propostas; 124 | 2.3.1. Benefícios concedidos às microempresas (ME) e às empresas de pequeno porte (EPP); 125 | 2.3.1.1. Enquadramento (art. 3º da LC nº 123/2006); 125 | 2.3.1.2. Comprovação do enquadramento; 125 | 2.3.1.3. Repercussões da LC nº 123/2006 na fase de julgamento das propostas: “empate ficto”; 127 | 2.3.1.3.1. O momento da configuração do “empate ficto” na modalidade pregão; 128 | 2.3.1.4. Repercussões da LC nº 123/2006 na fase de habilitação; 128 | 2.3.1.5. Outros benefícios previstos na LC nº 123/2006; 130 | 2.3.1.5.1. Licitação exclusiva; 131 | 2.3.1.5.2. Cota “reservada”; 131 | 2.3.1.6. Afastamento da obrigatoriedade de concessão dos benefícios previstos no art. 48 da LC nº 123/2006; 133 | 2.3.2. Direito de preferência na contratação de bens e serviços de informática (art. 3º da Lei nº 8.248/1991); 133 | 2.3.3. Critérios de desempate em prol de produtos produzidos no País; 134 | 2.3.4. Possibilidade de estabelecimento de margens de preferência; 135 | 2.3.5. Preferência na contratação de empresas empregadoras de pessoas com deficiência; 135

| 2.4. Homologação; 136 | 2.4.1. Revogação e anulação da licitação; 137

| 2.5. Adjudicação; 138

| 2.6. Recursos; 139 | 2.6.1. Prazos; 139 | 2.6.2. Efeito suspensivo; 140 | 2.6.3. Formalidades e procedimento do julgamento; 140

3. Procedimento do pregão / 141

| 3.1. Pregão presencial; 142 | 3.1.1. Fase de credenciamento; 142 | 3.1.2. Fase de julgamento das propostas e lances; 142 | 3.1.2.1. Faixa de exequibilidade dos lances; 143 | 3.1.3. Fase de habilitação; 144 | 3.1.4. Classificação final e recursos; 144 | 3.1.4.1. Dos pressupostos de admissibilidade recursal no pregão; 145 | 3.1.4.2. A não apresentação de razões recursais no prazo; 147 | 3.1.4.3. Razões de recurso e vinculação aos motivos da intenção recursal; 148 | 3.1.5. Adjudicação e homologação; 149 | 3.1.5.1. Situações em que outro licitante é convocado pela ordem de classificação; 150

| 3.2. Pregão eletrônico; 150 | 3.2.1. Características básicas; 151 | 3.2.2. Plataformas tecnológicas para a realização dos pregões eletrônicos; 151 | 3.2.3. Credenciamento e responsabilidade do licitante; 152 | 3.2.4. Desenvolvimento do pregão na forma eletrônica; 153

| 3.3. A sanção de impedimento de licitar na modalidade pregão; 156 | 3.3.1. Da obrigatoriedade de instauração de processo administrativo sancionatório; 156

4. Impedimento de participação nas licitações e contratações / 158

| 4.1. Impedimento de participação para preservar os princípios da moralidade e da impessoalidade; 159

169 **CAPÍTULO 5** **PROCEDIMENTOS ESPECIAIS**

1. Audiência pública / 169

| Formalidades; 170

2. Pré-qualificação / 170

| Formalidades; 170

3. Sistema de Registro de Preços / 171

| 3.1. Objeto do registro de preços; 172

| 3.2. Definições; 173

| 3.3. Procedimento de realização; 173 | 3.3.1. Intenção de registro de preços; 174 | 3.3.2. Realização de registro de preços com agrupamento de itens; 174

| 3.4. Prazo de duração da Ata de Registro de Preços; 176

| 3.5. Condições de fornecimento; 176

| 3.6. Cadastro de reserva (art. 11 do Decreto nº 7.892/2013); 177

| 3.7. A homologação da Ata de Registro de Preços; 177

| 3.8. A formalização da contratação dos fornecedores registrados e o acionamento da ARP; 178

| 3.9. Possibilidade de alteração das condições registradas na ARP; 178

| 3.10. O órgão participante; 179

| 3.11. A figura do “carona”; 180 | 3.11.1. Vedação de adesão verticalizada; 181

| 3.12. O cancelamento do registro de preços; 181

187 **CAPÍTULO 6** **CONTRATAÇÃO DIRETA: AFASTAMENTO DO DEVER DE LICITAR**

1. Fundamentos para o afastamento do dever de licitar / 187

2. Inexigibilidade de licitação (art. 25) / 188

| 2.1. Fornecedor exclusivo; 188

| 2.2. Contratação de serviços técnicos profissionais especializados; 189

| 2.3. Contratação de serviços artísticos; 190

3. Licitação dispensável (art. 24) / 190

4. Licitação dispensada (art. 17) / 195

5. Procedimento exigido para a regularidade da contratação direta / 197

| 5.1. A justificativa do preço; 198

205 CAPÍTULO 7 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

1. Noções gerais / 205

- | 1.1. Contratos da Administração; 205
- | 1.2. Regime jurídico; 206
- | 1.3. Aplicação da cláusula “exceptio non adimpleti contractus” (exceção do contrato não cumprido); 208

2. Elementos básicos do contrato administrativo (cláusulas necessárias) / 208

3. Formalismo dos contratos administrativos / 209

- | 3.1. Obrigatoriedade do termo de contrato; 210
- | 3.2. Exceção ao contrato escrito; 211
- | 3.3. Publicação do extrato de contrato; 211
- | 3.4. Convocação para a assinatura do contrato; 212

4. Garantias contratuais / 213

5. Vigência dos contratos administrativos / 213

- | 5.1. O início do prazo de vigência; 214
- | 5.2. Extensão e prorrogação da vigência dos contratos administrativos; 214
- | 5.3. Prorrogação dos prazos de execução; 216

6. Alterações do contrato administrativo / 217

- | 6.1. Cálculo dos limites percentuais nas alterações quantitativas; 218 | 6.1.1. Limite percentual em caso de supressão; 218 | 6.1.2. Alteração qualitativa com inserção de novos bens e serviços; 218 | 6.1.3. Limites percentuais em contratos com pluralidade de itens; 219 | 6.1.4. Alteração quantitativa em contratação para prestação de serviços continuados; 219 |
- | 6.2. Há limite para as alterações qualitativas?; 219
- | 6.3. (Im)possibilidade de alteração do objeto contratado; 220
- | 6.4. Indenização ao contratado em caso de supressão; 221
- | 6.5. Elementos da alteração para o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato; 221
- | 6.6. Aumento ou redução superveniente de tributos e encargos legais; 222
- | 6.7. Formalização das alterações contratuais; 222
- | 6.8. Outros institutos de alteração contratual (atualização, reajuste e repactuação); 223 | 6.8.1. Contagem do interregno mínimo de 12 meses em caso de repactuação; 224 | 6.8.2. O direito à repactuação está sujeito à preclusão?; 225

7. Fiscalização e gestão do contrato administrativo / 226

- | 7.1. Responsabilidade solidária do fiscal; 227
- | 7.2. Segregação de funções; 227
- | 7.3. Fiscalização e responsabilidade pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais; 228

8. Subcontratação / 229

- | 8.1. Necessidade de previsão no edital; 229

| 8.2. A impossibilidade de subcontratação total; 230

9. Recebimento do objeto contratual / 230

| 9.1. Recebimento implícito; 230

| 9.2. Responsabilidade do contratado; 231

| 9.3. Hipóteses de dispensa do recebimento provisório; 231

| 9.4. Dever de rejeição por parte da administração; 231

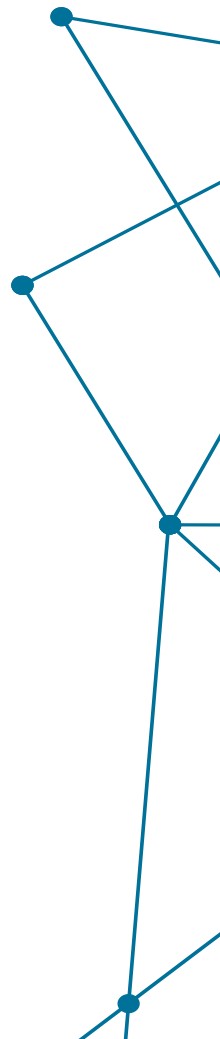
10. Extinção dos contratos administrativos / 231

11. Sanções / 233

| 11.1. A abrangência dos efeitos da suspensão temporária de participação em licitação; 235

| 11.2. Sanções nos contratos oriundos de licitação na modalidade pregão; 235

245 REFERÊNCIAS





PREFÁCIO

O regime republicano implica especial atenção na execução da despesa pública. O exato equilíbrio entre o dever de tratar todos de forma isonômica, assegurar a proposta mais vantajosa para o Poder Público e garantir a exequibilidade do futuro contrato são pontos que ainda desafiam juristas e legisladores.

Trata-se de tema que não tem modelo pronto para ser importado pelo Brasil, pois a cultura no serviço público e na sociedade exige o ajustamento de institutos próprios. Em evento realizado em Washington – USA pelo Banco Mundial, o Brasil foi escolhido como o 4º país do mundo em transparência, mas o primeiro a demonstrar que esse atributo é ineficaz no combate à corrupção.

Isso faz lembrar que a Lei Geral de Licitações – Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 – foi elaborada logo após o primeiro processo de *impeachment* e veio com o elevado propósito de corrigir distorções. Apresentou avanços significativos, que mais tarde foram modernizados com a Lei do Pregão – Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002.

A experiência nacional revela a necessidade de trazer para os operadores do Direito especializadíssimos em licitações e contratos permanente atualização. A doutrina e os precedentes de julgamentos apresentam notável linha evolutiva e pouco a pouco consolidam a passagem segura para os gestores públicos e fornecedores.

A obra *Licitações e Contratos Administrativos – Teoria e Jurisprudência* ingressa no mercado com distintivo traço singular. Sintetiza, com propriedade, o conhecimento de temas do cotidiano dos profissionais da área, com enfoque específico para a apresentação da interpretação dominante. Poupa o leitor de pesquisas extensas e dos erros mais comuns do acesso à internet, mostrando-se como ferramenta extremamente útil na lide do dia a dia.

O autor, Victor Aguiar Jardim de Amorim, mestre em Direito Constitucional e em Direito Público, é professor reconhecido em cursos de pós-graduação de grande prestígio em Brasília. Ele agrega como diferencial a visão prática, vinda da atuação como pregoeiro e presidente da comissão permanente de licitação do Tribunal de Justiça de Goiás e, posteriormente, da do Senado Federal.

Esse traço distintivo, próprio daqueles que não apenas têm sólida formação jurídica, mas que também se dispõem ao enfrentamento prático dos temas aqui

versados, faz nascer um tipo particular de virtude: a demonstração de que, na prática, a teoria correta e bem fundamentada resolve. Coloca-se junto dos operadores do Direito que repudiam a ideia de que a teoria, na prática, é diferente.

Por isso, a ciência jurídica, a ciência do dever-ser, é fortalecida com obras produzidas por doutrinadores e pesquisadores como o mestre Victor Amorim. Dessa forma, seus leitores voltam a acreditar no Direito como ciência. Suas explicações didáticas, próprias dos devotados ao magistério, facilitam a compreensão de questões complexas.

Havendo conhecimento e segurança, os processos são desenvolvidos mais rapidamente e os objetos são mais bem definidos, pois as restrições à competição passam por critérios e justificativas aceitáveis, fazendo com que os contratos sejam fiscalizados e executados como planejados. Os atos da licitação e do contrato ficam menos permeáveis a refazimentos por ordem judicial ou originária do controle administrativo.

Todos esses ganhos são propiciados por obra como esta do jovem mestre Victor. Por isso, somo aplausos a seu trabalho e desejo bom proveito a seus alunos e leitores.

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes é advogado e consultor; professor de Direito Administrativo; mestre em Direito Público pela UFPE; conselheiro do Tribunal de Contas do Distrito Federal (2001-2006); membro do Conselho Interministerial de Desburocratização; procurador-geral do Ministério Público no Tribunal de Contas do Distrito Federal (1997-2001); procurador do Ministério Público no Tribunal de Contas do Distrito Federal (1990-1997); juiz do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região (1989-1990); escritor, conferencista e palestrante.

APRESENTAÇÃO

Ainda que abordados nos manuais de Direito Administrativo, os temas contemplados no assunto “licitações e contratos administrativos” merecem um olhar próprio e sistematicamente organizado em razão de sua especificidade e importante aplicação prática no dia a dia da Administração Pública.

Nesse sentido, é objetivo deste livro apresentar a teoria geral de licitações e contratos administrativos, com base na análise dogmática e jurisprudencial da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), da Lei nº 8.666/1993 ou Lei Geral de Licitações (LGL), da Lei nº 10.520/2002 (Lei do Pregão) e da legislação correlata.

Desde já, é importante salientar que não serão objeto de análise nesta obra os procedimentos previstos nas Leis nºs 8.987/1995 (licitação para concessão e permissão de serviços públicos), 11.079/2004 (licitações de parceria público-privada) e 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratação), dada a sua especificidade e especialidade.

Tendo como público-alvo os servidores públicos que atuam, direta ou indiretamente, na área de contratações e compras governamentais e os alunos de graduação (não apenas do Direito, mas também de cursos que contemplam o assunto, como Administração, Contabilidade, entre outros), o livro aborda objetivamente os temas, cotejando a exposição dogmática com os entendimentos jurisprudenciais mais significativos.

Com esse intento, a obra apresenta abordagem inédita em relação a outros respeitáveis trabalhos acerca de licitações e contratos administrativos, porquanto a organização, a ordem e a fluência dos tópicos tendem a seguir uma linha progressiva e lógica de aprendizado, sem obedecer necessariamente à sequência de assuntos traçada pela Lei nº 8.666/1993. Assim, busca-se uma melhor metodologia de exposição da matéria, respeitando-se aqueles que estão iniciando o estudo sobre licitações e contratos.

Como já se afirmou, a exposição do entendimento jurisprudencial é primordial para o estudo do assunto, dadas as implicações práticas das licitações e dos contratos no cotidiano da atuação administrativa. Daí decorre a relevância que se deve conferir às decisões, aos acórdãos e às súmulas do Tribunal de Contas da União (TCU), o qual, no exercício de sua atribuição constitucional de controle

externo dos órgãos e das entidades da Administração Pública Federal, enfrenta as consequências práticas e os problemas interpretativos decorrentes das Leis nºs 8.666/1993 e 10.520/2002.

Victor Aguiar Jardim de Amorim

NOTA DO AUTOR À 2ª EDIÇÃO

Inicialmente, é preciso reconhecer que o livro *Licitações e Contratos Administrativos: Teoria e Jurisprudência* teve um sucesso maior do que o esperado. Com tiragem de 1.500 exemplares, esgotada com apenas dez meses de comercialização, o trabalho ainda foi agraciado com o Prêmio 19 de Março, concedido pelo Instituto Negócios Públicos, como a melhor obra literária sobre licitações publicada no ano de 2017. Com 58,2% de preferência entre os votantes de todo o Brasil, o autor recebeu o prêmio no mês de março de 2018, durante a cerimônia de abertura do 13º Congresso Brasileiro de Pregoeiros, em Foz do Iguaçu (PR).

Diante do alcance dos objetivos traçados com o lançamento da 1ª edição no sentido de difusão objetiva dos conceitos e questões práticas envolvendo a temática de licitações e contratos administrativos, vislumbrou-se a necessidade de uma nova edição da obra.

Nesse ensejo, a presente edição contempla as inovações normativas importantes supervenientes à data de conclusão dos originais da 1ª edição (agosto de 2017), como a Lei nº 13.500/2017 e os Decretos nºs 9.178/2017, 9.412/2018 e 9.450/2018.

Ainda, a partir de sugestões de colegas e leitores e face à necessidade de maior aprofundamento prático acerca de algumas questões problemáticas, a obra foi ampliada e atualizada com entendimentos jurisprudenciais do TCU, STF e STJ ainda mais recentes.

Enfim, novas críticas e sugestões para o aprimoramento do trabalho serão sempre salutares e imprescindíveis.

Victor Aguiar Jardim de Amorim

ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

AGU – Advocacia-Geral da União

ARP – Ata de Registro de Preços

CFC – Conselho Federal de Contabilidade

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

DNRC – Departamento Nacional de Registro Comercial

DOU – Diário Oficial da União

EPP – Empresa de Pequeno Porte

IRP – Intenção de Registro de Preço

LC – Lei Complementar

LGL – Lei Geral de Licitações

ME – Microempresa

MPDG – Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão

RDC – Regime Diferenciado de Contratação

RE – Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

RMS – Recurso Ordinário em Mandado de Segurança

SLTI – Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação

SRP – Sistema de Registro de Preços

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TCU – Tribunal de Contas da União

CAPÍTULO 1



CAPÍTULO 1

LICITAÇÃO: DEFINIÇÕES BÁSICAS, PANORAMA NORMATIVO E PRINCÍPIOS

1. DEFINIÇÕES BÁSICAS: CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E OBJETIVOS

A partir dos ensinamentos doutrinários, é possível apresentar um conceito objetivo de “licitação” nos seguintes termos:

procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados (MELLO, 2009, p. 519).

Vale observar que o conceito de Bandeira de Mello é adequado, pois contempla todas as espécies de tratativas possíveis a serem realizadas pela Administração e formalizadas mediante contrato administrativo: aquisição de bens, contratação de serviços, alienação de bens móveis e imóveis, concessões de serviços públicos, permissões de uso de bem público, entre outras pretensões contratuais. Ou seja, sempre que a Administração pretende realizar uma contratação (de qualquer espécie), em regra deve realizar procedimento licitatório.

O termo “licitação”, derivado da expressão latina *licitatione* (“arrematar em leilão”), apresenta diversos sinônimos, destacando-se: “procedimento licitatório”, “certame”, “prélio”, “disputa”, entre outros.

1.1. NATUREZA JURÍDICA

A natureza jurídica da licitação é a de procedimento administrativo, uma vez que se trata de um conjunto ordenado de atos e atuações estatais que antecedem e constituem o fundamento de uma decisão administrativa. Note-se que tal procedimento administrativo é sempre vinculado, no sentido de que, fixadas suas regras, deve o administrador observá-las rigorosamente (CARVALHO FILHO, 2013, p. 237).

Sobre o tema, merece destaque a redação do art. 4º da Lei nº 8.666/1993:

Art. 4º Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm *direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei*, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.

Parágrafo único. O procedimento licitatório previsto nesta lei caracteriza ato administrativo formal, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração Pública (BRASIL, 1993, grifo nosso).

1.2. OBJETIVOS E FINALIDADES

O procedimento licitatório no Brasil tem por *objetivos*:

- a) a *observância do princípio constitucional da isonomia*: assegura aos administrados interessados a oportunidade de contratar com o Estado tendo por base as regras previamente estipuladas e aplicáveis, de forma indistinta, a todos os eventuais interessados;
- b) a *seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública*: a competição que se estabelece entre os interessados que preenchem os atributos e requisitos necessários para contratar resulta na obtenção da melhor proposta para a Administração;
- c) a *promoção do desenvolvimento nacional sustentável*: tal objetivo foi expressamente inserido na redação do art. 3º da Lei nº 8.666/1993 por força da Lei nº 12.349/2010 (BRASIL, 2010c).

1.2.1. LICITAÇÕES SUSTENTÁVEIS

Conforme alteração promovida pela Lei nº 12.349/2010¹, foi introduzido no art. 3º da Lei nº 8.666/1993 mais um objetivo das licitações públicas: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Assim, por ostensiva imposição legal, deve a Administração realizar licitações sustentáveis, como forma de implementar contratos administrativos com cláusulas de sustentabilidade de cunho ambiental, econômico, social e cultural.

¹ Ver Decreto nº 7.746/2012 (BRASIL, 2012b), que regulamentou o art. 3º da Lei nº 8.666/1993, para estabelecer critérios, práticas e diretrizes gerais para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável por meio das contratações realizadas pela administração pública federal direta, autárquica e fundacional e pelas empresas estatais dependentes, e instituiu a Comissão Interministerial de Sustentabilidade na Administração Pública (CISAP).

Com efeito, “as licitações sustentáveis são aquelas que exigirão das contratadas o atendimento de critérios ambientais, sociais e econômicos, tendo como fim o desenvolvimento da sociedade em seu sentido amplo e a preservação de um meio ambiente equilibrado” (BITTENCOURT, 2014, p. 48-49).

No âmbito da Administração Pública Federal, critérios, práticas e diretrizes para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações foram estabelecidos pelo Decreto nº 7.746/2012.

Diretrizes de sustentabilidade:

- I – menor impacto sobre recursos naturais como flora, fauna, ar, solo e água;
- II – preferência para materiais, tecnologias e matérias-primas de origem local;
- III – maior eficiência na utilização de recursos naturais como água e energia;
- IV – maior geração de empregos, preferencialmente com mão de obra local;
- V – maior vida útil e menor custo de manutenção do bem e da obra;
- VI – uso de inovações que reduzam a pressão sobre recursos naturais;
- VII – origem sustentável dos recursos naturais utilizados nos bens, nos serviços e nas obras (BRASIL, 2012b); e
- VIII – utilização de produtos florestais madeireiros e não madeireiros originários de manejo florestal sustentável ou de reflorestamento.

Os critérios e práticas de sustentabilidade são veiculados como especificação técnica do objeto ou como obrigação da empresa contratada, tanto na execução dos serviços quanto no fornecimento dos bens, devendo ser preservado o caráter competitivo do certame. A inclusão da variável ambiental nos instrumentos convocatórios deve ser realizada de forma que os critérios sustentáveis sejam objetivamente definidos e passíveis de verificação.

Com efeito, de acordo com a jurisprudência do TCU, as exigências de sustentabilidade, desde que devidamente justificadas no processo administrativo, devem ser veiculadas na especificação do objeto (como requisito da proposta), e não como condição de habilitação do certame:

É legítimo que as contratações da Administração Pública se adequem a novos parâmetros de sustentabilidade ambiental, ainda que com possíveis reflexos na economicidade da contratação. Deve constar expressamente dos processos de licitação motivação fundamentada que justifique a definição das exigências de caráter ambiental, as quais devem incidir sobre o objeto a ser contratado e não como critério de habilitação da empresa licitante (BRASIL, 2015b).

O critério de julgamento é o mesmo: menor preço. Todavia, a escolha da proposta mais vantajosa ocorre entre os bens e serviços oferecidos pelos licitantes que satisfazem ao interesse da administração, cuja definição e justificativa constam previamente do edital do certame. Assim, desde que as decisões sejam devidamente motivadas com a definição adequada pertinente, não há óbice quanto à legalidade das “licitações verdes”.

De toda forma, a fim de verificar a razoabilidade da exigência e se há restrição indevida à competitividade, é pertinente que a Administração, quando da elaboração do Termo de Referência/Projeto Básico, avalie se é situação predominante no mercado a existência de certificação ambiental das empresas produtoras.

No tocante à dimensão “social” do desenvolvimento sustentável, recentes alterações promovidas na Lei nº 8.666/1993 evidenciam a perspectiva de utilização do potencial de contratação por parte do Poder Público como instrumento de fomento de práticas de inserção de determinadas categorias no mercado de trabalho.

Com tal propósito, a Lei nº 13.146/2015 inseriu o art. 66-A na LGL a fim de instituir a obrigação para as empresas que se beneficiaram do critério de preferência instituído no inciso V do § 2º e no inciso II do § 5º do art. 3º da Lei nº 8.666/1993 (vide tópico 2.3.5 do Capítulo 4) de “cumprir, durante todo o período de execução do contrato, a reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social, bem como as regras de acessibilidade previstas na legislação” (BRASIL, 1993).

Em semelhante perspectiva, a Lei nº 13.500/2017 acresceu ao art. 40 da LGL o § 5º, instituindo a faculdade da Administração de prever nos editais de licitação para a contratação de serviços, a exigência de que um percentual mínimo da mão de obra da empresa contratada “seja oriundo ou egresso do sistema prisional, com a finalidade de ressocialização do reeducando”. Cumpre apenas salientar que tal exigência se relaciona ao momento da execução contratual, não sendo obrigatório que a empresa, ao tempo da participação na licitação, já tenha em seu quadro de funcionários um determinado percentual de pessoas oriundas ou egressas do sistema prisional. Tal dispositivo foi regulamentado pelo Decreto Federal nº 9.450, de 24 de julho de 2018 (BRASIL, 2018c)².

² De acordo com o ato regulamentar, na contratação de serviços, inclusive os de engenharia, com valor anual acima de R\$ 330.000,00 (trezentos e trinta mil reais), os órgãos e entidades da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional deverão exigir da contratada o emprego de mão de obra formada por pessoas presas ou egressos do sistema prisional, nas seguintes proporções: 3% das vagas, quando a execução do contrato demandar 200 ou menos funcionários; 4% das vagas, quando a execução

1.3. PRESSUPOSTOS DA LICITAÇÃO

De acordo com Mello (2009, p. 532-533), a realização de qualquer licitação depende da ocorrência dos seguintes *pressupostos*:

- a) *pressuposto lógico*: pluralidade de objetos e pluralidade de ofertantes, uma vez que, diante da inexistência de concorrência e variedade de objetos a serem ofertados, a realização de licitação não tem o menor sentido;
- b) *pressuposto jurídico*: quando a licitação se constitui em meio apto, em tese, para a consecução do interesse público. Afinal, o procedimento licitatório não é um fim em si mesmo. É um *meio* (ou *instrumento*) para se alcançar utilmente um resultado: a melhor contratação para a Administração (logo, o atendimento do interesse público). Assim, nas hipóteses em que a realização da licitação não se mostra juridicamente viável (pois não é o melhor meio para a consecução do interesse público), a própria lei permite ao administrador deixar de realizá-la (hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação);
- c) *pressuposto fático*: existência de interessados na disputa. Diante da ausência de concorrentes, não há como realizar a licitação.

2. PANORAMA NORMATIVO

Com base na técnica de repartição vertical de competência, o inciso XXVII do art. 22 da CRFB preconiza que caberá à União definir as *normas gerais* sobre licitação e contratos administrativos, permitindo, por outro lado, aos demais entes federativos legislar sobre normas específicas de acordo com as suas particularidades.

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III (BRASIL, 1988).

do contrato demandar 201 a 500 funcionários; 5% das vagas, quando a execução do contrato demandar 501 a 1.000 funcionários; ou 6% das vagas, quando a execução do contrato demandar mais de 1.000 empregados. Note-se que a efetiva contratação do percentual aplicável será exigida da proponente vencedora quando da assinatura do contrato.

Atualmente, a Lei nº 8.666/1993 cumpre o papel de definir as normas gerais sobre licitações e contratos administrativos – daí tal ato normativo ser denominado “Lei Geral de Licitações” (LGL). Contudo, com esteio na diferenciação entre “lei nacional” e “lei federal”, tem-se que a Lei nº 8.666/93 apresenta não só normas gerais de “âmbito nacional” como também normas de cunho “específico”. É claro que não foi intenção do legislador federal esgotar na Lei nº 8.666/93 toda a matéria atinente à licitação, suprimindo dos demais entes a necessidade de especificar a disciplina no tema de acordo com as suas particularidades.

Assim, o que desborda da Lei nº 8.666/1993 em caráter de “norma geral” é de aplicação específica para a Administração Pública Federal. Caso contrário, se a LGL se limitasse a estabelecer apenas os princípios, as diretrizes e os fundamentos das licitações públicas, não haveria disciplinamento específico para os procedimentos licitatórios realizados pela Administração Federal.

A despeito da inexistência de um critério preciso para caracterizar “norma geral” e “norma específica”, é possível depreender, com base na análise jurisprudencial e doutrinária, que se enquadram como “normas gerais” os princípios, os fundamentos e as diretrizes conformadoras do regime licitatório no Brasil.

Com efeito, a regulamentação das condições de participação no certame e demais nuances relativas ao procedimento licitatório poderão constituir objeto de normatização pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, desde que respeitadas as normas gerais fixadas por lei da União e os limites traçados quanto ao núcleo essencial dos princípios inerentes à atividade licitatória (AMORIM, 2011).

Quanto aos aspectos meramente procedimentais e operacionais, o art. 115 da LGL prevê que “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 desta Lei” (BRASIL, 1993).

É oportuno salientar que a edição da Lei nº 8.666/1993 não exauriu a competência legislativa da União para editar normas gerais sobre licitação. Não há qualquer óbice para que a União discipline o assunto em outros diplomas normativos também de caráter “geral”, como foi feito no caso das Leis nºs 10.520/2002 (Lei do Pregão) (BRASIL, 2002b), 8.248/1991 (aquisição de bens e serviços de informática) (BRASIL, 1991), 12.232/2010 (contratação de serviços de publicidade) (BRASIL, 2010a), 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratação) (BRASIL, 2011d)

e 13.303/2016 (que estabelece o estatuto jurídico da Empresa Pública) (BRASIL, 2016a).

Destaca-se a seguir a normatização correlata à matéria de licitações e contratos administrativos:

LEI Nº 8.666/1993 (Lei Geral de Licitações)

LEI Nº 10.520/2002 (Lei do Pregão)

- Decreto nº 3.555/2000 (regulamento do Pregão Presencial)
- Decreto nº 5.450/2005 (regulamento do Pregão Eletrônico)
- Decreto nº 7.892/2013 (Sistema de Registro de Preços)

LEI Nº 9.784/1999 (Lei do Processo Administrativo Federal)

LEI Nº 8.987/1995 (Concessão e Permissão de Serviços Públicos)

LEI Nº 11.079/2004 (Parcerias Público-Privadas)

- Decreto nº 8.428/2015 (Procedimento de Manifestação de Interesse)

LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006 (estabelece, em seus artigos 42 a 49, normas para tratamento diferenciado para as microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações públicas)

- Decreto nº 8.538/2015 (Regulamenta o tratamento diferenciado conferido às MEs e EPPs nas licitações públicas realizadas pela Administração Pública Federal)

LEI Nº 12.232/2010 (contratação de serviços de publicidade)

LEI Nº 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratação – RDC)

- Decreto nº 7.581/2011 (regulamenta o RDC)

LEI Nº 13.303/2016 (estabelece o estatuto jurídico da Empresa Pública)

Vale salientar que, dada a sua especificidade e especialidade, os procedimentos previstos nas Leis nºs 8.987/1995 (licitação para concessão e permissão de serviços públicos), 11.079/2004 (licitações de parceria público-privada) e 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratação) não serão objeto de análise na presente obra, que tem o propósito de apresentar a teoria geral de licitações e dos contratos administrativos.

3. OBRIGATORIEDADE DE LICITAR

A obrigatoriedade da realização de licitações públicas encontra seu imperativo normativo no inciso XXI do art. 37 da CRFB de 1988:

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (BRASIL, 1988).

Com efeito, a obrigação de licitar abrange todos os órgãos administrativos dos Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário, dos Tribunais de Contas e do Ministério Público, o que foi objeto de expressa menção pelo art. 117 da Lei nº 8.666/1993.

Ademais, estão obrigadas a realizar licitação pública as entidades integrantes das Administrações indiretas dos entes federativos, ou seja, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Quanto ao chamado “terceiro setor”, no âmbito federal o Decreto nº 5.504/2005 (BRASIL, 2005c) estabelece que os acordos que envolvam repasse de recursos públicos da União para pessoas jurídicas de direito privado – como as organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP) e as organizações sociais (OS) – deverão conter cláusula que determine que as obras, as compras, os serviços e as alienações a serem realizados com os recursos ou bens repassados sejam contratados mediante processo de licitação pública, de acordo com o estabelecido na legislação federal pertinente.

Por sua vez, os Serviços Sociais Autônomos (sistema “S”), a despeito de não estarem submetidos diretamente à Lei nº 8.666/1993 “por não integrarem a Administração Pública”, estão obrigados a aprovar *regulamentos próprios* para disciplinar suas licitações e contratações, que deverão ser compatíveis com os princípios da Administração Pública e com os parâmetros da Lei Geral de Licitações (BRASIL, 1997a).

Vale lembrar que, ao contrário do que ocorre com os Conselhos Profissionais (autarquias especiais), a obrigatoriedade de licitar não se impõe à Ordem dos Ad-

vogados do Brasil (OAB), porquanto, de acordo com o entendimento do STF³, a OAB, por não integrar a Administração Pública, não estaria sujeita à observância das normas de direito administrativo (BRASIL, 2006a).

QUEM ESTÁ OBRIGADO A LICITAR?

- 1) Órgãos da administração pública direta
- 2) Administração pública indireta:
 - 2.1. autarquias (incluindo as agências reguladoras e executivas)
 - 2.1.1. conselhos profissionais (autarquias especiais)
 - 2.2. fundações públicas
 - 2.3. empresas públicas
 - 2.4. sociedades de economia mista
 - 2.5. associações públicas (consórcios públicos – Lei nº 11.107/2005)
 - 2.6. fundos especiais⁴ (unidades orçamentárias)

3) Terceiro Setor:

- 3.1. entidades do sistema “S”, por meio de regulamentos próprios, observados os princípios da Administração Pública (BRASIL, 1997a)
- 3.2. organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP, Lei nº 9.790/1999) (BRASIL, 1999b)
- 3.3. organizações sociais (OS, Lei nº 9.637/1998) (BRASIL, 1998)

³ “Não procede a alegação de que a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB sujeita-se aos ditames impostos à administração pública direta e indireta. A OAB não é uma entidade da administração indireta da União. A Ordem é um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro. A OAB não está incluída na categoria na qual se inserem essas que se tem referido como “autarquias especiais” para pretender-se afirmar equivocada independência das hoje chamadas “agências”. Por não consubstanciar uma entidade da administração indireta, a OAB não está sujeita a controle da administração, nem a qualquer das suas partes está vinculada” (BRASIL, 2006a).

⁴ A inclusão da expressão “fundos especiais” no parágrafo único do art. 1º da LGL é uma impropriedade jurídica, porquanto os fundos não detêm personalidade jurídica autônoma. Na verdade, o fundo especial é o próprio patrimônio vinculado e gerenciado por um órgão da Administração direta ou por entidade da Administração indireta (autarquia ou fundação). De acordo com Machado Júnior e Reis (2015), é o fundo especial “um tipo de gestão de recursos ou conjunto de recursos financeiros destinados aos pagamentos de obrigações por assunção de encargos de várias naturezas, bem como por aquisições de bens e serviços a serem aplicados em projetos ou atividades vinculados a um programa de trabalho para cumprimento de objetivos específicos em uma área de responsabilidade e que a Contabilidade tem por função evidenciar, como é o seu próprio objetivo, através de contas próprias, segregadas para tal fim”. Nesse sentido, há o Fundo Nacional de Saúde (FNS), instituído pelo Decreto nº 64.867/1969 (BRASIL, 1969a) como um fundo especial vinculado ao Ministério da Saúde, atuando como gestor financeiro dos recursos destinados ao Sistema Único de Saúde (SUS), na esfera federal. Por fim, vale salientar que, mesmo criada com a denominação “fundo”, a entidade pública, na realidade, ostentará uma das formas possíveis previstas no inciso XIX do art. 37 da CRFB: autarquia, fundação, empresa pública ou sociedade de economia mista. Como exemplo, temos a autarquia denominada Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), criada pela Lei nº 5.537/1968 (BRASIL, 1968) e vinculada ao Ministério da Educação.

3.1. REGIME ESPECIAL DA LICITAÇÃO DAS EMPRESAS ESTATAIS (LEI Nº 13.303/2016)

Em relação às empresas públicas e sociedades de economia mista, a CRFB, na parte final do inciso XXVII do art. 22, preconiza que tais entidades deverão realizar suas respectivas licitações com base no disposto no art. 173, § 1º, III. De acordo com esse dispositivo da CRFB, lei específica disporá sobre “licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública” (BRASIL, 1988), a serem realizadas pelas empresas estatais que explorem atividade econômica. A disciplina normativa foi instituída pela Lei nº 13.303/2016 (BRASIL, 2016a), que estabelece o Estatuto Jurídico da Empresa Pública.

Em relação à obrigatoriedade de licitação, é relevante distinguir os dois “ramos” de atuação das empresas públicas e sociedades de economia mista: a *exploração de atividade econômica* (art. 173, CRFB) e a *prestação de serviços públicos* (art. 175, CRFB) (BRASIL, 1988).

De acordo com a Lei nº 13.303/2016, sujeitam-se às disposições do Estatuto Jurídico da Empresa Pública relativas às licitações e aos casos de dispensa e de inexigibilidade as

empresas públicas, [as] sociedades de economia mista e [as] suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos (BRASIL, 2016a).

Portanto, as empresas públicas e sociedades de economia mista (sejam *exploradoras de atividade econômica*, sejam *prestadoras de serviço público*) não se sujeitam aos ditames da Lei nº 8.666/1993, estando vinculadas à Lei nº 13.303/2016.

É preciso salientar que, nos termos do art. 28, § 3º, da Lei nº 13.303/2016, não haverá a obrigatoriedade de licitar quando o objeto do contrato a ser celebrado relacionar-se à *atividade-fim* da empresa pública ou sociedade de economia mista.

Art. 28. Os contratos com terceiros destinados à prestação de serviços às empresas públicas e às sociedades de economia mista, inclusive de engenharia e de publicidade, à aquisição e à locação de bens, à alienação de bens e ativos integrantes do respectivo patrimônio ou à execução de obras a serem integradas a esse patrimônio, bem como à implementação de ônus real sobre tais bens, serão precedidos de licitação nos termos desta Lei, ressalvadas as hipóteses previstas nos arts. 29 e 30.

[...]

§ 3º São as empresas públicas e as sociedades de economia mista dispensadas da observância dos dispositivos deste Capítulo nas seguintes situações:

I – comercialização, prestação ou execução, de forma direta, pelas empresas mencionadas no *caput*, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais;

II – nos 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 (BRASIL, 2016a).

Logo, no caso da Caixa Econômica Federal (empresa pública) ou do Banco do Brasil (sociedade de economia mista), por exemplo, não há que se falar em obrigatoriedade de licitar quando celebrarem contratos ligados à sua *atividade-fim* (abertura de conta corrente, realização de empréstimos etc.). Entretanto, tais instituições financeiras deverão realizar licitação quando o objeto do contrato se relacionar à *atividade-meio*, como a execução de obra para construção de uma sede ou contratação de empresa para prestação de serviços de limpeza e conservação de seus prédios.⁵

Cumpra frisar que, mesmo antes do advento da Lei nº 13.303/2016, permanece aplicável o entendimento do TCU no sentido de que as empresas estatais exploradoras de atividade econômica não estão obrigadas a licitar nas seguintes hipóteses: a) a contratação estiver diretamente relacionada com suas atividades finalísticas; b) desde que os trâmites inerentes ao procedimento licitatório constituam óbice intransponível à atividade da empresa estatal que atue em ambiente concorrencial.

4. PRINCÍPIOS

A licitação, como atividade administrativa, é norteada por alguns princípios – alguns previstos expressamente na CRFB e em lei –, os quais definem os critérios interpretativos e conferem a possibilidade de supressão de lacunas e omissões normativas.

Os *princípios básicos* encontram-se delineados no art. 37 da CRFB: legalidade, impessoalidade (igualdade), moralidade (proibição administrativa), publicidade e eficiência (BRASIL, 1988). Por sua vez, o art. 3º da LGL prevê, expressamente, alguns *princípios específicos* da licitação: vinculação ao ato convocatório e julgamento objetivo (BRASIL, 1993).

⁵ Acerca do regime licitatório e contratual das empresas estatais, sugere-se a leitura de Barcelos e Torres (2018), obra essencial sobre o tema.

De todo modo, existem princípios correlatos à matéria que não podem ser olvidados: competitividade, sigilo das propostas, economicidade, “vantajosidade”, formalismo moderado e adjudicação compulsória.

4.1. LEGALIDADE

É o princípio basilar de toda atividade administrativa. Como qualquer atuação estatal, o procedimento licitatório deve ser pautado pelas normas legais vigentes (devido processo legal).

O princípio da legalidade, em matéria de licitação, é de suma relevância, pois ela é um procedimento vinculado à lei. Tal obrigatoriedade atinge a todos os agentes públicos que, no exercício de suas funções, não podem desvincular-se das balizas impostas pelas normas que incidam sobre o tema das licitações e contratos, sob pena de macular com vício de nulidade atos que praticarem, e, como consequência, serem responsabilizados em caso de prejuízo ao erário e afronta ao interesse público.

Contudo, há que se ter a devida ponderação na interpretação da incidência do princípio da legalidade no âmbito dos procedimentos licitatórios. Partindo-se de uma concepção estrita da legalidade, chegar-se-ia à extremada situação do administrador que, sem qualquer juízo de valoração, em todas as situações, resumiria seu campo de atuação à mera observância literal de um preceito legal. A atividade administrativa não se limita a realizar o comando normativo aparentemente previsto no texto legal. *Deve o administrador pautar sua atuação de forma a não reputar a norma escrita como fim, mas como meio para atingir a real finalidade de todas as ações do Estado: o interesse público.*

Logo, não se pode dizer que a Administração atua tão somente com base na literalidade do texto normativo. Na verdade, o comportamento administrativo pauta-se na norma jurídica, cuja produção é derivada de um processo intelectual do intérprete/administrador que contempla uma concepção de *legitimidade e finalidade*.

Desse modo, a legalidade deve ser entendida como o princípio que vincula a Administração a todo o sistema normativo, abrangendo não apenas as leis e normas em sentido estrito (decretos, instruções normativas, portarias, etc.), mas também os princípios constitucionais *explícitos* (moralidade, impessoalidade, publicidade, eficiência, isonomia) e *implícitos* (razoabilidade, proporcionalidade, boa-fé objetiva, proteção à confiança legítima, segurança jurídica, entre outros). Enfim, na

perspectiva do princípio da juridicidade, fica a Administração vinculada ao Direito, reputado como um sistema normativo, composto de regras e princípios. (AMORIM, 2009).

Sem dúvida, a observância do princípio da juridicidade impõe ao gestor público um maior ônus argumentativo na motivação de seus atos. Daí a imprescindibilidade de se externar todos os elementos fáticos e jurídicos e todas as premissas intelectivas que conduziram o administrador a adotar determinada decisão. Ainda nessa perspectiva, sobreleva-se a importância do respeito ao direito dos administrados a partir de uma motivação substancial e que contemple, de fato, o respeito aos próprios precedentes administrativos quando existentes.⁶

4.2. IMPESSOALIDADE E IGUALDADE

O princípio da impessoalidade estabelece o dever do administrador de conferir o mesmo tratamento a todos os interessados que se encontrem na mesma situação jurídica. Assim, fica evidenciada a proibição de tratamento discriminatório e privilegiado.

A “igualdade na licitação significa que todos os interessados em contratar com a Administração devem competir em igualdade de condições, sem que a nenhum se ofereça vantagem não extensiva a outro” (CARVALHO FILHO, 2013, p. 244). Esse princípio objetiva proteger a igualdade de expectativa em contratar com a Administração, não estando afastado, pois, o eventual alijamento de um licitante do certame quando for verificado o não atendimento de certos requisitos estabelecidos em edital.

⁶ Para tanto, ver Carvalho (2015, p. 28): “notamos que está cada vez mais nas mãos do aplicador do direito, no caso o juiz e o administrador público, a missão de revelar o sentido efetivo das normas jurídicas, o que, de certa forma, debilita as garantias dos cidadãos, já que o administrado fica, em inúmeras ocasiões, à mercê da capacidade e dos humores destes aplicadores. Daí a importância de que a isonomia seja respeitada também no momento de aplicação da lei (= igualdade na aplicação da lei), sob pena de passarmos a viver sob a máxima distorcida do rule of men, not of law, ao invés do consagrado rule of law, not of men [...] temos que precedentes administrativos nada mais são do que a exigência de que casos iguais devem ter a mesma resposta da Administração Pública. Ou seja, a Administração Pública, quando estiver diante de situações fáticas similares – e desde que as regras incidentes continuem as mesmas –, deve manter a coerência de suas atuações e dar à situação atual a mesma solução dada à situação anterior. A coerência exigida pelos precedentes administrativos entre as soluções dadas em situações similares acalenta não apenas o princípio da igualdade, mas outros princípios também, dentre os quais destacamos o da segurança jurídica, pois os precedentes permitem ao administrado antever com maior precisão o comportamento da Administração Pública diante de determinadas situações”.

Partindo do pensamento de Aristóteles, segundo o qual “devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade”, não se pode olvidar a possibilidade de a própria lei estabelecer critérios de tratamento diferenciado para determinados licitantes, como se observa nos seguintes casos:

- a) tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte (art. 170, IX, da CRFB);
- b) preferência na contratação de produtos manufaturados e serviços produzidos no Brasil (art. 3º, § 2º, da LGL);
- c) preferência na contratação de bens e serviços produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social (art. 3º, § 2º, V, da LGL).

4.3. MORALIDADE E PROBIDADE ADMINISTRATIVA

O princípio da moralidade impõe ao administrador e aos licitantes que pautem sua atuação nos padrões jurídicos da moral, da boa-fé, da lealdade e da honestidade.

A probidade administrativa, por sua vez, volta-se especificamente ao administrador, como uma “moralidade administrativa qualificada”, no sentido de que viola a probidade o agente público que, em suas tarefas e deveres, infrinja os tipos previstos na Lei nº 8.429/1992 (Lei da Improbidade Administrativa) (BRASIL, 1992a).

4.4. PUBLICIDADE

A publicidade dos atos é princípio geral do direito administrativo, tratando-se de *condição de eficácia* da própria licitação (art. 21 da LGL) e do contrato (art. 61, parágrafo único, da LGL).

Em atenção ao princípio, além da divulgação ostensiva dos atos praticados durante o certame, é facultado a qualquer cidadão (e não apenas aos participantes da licitação) o amplo acesso aos autos do procedimento licitatório (art. 3º, § 3º, da LGL).

É mister pontuar que o dever de “publicidade” dos atos compreendidos no procedimento licitatório não condiciona, necessariamente, a publicação de todo e qualquer ato na imprensa oficial.

Tem-se como obrigatória a publicação na imprensa oficial apenas naquelas hipóteses expressamente indicadas em lei (ato normativo primário), como o aviso contendo o resumo do edital (art. 21 da LGL e art. 4º, I, da Lei nº 10.520/2002); nas modalidades da Lei nº 8.666/1993, os resultados das fases de habilitação e julgamento das propostas (art. 109, § 3º, LGL); o ato de anulação ou revogação da licitação (art. 109, § 3º, LGL); extrato do contrato e dos termos aditivos (art. 61, parágrafo único, LGL); termo de rescisão contratual (art. 109, § 3º, LGL).

Em relação aos demais atos⁷, a publicidade restará atendida a partir da plena e ostensiva divulgação das informações, em especial na internet (Portal da Transparência) e, quando for o caso, nos sistemas eletrônicos de licitação, em atendimento ao comando contido no art. 8º, § 2º, da Lei 12.527/2011.

4.5. SIGILO DAS PROPOSTAS

Não obstante as implicações do princípio da publicidade, com vistas a viabilizar a própria competitividade dos certames, o próprio art. 3º, § 3º, da LGL assegura o sigilo do conteúdo das propostas até o momento de sua respectiva abertura. Tal previsão tem o escopo de impedir que um licitante tenha prévio conhecimento do teor da proposta dos demais concorrentes e aufera, com isso, posição de vantagem na disputa.

⁷ No tocante ao “resultado da licitação” na modalidade pregão, não obstante o silêncio da LGL e da Lei nº 10.520/2002, para a Administração Pública Federal houve inovação específica promovida pelo art. 21, XII, do Decreto Federal nº 3.555/2000 e art. 30, XII, “b”, do Decreto Federal nº 5.450/2005, ao estabelecer que os autos do processo licitatório, entre outros documentos, deverão ser instruídos com o “comprovante da publicação do resultado da licitação”. A fim de se conferir interpretação sistêmica das normas que regem a modalidade pregão e da Lei da Transparência (Lei nº 12.527/2011) e considerando que as publicações na imprensa oficial representam dispêndio de recursos financeiros por parte do ente promotor da licitação, entendemos que a publicidade do “resultado da licitação” estará atendida com a divulgação da informação na internet (Portal da Transparência) e nos sistemas eletrônicos de licitação. Ainda a título de justificativa de nosso posicionamento, não há que se cogitar que as disposições contidas nos mencionados decretos tenham por fundamento a previsão de publicação na imprensa oficial do resultado da habilitação e julgamento das propostas contida no art. 109, § 3º, LGL, porquanto, na modalidade pregão, a oportunidade para manifestação da intenção de recurso surge com a declaração do vencedor que ocorre no curso da sessão pública do certame, demandando assim, o acompanhamento simultâneo (presencial ou via sistema eletrônico de licitação) por parte do licitante. Como se verá no tópico 2.6 do Capítulo 4, o conteúdo do art. 109, § 3º, LGL somente se justifica para as modalidades da Lei nº 8.666/1993 pelo simples fato de que, em tais procedimentos, o exercício do direito do recurso não pressupõe a manifestação positiva no bojo da própria sessão, de modo que a publicação do resultado da habilitação e do julgamento das propostas constitui o meio hábil para garantir a presunção de ciência dos licitantes quanto aos atos praticados no certame. Logo, face às características procedimentais da modalidade pregão, mostra-se inócua e despicinda a publicação na imprensa oficial do resultado da licitação na modalidade pregão.

4.6. VINCULAÇÃO AO ATO CONVOCATÓRIO

Tal princípio é enfatizado pelo art. 41 da Lei nº 8.666/1993, que preconiza: “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada” (BRASIL, 1993). Desse modo, no curso do procedimento licitatório, é vedado ao administrador alterar as regras do jogo ou realizar algum ato contrário ao que foi previamente estabelecido no edital.

4.7. JULGAMENTO OBJETIVO

Tal princípio orienta os agentes responsáveis pelo julgamento das propostas, devendo os critérios ser objetivamente definidos e previamente fixados no edital (art. 44 da LGL). Busca-se, assim, evitar julgamento com base em critérios subjetivos, supervenientes e desconhecidos pelos licitantes.

4.8. COMPETITIVIDADE

Deriva do princípio da isonomia e tem seu fundamento no art. 3º, § 1º, I, da LGL (BRASIL, 1993), preconizando que os agentes públicos devem sempre privilegiar a mais ampla competitividade nas licitações, abstendo-se de incluir, nos editais, cláusulas ou condições irrelevantes e impertinentes que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo dos certames.

4.9. EFICIÊNCIA (ECONOMICIDADE, “VANTAJOSIDADE” E FORMALISMO MODERADO)

O princípio da eficiência preconiza a otimização da ação estatal, no sentido de “fazer mais com menos”, ou seja, de conferir excelência nos resultados.

Derivada de tal concepção, a ideia de formalismo moderado busca superar o dogma da necessidade de interpretação rigorosa e literal de preceitos legais que pode implicar um formalismo exagerado e inútil, prejudicando o andamento dos certames (FURTADO, 2015, p. 36). Ou seja, confere-se ao procedimento licitatório um caráter instrumental (licitação como meio, e não como um fim em si mesmo). Tal é o entendimento do STF e do STJ⁸.

⁸ “Se a irregularidade praticada pela licitante vencedora, que não atendeu a formalidade prevista no edital licitatório, não lhe trouxe vantagem nem implicou prejuízo para os demais participantes, bem como se o vício apontado não interferiu no julgamento objetivo da proposta, não se vislumbrando ofensa aos demais princípios exigíveis na atuação da Administração Pública, correta é a adjudicação do objeto da licitação à licitante que ofereceu a proposta mais vantajosa, em prestígio do interesse público, escopo da atividade administrativa” (BRASIL, 2000b, p. 21). “Não se pode perder de vista que a licitação é instru-

O atual estágio evolutivo da hermenêutica jurídica não se coaduna com uma postura extremamente formalista do administrador público, devendo ele pautar-se por uma noção mais complexa e sistêmica do Direito, ou seja, por uma noção de *juridicidade*, de modo a superar a concepção de *legalidade estrita* (AMORIM, 2009).

Nesse sentido, merece destaque o disposto no art. 5º e no art. 26, § 3º, do Decreto nº 5.450/2005, que regulamenta o pregão eletrônico:

Art. 5º A licitação na modalidade de pregão é condicionada aos princípios básicos da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, eficiência, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, bem como aos princípios correlatos da razoabilidade, competitividade e proporcionalidade.

Parágrafo único. As normas disciplinadoras da licitação serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não comprometam o interesse da administração, o princípio da isonomia, a finalidade e a segurança da contratação.

[...]

Art. 26.

[...]

§ 3º No julgamento da habilitação e das propostas, o pregoeiro poderá sanar erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos e sua validade jurídica, mediante despacho fundamentado, registrado em ata e acessível a todos, atribuindo-lhes validade e eficácia para fins de habilitação e classificação (BRASIL, 2005b, grifos nossos).

Considerando ser a busca da proposta mais vantajosa o objetivo maior da licitação, há que se superar e afastar exigências meramente formais e burocráticas, de modo que a eventual exclusão de um participante do certame somente se justifica diante do descumprimento de uma regra substancial para a disputa. Afinal, conforme célebre afirmação de Bonoit (1968 apud REIS, [2015?]), a licitação não pode ser tratada como gincana, pela qual se premia o melhor cumpridor do edital. As ações administrativas e a interpretação empreendida pelos agentes públicos devem ser guiadas pela busca da eficiência, economicidade e “vantajosidade” para a Administração, sem prejuízo da isonomia e segurança jurídica.

mento posto à disposição da Administração Pública para a seleção da proposta mais vantajosa. Portanto, selecionada esta e observadas as fases do procedimento, prescinde-se do puro e simples formalismo, invocado aqui para favorecer interesse particular, contrário à vocação pública que deve guiar a atividade do administrador” (BRASIL, 2002a, p. 174).

4.10. ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA

Com fundamento no art. 50 da LGL, tal princípio estabelece que a Administração não poderá adjudicar o objeto licitado a outra pessoa senão o vencedor da licitação.

Vale lembrar que

o fato de o objeto de um dado certame ter sido adjudicado a uma empresa não implica em direito subjetivo da mesma em obter a contratação. *O direito do adjudicatário é o de ser convocado em primeiro lugar, caso a Administração decida celebrá-lo, conforme vastamente pacificado pela jurisprudência e pela doutrina (BRASIL, 2006b, grifo nosso).*

DEFINIÇÕES BÁSICAS DE LICITAÇÃO

Conceito: procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados.

Natureza jurídica: procedimento administrativo (conjunto ordenado de atos e atuações estatais que antecedem e constituem o fundamento de uma decisão administrativa).

Objetivos:

- a) observância do princípio constitucional da isonomia;
- b) seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública;
- c) promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

PRESSUPOSTOS DA LICITAÇÃO

- a) *pressuposto lógico:* pluralidade de objetos e pluralidade de ofertantes, uma vez que, diante da inexistência de concorrência e variedade de objetos a serem ofertados, a realização de licitação não tem o menor sentido;
- b) *pressuposto jurídico:* quando a licitação se constitui em meio apto, em tese, para a consecução do interesse público;
- c) *pressuposto fático:* existência de interessados na disputa. Diante da ausência de concorrentes, não há como realizar a licitação.

PANORAMA LEGISLATIVO

De acordo com o art. 22, XXVII, da CRFB, compete à União definir as normas gerais sobre licitação e contratos administrativos, sendo, por outro lado, permitido aos demais entes federativos (Estados, DF e Municípios) legislar sobre normas específicas de acordo com as suas particularidades.

A Lei nº 8.666/1993 cumpre o papel de definir as normas gerais sobre licitações e contratos administrativos. Daí tal ato normativo ser denominado de “Lei Geral de Licitações” (LGL).

A edição da Lei nº 8.666/1993 não exauriu a competência legislativa da União para editar normas gerais sobre licitação. Não há qualquer óbice para que a União discipline o assunto em outros diplomas normativos, como foi feito no caso das Leis nºs 10.520/2002 (Lei do Pregão), 8.248/1991 (aquisição de bens e serviços de infor-

mática), 12.232/2010 (contratação de serviços de publicidade) e 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratação).

OBRIGAÇÃO DE LICITAR

Fundamento constitucional: art. 37, XXI, da CRFB.

A obrigação de licitar abrange todos os órgãos administrativos dos Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário, dos Tribunais de Contas e do Ministério Público.

Quem está obrigado a licitar?

1) *Órgãos da administração pública direta*

2) *Administração pública indireta:*

2.1. autarquias (incluindo as agências reguladoras e executivas)

2.1.1. conselhos profissionais (autarquias especiais)

2.2. fundações públicas

2.3. empresas públicas

2.4. sociedades de economia mista

2.5. associações públicas (consórcios públicos – Lei nº 11.107/2005)

2.6. fundos especiais (unidades orçamentárias)

3) *Terceiro Setor:*

3.1. entidades do sistema “S” (por meio de regulamentos próprios, observados os princípios da Administração Pública)

3.2. organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP, Lei nº 9.790/1999)

3.3. organizações sociais (OS, Lei nº 9.637/1998)

REGIME ESPECIAL DA LICITAÇÃO DAS EMPRESAS PÚBLICAS

As empresas públicas e as sociedades de economia mista (tanto exploradoras de atividade econômica, quanto prestadoras de serviço público) não se sujeitam aos ditames da Lei nº 8.666/1993, estando vinculadas à Lei nº 13.303/2016.

PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO

- Legalidade
- Impessoalidade e igualdade
- Moralidade e probidade administrativa
- Publicidade
- Sigilo das propostas
- Vinculação ao ato convocatório
- Julgamento objetivo
- Competitividade
- Eficiência (economicidade, “vantajosidade” e formalismo moderado)
- Adjudicação compulsória

CAPÍTULO 2



CAPÍTULO 2

ETAPA INTERNA: PREPARAÇÃO DA LICITAÇÃO

1. PREPARAÇÃO DA LICITAÇÃO

O procedimento licitatório é composto de duas etapas: a *interna* e a *externa*.

A etapa *interna* é realizada *antes* da publicação do aviso de licitação, contemplando a consecução dos atos preparatórios para a efetiva promoção da disputa. Trata-se de etapa de extrema importância, pois será crucial para garantir o sucesso da licitação e o alcance de seu objetivo maior: a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração.

A etapa interna inicia-se com a formalização da *demanda administrativa*, entendida como a *demonstração da necessidade* de aquisição de produtos, de contratação da prestação de serviços ou execução de obras.

Nos termos do art. 38 da LGL, uma vez delimitada a demanda e apontados, em termos técnicos, os meios úteis ao seu atendimento, a matéria é submetida à *autorização* da autoridade competente para a consequente abertura do procedimento licitatório, o que é formalizado com a *autuação*, o *protocolo* e a *numeração* dos autos administrativos (BRASIL, 1993).

Portanto, conforme o *caput* do art. 38 da Lei nº 8.666/1993, já no início da etapa interna da licitação, deverá haver a *indicação sucinta de seu objeto* e o *recurso próprio para a despesa* (BRASIL, 1993). É evidente que não há necessidade de, na oportunidade da instauração do procedimento, o objeto da licitação já estar minuciosamente especificado, com todos os projetos técnicos inerentes, uma vez que o detalhamento será formulado pelas áreas competentes até o momento da elaboração do edital.

Quanto ao recurso próprio para a despesa – em conformidade com os arts. 7º, § 2º, III, e 14 da LGL –, ressalte-se que não há necessidade de os recursos estarem previamente liberados ou empenhados para que seja iniciado o certame: basta a existência de previsão orçamentária (o que, em geral, se denomina “pré-empenho”).

4. A Lei nº 8.666/93 exige para a realização da licitação a existência de “previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorren-

tes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma”, ou seja, a lei não exige a disponibilidade financeira (fato da administração ter o recurso disponível ou liberado), mas, tão somente, que haja previsão destes recursos na lei orçamentária (BRASIL, 2012c).

Assim, deve a Administração indicar os recursos, por fonte e dotação, destinados ao financiamento da compra, obra ou serviço a licitar, não se admitindo referência genérica à autorização legislativa de abertura de créditos adicionais/especiais, sem especificação da rubrica orçamentária (BRASIL, 2009c).

Apesar da existência de tais requisitos, a Lei nº 8.666/1993 estabelece a imprescindibilidade de outros pressupostos materiais e formais para o prosseguimento da etapa interna, como se verá nos tópicos a seguir.

Enfim, a etapa *interna* do procedimento desenvolve-se de acordo com esta sequência:

- a) requisição da área/unidade interessada;
- b) estimativa do valor (pesquisa de preços);
- c) autorização da despesa;
- d) elaboração do instrumento convocatório e seus anexos;
- e) análise da minuta do ato convocatório pela assessoria jurídica;
- f) publicação do aviso de licitação e divulgação do edital.

1.1. ESTIMATIVA DO VALOR: PESQUISA DE PREÇOS

As contratações públicas – decorrentes seja de procedimento licitatório, seja de contratação direta – devem ser precedidas de pesquisa de preços. Tanto a Lei nº 8.666/1993 (arts. 7º, § 2º, II e 40, § 2º, II) quanto a Lei nº 10.520/2002 (art. 3º, III) (BRASIL, 1993, 2007) exigem a elaboração do orçamento estimado para a identificação precisa dos valores praticados no mercado para objeto similar ao pretendido pela Administração.

Para tanto, a Administração deverá consultar as fontes de pesquisa capazes de representar o mercado, o que se denomina “cesta de preços aceitáveis”⁹. Nesse

⁹ Nesse sentido, ver Acórdãos do TCU nº 868/2013 – Plenário e 2.170/2007 – Plenário (BRASIL, 2013b, 2007a).

intento, deverá ser observada a atualidade e a diversidade de fontes de pesquisas, tais como: a) contratações similares de outros entes públicos; b) sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo; c) pesquisa com os fornecedores.

Os preços coletados devem ser analisados de forma crítica, em especial quando houver grande variação entre os valores apresentados. Para a desconsideração dos preços inexequíveis ou excessivamente elevados, deverão ser adotados critérios fundamentados e descritos no processo administrativo.

Como metodologia para a obtenção do preço de referência para a contratação, recomenda-se a utilização da média, da mediana ou do menor dos valores obtidos na pesquisa de preços, desde que o cálculo incida sobre um conjunto de três ou mais preços, desconsiderados os valores inexequíveis e os excessivamente elevados. Excepcionalmente, desde que haja justificativa da autoridade competente nos autos do processo administrativo, o TCU admite a possibilidade de pesquisa com menos de três preços ou fornecedores.

Em atenção às orientações e recomendações exaradas pelo TCU, o MPDG editou a Instrução Normativa nº 5, de 27/6/2014 (BRASIL, 2014), que dispõe sobre os procedimentos administrativos básicos para a realização de pesquisa de preços para a aquisição de bens e contratação de serviços em geral.

No que se refere à pesquisa de preços para obras e serviços de engenharia, a estimativa deverá ser obtida a partir de custos unitários de insumos ou serviços menores ou iguais à mediana de seus correspondentes ao Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (Sinapi), no caso de construção civil em geral, ou na tabela do Sistema de Custos de Obras Rodoviárias (Sicro), no caso de obras e serviços rodoviários. No caso de itens da planilha que não tenham referência nesses sistemas, é necessária a apuração por meio da “pesquisa de mercado tradicional”.

2. FORMALIDADES PARA OBRAS E SERVIÇOS

De acordo com o art. 7º, § 2º, da LGL, as licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços deverão apresentar:

a) *projeto básico*: conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou o complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos *estudos técnicos preliminares*, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do

impacto ambiental do empreendimento, e que possibilitem a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução;

PROJETO BÁSICO E TERMO DE REFERÊNCIA: QUAL A DIFERENÇA?

A denominação *Termo de Referência* aplica-se à modalidade pregão, conforme dispõe o Decreto nº 3.555/2000 (BRASIL, 2000a).

De acordo com inciso II do art. 8º dessa norma,

o termo de referência é o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar a avaliação do custo pela Administração, diante de orçamento detalhado, considerando os preços praticados no mercado, a definição dos métodos, a estratégia de suprimento e o prazo de execução do contrato (BRASIL, 2000a).

Por sua vez, o § 2º do art. 9º do Decreto nº 5.450/2005 apresenta conceituação mais detalhada:

o termo de referência é o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar avaliação do custo pela administração diante de orçamento detalhado, definição dos métodos, estratégia de suprimento, valor estimado em planilhas de acordo com o preço de mercado, cronograma físico-financeiro, se for o caso, critério de aceitação do objeto, deveres do contratado e do contratante, procedimentos de fiscalização e gerenciamento do contrato, prazo de execução e sanções, de forma clara, concisa e objetiva (BRASIL, 2005b).

A rigor, *Projeto básico* e *Termo de referência* são documentos a serem apresentados na etapa interna da licitação; não apresentam diferenças substanciais entre si e têm a mesma finalidade: especificar o objeto a ser licitado.

Portanto, a única distinção que entre eles se pode identificar é o menor nível de complexidade na composição do *Termo de Referência*, uma vez que, destinado a subsidiar a aquisição de bens e serviços comuns, deverá ser utilizado em procedimento na modalidade pregão.

b) *projeto executivo*: o conjunto dos elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, de acordo com as normas pertinentes da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT);

c) *orçamento que detalhe a composição de custos unitários*;

d) *recursos orçamentários previstos*, que assegurem o pagamento das obrigações a serem quitadas no exercício financeiro em curso;

Além disso, quando for o caso, *o produto da obra deve estar contemplado no Plano Plurianual* (art. 165 da CRFB) (BRASIL, 1988).

A execução de cada etapa será obrigatoriamente precedida da conclusão e aprovação, pela autoridade competente, dos trabalhos relativos às etapas anteriores, à

exceção do *projeto executivo*, o qual poderá ser desenvolvido concomitantemente com a realização das obras e serviços, desde que também autorizado pelo Poder Público. Note-se que, nesse caso, de acordo com previsão contida nos arts. 7º, § 1º, e 9º, § 2º, da LGL (BRASIL, 1993), é facultado à Administração prever que a elaboração do projeto executivo seja de competência da licitante contratada, integrando, pois, o objeto da licitação.

Conforme o art. 12 da Lei nº 8.666/1993, nos projetos básicos e projetos executivos de obras e serviços, serão considerados principalmente os seguintes requisitos:

I – segurança; II – funcionalidade e adequação ao interesse público; III – economia na execução, conservação e operação; IV – possibilidade de emprego de mão de obra, materiais, tecnologia e matérias-primas existentes no local para execução, conservação e operação; V – facilidade na execução, conservação e operação, sem prejuízo da durabilidade da obra ou do serviço; VI – adoção das normas técnicas, de saúde e de segurança do trabalho adequadas; VII – impacto ambiental (BRASIL, 1993).

Ainda com a finalidade de estabelecer parâmetros objetivos para a aferição da proposta mais vantajosa, o § 4º do art. 7º da LGL (BRASIL, 1993) veda a inclusão, no objeto da licitação, de fornecimento de materiais e serviços sem previsão de quantidades ou cujos quantitativos não correspondam às previsões reais do projeto básico ou executivo.

Ademais, a exigência de orçamento com o detalhamento da composição de custos tem o propósito de garantir que o preço final da contratação seja condizente com os valores praticados no mercado, evitando-se superfaturamento e outros prejuízos à Administração.

Tais formalidades deverão, inclusive, ser observadas nos casos de dispensa e inexistência de licitação (art. 7º, § 9º, da LGL) (BRASIL, 1993).

É fundamental que a Administração adote, como etapa essencial ao planejamento da contratação, a prática de realização de estudos preliminares para embasar, com dados estatísticos e informações objetivamente verificáveis, a justificativa concernente à necessidade de contratação e a própria delimitação das especificações e condições de fornecimento/prestação do objeto diante do perfil dos potenciais fornecedores e da configuração do mercado relevante.

Em vista dos requisitos de contratação previamente definidos consoante a necessidade da Administração, será por meio dos estudos preliminares que se realizará

o levantamento e identificação de quais soluções existentes no mercado têm a potencialidade de atender às exigências estabelecidas, de modo a alcançar os resultados pretendidos e atender à necessidade da contratação, com os respectivos preços estimados, levando-se em conta aspectos de economicidade, eficácia, eficiência e padronização.

Acerca dos estudos preliminares, convém destacar a existência de disciplina específica contida no art. 24 e Anexo III da Instrução Normativa MPDG nº 5/2017.

2.1. REGIMES DE EXECUÇÃO PARA OBRAS E SERVIÇOS

De acordo com o previsto no art. 10 da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993), as obras e serviços poderão ser executados nas seguintes formas:

a) *execução direta*: a que é feita pelos órgãos e entidades da Administração, pelos próprios meios;

b) *execução indireta*, nos seguintes regimes:

b.1. *empreitada por preço global*: quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo e total;

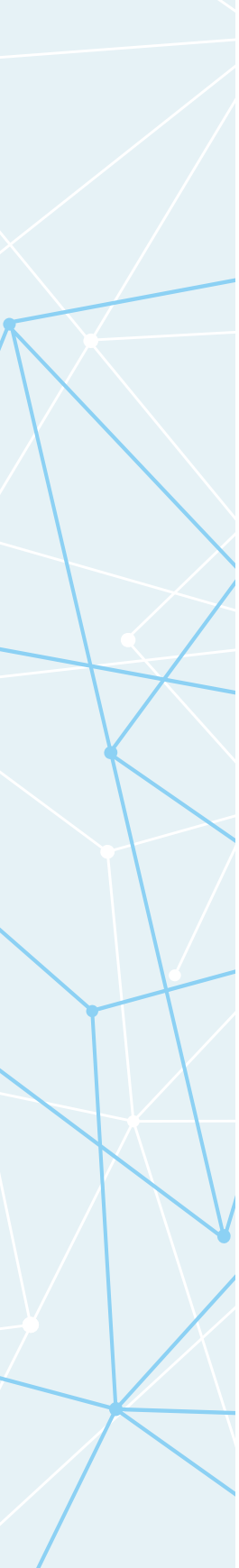
b.2. *empreitada por preço unitário*: quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas;

b.3. *tarefa*: quando se ajusta mão de obra para pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais;

b.4. *empreitada integral*: quando se contrata um empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para que foi contratada.

A distinção entre os regimes de execução apresenta relevância diante das repercussões práticas durante o desenvolvimento do contrato, em especial no que se relaciona à forma de medição dos serviços realizados.

Sobre o tema, a partir do Acórdão nº 1.977/2013 – Plenário, o TCU uniformizou entendimento acerca das condições necessárias para a adequada adoção do re-



gime de empreitada por preço global (EPG) e a empreitada por preço unitário (EPU). Foi destacado no voto do Relator, Min. Valmir Campelo, que a empreitada por preço global se diferencia da empreitada por preço unitário pelos riscos imputados ao contratado e do critério de medição utilizado para viabilizar o pagamento pelos serviços prestados.

A rigor, tendo em vista que a EPG envolve a contratação por preço certo e total, a opção por tal regime deverá decorrer de amplo conhecimento por parte da Administração acerca das características e repercussões da execução do objeto, devendo especificar no edital de licitação, de forma objetiva, as regras para as medições, a exemplo de pagamentos após cada etapa concluída do empreendimento ou de acordo com o cronograma físico-financeiro da obra, em atendimento ao que dispõe o art. 40, inciso XIV, da Lei 8.666/1993.

Com efeito, “no regime de EPG, o projeto básico deve conter informações para permitir que as medições sejam feitas de modo adequado, assim entendido como sendo feitas por etapas. Desse modo, é imprescindível, na contratação por EPG, uma definição clara e inequívoca das etapas físicas que constituem o todo. Tais elementos é que permitirão o estabelecimento de marcos para cada uma dessas etapas, ao término das quais caberão os pagamentos. Essas medidas facilitarão o monitoramento e o controle das obras por parte de quem as fiscalizará” (BRASIL, 2013n).

Por sua vez, na execução da empreitada por preço unitário, a remuneração do contratado corresponde, em termos exatos, ao serviço efetivamente prestado, possibilitando, assim, a divisão do objeto contratado em unidades independentes. Dessa forma, como a retribuição pecuniária ao particular está adstrita àquilo que foi executado, na EPU o valor e a periodicidade do pagamento são variáveis.

Em suma, adotado o regime de EPG e realizada a mediação da parcela correspondente, o particular será remunerado integralmente pelo valor correspondente à etapa (parcela) adimplida conforme estabelecido no cronograma físico-financeiro, sendo vedado à Administração a realização de glosa ou retenção parcial sob a alegação de que, a partir da aferição da efetiva execução de unidades específicas, não foram executados determinados itens conforme quantitativos originalmente previstos na planilha de composição de custos apresentada pelo particular com base do que constava do ato convocatório. Ou seja, se assim fosse possível, estar-se-ia admitindo, de forma unilateral, a alteração superveniente do regime de EPG para EPU, o que se mostraria atentatório ao direito do particular tendo em

consideração que, em contratos tipo EPG, existe “a premissa de que a análise global do contrato (e do equilíbrio contratual) prevalece sobre a aferição de itens unitários” (BRASIL, 2013n).

Assim, diante das distintas características dos regimes citados, o TCU consignou que a EPG deve ser adotada quando for possível definir previamente no projeto, com boa margem de precisão, as quantidades dos serviços a serem executados, enquanto que a EPU deve ser preferida para objetos que, por sua natureza, não permitam a precisa indicação dos quantitativos orçamentários (BRASIL, 2013o).

2.2. RETARDAMENTO DA EXECUÇÃO DE OBRAS E SERVIÇOS

O art. 8º da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993) preconiza que a execução das obras e dos serviços sempre se deve programar, em sua totalidade, com a previsão dos seus custos atual e final, considerados os prazos de sua execução. Logo, veda-se o retardamento imotivado da execução de obra ou serviço, ou de suas parcelas, se existir previsão orçamentária para a sua execução total.

Contudo, o próprio parágrafo único do art. 8º ressalva tal vedação de retardamento nos casos de insuficiência financeira ou comprovado motivo de ordem técnica, justificados em despacho circunstanciado da autoridade. O retardamento deve ser formalizado em procedimento administrativo, devendo ser observadas as condições do art. 26 da LGL.

3. FORMALIDADES PARA AS COMPRAS

De acordo com o art. 14 da LGL (BRASIL, 1993), nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto e a indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa.

O art. 15, por sua vez, estabelece uma série de orientações a serem observadas nas licitações para a aquisição de bens e produtos, destacando-se:

- a) *especificação completa* do bem a ser adquirido sem indicação de marca;
- b) *definição das unidades e das quantidades* a serem adquiridas em função do consumo e utilização prováveis, cuja estimativa será obtida, sempre que possível, mediante adequadas técnicas quantitativas de estimação;

- c) *estimativa de custos* da aquisição como forma de aferir a compatibilidade dos valores propostos da licitação com os preços e condições de pagamento praticados no mercado público e privado;
- d) previsão das *condições de guarda e armazenamento* que não permitam a deterioração do material;
- e) atender ao *princípio da padronização*, que imponha compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho, observadas, quando for o caso, as condições de manutenção, assistência técnica e garantia oferecidas.

3.1. A QUESTÃO DO PARCELAMENTO DAS COMPRAS

Conforme orienta o art. 15, IV, da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993), as compras, sempre que possível, deverão “ser subdivididas em tantas parcelas quantas necessárias para aproveitar as peculiaridades do mercado, visando economicidade”.

Assim, sendo tecnicamente viável a divisibilidade do quantitativo de aquisição almejado, a Administração deve realizar o parcelamento com vistas a aumentar a participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, o fornecimento ou a aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas.

Note-se que, como resultado do parcelamento do objeto, cada “item” ou “grupo” (também denominado “lote”) será licitado de forma autônoma, ainda que reunido formalmente num mesmo procedimento licitatório. Vejamos um exemplo: determinado órgão público pretende adquirir 10.000 resmas de papel branco tamanho A4 e, com o fim de ampliar a disputa e assegurar um maior número de vencedores, parcela o objeto da licitação em quatro grupos de 2.500 resmas de papel cada um, possibilitando a contratação de quatro fornecedores distintos.

A orientação para o parcelamento do objeto tem o propósito de ampliar a disputa do certame e garantir à Administração uma proposta mais vantajosa, sem prejuízo da “economia de escala”, pois, a depender do caso, será mais vantajoso para o Poder Público concentrar a aquisição numa única empresa, uma vez que o custo de produção unitário será maior caso a venda contemple um maior quantitativo.

Com efeito, a Administração deverá realizar tais ponderações em cada caso, devendo consignar nos autos do processo administrativo, expressamente e de forma

justificada, a opção pelo não parcelamento de objetos que, em tese, poderiam ser tecnicamente divididos. Noutra via, entende-se que, em todo caso, a “vantajosidade” da opção pelo parcelamento também deverá ser apontada na etapa interna da licitação.

Em resumo, pela sistemática da Lei nº 8.666, a regra é o parcelamento do objeto quando ostentar natureza divisível, sendo admitido o não parcelamento (exceção) desde que tal opção da Administração seja devidamente justificada no processo administrativo. Nesse sentido, o TCU editou a Súmula nº 247:

É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade (BRASIL, 2004a).

Na redação da própria súmula e de outros acórdãos do TCU, observa-se que a regra da adoção do critério de julgamento “por item” é apenas preferencial, não sendo tecnicamente indicada quando ocasionar “prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala”.

Em relação ao alcance da Súmula nº 247, o próprio TCU, no Acórdão nº 2.796/2013 – Plenário (voto do ministro José Jorge), pontuou que a orientação pretendeu “consolidar o entendimento prevaletente nesta Casa, no sentido de que é condenável a adjudicação por preço global, por representar, no geral, restrição à competitividade. Não teve a referida Súmula a pretensão de condenar a adjudicação por lote” (BRASIL, 2013c).

Ademais, agregam-se às exceções da regra de adjudicação por item outros fatores igualmente relevantes, tais como: a) baixo valor estimado do item, o que inviabiliza o interesse de participação do mercado; b) a elevada quantidade de itens numa mesma licitação, o que tumultua e reduz a eficácia do certame, dada a quantidade de lances, documentação e incidentes processuais decorrentes.

3.2. A QUESTÃO DA INDICAÇÃO DE MARCAS

Estabelece o § 5º do art. 7º da LGL (BRASIL, 1993) que é vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços: a) com características e especificações

exclusivas; b) que não tenham similaridade com outros disponíveis no mercado; c) com marcas e modelos específicos. A exceção prevista pela própria norma ocorre “nos casos em que for tecnicamente justificável”.

A primeira dimensão do dispositivo é evitar o chamado “direcionamento da licitação”, pelo qual a Administração, a despeito de não indicar uma marca determinada, apresenta especificações técnicas de um bem que, dada a configuração do mercado, somente poderão ser atendidas por apenas um produto.

Como segunda dimensão, a norma objetiva vedar a indicação de marca. Todavia, a regra admite exceções, conforme se vê na parte final do § 5º: havendo motivação robusta, sustentada em parecer técnico fundamentado, poderá ser admitida a indicação de marca no ato convocatório. Caso o produto seja comercializado apenas por um fornecedor exclusivo, será caso de inexigibilidade de licitação (art. 25, I, da LGL).

O TCU tem entendimento acerca do assunto no enunciado na Súmula nº 270: “em licitações referentes a compras, inclusive de *softwares*, é possível a indicação de marca, desde que seja estritamente necessária para atender exigências de padronização e que haja prévia justificativa” (BRASIL, 2012d).

4. MINUTA DO EDITAL DE LICITAÇÃO E APROVAÇÃO DA ASSESSORIA JURÍDICA

Após a devida especificação do produto ou bem a ser licitado, havendo a definição das unidades e quantitativos a serem adquiridos e estando o procedimento administrativo instruído com todas as informações, projetos e justificativas de ordem técnica, além da devida pesquisa de preços para o estabelecimento do valor de referência da contratação, proceder-se-á à elaboração da minuta do edital de licitação, observando os requisitos reunidos no art. 40 da Lei nº 8.666/1993.

Determina o parágrafo único do art. 38 da LGL (BRASIL, 1993) que as minutas dos editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios e ajustes, deverão ser previamente *examinadas* e *aprovadas* pelo órgão de assessoria jurídica da Administração. A definição de qual será a “assessoria jurídica” depende da estrutura e regulamentação interna de cada órgão ou entidade pública.

A análise e aprovação da assessoria jurídica deve, necessariamente, anteceder a divulgação do edital e se trata de requisito obrigatório para a validade jurídica do instrumento convocatório (BITTENCOURT, 2014, p. 416).

Note-se que, apesar de obrigatório, o parecer da assessoria jurídica não vincula a autoridade superior, que, de fato, detém a competência para autorizar a deflagração do procedimento licitatório e, ao aprovar a minuta, transforma o documento em edital propriamente dito.

Tratando o parecer jurídico de ato meramente opinativo e não vinculante, há discussão na doutrina e na jurisprudência acerca da responsabilidade do assessor jurídico diante de eventual ilegalidade observada no edital. Entende o STF que, em regra, o parecerista jurídico não é responsável pelos danos decorrentes de um edital eivado de ilegalidade que por ele tenha sido analisado, salvo em caso de “erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa” (BRASIL, 2003a).

III. É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. 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 (BRASIL, 2008b).

5. OS AGENTES PÚBLICOS RESPONSÁVEIS PELA CONDUÇÃO DA LICITAÇÃO

De acordo com o art. 38, III, da LGL, deverá constar dos autos do procedimento administrativo licitatório o “ato de designação da comissão de licitação, do leiloeiro administrativo ou oficial, ou do responsável pelo convite” (BRASIL, 1993).

Portanto, a designação dos agentes responsáveis pela análise dos documentos de habilitação e julgamento das propostas deve ocorrer ainda na etapa interna da licitação.

A definição dos agentes responsáveis dependerá da modalidade de licitação adotada:

| MODALIDADE | AGENTES PÚBLICOS RESPONSÁVEIS |
|------------------|--|
| Concorrência | Comissão de Licitação |
| Tomada de Preços | Comissão de Licitação |
| Convite | Comissão de Licitação ou Servidor responsável (art. 51, § 1º, LGL) |

| MODALIDADE | AGENTES PÚBLICOS RESPONSÁVEIS |
|------------|---|
| Leilão | Leiloeiro Administrativo ou Leiloeiro Oficial |
| Concurso | Comissão Especial (art. 51, § 5º, LGL) |
| Pregão | Pregoeiro (auxiliado por Equipe de Apoio) |

5.1. COMISSÃO DE LICITAÇÃO

De acordo com o art. 51 da LGL (BRASIL, 1993), a análise dos documentos de habilitação e o julgamento das propostas serão realizados por comissão *permanente* ou *especial*, composta por, no mínimo, *três* membros, sendo pelo menos *dois* deles servidores qualificados pertencentes aos quadros permanentes dos órgãos da Administração responsáveis pela licitação.

Veja-se que a norma alude à *composição mínima de três membros*, de modo que não há limitação a número máximo de servidores designados para a comissão. De todo modo, a comissão não poderá se reunir ou realizar qualquer ato na etapa externa da licitação se não estiver presente na oportunidade o número mínimo de três membros.

Quanto à *composição da comissão de licitação*, prevalece o entendimento na doutrina e no TCU no sentido de que o art. 51 da Lei nº 8.666 exige que a maioria absoluta do colegiado seja integrada por servidores efetivos¹⁰, evitando-se, assim, que o poder decisório fique à mercê de servidor cujo vínculo com a Administração seja precário (como nos casos de cargos ou empregos de confiança). Incluem-se entre os “efetivos” os servidores em estágio probatório¹¹, já que seu desligamento demanda prévio processo administrativo.

No caso das entidades cujo regime de pessoal é o celetista, o entendimento prevalece, devendo a maioria da comissão (2/3) ser integrada por agentes que não ocupem “empregos de confiança” (que possam ser desligados livremente, sem justa causa e prévio contraditório).

Note-se que a comissão poderá ser *permanente* ou *especial*, de modo que, a depender da estrutura de cada órgão ou entidade, bem como a qualificação técnica do

¹⁰ Nesse sentido, ver Acórdão TCU nº 92/2003 – Plenário (BRASIL, 2003b).

¹¹ A efetividade está relacionada à forma de provimento do cargo, ao passo que o “estágio probatório” se correlaciona com a estabilidade do servidor.

corpo de servidores/empregados, poderá ser constituída uma única comissão, de caráter perene, atuando em todas as licitações corriqueiras e, quando necessário, uma *comissão especial* para conduzir uma licitação específica que envolva um objeto complexo. Admite-se, ainda, a possibilidade de criação, num mesmo órgão, de diversas comissões permanentes de acordo com os objetos a serem licitados: compras, serviços de engenharia, bens e serviços de informática, obras etc.

Conforme dispõe o § 1º do art. 51, “no caso de convite, a Comissão de licitação, excepcionalmente, nas pequenas unidades administrativas e em face da exiguidade de pessoal disponível, poderá ser substituída por um servidor formalmente designado pela autoridade competente” (BRASIL, 1993).

Os membros das comissões de licitação responderão *solidariamente* por todos os atos praticados pela Comissão, salvo se posição individual divergente estiver devidamente fundamentada e registrada em ata lavrada na reunião em que tiver sido tomada a decisão.

A investidura dos membros das comissões permanentes *não excederá a um ano*, vedada a recondução da totalidade¹² de seus membros para a mesma comissão no período subsequente.

Conforme disciplina interna de cada órgão ou entidade, deverá ser escolhido pela autoridade superior, dentre os membros da comissão de licitação, o seu respectivo *presidente*, que tem por atribuição precípua a direção e condução dos trabalhos do colegiado¹³. Contudo, o peso de seu voto nas reuniões será exatamente o mesmo dos demais membros.

5.2. PREGOEIRO E EQUIPE DE APOIO

Na modalidade pregão, instituída pela Lei nº 10.520 (BRASIL, 2002b), a responsabilidade pela condução do certame recai sobre um só agente público: o pregoeiro. Assim, no pregão, não há a atuação de uma comissão, com a responsabilidade

¹² O que se veda é a recondução imediata de todos os membros da comissão. Logo, apesar de criticável tal opção do legislador, havendo a alteração (ou supressão) de um único membro que seja, será atendido o comando da LGL.

¹³ Da leitura da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993), desde que observada a regra da vedação da recondução da totalidade de membros, não se vislumbra qualquer óbice à recondução sucessiva e indeterminada do presidente da comissão. Todavia, com o intento de se evitar a personalização e o continuísmo (tão nocivos à profissionalização de pessoas na Administração), é recomendável o contínuo revezamento dos titulares na presidência da comissão.

solidária de seus membros; nele atua apenas um agente, cuja responsabilidade pelos atos é exclusiva, decidindo, de forma unipessoal, as questões que lhe são postas no curso do procedimento.

De acordo com o art. 3º, IV, da Lei nº 10.520/2002,

a autoridade competente designará, dentre os servidores do órgão ou entidade promotora da licitação, o pregoeiro e respectiva equipe de apoio, cuja atribuição inclui, dentre outras, o recebimento das propostas e lances, a análise de sua aceitabilidade e sua classificação, bem como a habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor (BRASIL, 2002b).

Assim, para aqueles que fazem uma interpretação literal do dispositivo legal, diante da inexistência de expressa restrição à natureza do cargo ocupado pelo servidor (se de provimento efetivo ou de provimento em comissão), admitir-se-ia a possibilidade de um servidor comissionado ser designado para a função de pregoeiro.

A seu turno, o § 1º do art. 3º da Lei do Pregão estabelece que a equipe de apoio ao pregoeiro “deverá ser integrada em sua maioria por servidores ocupantes de cargo efetivo ou emprego da administração, preferencialmente pertencentes ao quadro permanente do órgão ou entidade promotora do evento” (BRASIL, 2002b). A equipe de apoio presta *auxílio operacional* ao pregoeiro, não assumindo competência decisória e, dessa forma, seus integrantes não podem ser responsabilizados pelos atos realizados, salvo no caso de eventual fraude¹⁴.

A DESIGNAÇÃO DE PREGOEIRO DEVE RECAIR SOMENTE SOBRE SERVIDOR EFETIVO?

A questão não é pacífica. De acordo com o art. 3º, III, da Lei nº 10.520/2002, “a autoridade competente designará, dentre os servidores do órgão ou entidade promotora da licitação, o pregoeiro e respectiva equipe de apoio, cuja atribuição inclui, dentre outras, o recebimento das propostas e lances, a análise de sua aceitabilidade e sua classificação, bem como a habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor” (BRASIL, 2002b).

Com base numa interpretação literal desse dispositivo, como não houve restrição à natureza do cargo ocupado pelo servidor (se de provimento efetivo ou de provimento em comissão), admitir-se-ia a possibilidade de um servidor comissionado ser designado para a função de pregoeiro.

Ocorre, contudo, que uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico conduz à conclusão de que tal entendimento não se mostra o mais adequado.

Primeiramente, de acordo com o art. 37, V, da CRFB, os cargos de provimento em comissão “destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento” (BRASIL, 1988), o que conduz ao entendimento de que tais atividades

¹⁴ Nesse sentido, ver Acórdão TCU nº 10.041/2015 – 2ª Câmara (BRASIL, 2015e).

são incompatíveis com a *natureza técnica* das atribuições previstas ao pregoeiro na Lei nº 10.520 (BRASIL, 2002b), ainda que se entenda que o servidor comissionado “acumulará” a função de pregoeiro com suas atividades ordinárias. Em diversas oportunidades, o STF reputou que a previsão de atribuições técnicas para cargos em comissão contraria a CRFB – ver ADI nº 3.706 (BRASIL, 2007c); AI nº 309.399-AgR (BRASIL, 2012a); ADI nº 3.602 (BRASIL, 2011b); ADI nº 4.125 (BRASIL, 2011a).

Por outro lado, quanto à composição da comissão de licitação, prevalece o entendimento na doutrina e no TCU no sentido de que o art. 51 da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993) exige uma proporção de 2/3 de servidores do quadro permanente de órgão que ocupem cargos de provimento efetivo – nesse sentido, ver o Acórdão nº 92/2003 – Plenário (BRASIL, 2003b), o que denota a preocupação do legislador com a necessidade de a maioria do colegiado ser integrada por servidores efetivos, evitando-se, assim, que o poder decisório fique à mercê de servidor cujo vínculo com a Administração seja precário (como nos casos de cargos ou empregos de confiança).

A mesma intenção fica evidenciada na própria Lei nº 10.520/2002, que, em seu art. 3º, § 1º, estabelece que a equipe de apoio ao pregoeiro “deverá ser integrada em sua maioria por servidores ocupantes de cargo efetivo ou emprego da administração, preferencialmente pertencentes ao quadro permanente do órgão ou entidade promotora do evento” (BRASIL, 2002b).

Logo, é contraditório exigir que a maioria dos integrantes da equipe de apoio seja composta de servidores efetivos e, por outro lado, permitir que um servidor comissionado seja designado como pregoeiro.

De acordo com Gasparini (2002, p. 33), todos os membros da comissão de licitação, permanente ou especial, devem ter com a entidade, em tese, obrigada a licitar, um vínculo laboral permanente.

Desse modo, os servidores designados para a função de pregoeiro devem agir com isenção e longe de eventuais influências dos momentâneos titulares de poder, o que não se mostra factível em relação aos cargos em comissão, dada a possibilidade de exoneração *ad nutum* dos servidores ocupantes de tais cargos.

(Este é, todavia, um posicionamento pessoal do autor desta obra: não reflete necessariamente o pensamento da doutrina majoritária.)

5.3. A FIGURA DA “ÁREA TÉCNICA”

A partir do rol de atribuições imputadas aos membros da comissão de licitação no art. 51 da LGL e ao pregoeiro no art. 3º, IV, da Lei nº 10.520/2002, observa-se que a legislação de regência é silente quanto à indicação dos agentes públicos competentes por um sério de atos fundamentais para o planejamento da licitação e instrução adequada do certame.

De fato, são os muitos os órgãos e as entidades da Administração Pública brasileira que, por motivos como deficiência de pessoal, déficit de recursos financeiros e ausência de capacitação, ainda não editaram de forma efetiva e adequada normativos internos que tratem de questões operacionais dos procedimentos de contratação de que trata o art. 115 da LGL, em especial a delimitação de competências e atribuições entre as unidades administrativas de modo a assegurar a divisão racional do trabalho, a segregação de funções e etapas sequenciais de controle e supervisão de atividades.

Diante de tal quadro, se faz constante o questionamento acerca de qual unidade ou agente público competente para a elaboração do “projeto básico” ou “termo de referência”, das “especificações do objeto”, da “pesquisa de preços” e da própria “minuta do edital”.

O TCU, em diversas oportunidades, já afirmou que tais atribuições não podem ser imputadas aos membros da comissão de licitação e ao pregoeiro, seja por força do princípio da segregação de funções, seja pelo fato de essas atividades não estarem contempladas no rol de atribuições dos referidos agentes no art. 51 da LGL e no art. 3º, IV, da Lei nº 10.520/2002 (nesse sentido, ver os Acórdãos nºs 1.729/2015 – 1ª Câmara, 686/2011 – Plenário e 3.381/2013 – Plenário) (BRASIL, 2015m, 2011v, 2013p).

Deve ser buscada, então, a instituição formal da chamada “área técnica”, que teria competência não apenas para elaboração do PB/TR e da pesquisa de preço, mas, também, para prestar o auxílio técnico à comissão de licitação e ao pregoeiro necessário à apreciação das impugnações e recursos administrativos e, ainda, da análise das características dos produtos e serviços ofertados nas propostas e dos documentos de habilitação técnica.

Note-se que, de certa forma, a delimitação de competência e responsabilidade da “área”, “setor” ou “equipe técnica” já é expressamente mencionada em normativos como o art. 18, § 1º, do Decreto nº 5.450/2005, o art. 10 da Instrução Normativa MPDG nº 4/2014 e o art. 22 da Instrução Normativa MPDG nº 5/2017 e observada na jurisprudência do TCU (nesse sentido, ver os Acórdãos nºs 702/2016 – Plenário e 4.436/2018 – Plenário) (BRASIL, 2016k, 2018d).

5.4. RESPONSABILIDADE E RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS

Após dispor acerca do perfil da responsabilidade em relação aos membros da comissão de licitação (solidária) e ao pregoeiro (exclusivo), é preciso pontuar a

distinção conceitual entre “responsabilidade” e “responsabilização” sob a perspectiva dos gestores públicos atuantes na área de licitações e contratos administrativos.

Os agentes públicos estão sujeitos a três esferas distintas e independentes de responsabilidade – administrativa, civil e penal –, de forma que um mesmo ato pode ser objeto de apuração e responsabilização em qualquer dessas instâncias. No âmbito administrativo, o sancionamento disciplinar dos agentes públicos poderá decorrer da atuação do controle hierárquico (interno) e, ainda, do Tribunal de Contas competente, conforme dispõe o art. 71, inciso VIII, da CRFB.

A rigor, é “responsável” pelo ato administrativo o agente público que tem competência decisória determinante para a formação do ato. Se tal ato apresenta vício e acarreta prejuízo, surge a potencialidade de “responsabilização” desse agente cuja atuação foi decisiva para a consecução do ato viciado, a fim de lhe ser imposta determinada sanção de ordem administrativa, civil e/ou penal.

Ademais, para que haja a responsabilização, é essencial que seja caracterizado o elemento subjetivo do agente público, ou seja, o dolo ou a culpa. Mesmo em sede disciplinar, a responsabilidade é de natureza subjetiva (nesse sentido, ver o Acórdão TCU nº 249/2010 – Plenário) (BRASIL, 2010q).

Ocorre, todavia, que a responsabilização não é uma consequência inexorável da responsabilidade pela edição do ato, de modo que não necessariamente o responsável pelo ato possa ser responsabilizado por eventual vício dele decorrente. Como exemplo, tenhamos por hipótese esta situação: durante a realização de um pregão para a aquisição de determinado sistema de informática, o pregoeiro, por não ter conhecimento técnico específico do objeto, vale-se de parecer exarado pelo setor de tecnologia da informação do órgão, que, na oportunidade, se manifesta pela inadequação da solução ofertada pela empresa “X”, mais bem colocada na fase de lances do certame. Dessa forma, como detentor da competência para julgar as propostas, o pregoeiro promove a desclassificação da empresa “X” e convoca o licitante subsequente, a empresa “Z”. Em nova manifestação, a área técnica conclui pelo atendimento da solução ofertada pela “Z”, de modo que, comprovado o atendimento aos requisitos de habilitação, o pregoeiro declara tal empresa vencedora do certame. Mediante representação formulada perante o Tribunal de Contas, constata-se que a solução ofertada pela empresa “X” atendia plenamente às exigências do edital, sendo concluído que o ato de sua desclassificação apresentava vício insanável, além de ter causado prejuízo ao erário, porquanto deu

azo à contratação de uma proposta mais cara. Apontado o vício do ato, o Tribunal de Contas passa a aferir a viabilidade de responsabilização dos agentes públicos que deram causa a tal prejuízo. Num primeiro momento, observa-se que o pregoeiro, embora fosse responsável pelo julgamento das propostas, fundamentou sua decisão no parecer da área técnica, já que não detinha conhecimento técnico suficiente para empreender uma análise devida das características técnicas da solução ofertada pela empresa “X”. Desse modo, caso o Tribunal de Contas, a partir de um juízo técnico, entenda que a área técnica não foi devidamente diligente em sua análise, poderá haver a responsabilização dos servidores que elaboraram a manifestação técnica e o afastamento da culpabilidade do pregoeiro.

Por conseguinte, para a efetiva caracterização da responsabilização, com esteio em uma visão sistêmica de todo o procedimento que antecedeu a edição do ato viciado, é fundamental a elaboração de uma “matriz de responsabilização” a fim de que se promova a identificação dos responsáveis por irregularidades; a especificação das condutas de todos os agentes que, de alguma forma, participaram do procedimento; o estabelecimento das relações de causa e efeito (nexo de causalidade); e, ainda, a aferição da culpabilidade dos agentes, com a proposição de sancionamento compatível e proporcional com as circunstâncias do caso examinado.

Nesse contexto, é fundamental que a análise da culpabilidade seja feita à luz dos arts. 22 (*caput* e § 1º), 24 e 28 do Decreto-Lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) (BRASIL, 1942), acrescidos pela Lei nº 13.655/2018:

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.

(...)

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.

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. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro (BRASIL, 2018a).

6. REGISTROS CADASTRAIS

De acordo com o art. 34 da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993), os órgãos e entidades da Administração Pública que, frequentemente, realizem licitações manterão registros cadastrais para efeito de habilitação, válidos por, no máximo, um ano.

A ideia do registro cadastral (também chamado de *registro de fornecedores*) nada mais é do que uma habilitação prévia (BITTENCOURT, 2014, p. 403): ao requerer inscrição no cadastro, ou a sua atualização, o interessado fornecerá os elementos necessários à satisfação das exigências fixadas no art. 27 da Lei nº 8.666/1993, que trata dos requisitos de habilitação.

O registro cadastral deverá ser amplamente divulgado e estar permanentemente aberto aos interessados; por isso, a unidade por ele responsável obriga-se, no mínimo anualmente, por meio da imprensa oficial e de jornal de circulação local ou regional, a proceder a chamamento público para a atualização dos registros existentes e para o ingresso de novos interessados.


Aos inscritos será fornecido certificado, renovável sempre que atualizarem o registro.

Os inscritos serão classificados por categorias (em face da sua especialização), subdivididas em grupos, segundo a qualificação técnica e econômica avaliada pelos elementos constantes da documentação relacionada nos arts. 30 e 31 da LGL (BRASIL, 1993).

A qualquer tempo, o registro cadastral poderá ser alterado, suspenso ou cancelado caso o fornecedor deixe de satisfazer às exigências do art. 27 da Lei nº 8.666/1993, ou as estabelecidas pela Administração em questão para classificação cadastral.

É facultado às unidades administrativas utilizar registros cadastrais de outros órgãos ou entidades da Administração Pública. No âmbito federal, por força do Decreto nº 3.722/2001 (BRASIL, 2001), foi instituído um sistema unificado de cadastro, denominado Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (SICAF).

A análise dos pedidos de inscrição, alteração ou cancelamento de registro cadastral deve ser realizada por comissão permanente ou especial, nos termos do art. 51



da LGL (BRASIL, 1993). Saliente-se que a *comissão de cadastramento não se confunde com a comissão de licitação*. Contudo, a despeito de tal diferenciação, não há impedimento de que “os membros que compõem a comissão de licitação sejam também nomeados, no todo ou em parte, para compor a comissão de cadastramento” (BITTENCOURT, 2014, p. 516). Também é admissível que, no ato da designação da comissão permanente de licitação ou conforme previsão em regulamento interno, a autoridade superior atribua expressamente ao colegiado a competência para realizar os registros cadastrais a que alude o art. 34 da LGL (BRASIL, 1993).

No caso de obras, serviços ou aquisição de equipamentos, a comissão deverá ser integrada por profissionais legalmente habilitados.



PREPARAÇÃO DA LICITAÇÃO (ETAPA INTERNA)

A etapa *interna* é realizada *antes da publicação* do aviso de licitação, contemplando a realização dos atos preparatórios para a efetiva realização da disputa.

A etapa interna do procedimento desenvolve-se de acordo com esta sequência:

- a) requisição da área/unidade interessada;
- b) estimativa do valor;
- c) autorização da despesa;
- d) elaboração do instrumento convocatório e seus anexos;
- e) análise da minuta do ato convocatório pela assessoria jurídica;
- f) publicação do aviso de licitação e divulgação do edital.

FORMALIDADES PARA OBRAS E SERVIÇOS

De acordo com o art. 7º, § 2º, da LGL, as licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços deverão apresentar:

- a) projeto básico;
- b) projeto executivo;
- c) orçamento que detalhe a composição de custos unitários;
- d) recursos orçamentários previstos, que assegurem o pagamento das obrigações a serem quitadas no exercício financeiro em curso;

Além disso, quando for o caso, o produto da obra deve estar contemplado no Plano Plurianual (art. 165 da CRFB).

Regimes de execução para obras e serviços:

De acordo com o previsto no art. 10 da Lei nº 8.666, obras e serviços poderão ser executados nas seguintes formas:

- a) *execução direta*: feita pelos órgãos e entidades da Administração, por seus próprios meios;
- b) *execução indireta*, nos seguintes regimes:
 - b.1. *empreitada por preço global*: quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo e total;
 - b.2. *empreitada por preço unitário*: quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas;
 - b.3. *arefa*: quando se ajusta mão de obra para pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais;
 - b.4. *empreitada integral*: quando se contrata um empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para

sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para que foi contratada.

FORMALIDADES PARA COMPRAS

Nenhuma compra é feita sem a adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa (art. 14 da LGL).

Orientações a serem observadas (art. 15 da LGL):

- a) especificação completa do bem a ser adquirido, sem indicação de marca;
- b) definição das unidades e das quantidades a serem adquiridas em função do consumo e utilização prováveis, cuja estimativa será obtida, sempre que possível, mediante adequadas técnicas quantitativas de estimação;
- c) estimativa de custos da aquisição como forma de aferir a compatibilidade dos valores propostos da licitação com os preços e condições de pagamento praticados no mercado público e privado;
- d) previsão das condições de guarda e armazenamento que não permitam a deterioração do material;
- e) atender ao princípio da padronização, que imponha compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho, observadas, quando for o caso, as condições de manutenção, assistência técnica e garantia oferecidas.

MINUTA DO EDITAL DE LICITAÇÃO E APROVAÇÃO DA ASSESSORIA JURÍDICA

As minutas dos editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios e ajustes, deverão ser previamente *examinadas* e *aprovadas* pelo órgão de assessoria jurídica da Administração (art. 38, parágrafo único, da LGL) (BRASIL, 1993).

O parecer da assessoria jurídica não vincula a autoridade superior, que, de fato, detém a competência para autorizar a deflagração do procedimento licitatório e, ao aprovar a minuta, transforma o documento em edital propriamente dito.

Responsabilidade do parecerista por ilegalidade no edital:

Entende o STF que, em regra, o parecerista jurídico não é responsável pelos danos decorrentes de um edital eivado de ilegalidade que por ele tenha sido analisado, salvo em caso de “erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa” (BRASIL, 2003a).

OS AGENTES PÚBLICOS RESPONSÁVEIS PELA CONDUÇÃO DA LICITAÇÃO

A definição dos agentes responsáveis dependerá da modalidade de licitação adotada:

| MODALIDADE | AGENTES PÚBLICOS RESPONSÁVEIS |
|------------------|--|
| Concorrência | Comissão de Licitação |
| Tomada de Preços | Comissão de Licitação |
| Convite | Comissão de Licitação ou Servidor responsável (art. 51, § 1º, LGL) |
| Leilão | Leiloeiro Administrativo ou Leiloeiro Oficial |
| Concurso | Comissão Especial (art. 51, § 5º, LGL) |
| Pregão | Pregoeiro (auxiliado por Equipe de Apoio) |

REGISTROS CADASTRAIS

Os órgãos e entidades da Administração Pública que, frequentemente, realizem licitações manterão *registros cadastrais para efeito de habilitação*, válidos por, no máximo, um ano (art. 34 da LGL). Aos inscritos será fornecido certificado, renovável sempre que atualizarem o registro.

A análise dos pedidos de inscrição, alteração ou cancelamento de registro cadastral deve ser realizada por comissão permanente ou especial, nos termos do art. 51 da LGL. *A comissão de cadastramento não se confunde com a comissão de licitação.*

CAPÍTULO 3



CAPÍTULO 3

MODALIDADES E TIPOS DE LICITAÇÃO

1. MODALIDADES DE LICITAÇÃO

Modalidades de licitação são *formas de realização* do procedimento licitatório que visam ajustar-se às peculiaridades de cada tipo de negócio administrativo. Não devem, portanto, ser confundidas com os *tipos de licitação* que, conforme se verá adiante, se relacionam ao critério de julgamento das propostas no âmbito do procedimento licitatório.

Por força do art. 22, XXVII, da CRFB (BRASIL, 1988), compete à União definir as “modalidades” de licitação. Logo, depreende-se que, *somente mediante lei federal, poderão ser instituídas modalidades licitatórias*.

O art. 22 da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993) prevê cinco modalidades de licitação:

- a) concorrência;
- b) tomada de preços;
- c) convite;
- d) concurso;
- e) leilão.

Segundo o § 8º do art. 22 da LGL (1993), “é vedada a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação das referidas neste artigo”. Tal norma dirige-se ao administrador público no sentido de vedar a composição ou mistura de modalidades quando da realização de determinado procedimento licitatório. Ademais, *não é possível a combinação ou criação de modalidades de licitação por lei estadual, distrital ou municipal, sob pena de contrariedade ao inciso XXVII do art. 22 da CRFB (BRASIL, 1988)*. Todavia, não há impedimento para a criação, por lei federal, de novas modalidades ou para a extinção das já existentes. Tal é o fundamento para a criação de mais uma modalidade de licitação, instituída pela Lei nº 10.520/2002¹⁵, denominada “pregão”.

¹⁵ A Lei nº 10.520/2002 foi resultado da conversão da Medida Provisória nº 2.026, de 4/5/2000 (originária) (BRASIL, 2000b), daí a justificativa para o fato de seu ato regulamentador (Decreto nº 3.555, de 8/8/2000) ser anterior à própria lei regulamentada.

De acordo com as Leis nºs 8.666 e 10.520 (BRASIL, 1993, 2002b), são estas as definições legais das modalidades de licitação:

CONCORRÊNCIA: é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem ter os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para a execução de seu objeto.

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

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

CONCURSO: é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 dias.

LEILÃO: é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19 da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993), a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação.

PREGÃO: é a modalidade de licitação destinada à aquisição de bens e serviços comuns.

Em relação às modalidades previstas na Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993), observa-se que *a concorrência, a tomada de preços e o convite têm uma só finalidade: a contratação de obras, serviços e fornecimento de bens*, ao passo que o concurso e o leilão apresentam objetivos próprios e específicos: escolha de trabalho técnico, artístico ou científico; e alienação de bens, respectivamente.

Para a escolha das modalidades com finalidade idêntica (concorrência, tomada de preços e convite), a LGL, em seu art. 23, estabeleceu como critério o valor estimado para a contratação:

| | CONCORRÊNCIA | TOMADA DE PREÇOS | CONVITE |
|---------------------------------------|-----------------------------|----------------------|--------------------|
| OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA | Superior a R\$ 3.300.000,00 | Até R\$ 3.300.000,00 | Até R\$ 330.000,00 |
| COMPRAS E DEMAIS SERVIÇOS | Superior a R\$ 1.430.000,00 | Até R\$ 1.430.000,00 | Até R\$ 176.000,00 |

Cumpra-se observar que os valores limites para as modalidades de licitação foram atualizados por força do Decreto nº 9.412/2018 (BRASIL, 2018b), o que se mostra juridicamente viável em razão da competência conferida ao Presidente da República pelo art. 120 da LGL.¹⁶

ATENÇÃO

Em razão de alteração promovida no art. 23 da LGL pela Lei nº 11.107 (BRASIL, 2005a), no caso de *consórcios públicos* aplicar-se-á o dobro dos valores limites acima informados quando formado por até três entes da Federação, e o triplo, quando formado por maior número.

Conforme o § 4º do art. 23 da LGL (BRASIL, 1993), nos casos em que couber convite, a Administração poderá utilizar a tomada de preços e, em qualquer caso, a concorrência.

No caso específico do pregão, tratando-se de aquisição de bens e serviços considerados “comuns”, não haverá limite de valor para a adoção da modalidade.

1.1. O PARCELAMENTO DA LICITAÇÃO

Segundo determinação do § 1º do art. 23 da LGL (BRASIL, 1993), as obras, os serviços e as compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas

¹⁶ Note-se que os valores originalmente estabelecidos nos incisos I e II do art. 23 da LGL foram alterados pela Lei nº 9.648/1998. Dispõe o art. 120 da Lei de Licitações que “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” (BRASIL, 1993). Entendemos que, nos termos da redação transcrita, a competência do Presidente da República, a ser materializada mediante decreto, restringe-se à mera “atualização” dos valores mediante aplicação de índice que traduza a “variação geral dos preços” no período compreendido em relação à última atualização realizada.

parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala.

20. É cediço que a regra é o parcelamento do objeto de que trata o § 1º do art. 23 da Lei Geral de Licitações e Contratos, cujo objetivo é o de melhor aproveitar os recursos disponíveis no mercado e ampliar a competitividade, mas é imprescindível que se estabeleça que a divisão do objeto seja técnica e economicamente viável. Do contrário, existindo a possibilidade de risco ao conjunto do objeto pretendido, não há razão em fragmentar inadequadamente os serviços a serem contratados.

21. Assim, não verificada a coexistência das premissas lançadas neste Voto, viabilidade técnica da divisão e benefícios econômicos que dela decorram, reputo que o melhor encaminhamento a ser dado à questão é no sentido de que o objeto, nos moldes descritos no Edital, possa ser licitado de forma global (BRASIL, 2006d).

Note-se que cada parcela ou conjunto de parcelas deverá corresponder a uma licitação distinta, devendo ser preservada a modalidade pertinente para a execução total do objeto que se pretende licitar (BRASIL, 2014b). Assim, como decorrência do parcelamento, o objeto poderá ser contemplado na realização de várias licitações ou, então, numa só licitação, dividido em “itens”, “grupos” ou “lotes”, que correspondem, cada qual, a uma licitação distinta, mas, formalmente, reunida num mesmo procedimento licitatório.

A orientação para o parcelamento do objeto tem o propósito de ampliar a disputa do certame e garantir à Administração uma proposta mais vantajosa, sem prejuízo da “economia de escala”. A depender o caso, será mais vantajoso para o Poder Público concentrar a aquisição num só particular, uma vez que o custo de produção unitário será maior caso a venda contemple um maior quantitativo.

1.2. VEDAÇÃO AO FRACIONAMENTO DA LICITAÇÃO

A LGL, no art. 23, § 5º, proíbe o chamado “fracionamento” do objeto a ser licitado, que se configura quando a Administração divide em parcelas uma mesma obra ou serviço ou, ainda, licita, de forma separada, obras e serviços da *mesma natureza* e no *mesmo local* que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente, no caso de o somatório de seus valores caracterizar uma modalidade de licitação diferente daquela que seria adotada caso houvesse licitações distintas, exceto para as parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço.

§ 5º É vedada a utilização da modalidade “convite” ou “tomada de preços”, conforme o caso, para parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente, sempre que o somatório de seus valores caracterizar o caso de “tomada de preços” ou “concorrência”, respectivamente, nos termos deste artigo, exceto para as parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço (BRASIL, 1993).

Assim, como exemplo, seria vedado que a Administração, diante da necessidade de construção de um prédio avaliado em R\$ 4.000.000,00, dividisse a obra em duas etapas e realizasse, para cada uma delas, uma tomada de preços. No caso, deve a Administração adotar, necessariamente, a modalidade concorrência, pois o valor total do objeto (uma única obra) ultrapassa o limite da tomada de preços (R\$ 3.300.000,00).

1.3. COMPRA DE BENS DE NATUREZA DIVISÍVEL

Prevê o § 7º do art. 23 da LGL (BRASIL, 1993) que, na compra de *bens de natureza divisível* e desde que *não haja prejuízo para o conjunto ou complexo*, é permitida a cotação de quantidade inferior à demandada na licitação, com vistas à ampliação da competitividade, podendo o edital fixar quantitativo mínimo para preservar a economia de escala. Em tais casos, a fim de ampliar a competitividade, é facultado à Administração admitir a apresentação de proposta que contemple quantitativo inferior ao objeto da licitação e permitir, assim, a participação de empresas de menor porte que, em tese, não teriam condições de atender à totalidade da demanda.

Adotada a possibilidade, aplica-se o disposto no § 6º, do art. 45, da Lei nº 8.666, segundo o qual, “serão selecionadas tantas propostas quantas necessárias até que se atinja a quantidade demandada na licitação” (BRASIL, 1993). Nessa situação, admitir-se-ão diversos vencedores, cada qual com preços distintos.

De acordo com Bittencourt (2014, p. 212), diante da ocorrência dos pressupostos legais previstos no art. 23, § 7º (bens divisíveis e ausência de prejuízo para o conjunto ou complexo e economia de escala), o administrador público tem o dever de permitir propostas em quantidades inferiores, ampliando a competitividade, de modo que, em não o fazendo, seria cabível impugnação ao edital, representação ao Tribunal de Contas (art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666) (BRASIL, 1993) ou, ainda, ajuizamento de mandado de segurança. A bem da verdade, para o mencionado

autor, apenas a fixação do quantitativo mínimo é que seria um aspecto discricionário para a Administração.

Por conseguinte, havendo motivo justificado nos autos do processo administrativo (dificuldades operacionais, perda da expectativa de economia de escala, padronização do objeto etc.), entendemos pela viabilidade de afastamento da regra contida no § 7º do art. 23 (BRASIL, 1993), e, assim, pela possibilidade de previsão expressa no edital vedando a possibilidade de apresentação de proposta com quantitativo inferior ao objeto da licitação.

2. CONCORRÊNCIA

É a modalidade de licitação própria para contratos de *grande valor*, em que se admite a participação de quaisquer interessados, registrados ou não, que satisfaçam às condições do edital, convocados com antecedência mínima de 45 ou 30 dias (arts. 22, § 1º, e 21, § 2º) (BRASIL, 1993).

A LGL exige a adoção obrigatória da concorrência em alguns casos nos quais não se considera o valor, mas a natureza do contrato a ser celebrado:

- a) para compra de imóveis e alienações de imóveis;
- b) para as concessões de uso, de serviço ou de obra pública;
- c) para as licitações internacionais.

ATENÇÃO

No caso de *alienação de imóveis*, pode ser utilizada a modalidade leilão quando: a) o bem cuja aquisição tenha derivado de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento (art. 19); b) quando o preço avaliado do imóvel não for superior a R\$ 1.430.000,00 (art. 17, § 6º) (BRASIL, 1993).

No caso de *licitação internacional*, é admitida a adoção da tomada de preços, caso exista cadastro internacional de fornecedores; ou, ainda, convite, se não houver fornecedor do produto ou do serviço no Brasil, observados os respectivos valores-limites (art. 23, § 3º) (BRASIL, 1993).

Segundo dispõe o § 4º do art. 23 da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993), a concorrência tem *caráter universal*, podendo ser utilizada na substituição de qualquer outra

modalidade comum – a tomada de preços e o convite –, em virtude de sua maior publicidade e nível de exigências.

3. TOMADA DE PREÇOS

Tomada de preços é a modalidade de licitação indicada para contratos de *vulto médio*, que admite a participação de interessados devidamente cadastrados ou que atendam a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação. Em relação à concorrência, na tomada de preços o universo de competidores é, pois, mais restrito, porquanto é instituída uma obrigação aos interessados: a prévia habilitação ou cadastramento até o *terceiro dia anterior* à data do recebimento das propostas.

Ou seja, somente poderão efetivamente participar do certame aqueles licitantes que já estejam previamente cadastrados no órgão promotor da licitação (o que será comprovado mediante apresentação de certificado de “registro cadastral” ou “cadastro de fornecedores”) ou aqueles que, não estando previamente cadastrados, demonstrem ter os requisitos para realizar tal cadastramento. Nesse ponto, é importante observar que a Administração somente poderá exigir do licitante não cadastrado os documentos previstos nos arts. 27 a 31 da LGL, que comprovem habilitação compatível com o objeto da licitação, nos termos do edital (art. 22, § 9º).

O cadastramento e a “habilitação preliminar” serão realizados por comissão permanente ou especial (art. 51), observando-se o procedimento previsto nos arts. 34 a 36 da Lei nº 8.666.

Considerando que somente participarão do certame os interessados já previamente qualificados, em regra, não haverá a *fase de habilitação* nas licitações processadas sob a modalidade tomada de preços, exceto se, em razão das particularidades do objeto licitado, exigida no edital a comprovação de determinados requisitos de qualificação técnica e econômica que, eventualmente, não tenham sido exigidos por ocasião do cadastramento (FURTADO, 2015, p. 181).

4. CONVITE

O convite apresenta-se como a modalidade mais simplificada de realização de certame licitatório, destinado à celebração de contratações de objetos com *pequeno valor* econômico.

Não exige publicação, pois é feito diretamente aos escolhidos pela Administração por meio da “carta-convite”, que nada mais é que um edital simplificado. Note-se que devem ser convidados os interessados do ramo pertinente ao objeto da licitação, cadastrados ou não.

Apesar de não ser exigida a publicação do aviso de licitação na imprensa oficial ou em jornal particular, deverá a Administração afixar, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e, dessa forma, estender o convite aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 horas da apresentação das propostas.

De acordo com o art. 32, § 1º, da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993), a documentação de habilitação técnica e financeira *poderá* ser dispensada no caso de convite.

O convite, em regra, deve contar com, ao menos, *três licitantes interessados*. É possível a realização do certame caso não apareça o número mínimo de três licitantes, desde que tais circunstâncias sejam devidamente justificadas, sob pena de repetição do convite, nos termos do § 7º do art. 22 da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993).

A LGL prevê, no § 6º do art. 22, que “existindo na praça mais de três possíveis interessados, a cada novo convite realizado para objeto idêntico ou assemelhado é obrigatório o convite a, no mínimo, mais 1 (um) interessado, enquanto existirem cadastrados não convidados nas últimas licitações” (BRASIL, 1993).

O TCU entende que a inexistência de três propostas válidas demandaria a invalidação do convite (BRASIL, 2005d). Contudo, tal entendimento é criticado por parcela significativa da doutrina, para a qual, com esteio na interpretação sistemática do art. 22, § 3º com o art. 48, § 3º, da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993), bastaria a presença de três potenciais interessados, ainda que eventualmente algumas das propostas não sejam válidas.

De acordo com o art. 51, § 1º, da LGL, “no caso de convite, a Comissão de licitação, excepcionalmente, nas pequenas unidades administrativas e em face da exiguidade de pessoal disponível, poderá ser substituída por servidor formalmente designado pela autoridade competente” (BRASIL, 1993).

5. CONCURSO

Concurso é a modalidade licitatória utilizada para a escolha de *trabalho técnico, artístico ou científico*, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos

vencedores, com base em critérios previamente estipulados em edital. Não deve, portanto, ser confundido com o concurso de provas e títulos necessários à seleção de candidatos para investidura em cargos e empregos públicos.

Deve ser procedido de *regulamento próprio*, no qual estarão especificadas a qualificação exigida do participante, as diretrizes e forma de apresentação de trabalho, bem como as condições de sua realização e os prêmios a serem oferecidos.

A convocação deve ser feita por edital, com *prazo mínimo de divulgação de 45 dias* (art. 21, § 2º, I), devendo o julgamento, de acordo com os critérios objetivos fixados no ato convocatório, ser realizado por *comissão especial* (art. 51, § 5º) (BRASIL, 1993).

6. LEILÃO

Modalidade de licitação entre quaisquer interessados para:

- a) venda de *bens móveis inservíveis*¹⁷ para a Administração;
- b) venda de *bens imóveis avaliados, isolada ou globalmente, até R\$ 1.430.000,00* (art. 17, §6º) (BRASIL, 1993);
- c) venda de *produtos legalmente apreendidos ou penhorados*¹⁸;
- d) *alienação de bens imóveis* cuja aquisição haja derivado de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento.

Nessa modalidade, os interessados comparecem em data preestabelecida para o ato e formulam suas propostas verbalmente. No leilão, portanto, inexistente sigilo com relação ao conteúdo das propostas. Estas vinculam o proponente até que advenha outra mais elevada que o desobrigue e, por consequência, obriga o novo proponente.

¹⁷ A expressão “bens inservíveis” não significa que somente serão alienados os bens deteriorados. Conforme alerta Bittencourt (2014, p. 200), “como inservível deve-se entender o bem que não mais reúne condições reais de servir” aos fins da Administração. Tomemos como exemplo o caso de um Estado que resolve alienar as cadeiras de um grande auditório que, embora seminovas, não mais serão utilizadas, já que o prédio será demolido.

¹⁸ Há uma falha redacional no § 5º do art. 23 da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993) na utilização da expressão “penhorados”, já que não se refere ao bem objeto da medida de constrição judicial denominada “penhora”, mas ao “penhor”, instituto de direito civil segundo o qual o devedor entrega um bem ao credor como garantia da dívida (art. 1.431 do Código Civil) (BRASIL, 2002a).

A regra geral para a alienação de bens imóveis é a adoção da modalidade concorrência (art. 17 e art. 23, § 3º, da Lei nº 8.666), de modo que o leilão somente será utilizado se os imóveis tiverem sido adquiridos pela Administração a partir de procedimentos judiciais ou de doação e pagamento ou, então, se tiverem sido avaliados em até R\$ 1.430.000,00.

O leilão pode ser cometido a Leiloeiro Oficial¹⁹ ou a servidor designado pela Administração (chamado Leiloeiro Administrativo), procedendo-se na forma da legislação pertinente.

Todo bem a ser leiloado será previamente avaliado pela Administração para fixação do preço mínimo de arrematação. Os bens arrematados serão pagos à vista ou no percentual estabelecido no edital, *não inferior a 5%*; e, após a assinatura da respectiva ata lavrada no local do leilão, imediatamente entregues ao arrematante, o qual se obrigará ao pagamento do restante no prazo estipulado no edital de convocação, sob pena de perder em favor da Administração o valor já recolhido.

7. PREGÃO

Conforme dispõe o art. 1º da Lei nº 10.520, o pregão destina-se à aquisição de bens e à contratação de serviços comuns, “cujos padrões de desempenho e qualidade admitam definição objetiva no edital, por meio de especificações usuais de mercado” (BRASIL, 2002c).

O que caracteriza os *bens e serviços comuns* é a sua *padronização*, ou seja, a possibilidade de substituição de uns por outros com o mesmo padrão de qualidade e eficiência, que possam ser *objetivamente definidos pelo edital*, por meio de *especificações usuais no mercado*.

18. Primeiramente, há que se ter em mente que “bem ou serviço comum” deve ser entendido como aquele que detém características padronizadas, identificável por denominação usual no mercado. Portanto, *a noção de “comum” não está vinculada à estrutura simples de um bem ou de um serviço. Do mesmo modo, a estrutura complexa*

¹⁹ A profissão de “Leiloeiro Oficial” é regulamentada pelo Decreto nº 21.981/1932 (BRASIL, 1932), devendo os profissionais capacitados estarem registrados na Junta Comercial. Conforme o entendimento de parte da doutrina, da jurisprudência e por força do art. 10 da Instrução Normativa DNRC nº 110/2009 (BRASIL, 2009a), a seleção do Leiloeiro deverá ser feita mediante procedimento licitatório.

também não é razão bastante, por si só, para retirar a qualificação de “bem ou serviço comum”.

19. Outro aspecto a ser mencionado diz respeito a se especificidades na execução do serviço ou a necessidade de capacitação técnica específica excluiriam a qualificação de “comum”, impedindo o uso do pregão. A meu ver, a resposta é negativa, pois um “serviço comum” é aquele cujo mercado domina as técnicas de sua realização, de modo a permitir uma oferta segura em face das exigências previstas no edital.

20. A interpretação acima se fundamenta na parte final do parágrafo único do art. 2º da Lei 10.520/2002, que faz menção expressa a “especificações usuais no mercado”. Ora, a complexidade do serviço não é o fator decisivo para inseri-lo, ou não, no conceito de “serviço comum”, mas sim o domínio do mercado sobre o objeto licitado. Caso apresente características padronizadas (de desempenho e de qualidade) e se encontre disponível, a qualquer tempo, em um mercado próprio, o serviço pode ser classificado como serviço comum (BRASIL, 2014c, grifo nosso).

Com efeito, o enquadramento de um bem ou serviço como *comum* dependerá do caso concreto, não se tratando de uma lista taxativa, tal como havia originalmente no Decreto nº 3.555 (BRASIL, 2000a). Ocorrendo tal configuração, poderá ser adotada a modalidade pregão, independentemente do valor estimado para a contratação.

Diante do conceito de *serviço comum*, conclui-se que a modalidade de pregão não se aplica às contratações de obras de engenharia, bem como às locações imobiliárias e alienações em geral. Por sua vez, o TCU, na Súmula nº 257 (BRASIL, 2010d), admite o uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia.

Há três vedações expressas contempladas na lei para o pregão (art. 5º) (BRASIL, 2002c): a) garantia de proposta; b) aquisição do edital pelos licitantes, como condição para participação no certame; c) pagamento de taxas e emolumentos, salvo os referentes a fornecimento do edital, que não serão superiores ao custo de sua reprodução gráfica, e aos custos de utilização de recursos de tecnologia da informação, quando for o caso.

O procedimento da etapa externa do pregão será exposto no Capítulo 4.

8. TIPOS DE LICITAÇÃO

Tipo de licitação refere-se ao *critério de julgamento* das propostas a ser observado no procedimento.

O art. 45 da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993) prevê quatro tipos de licitação:

MENOR PREÇO: quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital e ofertar o menor preço.

MELHOR TÉCNICA: o fator preponderante para a escolha do vencedor não é o preço, mas critérios de qualidade e especificidade indispensáveis para o alcance do interesse público.

TÉCNICA E PREÇO: os fatores “técnica” e “preço” serão considerados de acordo com proporções previamente consignadas em edital. Não há, pois, prevalência de qualquer dos fatores, mas um procedimento objetivo de aferição da média ponderada das valorizações das propostas técnicas e de preço.

MAIOR LANCE OU OFERTA: será considerada a melhor proposta aquela que corresponder ao maior valor nominal ofertado. O critério de julgamento deve ser utilizado nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso.

É vedada a adoção de outros tipos de licitação não previstos no art. 45 da Lei nº 8.666/1993. De acordo com Bittencourt (2014, p. 481), o elenco de tipos “é exaustivo, não sendo possível o administrador afastar-se deles, tampouco criar tipos híbridos, conjugando-os”.

No caso de empate entre duas ou mais propostas, a classificação se fará, obrigatoriamente, por sorteio, em ato público, para o qual todos os licitantes serão convocados, vedado qualquer outro processo.

Nos termos do art. 46 da LGL (BRASIL, 1993), os tipos de licitação *melhor técnica* ou *melhor técnica e preço* destinam-se apenas a serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral; e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos.

No caso do pregão, o art. 4º, X, da Lei nº 10.520 (BRASIL, 2002c) estabelece a obrigatoriedade de adoção do tipo “menor preço”.

MODALIDADES DE LICITAÇÃO

Modalidades de licitação são *formas de realização* do procedimento licitatório que visam ajustá-lo às peculiaridades de cada tipo de negócio administrativo. Não devem, portanto, ser confundidas com os *tipos de licitação*, que se relacionam ao critério de julgamento das propostas no âmbito do procedimento licitatório.

Por força do art. 22, XXVII, da CRFB, compete à União definir as “modalidades” de licitação. Assim, *somente mediante lei federal, poderão ser instituídas modalidades licitatórias*.

De acordo com as Leis nºs 8.666/1993 e 10.520/2002, são as seguintes as definições legais das modalidades de licitação:

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

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

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

Concurso: é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a escolha de *trabalho técnico, científico ou artístico*, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 dias.

Leilão: é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19 da Lei nº 8.666/1993, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação.

Pregão: é a modalidade de licitação destinada à aquisição de bens e serviços comuns.

DEFINIÇÃO DAS MODALIDADES DE LICITAÇÃO

Para a escolha das modalidades com finalidade idêntica (concorrência, tomada de preços e convite), a LGL, em seu art. 23, estabeleceu como critério o valor estimado para a contratação:

| | CONCORRÊNCIA | TOMADA DE PREÇOS | CONVITE |
|---------------------------------------|-----------------------------|----------------------|--------------------|
| OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA | Superior a R\$ 3.300.000,00 | Até R\$ 3.300.000,00 | Até R\$ 330.000,00 |
| COMPRAS E DEMAIS SERVIÇOS | Superior a R\$ 1.430.000,00 | Até R\$ 1.430.000,00 | Até R\$ 176.000,00 |

No caso específico do pregão, tratando-se de aquisição de bens e serviços considerados “comuns”, não haverá limite de valor para a adoção da modalidade.

TIPOS DE LICITAÇÃO

Tipo de licitação refere-se ao *critério de julgamento* das propostas a ser observado no procedimento.

O art. 45 da Lei nº 8.666/1993 prevê quatro tipos de licitação:

Menor preço: quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital e ofertar o menor preço.

Melhor técnica: o fator preponderante para a escolha do vencedor não é o preço, mas critérios de qualidade e especificidade indispensáveis para o alcance do interesse público.

Técnica e preço: os fatores “técnica” e “preço” são considerados de acordo com proporções previamente consignadas em edital. Não há, pois, prevalência de qualquer dos fatores, mas um procedimento objetivo de aferição da média ponderada das valorizações das propostas técnicas e de preço.

Maior lance ou oferta: é considerada a melhor proposta aquela que corresponder ao maior valor nominal ofertado. O critério de julgamento deve ser utilizado nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso.

É vedada a adoção de outros tipos de licitação não previstos no art. 45 da Lei nº 8.666/1993.

Os tipos de licitação *melhor técnica* ou *melhor técnica e preço* destinam-se exclusivamente para serviços de *natureza predominantemente intelectual*, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral; e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos (art. 46, da LGL).

CAPÍTULO 4



CAPÍTULO 4

ETAPA EXTERNA: O PROCEDIMENTO DA LICITAÇÃO

A etapa externa do procedimento licitatório tem início com a *divulgação do ato convocatório* e finda-se com a homologação e a adjudicação do objeto da licitação ao vencedor do certame.

A sequência procedimental varia de acordo com a modalidade licitatória adotada. Em regra, tratando-se de concorrência, tomada de preços e convite, observa-se o procedimento previsto na Lei nº 8.666/1993.

FASES DO PROCEDIMENTO NA LEI Nº 8.666/1993

(Concorrência, tomada de preços e convite)

- 1) Fase de divulgação do ato convocatório e impugnação do edital (arts. 21, 40 e 41);
- 2) Fase de habilitação ou qualificação (arts. 27 a 31);
- 3) Fase de julgamento das propostas (arts. 44 a 48);
- 4) Fase de homologação da licitação (art. 43, inciso VI);
- 5) Fase de adjudicação do objeto da licitação ao vencedor do certame (art. 43, inciso VI).

Como há a inversão de fases no caso do pregão, a sequência procedimental será esta, conforme a Lei nº 10.520/2002:

FASES DO PROCEDIMENTO NA LEI Nº 10.520/2002

(Pregão)

- 1) Fase de *divulgação do ato convocatório* e impugnação do edital (art. 4º, incisos I a V);
- 2) Fase de *credenciamento* (art. 4º, inciso VI);
- 3) Fase de *julgamento das propostas* e realização de *lances* (art. 4º, incisos VII a XI);
- 4) Fase de *habilitação* ou qualificação (art. 4º, incisos XII a XVII);
- 5) Fase *recursal* (art. 4º, incisos XVIII a XXI);
- 6) Fase de *adjudicação* do objeto da licitação ao vencedor do certame (art. 4º, incisos XX e XXI);
- 7) Fase de *homologação* da licitação (art. 4º, XXII).

Ressalte-se que, no caso do pregão, conforme previsto no art. 9º da Lei nº 10.520 (BRASIL, 2002c), aplicam-se subsidiariamente as normas da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993). Ou seja, quando a Lei do Pregão for omissa em algum aspecto procedimental ou referir-se a algum termo ou instituto jurídico definido pela LGL (por exemplo, “qualificações técnicas e econômico-financeira”), deverá ser aplicada a Lei nº 8.666/1993.

1. EDITAL

O edital (ou ato convocatório) consiste no ato por meio do qual se convocam os interessados em participar do certame licitatório e estabelece as condições que o regerão. Trata-se de documento obrigatório para todas as modalidades de licitação, ainda que, no caso do convite, seja mais simplificado (e, conforme se convenionou, seja denominado “carta-convite”).

São as seguintes as funções desempenhadas pelo edital:

- a) confere publicidade à licitação;
- b) identifica o objeto licitado e delimita o universo das propostas;
- c) circunscreve o universo de proponentes;
- d) estabelece os critérios para análise e avaliação dos proponentes e propostas;
- e) regula atos e termos processuais do procedimento;
- f) fixa as cláusulas do futuro contrato.

O art. 40 da LGL (BRASIL, 1993) estabelece a composição obrigatória dos editais de licitação, destacando-se suas três partes essenciais: *preâmbulo*, *texto* e *fecho*.

PREÂMBULO

No *preâmbulo* é identificado o edital, devendo constar, obrigatoriamente:

- a) nome do órgão/entidade promotor da licitação;
- b) número de ordem da licitação em série anual;
- c) modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação;
- d) menção das normas legais que regerão o certame;
- e) local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta;

f) local, dia e hora para início da abertura do envelope contendo os documentos de habilitação (concorrência e convite); ou, se for o caso, do envelope contendo a proposta (tomada de preços e pregão).

TEXTO

No *texto* é estabelecido o corpo do edital, com as regras de condução do certame e, especificamente, as seguintes disposições:

- a) objeto da licitação, em descrição sucinta e clara;
- b) prazo e condições para assinatura do contrato ou retirada dos instrumentos, para execução do contrato e para entrega do objeto da licitação;
- c) sanções para o caso de inadimplemento;
- d) local onde poderá ser examinado e adquirido o projeto básico;
- e) se há projeto executivo disponível na data da publicação do edital de licitação e o local onde possa ser examinado e adquirido;
- f) condições para a participação na licitação, em conformidade com os arts. 27 a 31 da LGL, e forma de apresentação das propostas;
- g) critério para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos;
- h) locais, horários e códigos de acesso dos meios de comunicação a distância em que serão fornecidos elementos, informações e esclarecimentos relativos à licitação e às condições para o atendimento das obrigações necessárias ao cumprimento de seu objeto;
- i) condições equivalentes de pagamento entre empresas brasileiras e estrangeiras, no caso de licitações internacionais;
- j) o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global;
- k) 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 a apresentação da proposta ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela;
- l) limites para o pagamento de instalação e mobilização para a execução de obras ou serviços que serão obrigatoriamente previstos em separado das demais parcelas, etapas ou tarefas;
- m) condições de pagamento, prevendo:
 - prazo de pagamento não superior a trinta dias, contado a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela;
 - cronograma de desembolso máximo por período, em conformidade com a disponibilidade de recursos financeiros;
 - critério de atualização financeira dos valores a serem pagos, desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento;
 - compensações financeiras e penalizações por eventuais atrasos, e descontos por eventuais antecipações de pagamentos;

- exigência de seguros, quando for o caso;
- n) instruções e normas para os recursos previstos no art. 109 da LGL;
 - o) condições de recebimento do objeto da licitação;
 - p) outras indicações específicas ou peculiares da licitação.

FECHO

O *fecho* contém a indicação da data e do responsável pela expedição do edital.

De acordo com o § 1º do art. 40 da LGL (BRASIL, 1993), o original do edital deverá ser datado, rubricado em todas as folhas e assinado pela autoridade que o expedir, permanecendo no processo de licitação, e dele extraindo-se cópias integrais ou resumidas, para sua divulgação e fornecimento aos interessados.

A seguir, o § 2º estabelece os documentos que, *obrigatoriamente*, constituirão anexos do edital, “dele fazendo parte integrante”:

- a) o “projeto básico” (ou “termo de referência”, no caso da modalidade pregão) e/ou “projeto executivo”, com todas as suas partes, desenhos, especificações e outros complementos;
- b) “orçamento estimado” em planilhas de quantitativos e preços unitários;
- c) a “minuta do contrato” a ser firmado entre a Administração e o licitante vencedor;
- d) as “especificações complementares” e as “normas de execução” pertinentes à licitação.

LICITAÇÃO COM UTILIZAÇÃO DE RECURSOS PROVENIENTES DE FINANCIAMENTO OU DOAÇÃO ORIUNDOS DE AGÊNCIA OFICIAL DE COOPERAÇÃO ESTRANGEIRA OU ORGANISMO FINANCEIRO MULTILATERAL

De acordo com o art. 42, § 5º, da LGL (BRASIL, 1993), para a realização de obras, prestação de serviços ou aquisição de bens com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, poderão ser admitidas, na respectiva licitação, as condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, bem como as normas e procedimentos daquelas entidades, inclusive quanto ao critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração.

Tais critérios “diferenciados” poderão contemplar, além do preço, outros fatores de avaliação, desde que por elas exigidos para a obtenção do financiamento

ou da doação, e que também não conflitem com o princípio do julgamento objetivo.

A aplicação do art. 42, § 5º deverá ser formalizada por despacho motivado do órgão executor do contrato, devendo esse despacho ser ratificado pela autoridade superior.

1.1. PUBLICIDADE DO EDITAL

Dispõe o art. 21 da LGL (BRASIL, 1993) que os avisos contendo os resumos dos editais de licitação (excluída a modalidade convite), deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez:

I – no *Diário Oficial da União*, quando se tratar de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Federal e, ainda, quando se tratar de obras financiadas parcial ou totalmente com recursos federais ou garantidas por instituições federais;

II – no *Diário Oficial do Estado* ou do *Distrito Federal* quando se tratar, respectivamente, de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública estadual, distrital ou, inclusive, municipal, quando não houver *Diário Oficial do Município*;

III – em *jornal diário de grande circulação* no Estado ou no Distrito Federal, e também, se houver, em jornal de circulação no Município ou na região onde será realizada a obra, serviço, fornecimento ou alienação, podendo ainda a Administração, conforme o vulto da licitação, utilizar-se de outros meios de divulgação para ampliar a área de competição.

No caso específico do pregão, os atos normativos regulamentadores para a esfera federal (Decretos nºs 3.555/2000 e 5.450/2005) (BRASIL, 2000a, 2005b) impõem meios específicos para a publicação do aviso de licitação e disponibilização do edital:

| | VALOR ESTIMADO | MEIO DE DIVULGAÇÃO |
|--|---|---|
| PREGÃO PRESENCIAL (art. 11 do Decreto nº 3.555) | Até R\$ 160.000,00 | DOU / internet |
| | De R\$ 160.000,01 até R\$ 650.000,00 | DOU / internet / jornal de grande circulação local |
| | Acima de R\$ 650.000,00 | DOU / internet / jornal de grande circulação regional ou nacional |

| | VALOR ESTIMADO | MEIO DE DIVULGAÇÃO |
|--|--|---|
| PREÇÃO ELETRÔNICO (art. 17 do Decreto nº 5.450) | Até R\$ 650.000,00 | DOU / internet |
| | De R\$ 650.000,01 até R\$ 1.300.000,00 | DOU / internet / jornal de grande circulação local |
| | Acima de R\$ 1.300.000,00 | DOU / internet / jornal de grande circulação regional ou nacional |
| SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS (art. 17, § 6º, do Decreto nº 5.450) | Qualquer valor | DOU / internet / jornal de grande circulação regional ou nacional |

Não há obrigatoriedade de publicação do edital na íntegra, mas apenas do *aviso de licitação*, contendo, no mínimo, os seguintes dados acerca do certame: órgão promotor da licitação, número do processo, número da licitação, modalidade, descrição do objeto e local de disponibilização do edital (BRASIL, 2014d).

De todo modo, tão logo publicado o aviso, a íntegra do edital (e seus anexos) deverá estar disponível a todos os eventuais interessados, tanto por meios físicos quanto virtuais (internet). Note-se que a Lei de Acesso à Informação (BRASIL, 2011h) prevê explicitamente a obrigação de publicação na internet de informações de interesse geral (art. 8º, § 2º), como as licitações e contratações públicas (BRASIL, 2014d).

1.1.1. PRAZO MÍNIMO DE DIVULGAÇÃO DO EDITAL

Deverá ser fixado no edital o prazo para a apresentação dos envelopes de habilitação e propostas pelos licitantes, de modo que no art. 21 da LGL (BRASIL, 1993) são definidos prazos mínimos entre a publicação do aviso de licitação e a data designada para a realização da sessão pública, variando os prazos de acordo com a modalidade, tipo e o regime de execução:

| MODALIDADE | PRAZO ENTRE A PUBLICAÇÃO DO AVISO E A REALIZAÇÃO DO CERTAME |
|--|---|
| CONCURSO | 45 dias |
| CONCORRÊNCIA (regime de empreitada integral ou do tipo “melhor técnica” ou “técnica e preço”) | 45 dias |

| MODALIDADE | PRAZO ENTRE A PUBLICAÇÃO DO AVISO E A REALIZAÇÃO DO CERTAME |
|--|---|
| CONCORRÊNCIA | 30 dias |
| TOMADA DE PREÇOS (do tipo “melhor técnica” ou “técnica e preço”) | 30 dias |
| TOMADA DE PREÇOS | 15 dias |
| LEILÃO | 15 dias |
| CONVITE | 5 dias úteis |
| PREGÃO | 8 dias úteis |

De acordo com o art. 21, § 3º, da LGL (BRASIL, 1993), os prazos serão contados a partir da última publicação do edital resumido ou da expedição do convite, ou ainda da efetiva disponibilidade do edital ou do convite e respectivos anexos, prevalecendo a data que ocorrer mais tarde.

A contagem do prazo não deve ser peremptória, ou seja, *a data de abertura não deve estar incluída no dia do término do prazo estabelecido*. O prazo entre a publicação do aviso e a sessão de abertura é prazo destinado à ausência da sessão de recebimento das propostas.

Nenhum prazo terá início ou terminará em dia no qual não haja expediente. Portanto, a lei excluiu apenas esses dias das datas de início e fim dos prazos, mas não os exclui da contagem do prazo. Entende-se por *dia de expediente* aquele em que o órgão ou entidade operar com todos os seus serviços e agentes, o que exclui dias de ponto facultativo ou sujeitos a regime de plantão.

1.1.1.1. ALTERAÇÃO DO EDITAL: NECESSIDADE DE REABERTURA DO PRAZO DE DIVULGAÇÃO

A partir da leitura do § 4º do art. 21 da Lei nº 8.666/1993, depreende-se que qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma como se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido – exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas: “Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas” (BRASIL, 1993).

Em igual sentido, observa-se a disposição do art. 20 do Decreto nº 5.450/2005: “Qualquer modificação no edital exige divulgação pelo mesmo instrumento de publicação em que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas” (BRASIL, 2005b).

Diante de tais disposições, o TCU entende pela necessidade de reabertura do prazo quando as alterações, de fato, afetarem a formulação das propostas:

quando constatar em seus procedimentos licitatórios a necessidade de prestar esclarecimentos suplementares, *o faça em tempo hábil, possibilitando aos interessados avaliarem os efeitos de tais informações em suas propostas*, reabrindo o prazo da licitação, se configurada a hipótese prevista no art. 21, § 4º, da Lei 8.666/93, com vistas a afastar o risco de refazimento de seus certames licitatórios (BRASIL, 2008c, grifo nosso).

reabra o *prazo inicialmente estabelecido quando houver alteração do edital que afete a formulação de propostas*, nos termos do art. 20 do Decreto nº 5.450/2005 (BRASIL, 2008d, grifo nosso).

1.2. IMPUGNAÇÃO DO EDITAL

A impugnação tem por objetivo possibilitar ao *cidadão* ou ao *licitante* apontar à Administração a existência de *vícios de legalidade, irregularidades e inconsistências* nos editais, de modo a viabilizar a sua correção e adequação.

O fundamento constitucional é identificado no direito de petição consagrado no art. 5º, XXXIV, “a”, da CRFB, segundo o qual, “são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas, o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder” (BRASIL, 1988).

No âmbito da Lei nº 8.666/1993, o direito à impugnação encontra expressa previsão no art. 41:

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

§ 1º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113.

§ 2º Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a aber-

tura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso.

§ 3º A impugnação feita tempestivamente pelo licitante não o impedirá de participar do processo licitatório até o trânsito em julgado da decisão a ela pertinente.

§ 4º A inabilitação do licitante importa preclusão do seu direito de participar das fases subsequentes (BRASIL, 1993).

1.2.1. LEGITIMIDADE PARA IMPUGNAR

A partir da leitura dos §§ 1º e 2º do art. 41 da Lei nº 8.666/1993, depreende-se que o legislador, ao se referir a duas pessoas distintas (o *cidadão* e o *licitante*), objetivou impor prazos distintos para a apresentação de impugnação a depender do legitimado:

CIDADÃO: até 5 dias úteis antes da data fixada para a sessão inicial do certame;

LICITANTE: até 2 dias úteis antes da data fixada para a sessão inicial do certame.

Como a impugnação deve anteceder o início da primeira sessão pública destinada à abertura dos envelopes de habilitação (concorrência e convite) ou propostas (tomada de preços e pregão), conforme a redação do § 2º do art. 41, entende-se por licitante aquele interessado que, em tese, teria condições de participar da licitação. Exemplo: publicado um edital para a licitação de uma obra, caso uma empresa do ramo de informática venha a formular uma impugnação, a peça seria tempestiva somente se apresentada até o 5º dia útil da data da sessão, já que, para o objeto específico (obra), somente empresa do ramo de engenharia poderia ostentar a condição de licitante para os fins do art. 41, § 2º, da Lei nº 8.666.

1.2.2. COMPETÊNCIA PARA O JULGAMENTO DA IMPUGNAÇÃO

Não há nas Leis nºs 8.666 e 10.520 (BRASIL, 1993, 2002c) indicação expressa da autoridade competente para apreciar a impugnação. Logo, a definição da competência é transferida para os regulamentos e normatizações internas dos órgãos públicos.

Quanto à modalidade pregão, na órbita federal, os regulamentos do pregão na forma presencial (art. 12, § 1º, do Decreto nº 3.555) (BRASIL, 2000a) e na forma

eletrônica (art. 18, 1º, do Decreto nº 5.450²⁰) (BRASIL, 2005b) preconizam ser do pregoeiro a competência para julgar a impugnação.

O art. 18, § 1º, do Decreto nº 5.450/2005 destaca a decisiva participação do “setor responsável pela elaboração do edital” na apreciação da peça de impugnação. Tal dispositivo é salutar para evidenciar a necessidade de auxílio técnico ao pregoeiro para análise de impugnações que versem sobre questões estranhas ao ramo de conhecimento do servidor responsável pela condução da licitação.

Por fim, saliente-se que da decisão do pregoeiro no sentido da improcedência da impugnação caberia recurso à autoridade competente (sem efeito suspensivo), nos termos do art. 56 da Lei nº 9.784 (BRASIL, 1999a).

1.2.3. CONTAGEM DO PRAZO

A redação legal utiliza a expressão “até dois dias úteis antes da data fixada para a abertura da sessão pública” (BRASIL, 2005b), de modo que o entendimento atualmente prevalecente é que, até no segundo dia anterior à abertura do certame, ainda se mostra possível apresentar o pedido de impugnação²¹.

A utilização do termo “até” nos comandos normativos em referência traz, evidentemente, o entendimento de que no segundo dia anterior à abertura do certame ainda se mostra possível apresentar o pedido de impugnação ao edital eventualmente contestado.

1.2.4. PRAZO PARA A RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO: EFEITO SUSPENSIVO DA IMPUGNAÇÃO?

Com a leitura das Leis nos 8.666/1993 e 10.520/2002, observa-se a inexistência de previsão normativa de concessão de efeito suspensivo automático decorrente da mera apresentação da impugnação. Ou seja, a rigor, impugnado o edital, o prazo de divulgação do certame continua a transcorrer normalmente.

Contudo, é preciso evidenciar a imprescindibilidade de a Administração responder à impugnação antes da data prevista para a abertura da licitação. Assim, não havendo resposta do órgão licitante, a medida que se impõe é a suspensão do certame.

²⁰ § 1º Caberá ao pregoeiro, auxiliado pelo setor responsável pela elaboração do edital, decidir sobre a impugnação no prazo de até vinte e quatro horas (BRASIL, 2005b).

²¹ Nesse sentido, ver Acórdãos TCU nº 1.625/2008 (BRASIL, 2008e), nº 1/2007 - Plenário (BRASIL, 2007i), nº 539/2007 (BRASIL, 2007e) e nº 382/2003 (BRASIL, 2003c).

Resta, então, indagar: qual seria o prazo para a resposta à impugnação?

Não há indicativo de tal prazo naquelas duas leis. A previsão expressa e objetiva do prazo de resposta consta apenas dos regulamentos federais do pregão na forma presencial (art. 12, § 1º, do Decreto nº 3.555²²) (BRASIL, 2000a) e na forma eletrônica (art. 18, § 1º, do Decreto nº 5.450) (BRASIL, 2005b). Em ambos os diplomas normativos é estabelecido o prazo de 24 horas para a resposta do pregoeiro. O prazo de 24 horas é computado a partir da apresentação da peça de impugnação.

Em casos justificáveis, admite-se a extrapolação do prazo de 24 horas desde que a resposta já esteja disponível, no máximo, antes do encerramento do horário comercial do dia correspondente à véspera da data prevista para a realização do certame²³.

Quanto à impropriedade representada pela não observância do prazo previsto no art. 18, § 1º, do Decreto 5.450/2005, reitera-se que *mesmo nos casos em que a demora seja justificável pela necessidade de obtenção de informações adicionais e em que sejam tomadas medidas tempestivas para evitar prejuízo aos licitantes, a extrapolação constitui simples impropriedade, situação divergente do funcionamento ideal da entidade administrativa* (BRASIL, 2016b, grifo nosso)

1.2.4.1. IMPUGNAÇÃO INTEMPESTIVA: PRECLUSÃO DA ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO EDITAL?

Considerando a existência de previsão legal quanto ao prazo para impugnação, é de se indagar: e se a impugnação for formalizada fora do prazo? Deve ser simplesmente ignorada?

Para responder a tais questionamentos, é preciso fazer uma breve análise do poder-dever da Administração de anular os atos administrativos maculados por vício de legalidade.

De acordo com o art. 49 da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993), a autoridade competente para a aprovação do procedimento poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

²² § 1º Caberá ao pregoeiro decidir sobre a petição no prazo de vinte e quatro horas (BRASIL, 2000a).

²³ Nesse caso, conforme sugere Justen Filho (2013, p. 236-237), “deverá responder-se ao interessado no prazo de vinte e quatro horas, comunicando-o da necessidade de prazo mais delongado para resposta sobre o mérito da indagação. Apurados os dados necessários à resposta, deverá haver sua comunicação ao interessado”.

Assim, a anulação decorre da existência de um vício de legalidade, ao passo que a revogação se dá no âmbito da discricionariedade administrativa, por razões de conveniência e oportunidade, e desde que haja motivo superveniente devidamente comprovado e pertinente. Observe-se que, tanto a anulação quanto a revogação poderão ocorrer no curso do procedimento licitatório.

Dessa forma, no caso específico da anulação, diante da constatação de um vício de legalidade, por força do art. 49 da Lei nº 8.666 e do art. 53 da Lei nº 9.784 (BRASIL, 1993, 1999a), a Administração deverá realizar a anulação, porquanto se trata de um poder-dever (BRASIL, 1969b).

Quando não partir de ofício da própria Administração, a constatação do vício de legalidade poderá ser motivada mediante provocação de terceiros, não necessariamente participantes do processo licitatório. Ademais, por se tratar de questão de ordem pública, a provocação da análise do vício de legalidade por qualquer cidadão não está sujeita a preclusão. Desse modo, quanto ao vício de legalidade, a Administração deverá, ao menos, apreciar eventuais alegações advindas de cidadãos ou licitantes independentemente do prazo, seja na oportunidade da impugnação, seja durante a realização do certame.

Frise-se: qualquer alegação de vício de legalidade relativo ao ato convocatório ou mesmo aos atos praticados durante a licitação deverá ser apreciada pela Administração, ainda que formulada por cidadão que não seja licitante. Assim, mesmo que seja intempestiva a impugnação, a comissão de licitação ou o pregoeiro devem avaliar se a peça apresenta algum apontamento de ilegalidade nas disposições do edital. Com efeito, em termos processuais, diante da inexistência de preclusão da alegação da matéria, o mais adequado é que o pregoeiro aprecie a impugnação, não a conhecendo por ausência do pressuposto da *tempestividade*, mas, em razão da autotutela da Administração, analisar de ofício o mérito concernente à eventual ilicitude nas exigências editalícias.

1.3. REPRESENTAÇÃO AO TRIBUNAL DE CONTAS (ART. 113, § 1º)

A Lei nº 8.666 assegura a qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica a prerrogativa de formular representação ao Tribunal de Contas (controle externo) ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno (art. 74 da CRFB) contra irregularidades e vícios de legalidade.

Por meio da representação, é possível provocar a atuação dos Tribunais de Contas e órgãos de controle interno não apenas *a posteriori* – quando se aponta a prática

de ilegalidade no curso da etapa externa da licitação –, mas também de forma preventiva, para promover a devida correção nos vícios no edital e na etapa interna do procedimento licitatório.

Nesse sentido, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, os Tribunais de Contas e os órgãos integrantes do sistema de controle interno poderão solicitar para exame cópia de edital de licitação já publicado, obrigando-se os órgãos ou entidades da Administração interessada à adoção de medidas corretivas pertinentes que, em função desse exame, lhes forem determinadas (art. 113, § 2º, da LGL).

O § 1º do art. 41 da LGL (BRASIL, 1993) preconiza que a impugnação do edital poderá ocorrer em conjunto com a formulação de representação (por ocorrência de ilegalidades) aos órgãos de controle interno ou aos Tribunais de Contas, na forma do § 1º do art. 113. De todo modo, é preciso salientar que a representação não tem efeito suspensivo automático e *não constitui, pois, óbice ao trâmite normal do feito*.

1.4. PEDIDOS DE ESCLARECIMENTO

O inciso VIII do art. 40 da LGL dispõe que a Administração deve estabelecer no edital os procedimentos para a obtenção, pelos interessados, de esclarecimentos “relativos à licitação e às condições para atendimento das obrigações necessárias ao cumprimento de seu objeto” (BRASIL, 1993).

PRAZOS PARA PEDIDOS DE ESCLARECIMENTO:

Modalidades da Lei nº 8.666/1993: os *mesmos prazos* da impugnação;

Pregão presencial: até 2 dias úteis da sessão de abertura (art. 12 do Decreto nº 3.555);

Pregão eletrônico: até 3 dias úteis da sessão de abertura (art. 19 do Decreto nº 5.450);

Entende o TCU que “esclarecimentos prestados administrativamente para responder a questionamento de licitante têm natureza vinculante para todos os participantes do certame, não se podendo admitir, quando da análise das propostas, interpretação distinta, sob pena de violação ao instrumento convocatório” (BRASIL, 2015h).

Conclui-se que a resposta publicada, para todos fins, adere aos termos do edital (caráter aditivo), vinculando a comissão de licitação e o pregoeiro quando do julgamento das propostas, habilitação e demais atos decisórios relativos à condução do certame.

2. FASES DO PROCEDIMENTO NA LEI Nº 8.666/1993 (CONCORRÊNCIA, TOMADA DE PREÇOS E CONVITE)

Quanto ao procedimento da licitação, dispõe o art. 43 da Lei nº 8.666:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[...]

§ 5º Ultrapassada a fase de habilitação dos concorrentes (incisos I e II) e abertas as propostas (inciso III), não cabe desclassificá-los por motivo relacionado com a habilitação, salvo em razão de fatos supervenientes ou só conhecidos após o julgamento (BRASIL, 1993).

2.1. HABILITAÇÃO

Na fase de habilitação, afere-se se o interessado em contratar com o Poder Público apresenta as qualificações e os requisitos exigidos pelo edital.

Segundo dispõe o art. 27 da LGL (BRASIL, 1993), exige-se dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e trabalhista, além do cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da CRFB.

HABILITAÇÃO JURÍDICA

Demonstração de que o licitante é sujeito de direito e de obrigações, com capacidade de fato e de direito para a prática dos atos para os quais será contratado (art. 28).

A comprovação dá-se mediante a apresentação de:

- I – cédula de identidade;
- II – registro comercial, no caso de empresa individual;
- III – ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores;
- IV – inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades civis, acompanhada de prova de diretoria em exercício;
- V – decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir (BRASIL, 1993).

De acordo com o TCU, para fins de habilitação jurídica, é necessária a compatibilidade entre o objeto do certame e as atividades previstas no contrato social das empresas licitantes²⁴. A aferição de tal compatibilidade deve basear-se no “contrato social” da empresa e não nos códigos de atividades registrados no CNAE (Cadastro Nacional de Atividades Econômicas), cuja finalidade é meramente fiscal²⁵.

QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

Demonstração das aptidões necessárias para a realização da atividade pertinente ao objeto da licitação e, quando for o caso, a comprovação de conhecimento técnico especializado e a capacitação operativa para cumprir o objeto do contrato (art. 30).

A comprovação ocorre mediante a apresentação de:

- I – *registro ou inscrição na entidade profissional competente;*
- II – *comprovação, por meio de atestados de capacidade técnica, de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;*

²⁴ Nesse sentido, ver Acórdãos nºs 1.021/2007 (BRASIL, 2007f) e 642/2014 (BRASIL, 2014e).

²⁵ Nesse sentido, ver Acórdão TCU nº 1.203/2011 – Plenário (BRASIL, 2011i) e Acórdão nº 10-44919/2013, da 6ª Turma de Julgamento (Porto Alegre) da Secretaria da Receita Federal (BRASIL, 2013h).

III – comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que *tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação*;

IV – prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso (BRASIL, 1993).

A demonstração de aptidão técnica (formalizada pela apresentação de *atestado de capacidade técnica*) é aferida em duas dimensões:

– *capacidade técnico-operacional*: aptidão da própria licitante (pessoa jurídica), abrangendo as instalações, o aparelhamento, as metodologias de trabalho e os processos internos de controle de qualidade;

– *capacidade técnico-profissional*: aptidão dos profissionais (pessoa física) empregados da licitante (BRASIL, 1993).

Não se admite a transferência do acervo técnico da pessoa física para a pessoa jurídica, para fins de comprovação de qualificação técnica em licitações públicas, pois a *capacidade técnico-operacional* (art. 30, inciso II, da Lei nº 8.666/1993) não se confunde com a *capacidade técnico-profissional* (art. 30, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993), uma vez que a primeira considera aspectos típicos da pessoa jurídica, como instalações, equipamentos e equipe, enquanto a segunda relaciona-se ao profissional que atua na empresa (BRASIL, 2016c)

Entende o TCU ser possível exigir, numa mesma licitação, a comprovação da aptidão técnica em suas duas dimensões: a *técnico-operacional* e a *técnico-profissional* (BRASIL, 2011j).

Os atestados de capacidade técnica poderão ser emitidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado. Tendo em vista a redação do art. 30, § 1º, da LGL, são ilícitas as exigências que estabeleçam formalidades excessivas quanto à redação e à composição dos atestados (incluindo a exigência de firma reconhecida), de modo que eventuais omissões poderão ser sanadas por meio de realização de diligências (art. 43, § 3º, LGL) (BRASIL, 1993).

É ilegal a exigência de que atestados de capacidade técnica estejam acompanhados de cópias de notas fiscais ou contratos que os lastreiem, uma vez que a relação de documentos de habilitação constante dos artigos 27 a 31 da Lei nº 8.666/1993 é taxativa (BRASIL, 2015f)

Devem, ainda, ser registrados nas entidades profissionais competentes quando as atividades contempladas no atestado se referirem a atos privativos de profissões regulamentadas em lei.

É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, que inibam a participação na licitação.

Sempre se admite a comprovação de aptidão mediante certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior. No caso de obra ou serviço complexo, a similaridade ou compatibilidade do objeto do atestado é aferida com base em *parcelas de maior relevância e valor significativo* a serem definidas no instrumento convocatório.

Súmula nº 263 do TCU

“Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado” (BRASIL, 2011j).

Busca-se, assim, por meio dos atestados de capacidade técnica, a *comprovação de experiência pretérita do licitante no fornecimento de objeto ou execução de serviço similar ao do objeto licitado*. Ou seja, é ilícita a exigência no sentido de que a experiência pretérita seja exatamente igual ao fornecimento ou serviço licitado.

Deve-se ter em mente que o TCU tem precedentes no sentido de que a *compatibilidade entre os serviços anteriores e o serviço licitado deve ser entendida como condição de similaridade e não de igualdade* (BRASIL, 2005e).

Relativamente à quantificação da similaridade, o TCU tem jurisprudência consolidada no sentido de que a *exigência de comprovação da experiência mediante apresentação de atestados deve se limitar a, no máximo, 50% da quantidade do objeto licitado* (BRASIL, 2012e); portanto, é salutar que a Administração estabeleça, de forma expressa e objetiva no edital, o quantitativo mínimo a ser comprovado.

A jurisprudência do TCU aponta no sentido de que “a *Administração Pública deve se abster de estabelecer número mínimo de atestados de capacidade técnica, a não ser que a especificidade do objeto o recomende, situação em que os motivos de fato e de direito deverão estar devidamente explicitados no processo administrativo da licitação*” (BRASIL, 2012e).

Para a comprovação do quantitativo fixado no edital, admite-se, em regra, o somatório de atestados de capacidade técnica. Logo, eventual vedação ao somatório de atestados deverá estar expressamente prevista no ato convocatório, devendo haver motivação técnica apta a justificar tal vedação²⁶.

Para atender à exigência de *capacidade técnico-profissional*, a empresa licitante deve comprovar que tem em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes.

De acordo com o TCU, não há necessidade de existência de vínculo empregatício do profissional com a empresa, sendo admitida, também, a apresentação de contrato de prestação de serviços, sem vínculo trabalhista e regido pela legislação comum (BRASIL, 2010e).

²⁶ “A vedação ao somatório de atestados, para o fim de comprovação da capacidade técnico-operacional, deve estar restrita aos casos em que o aumento de quantitativos acarretarem, incontestavelmente, o aumento da complexidade técnica do objeto ou uma desproporção entre quantidades e prazos de execução, capazes de exigir maior capacidade operativa e gerencial da licitante e ensejar potencial comprometimento da qualidade ou da finalidade almejadas na contratação, devendo a restrição ser justificada técnica e detalhadamente no respectivo processo administrativo” (BRASIL, 2014f).

QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA

Tem por objetivo possibilitar que a Administração se certifique de que o futuro contratado disponha de estável situação econômica e financeira. A *boa situação econômica* demonstra-se por meio de patrimônio, ao passo que a *saúde financeira* da empresa consiste na capacidade de ela adimplir as obrigações assumidas (art. 31).

A comprovação dá-se mediante a apresentação de:

I – *balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social*, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando *encerrado há mais de 3 meses* da data de apresentação da proposta;

II – *certidão negativa de falência ou recuperação judicial* expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de *execução patrimonial*, expedida no domicílio da pessoa física (BRASIL, 1993).

A comprovação de boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do *cálculo de índices contábeis* previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação que tenha dado início ao certame licitatório, vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação.

É admitida, ainda:

– nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, a *exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo*, que não poderá exceder a 10% do valor estimado da contratação, devendo a comprovação ser feita relativamente à data da apresentação da proposta, na forma da lei, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais;

– *apresentação de garantia* nas mesmas modalidades e critérios previstos no art. 56 da LGL, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação (BRASIL, 1993).

Note-se que, de acordo com a Súmula nº 275 do TCU (BRASIL, 2012f), não podem ser cumuladas as exigências de capital social mínimo, patrimônio líquido mínimo ou garantias que assegurem o adimplemento do contrato a ser celebrado.

REGULARIDADE FISCAL

Comprovação de quitação de obrigações tributárias e para com o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), além de inscrição nas Fazendas Públicas competentes (art. 29).

A exigência legal restringe-se à verificação da regularidade fiscal e não, necessariamente, à completa inexistência de débitos junto ao FGTS e às Fazendas Públicas. Haverá regularidade mesmo diante da existência de débito fiscal, desde que o prazo de pagamento não tenha expirado ou, ainda, a dívida fiscal esteja com a exigibilidade suspensa nos casos previstos no art. 151 da Lei nº 5.172/1966 (Código Tributário Nacional).

Súmula nº 283 do TCU

“Para fim de habilitação, a Administração Pública não deve exigir dos licitantes a apresentação de certidão de quitação de obrigações fiscais, e sim prova de sua regularidade” (BRASIL, 2013d).

Portanto, são admitidas as chamadas “certidões positivas com efeitos de negativas”.

REGULARIDADE TRABALHISTA

Apresentação de Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT) emitida pelo Tribunal Superior do Trabalho (art. 29, V) (BRASIL, 1993).

A composição, estrutura e forma de expedição da CNDT são regulamentados pela Resolução Administrativa nº 1.470/2011 do TST (BRASIL, 2011w), que estabelece o prazo de validade de 180 dias a contar da expedição da certidão.

Quanto à regularidade das obrigações trabalhistas, também se aplica a premissa extraída da Súmula nº 283 do TCU, porquanto, os débitos ajuizados poderão estar com a exigibilidade suspensa (quando garantida a execução por depósito, bloqueio de numerário ou penhora), acarretando, assim, na emissão de uma CNDT “positiva com efeitos de negativa”.

Em consideração à possibilidade de responsabilização subsidiária da Administração (vide tópico 7.3 do Capítulo 7), ressalte-se a necessidade de conferência, pela comissão de licitação e do pregoeiro, quanto à atualidade da CNDT, pois os dados constantes do Banco Nacional de Devedores Trabalhistas são atualizados a cada dois dias. Por conseguinte, mesmo que o licitante venha a apresentar uma CNDT negativa cuja data de expedição seja inferior a 180 dias, caso a Administração emita nova certidão na data da licitação em que conste a existência de débitos trabalhistas inadimplidos e sem a exigibilidade suspensa, deverá prevalecer a CNDT mais recente, ficando patente que a empresa, ao tempo do certame, não comprovou a regularidade exigida no art. 29, V, da LGL. Nesse sentido, o MPDG, em 20/3/2012, expediu orientação com o seguinte teor: “na fase de habilitação, que revela a atual situação da licitante, ou seja, caso haja mais de um documento válido, isto é, dentro do prazo de cento e oitenta dias, prevalecerá a certidão mais recente sobre a mais antiga”.²⁷

CUMPRIMENTO DO DISPOSTO NO INCISO XXXIII DO ART. 7º DA CRFB

Apresentação de declaração da licitante de que não emprega menor de dezoito anos em trabalho noturno, perigoso ou insalubre, nem emprega menor de dezesseis anos, em qualquer trabalho, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos.

2.1.1. EXIGÊNCIAS DE DOCUMENTOS HABILITATÓRIOS: LIMITES LEGAIS E RAZOABILIDADE

Em relação à qualificação técnica e econômica, os artigos 30 e 31 da LGL preceituam que a exigência de habilitação “limitar-se-á” à apresentação dos documen-

²⁷ Disponível em: <http://www.comprasnet.gov.br/noticias/noticias1.asp?id_noticia=529>. Acesso em: 22 ago. 2018.

tos arrolados em seus incisos. Entende-se, assim, que a Administração, ao definir os requisitos de habilitação no edital, deve não só observar os limites legais, como também a razoabilidade das exigências, que, dentro da segurança de execução contratual pretendida, representem o menor cerceamento à competição. É o que se denomina, na doutrina de Justen Filho (2014, p. 542-545), de aplicação da *teoria da restrição mínima possível*.

Deve-se identificar e utilizar o patamar mínimo que permite estabelecer a segurança da execução do objeto licitado. A finalidade é ampliar a possibilidade de competição, de forma a abarcar todos os interessados que, minimamente, estão aptos a contratar o objeto. Dessa forma, busca-se, dentro da margem de segurança identificada, a proposta de preço mais vantajosa à Administração.

Ademais, nos termos da Súmula nº 272 do TCU (BRASIL, 2012g): “No edital de licitação, é vedada a inclusão de exigências de habilitação e de quesitos de pontuação técnica para cujo atendimento os licitantes tenham de incorrer em custos que não sejam necessários anteriormente à celebração do contrato”. Daí, já no momento da habilitação, serem vedadas exigências relativas à necessidade de a empresa contar com estabelecimento na localidade da execução do futuro contrato, determinada estrutura ou maquinário ou mesmo funcionários específicos, porquanto tais providências demandariam custos para viabilizar a participação da licitante no certame.

O TCU considera ilegais as exigências de documentação de habilitação não previstas em lei, em especial, na Lei nº 8.666/1993²⁸.

Quanto à qualificação técnica, o próprio inciso IV do art. 30 da LGL (BRASIL, 1993) prevê a possibilidade de comprovação pelos licitantes de outros requisitos técnicos, desde que “previstos em lei especial”.

Portanto, qualquer exigência para fins de habilitação deverá estar prevista em *ato normativo primário*; desse modo, carecem de legalidade as exigências fundadas em *atos normativos secundários* (decretos, instruções normativas, resoluções, portarias etc.).

2.1.1.1. EXIGÊNCIAS EDITALÍCIAS FUNDADAS EM ATOS NORMATIVOS DE AGÊNCIAS REGULADORAS

Algumas exigências, à primeira vista, calcadas em atos normativos de agências reguladoras (que não se enquadram na compreensão clássica de “atos normativos

²⁸ Ver Acórdãos nºs 1.336/2010, 1.339/2010, 2.581/2010, 3.156/2010, todos do Plenário, e 1.258/2010 da 2ª Câmara (BRASIL, 2010f, 2010g, 2010h, 2010i, 2010j).

primários”), veiculadas em licitações públicas, são reputadas como legais tanto pelo STF quanto pelo próprio TCU. Como exemplo, destacam-se: a regulamentação da Anatel para a autorização de equipamentos e serviços que envolvam radiofrequência e telecomunicações; regulamentação da Anvisa acerca da necessidade de autorização e prévio licenciamento para a fabricação e comercialização de determinados medicamentos e produtos de saúde.

Por isso, é essencial verificar se a exigência se refere ao produto/equipamento ou à própria licitante, como requisito de habilitação. Em se tratando de requisito de qualificação técnica, o TCU tende a considerar que a exigência seria lícita se fundada em “lei especial”, conforme preceitua o inciso IV, do art. 30, da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993)²⁹. Acerca da compreensão da expressão “lei especial”, consigna o TCU que “deve ser entendida em sentido lato, englobando regulamentos executivos” (BRASIL, 2007g).

Com efeito, quanto à comercialização de produtos e serviços de segmento econômico regulado pelo Estado – art. 174 da CRFB (BRASIL, 1988) –, a admissibilidade de tais exigências justifica-se em razão da posição jurídica da atuação das agências reguladoras na ordem econômica estabelecida pela CRFB. Em especial, o TCU entende pela legalidade de exigência instituída por agência reguladora quando a atuação técnica da autarquia encontra lastro em ato normativo primário, geralmente a lei *stricto sensu* que cria a agência e estabelece suas competências. Nesse sentido, vale transcrever trecho do voto condutor do Acórdão nº 1.514/2013 – Plenário, lavrado pelo ministro Aroldo Cedraz:

14. Dito isso, não se pode falar que a Resolução Antaq nº 2.240/2011 inova primariamente no ordenamento, mas apenas disciplina o uso provisório, de caráter excepcional, por qualquer interessado, de instalações portuárias arrendadas ou concedidas. Trata-se, como diz Luís Roberto Barroso, de “um espaço de legítima discricionariedade” reservado às Agências Reguladoras. O poder normativo das agências reguladoras, de matriz diretamente constitucional, requer um espaço discricionário deixado pelo legislador (reserva legal relativa) para permitir a flexibilidade inerente ao modelo de economia regulada (lembro, nossa Constituição não escolheu o modelo de economia planificada), mas regrado por princípios e diretrizes constantes na Lei dos Portos (Standards) (a respeito vide Luís Roberto Barroso,

²⁹ “É ilegal a exigência do Certificado de Boas Práticas de Fabricação e Controle (CBPF) como requisito de habilitação técnica em procedimentos licitatórios para compra de insumos empregados nos serviços públicos de saúde, pois: a) inexistente previsão específica em lei para tal exigência, afrontando o art. 30, inciso IV, da Lei 8.666/1993, cuja interpretação deve ser restritiva; b) o CBPF não garante o cumprimento das obrigações assumidas pelo particular perante o Poder Público; e c) constitui exigência excessiva, uma vez que o efetivo registro de medicamentos pressupõe a adoção prévia, pelo fabricante, das boas práticas de fabricação” (BRASIL, 2016d).

“Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática”, in *Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo*. Renovar, 2003, p. 174-188).

14.1. Tais espaços legais propositadamente pouco densificados estão conforme a opção constitucional e legal pela regulação por conduto de agências autônomas, ou seja, a troca das opções políticas pelas decisões técnicas. Com isso, a reserva absoluta de lei não convive com os fundamentos legitimadores das agências reguladoras. Tal competência dispositiva inerente à ideia das agências (poderes implícitos ou imanes), ou mesmo deixada explicitamente no texto da Lei 12.8125/2013 especificamente para a Antaq, é plenamente aceita no direito comparado, tal como nos contam Jorge Miranda e Vital Moreira (*apud* Luis Cabral de Moncada. *Lei e Regulamento*, Coimbra, p. 1.088).

15. Ademais, tecnicamente, a Antaq não editou lei em sentido estrito. Trata-se, em verdade, da chamada regulação geral-concreta, pois determinada por um círculo de destinatários preciso (os portos organizados) e objeto determinado (finalidades coordenadas pelos interesses público e econômico) (BRASIL, 2013e).

Portanto, na visão do TCU, em tais casos, não haveria inovação primária na ordem jurídica, mas sim uma regulamentação de ordem técnica já previamente permitida e consentida pelo legislador.

2.1.2. FORMALIDADES DOS DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO

Os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da Administração ou publicação em órgão da imprensa oficial.

A documentação de habilitação poderá ser substituída por registro cadastral emitido por órgão ou entidade pública, desde que previsto no edital e o registro tenha sido feito em obediência ao disposto na Lei nº 8.666.

Em relação aos documentos produzidos em língua estrangeira – conforme dispõem o art. 32, § 5º, da LGL (BRASIL, 1993), o art. 22, § 1º, da Lei nº 9.784 (BRASIL, 1999a)³⁰, o art. 224 do Código Civil (BRASIL, 2002a)³¹ e o art. 148 da Lei de Registros Públicos³² (Lei nº 6.015) (BRASIL, 1973a) –, infere-se a necessidade de os

³⁰ “Art. 22. Os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir. § 1º Os atos do processo devem ser produzidos por escrito, em vernáculo, com a data e o local de sua realização e a assinatura da autoridade responsável” (BRASIL, 1999a).

³¹ “Art. 224. Os documentos redigidos em língua estrangeira serão traduzidos para o português para ter efeitos legais no País” (BRASIL, 2002a).

³² “Art. 148. Os títulos, documentos e papéis escritos em língua estrangeira, uma vez adotados os caracteres comuns, poderão ser registrados no original, para o efeito da sua conservação ou perpetuidade.

documentos serem autenticados junto à representação consular respectiva, além de traduzidos por tradutor juramentado.

2.1.2.1. DA REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PARA ESCLARECIMENTOS ACERCA DO CONTEÚDO DOS DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO

Em seu art. 43, § 3º, dispõe a Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993) ser “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”.

Havendo alguma falha formal, omissão ou obscuridade nos documentos de habilitação e/ou na proposta há um *poder-dever* da comissão de licitação ou do pregoeiro de realizar a diligência, superando-se o dogma do formalismo excessivo e prestigiando a razoabilidade e a busca da eficiência, ampliação da competitividade e a proposta mais vantajosa para a Administração.

É irregular a inabilitação de licitante em razão de ausência de informação exigida pelo edital, quando a documentação entregue contiver de maneira implícita o elemento supostamente faltante e a Administração não realizar a diligência prevista no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/93, por representar formalismo exagerado, com prejuízo à competitividade do certame (BRASIL, 2015g).

É irregular a desclassificação de empresa licitante por omissão de informação de pouca relevância sem que tenha sido feita a diligência facultada pelo § 3º do art. 43 da Lei nº 8.666/1993 (BRASIL, 2013f).

Ao constatar incertezas sobre o cumprimento de disposições legais ou editalícias, especialmente dúvidas que envolvam critérios e atestados que objetivam comprovar a habilitação das empresas em disputa, o responsável pela condução do certame deve promover diligências para aclarar os fatos e confirmar o conteúdo dos documentos que servirão de base para a tomada de decisão da Administração (art. 43, § 3º, da Lei nº 8.666/1993) (BRASIL, 2014g).

Note-se, portanto, que a realização de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do procedimento licitatório independente de previsão em edital³³, sendo decorrente dos princípios da Administração Pública e da própria

Para produzirem efeitos legais no País e para valerem contra terceiros, deverão, entretanto, ser vertidos em vernáculo e registrada a tradução, o que, também, se observará em relação às procurações lavradas em língua estrangeira” (BRASIL, 1973a).

³³ Nesse sentido, ver Acórdão TCU nº 2.459/2013 – Plenário (BRASIL, 2013g).

disposição legal contida no art. 43, § 3º, da LGL (BRASIL, 1993). A seu turno, no tocante à modalidade pregão, na forma eletrônica, estabelece o Decreto nº 5.450/2005, em seu art. 26, § 3º: “no julgamento da habilitação e das propostas, o pregoeiro poderá sanar erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos e sua validade jurídica, mediante despacho fundamentado, registrado em ata e acessível a todos, atribuindo-lhes validade e eficácia para fins de habilitação e classificação” (BRASIL, 2005b).

As diligências têm por escopo, portanto, o esclarecimento de dúvidas, a obtenção de informações complementares e o saneamento de falhas (vícios ou erros).

Quanto ao propósito de saneamento de falhas, para se avaliar a plausibilidade de adoção de diligência, é preciso identificar a natureza do vício (ou erro) ou da omissão, se “formal”, “material” ou “substancial”.

| TIPO | ENQUADRAMENTO | É POSSÍVEL O SANEAMENTO? |
|-------------------------|--|---|
| ERRO FORMAL | Quando um documento é produzido de forma diversa da exigida. Ex.: proposta em padrão diverso do modelo exigido no edital, mas que apresenta todas as informações essenciais. | Sim. Por uma questão de instrumentalidade das formas, o documento poderá ser considerado válido quando atingir a finalidade pretendida, ainda que produzido de forma diferente da exigida. |
| ERRO MATERIAL | Quando há falha de conteúdo na informação, havendo evidente desacordo entre a vontade e o que de fato foi expresso no documento. Ex.: erro de cálculo na totalização do valor da proposta; grafia incorreta; erro na sequência de numeração das páginas dos documentos. | Sim. Uma vez que retrata a inexatidão material, refletindo uma situação ou algo que obviamente não ocorreu, o erro material admite correção. Logo, o saneamento não acarretaria alteração quanto à substância do documento. |
| ERRO SUBSTANCIAL | Quando se refere à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração ou a alguma das qualidades a ele essenciais (art. 139 do Código Civil). | Não. Como se trata de vício insanável, já que relacionado à substância do documento, a eventual correção acarretaria a substituição de informações |

| TIPO | ENQUADRAMENTO | É POSSÍVEL O SANEAMENTO? |
|------|---|--|
| | A omissão ou falha substancial prejudica o conteúdo essencial do documento, inviabilizando seu adequado entendimento. Ex.: não apresentação de documentação de habilitação no prazo previsto no edital; indicação de produto com especificações incompatíveis com as exigidas. | essenciais ou a inclusão posterior de documento que não se refira a mera complementação ou esclarecimento. |

Com efeito, não será juridicamente viável a realização de diligência tendente a sanear irregularidade essencial de determinado documento³⁴, alterar a substância das propostas ou documentos de habilitação³⁵ ou, ainda, implicar a juntada de documento ou informação que originalmente deveria constar da proposta³⁶.

O respeito ao princípio da isonomia é garantido ao se reputar a diligência como um dever da Comissão de Licitação/Pregoeiro, porquanto, sabe-se, de antemão, que o tratamento será o mesmo para todo e qualquer licitante³⁷, desde que seja cabível a realização das diligências e não se trate de correção de irregularidade essencial.

2.1.2.1.1. A QUESTÃO DA JUNTADA POSTERIOR DE DOCUMENTO NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

Há que se contextualizar a problemática da adequada interpretação do disposto no art. 43, § 3º, da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993), relacionada ao dogma segundo o qual em hipótese alguma seria permitida, no âmbito de um procedimento licitatório, a juntada de documento posterior à entrega dos envelopes pertencentes aos licitantes.

Afinal, o dispositivo legal deveria ser interpretado em sua literalidade? Em hipótese alguma, independentemente da situação observada no caso concreto, admi-

³⁴ Nesse sentido, ver Acórdão TCU nº 4.650/2010 – 1ª Câmara (BRASIL, 2010k).

³⁵ Nesse sentido, ver Acórdão TCU nº 300/2016 – Plenário (BRASIL, 2016e).

³⁶ Nesse sentido, ver Acórdãos TCU nº 1.612/2010 – Plenário e nº 918/2014 – Plenário (BRASIL, 2010l, 2014h).

³⁷ Nesse sentido, ver Acórdão TCU nº 1.849/2016 – Plenário (BRASIL, 2016f).

tir-se-ia a realização de diligência pela comissão de licitação ou pelo pregoeiro que implique a necessidade de juntada de documento que não constava originalmente no envelope entregue por licitante?

Partindo-se da compreensão de que o objetivo maior do procedimento licitatório é a consecução do interesse público aliada à observância dos primados da isonomia e igualdade de tratamento e condições entre os participantes, há que se conferir uma interpretação finalística e legitimadora ao que dispõe o art. 43, § 3º, da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993).

A inclusão posterior de documentos pela própria autoridade condutora do certame licitatório deverá ser admitida desde que seja necessária para comprovar a ocorrência de fatos à época da licitação, concernentes à proposta de preços ou habilitação dos participantes, mas não documentados nos autos.

Em outras palavras, em sua parte final, o § 3º do art. 43 da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993) não está vedando qualquer possibilidade de juntada posterior de documento. O que dali se entende, dentro de uma visão consentânea com o interesse público e com a finalidade da contratação, é que não será permitida apenas a juntada de documento que comprove a existência de uma situação ou de um fato cuja conclusão ou consumação se deu após a realização da sessão de licitação. Nesse caso, haveria burla ao procedimento e quebra do princípio da isonomia e igualdade de tratamento.

Assim, caso a diligência promovida pela comissão de licitação ou pelo pregoeiro resulte na produção de documento que materialize uma situação já existente ao tempo da sessão de apresentação dos envelopes, não há que se falar em ilegalidade ou irregularidade.

Com efeito, o Poder Judiciário e as Tribunais de Contas inclinam-se a reconhecer que o procedimento licitatório não deve ser pautado num formalismo exacerbado que desvirtue sua finalidade e o equipare a uma “gincana” na qual interessa apenas o cumprimento da etapa definida, indiferentemente de sua razão de ser.

Cumprido, ainda, consignar que o próprio TCU, no Acórdão nº 1.758/2003 – Plenário (BRASIL, 2003d), entendeu ser regular, no âmbito de procedimento licitatório, a conduta da autoridade que procedeu a juntada posterior de comprovação de regularidade fiscal da licitante por meio de diligência promovida com base no art. 43, § 3º, da Lei nº 8.666/1993. Segundo o TCU, tal juntada não configuraria irregularidade, mas praticidade, celeridade e otimização do certame. O apego ex-

cessivo à letra da lei pode acarretar equívocos jurídicos, porquanto não traduzem seu sentido real.

No Acórdão nº 2.627/2013 – Plenário, por sua vez, o TCU concluiu ser indevida a inabilitação de licitante em razão da apresentação de atestado de capacidade técnica com data posterior à da abertura do certame, uma vez que tal documento tem natureza declaratória – e não constitutiva – de uma condição preexistente. Julgou-se equivocada a decisão do pregoeiro pela inabilitação de licitante em razão de “apresentação de atestado de capacidade técnica com data posterior à da licitação” (BRASIL, 2013i).

Em relação a esse ponto, o relator (ministro Valmir Campelo) registrou que “o atestado de capacidade técnica tem natureza declaratória – e não constitutiva – de uma condição preexistente. É dizer que a data do atestado não possui qualquer interferência na certificação propriamente dita, não sendo razoável sua recusa pelo simples fato de ter sido datado em momento posterior à data da abertura do certame. O que importa, em última instância, é a entrega tempestiva da documentação exigida pelo edital, o que, de acordo com o informado, ocorreu” (BRASIL, 2013i).

Trata-se, assim, de um juízo de verdade real em detrimento do pensamento dogmático segundo o qual o que importa é se o licitante apresentou os documentos adequadamente, subtraindo-se o fato de esse mesmo licitante reunir ou não as condições de contratar com a Administração ao tempo da realização do certame.

2.1.3. PARTICIPAÇÃO DE CONSÓRCIOS

A Lei nº 8.666 estabelece a faculdade de a Administração prever nos editais de licitação a admissibilidade de participação de empresas consorciadas como forma de suprir as exigências de habilitação técnica e econômico-financeira.

Com efeito, “a possibilidade de formação de consórcios permite que as empresas somem suas experiências e possam atender às exigências editalícias ampliando a competitividade de licitações para as contratações de grande vulto” (FURTADO, 2015, p. 244-245).

1. O art. 33 da Lei de Licitações atribui à Administração a prerrogativa de admitir a participação de consórcios nas licitações.
2. A regra, no procedimento licitatório, é a participação de empresas individualmente em disputa umas com as outras, *permitindo-se a união de esforços quando*

questões de alta complexidade e de relevante vulto impeçam a participação isolada de empresas com condições de, sozinhas, atenderem todos os requisitos de habilitação exigidos no edital, casos em que a participação em consórcio ampliaria o leque de concorrentes (BRASIL, 2008f).

Portanto, cabe ao edital admitir a participação de consórcios e fixar as regras de tal participação.

E QUANDO O EDITAL FOR OMISSO? É PERMITIDA A PARTICIPAÇÃO DE CONSÓRCIO?

Há grande celeuma doutrinária acerca da necessidade de expressa previsão no edital permitindo a participação de consórcios em licitações públicas, tendo em vista a redação do art. 33 da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993): “quando permitida na licitação a participação...”

Para a doutrina majoritária – destacando-se Marçal Justen Filho, Jessé Torres Pereira Júnior e Carlos Ari Sundfeld –, o ato convocatório deveria não apenas autorizar expressamente a participação de consórcios como também estabelecer as regras regulamentadoras de tal participação.

Bockmann (2005, p. 5), por sua vez, pontua que Carlos Pinto Coelho Motta e Eliana Leão defendem que “o silêncio do edital quanto à admissibilidade de consórcio não pode ser entendido como vedação ou impedimento”. Desse modo, haveria a necessidade de previsão expressa apenas quando houvesse a vedação de participação de consórcios.

No âmbito das Cortes de Contas, destaca-se o entendimento do TCE/MG segundo o qual se admite “a participação de empresas reunidas em consórcio em certames promovidos pela Administração nos termos do art. 33 da Lei nº 8.666/1993, desde que haja disposição expressa no edital” (MINAS GERAIS, 2016a).

Em relação ao TCU, não há entendimento sedimentado sobre o assunto; todavia, com base na leitura da conclusão lançada no Acórdão nº 566/2006, percebe-se haver uma inclinação para a necessidade de motivação e previsão expressa tanto da admissão quanto da vedação de consórcio: “a aceitação de consórcios na disputa licitatória situa-se no âmbito do poder discricionário da administração contratante, conforme o art. 33, *caput*, da Lei nº 8.666/1993, requerendo-se, porém, que a sua opção seja sempre justificada” (BRASIL, 2006e).

No Acórdão nº 2.831/2012 – Plenário, o TCU firmou entendimento no sentido de reconhecer o dever de a Administração justificar, adequadamente, a eventual opção pela não permissão de participação de consórcios. Com efeito, a Administração não está absolutamente livre para optar pela permissão ou pela vedação da participação de consórcios nas licitações. Nesse sentido, consta da decisão do TCU que

devem ser consideradas as circunstâncias concretas que indiquem se o objeto apresenta vulto ou complexidade que torne restrito o universo de possíveis li-

citantes. Somente nessa hipótese, fica o administrador obrigado a autorizar a participação de consórcio de empresas no certame, com o intuito precípua de ampliar a competitividade e proporcionar a obtenção da proposta mais vantajosa (BRASIL, 2012h).

Admitida a participação, deve ser observado o art. 33 da LGL:

I – comprovação do *compromisso público ou particular de constituição de consórcio*, subscrito pelos consorciados;

II – *indicação da empresa responsável pelo consórcio que deverá atender às condições de liderança*, obrigatoriamente fixadas no edital;

III – apresentação dos documentos exigidos nos arts. 28 a 31 desta Lei por parte de cada consorciado, *admitindo-se, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada consorciado, e, para efeito de qualificação econômico-financeira, o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação*, podendo a Administração estabelecer, para o consórcio, um acréscimo de até 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para licitante individual, inexistente este acréscimo para os consórcios compostos, em sua totalidade, por micro e pequenas empresas assim definidas em lei;

IV – impedimento de participação de empresa consorciada, na mesma licitação, através de mais de um consórcio ou isoladamente;

V – *responsabilidade solidária dos integrantes* pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato (BRASIL, 1993, grifos nossos).

Note-se que cada empresa consorciada deve comprovar, individualmente, os requisitos estabelecidos para a habilitação jurídica e regularidade fiscal e trabalhista. *Admite-se a conjugação dos requisitos apenas para a capacidade técnica e econômica.*

O consórcio deve indicar a empresa líder, que necessariamente deverá ser empresa nacional. Cabe à empresa líder representar o consórcio perante a Administração.

A constituição efetiva do consórcio à luz da legislação aplicável (como os arts. 278 e 279 da Lei nº 6.404) (BRASIL, 1976b) e seu respectivo registro (art. 32 da Lei nº 8.934) (BRASIL, 1994) serão exigidos apenas por ocasião da assinatura do contrato.

2.2. JULGAMENTO

O julgamento é o ato por meio do qual se confrontam as ofertas, classificam-se os proponentes e escolhe-se o vencedor, a quem deverá ser adjudicado o objeto da licitação, para o subsequente contrato com a Administração.

Ressalte-se que tal julgamento não é discricionário. A Administração encontra-se vinculada aos critérios estabelecidos no ato convocatório; no interesse do serviço público, deve levar em conta fatores como qualidade, rendimento, preço, condições de pagamento, prazos e outros pertinentes à licitação. Trata-se do denominado julgamento objetivo (arts. 3º e 45).

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

§ 1º É vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes.

§ 2º Não se considerará qualquer oferta de vantagem não prevista no edital ou no convite, inclusive financiamentos subsidiados ou a fundo perdido, nem preço ou vantagem baseada nas ofertas dos demais licitantes.

§ 3º Não se admitirá proposta que 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 (BRASIL, 1993).

Portanto, o julgamento das propostas é objetivo, devendo a comissão de licitação realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle. Com efeito, devem ser desclassificadas as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório.

Após a desclassificação das propostas inadequadas, a comissão de licitação deve promover, dentre as propostas que atendam ao ato convocatório, a ordem de classificação em vista do tipo de licitação então definido. A importância da ordem de classificação sobreleva-se em razão do disposto no art. 50 da LGL: “a Administração não poderá celebrar o contrato com preterição da ordem de classificação das propostas ou com terceiros estranhos ao procedimento licitatório, sob pena de nulidade” (BRASIL, 1993).

2.2.1. PREÇO DE REFERÊNCIA X PREÇO MÁXIMO

O *preço de referência* é o valor estimado para a licitação (art. 7º, § 2º, II, c/c o art. 40, § 2º, II, da Lei nº 8.666) (BRASIL, 1993).

O *preço máximo*, por sua vez, é o patamar máximo de valor admitido para a aceitabilidade da proposta (art. 40, X, da Lei nº 8.666) (BRASIL, 1993). Note-se que a adoção do preço máximo é uma faculdade da Administração. Fixado o preço máximo, deverão ser desclassificadas as propostas cujos valores definitivos sejam superiores ao estipulado no edital.

“Orçamento” ou “valor orçado” ou “valor de referência” ou simplesmente “valor estimado” não se confunde com “preço máximo”. O “valor orçado”, a depender de previsão editalícia, pode eventualmente ser definido como o “preço máximo” a ser praticado em determinada licitação, mas não necessariamente. Num dado certame, por exemplo, o preço máximo poderia ser definido como o valor orçado acrescido de determinado percentual (BRASIL, 2011j).

2.2.1.1. A PUBLICIDADE DO PREÇO DE REFERÊNCIA

O orçamento deverá ser elaborado em quaisquer situações, haja vista o disposto na Lei nº 8.666/1993, especificamente em seu art. 7º, § 2º, II, c/c o art. 40, § 2º, II, devendo, pois, obrigatoriamente, constar dos autos do procedimento licitatório.

Para as modalidades licitatórias previstas na Lei nº 8.666, conforme dispõe o art. 40, § 2º, II, o orçamento detalhado deverá ser, necessariamente, divulgado no ato convocatório, contemplando o preço estimado e, se for o caso, o preço máximo que a Administração se dispõe a pagar.

No caso do pregão, a jurisprudência do TCU acena no sentido de que a divulgação do valor orçado é facultativa. Contudo, se o valor de referência for estabelecido como “preço máximo”, deverá haver a divulgação no ato convocatório (BRASIL, 2011i).

2.2.2. A QUESTÃO DA INEXEQUIBILIDADE DA PROPOSTA

Uma das hipóteses de desclassificação de proposta previstas na LGL é inexecuibilidade dos preços ofertados.

De acordo com o art. 48, inciso II (BRASIL, 1993), consideram-se inexecuíveis os preços cuja viabilidade não venha a ser demonstrada mediante documentação apta a comprovar que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato.

A lei apresenta um parâmetro para a configuração da manifesta inexecução quando se trata de licitações de menor preço para obras e serviços de engenharia:

INEXEQUILIDADE DA PROPOSTA (art. 48, II, § 1º, da LGL)

São inexecutáveis as propostas cujos valores sejam inferiores a 70% do menor dos seguintes valores:

- a) média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% do valor orçado pela administração, ou;
- b) valor orçado pela administração.

ATENÇÃO

Caso o valor global da proposta dos licitantes classificados seja inferior a 80% do menor valor a que se refere o art. 48, II, § 1º, da LGL, será exigida, para a assinatura do contrato, a prestação de garantia adicional, entre as modalidades previstas no § 1º do art. 56, igual à diferença entre o valor parâmetro de aferição de inexecução (art. 48, II, § 1º) e o valor da correspondente proposta.

No TCU há entendimento consagrado na *Súmula nº 262* (BRASIL, 2010m) no sentido de que a configuração de uma das hipóteses previstas no art. 48, § 1º, da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993) constitui *presunção relativa de inexecução*, devendo ser assegurada à licitante a demonstração de sua viabilidade comercial.

O critério definido no art. 48, inciso II, § 1º, alíneas “a” e “b”, da Lei nº 8.666/1993 conduz a uma *presunção relativa de inexecução de preços*, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a execução da sua proposta (BRASIL, 2010m).

Ainda que o art. 48, II, § 1º, da LGL (BRASIL, 1993) se refira a “obras e serviços de engenharia”, o TCU sedimentou o entendimento de que os parâmetros veiculados em tal dispositivo se aplicam a todo e qualquer tipo de objeto (compras e demais serviços), inclusive à modalidade pregão (BRASIL, 2014i).

Assim, caso a comissão de licitação ou o pregoeiro constatare a ocorrência de situação de relativa inexecução da proposta, ser-lhe-á vedado desclassificar de pronto a proposta, devendo necessariamente conceder à licitante a oportunidade de afastar tal *presunção* mediante a comprovação da execução dos preços praticados (BRASIL, 2017b):

3. *Exceto em situações extremas nas quais se veja diante de preços simbólicos, irrisórios ou de valor zero, a teor do § 3º do art. 44, a norma não outorga à Administração poder para desclassificar proposta sem que esteja demonstrada, no procedimento licitatório, a incompatibilidade entre os custos dos insumos do proponente e os custos de mercado, bem como entre os seus coeficientes de produtividade e os necessários à execução do objeto.*

4. *Caso o edital conceda meios para que o proponente demonstre a viabilidade de seus preços, em atenção ao art. 48, inciso II, da Lei nº 8.666/1993, exigindo-lhe, v.g., a apresentação de composições de custo unitário ou facultando-lhe a juntada de cotações de fornecedores, a Administração terá à sua disposição instrumentos objetivos de aferição da exequibilidade da proposta. De outro lado, caso o instrumento convocatório não imponha a abertura de custos como requisito de aceitabilidade da proposta, deverá conferir ao licitante oportunidade de comprovar que os seus custos suportam os preços por ele ofertados, o que não impede, paralelamente, a adoção das medidas previstas no § 3º do art. 29 da IN/SLTI nº 2/2008 (BRASIL, 2011, grifos nossos).*

Tratando-se de licitações para contratação de serviços, continuados ou não, o item 9.4 do Anexo VII-A da Instrução Normativa MPDG nº 05/2017 (BRASIL, 2017a), estabelece procedimentos e diretrizes para comprovação da exequibilidade das propostas, caso haja dúvida da comissão ou do pregoeiro, ou diante de questionamento de outro licitante.

É importante lembrar que, em situações excepcionais, admite-se a desclassificação da proposta quando os preços ofertados configurarem “valor irrisório” (conforme o § 3º do art. 44 da Lei nº 8.666/1993), gerando uma presunção *absoluta* de inexecuibilidade (BRASIL, 2011).

2.2.3. EXIGÊNCIA DE AMOSTRAS

A finalidade da amostra é permitir à Administração aferir a compatibilidade material entre o objeto ofertado pelo licitante e a solução hábil a satisfazer sua necessidade.

É cabível a exigência de amostra quando uma análise meramente formal da proposta não é suficiente para conferir segurança à Administração quanto à adequação do objeto ofertado pelo particular.

Desde que devidamente justificada no processo licitatório, será possível exigir amostra, *devendo a Administração estabelecer, no ato convocatório, critérios objetivos, detalhadamente especificados, de apresentação e avaliação*, bem como de julgamento técnico e de motivação das decisões relativas às amostras apresentadas (BRASIL, 2011m, grifo nosso).

A amostra, por integrar a própria proposta, somente poderá ser exigida na fase de julgamento das propostas, sendo ilegal sua exigência na fase de habilitação (BRASIL, 2008g).

No caso da modalidade pregão (tanto na forma presencial quanto na eletrônica), a exigência de apresentação de amostras é admitida apenas na fase de classificação das propostas e somente do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar³⁸.

2.2.4. A DESISTÊNCIA DE PROPOSTAS

De acordo com o § 6º do art. 43 da LGL (BRASIL, 1993), após a fase de habilitação, não cabe desistência de proposta, salvo por motivo decorrente de fato superveniente (ocorrido em data posterior ao ato de habilitação) e aceito pela comissão de licitação.

A fase de habilitação encerra-se tão logo seja realizada a sessão pública para a abertura dos envelopes contendo as propostas.

2.2.5. O EMPATE ENTRE PROPOSTAS

No caso de empate entre duas ou mais propostas, a classificação faz-se obrigatoriamente por sorteio em ato público para o qual todos os licitantes são convocados, vedado qualquer outro processo (art. 45, § 2º) (BRASIL, 1993).

2.2.6. A DESCLASSIFICAÇÃO DE TODAS AS PROPOSTAS

Quando *todos* os licitantes forem inabilitados ou *todas* as propostas forem desclassificadas, a Administração poderá fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis para a apresentação de nova documentação ou de outras propostas escoimadas das causas que implicaram a inabilitação ou a desclassificação (art. 48, § 3º) (BRASIL, 1993).

O dispositivo pressupõe a desclassificação de *todas* as propostas ou a inabilitação de *todos* os licitantes. Se um único licitante preencher os requisitos estabelecidos no edital, não se deve admitir o saneamento dos vícios pelos demais. Além disso, a regra não pode ser aplicada relativamente a licitantes já excluídos em outras fases no curso da licitação (BRASIL, 2006f).

³⁸ Nesse sentido, ver Acórdãos TCU nºs 1.291/2011 (BRASIL, 2011n) e 2.368/2013 (BRASIL, 2013j).

Note-se que a aplicação de tal regra é facultativa para a Administração, que deve avaliar a conveniência de sua utilização³⁹. A competência para determinar aplicação do art. 48, § 3º, da LGL, é, em regra, da autoridade superior que autoriza a realização do certame e não da comissão de licitação; contudo, é admitida a delegação dessa competência, de preferência, no próprio ato convocatório (JUSTEN FILHO, 2014, p. 881).

Por envolver a decisão de desclassificação ou inabilitação, é cabível recurso em relação à aplicação do art. 48, § 3º, da LGL. De acordo com Justen Filho (2014, p. 884), “os dois prazos (para eventual recurso e para solucionar os defeitos) terão início e curso simultâneo. Interposto o recurso, suspende-se o prazo do art. 48, § 3º. Se o recurso vier a ser rejeitado, o curso do prazo do aludido dispositivo voltará a correr”.

O TCU entende ser possível adotar a regra do art. 48, § 3º nas licitações processadas pela modalidade pregão, desde que seja aplicada alternativamente, quando todos os licitantes forem desclassificados ou quando todos forem inabilitados, podendo participar da repetição apenas os participantes da fase respectiva, excluindo-se os já eliminados em fase anterior do certame (BRASIL, 2013k).

No caso da modalidade convite, é *facultado* à Administração reduzir o prazo de apresentação de novos documentos ou propostas para *três dias úteis*.

2.2.7. O PRAZO DE VALIDADE DAS PROPOSTAS

Estabelece o § 3º do art. 64 da LGL (BRASIL, 1993) que, decorridos 60 dias da data da entrega das propostas, sem convocação para a contratação, ficam os licitantes liberados dos compromissos assumidos. Ou seja, os licitantes ficam vinculados aos termos da proposta até o prazo de 60 dias de sua apresentação.

Transcorrido o prazo – em razão da demora seja na conclusão do certame, seja na convocação do licitante vencedor para a assinatura do contrato –, ao serem consultados acerca do interesse em prorrogar o prazo de validade das propostas, os licitantes poderão ou não aceitar a revalidação, não havendo, em caso de desistência, que se falar na aplicação de sanção.

³⁹ “O disposto no art. 48, § 3º, da Lei 8.666/1993 é de aplicação facultativa e não impede que a administração, em vez de empregá-lo, repita o certame com abertura de nova sessão pública para apresentação de propostas por maior número de licitantes” (BRASIL, 2013k).

Na modalidade pregão, o art. 6º da Lei nº 10.520 (BRASIL, 2002c) estabelece a possibilidade de o edital fixar prazo de validade das propostas inferior ou superior a 60 dias. Caso o ato convocatório seja omissivo, o prazo será de 60 dias.

2.3. CRITÉRIOS DE DIFERENCIAÇÃO E CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS NO JULGAMENTO DAS PROPOSTAS

A despeito da previsão contida no § 1º do art. 3º da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993) quanto à vedação de estabelecimento de cláusulas discriminatórias no julgamento das propostas, a legislação admite exceções para a consecução dos seguintes objetivos:

- a) *facilitação de acesso das microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP) ao mercado público*: art. 179 da CRFB (BRASIL, 1988) e art. 44 da Lei Complementar nº 123 (BRASIL, 2006c);
- b) *promoção do desenvolvimento nacional*: art. 3º, §§ 3º, 5º a 10, da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993):
 - direito de preferência na contratação de bens e serviços de informática;
 - critérios de desempate em prol de produtos produzidos no País;
 - estabelecimento de margem de preferência;
- c) *preferência na contratação de bens e serviços produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social*: art. 3º, § 2º, V, da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993).

Note-se que há uma *ordem sucessiva de preferência*, de acordo com o que dispõe o § 2º do art. 3º da LGL (BRASIL, 1993), devendo, portanto, ser observada a seguinte ordem na aplicação dos critérios de tratamento diferenciado em licitações públicas:

- 1º) licitantes enquadrados como microempresas e empresas de pequeno porte;
- 2º) licitantes que ofertem bens e serviços produzidos no País;
- 3º) licitantes que ofertem bens e serviços produzidos ou prestados por empresas brasileiras;
- 4º) licitantes que ofertem bens e serviços produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País;
- 5º) licitantes que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação.

2.3.1. BENEFÍCIOS CONCEDIDOS ÀS MICROEMPRESAS (ME) E ÀS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE (EPP)

De acordo com o art. 44 da Lei Complementar nº 123 (BRASIL, 2006c), como critério de desempate, nas licitações é assegurada a preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

2.3.1.1. ENQUADRAMENTO (ART. 3º DA LC Nº 123/2006)

- a) *Microempresa (ME)*: auferir, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00;
- b) *Empresa de Pequeno Porte (EPP)*: auferir, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00⁴⁰.

Para fins de enquadramento da LC nº 123/2006, considera-se *receita bruta* o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos.

Embora o limite de receita bruta seja o principal critério de enquadramento, é preciso observar a eventual incidência das hipóteses de afastamento do direito aos benefícios que se encontram previstas no § 4º do art. 3º da LC nº 123/2006. Assim, ainda que a receita bruta da empresa se atenha aos limites constantes dos incisos I e II do art. 3º (até R\$ 4.800.000,00), estando efetivamente configurada uma das situações previstas no citado § 4º, não poderá a empresa valer-se dos benefícios previstos no Estatuto das ME/EPP, em especial do tratamento privilegiado nas licitações públicas.

2.3.1.2. COMPROVAÇÃO DO ENQUADRAMENTO

Em regra, a comprovação do enquadramento da licitante na condição de ME/EPP depende da forma prevista no ato convocatório, devendo ser observada a legislação específica, se houver.

No âmbito da Administração Pública Federal, basta a declaração do licitante (art. 13, § 2º, do Decreto nº 8.538) (BRASIL, 2015d). Assim, a declaração faz incidir uma

⁴⁰ Por meio da Lei Complementar nº 155/2016, foi alterada a redação do art. 3º, inciso II, da LC nº 123 (BRASIL, 2006c) que estabelece os limites mínimos e máximos de faturamento para o enquadramento de empresa como EPP, ficando alterado o limite máximo para R\$ 4.800.000,00. Contudo, conforme cláusula de vigência prevista no art. 11, III, da LC nº 155 (BRASIL, 2016g), tal alteração somente surtiu efeito a partir de 1º/1/2018.

presunção relativa de veracidade quanto ao enquadramento, de modo que seria admitida prova em contrário.

Por sua vez, nos termos do art. 8º da *Instrução Normativa DNRC nº 103, de 30/4/2007*: “a comprovação da condição de microempresa ou empresa de pequeno porte pelo empresário ou sociedade será efetuada mediante certidão expedida pela Junta Comercial” (BRASIL, 2007b). Contudo, para a emissão da referida certidão, a Junta Comercial não realiza exame substancial da adequação ou não do enquadramento, baseando-se exclusivamente na própria declaração do interessado. Exatamente em razão de tal procedimento, o TCU entendeu como indevida a exigência da certidão expedida pela Junta Comercial nos editais de licitação, sendo suficiente a autodeclaração do licitante “em respeito ao princípio do formalismo moderado” (BRASIL, 2016l).

No âmbito da Administração Pública Federal, a despeito de o § 2º do art. 13 do Decreto nº 8.538/2015 conferir presunção de veracidade à declaração de enquadramento apresentada pelo licitante, desde 2015 o TCU orienta os gestores públicos a realizarem diligências para verificação da regularidade de tal enquadramento, utilizando-se como instrumento, por exemplo, a consulta ao Portal da Transparência do Governo Federal, por meio do qual é possível consultar o volume de ordens bancárias efetivamente recebidas pelas empresas ao longo de cada ano-calendário (nesse sentido, ver os Acórdãos nºs 1.868/2015 e 1.875/2015, ambos do Plenário) (BRASIL, 2015n, 2015o).

Cumpra salientar que a quebra da presunção de veracidade do enquadramento somente será viável quando houver prova cabal em sentido contrário. Ou seja, se, mediante consulta ao Portal da Transparência do Governo Federal, se constatar que a empresa recebeu ordens bancárias em determinado ano-calendário cuja soma ultrapassou R\$ 4.800.000,00, é possível, desde já, concluir que o enquadramento é indevido, devendo o gestor público, inclusive, adotar as medidas cabíveis ao sancionamento da empresa que apresentou a declaração inverídica.

Frise-se que as diligências de verificação devem embasar-se na observação de pagamento efetivamente ocorrido, não sendo considerados como dados aptos a ilidir a presunção de veracidade da declaração os valores correspondentes aos contratos eventualmente firmados pela empresa em questão, porquanto haveria apenas mera expectativa de recebimento ao longo da execução contratual, não necessariamente circunscritos a um mesmo ano-calendário.

2.3.1.3. REPERCUSSÕES DA LC Nº 123/2006 NA FASE DE JULGAMENTO DAS PROPOSTAS: “EMPATE FICTO”

De acordo com o art. 44 da Lei Complementar nº 123/2006:

Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 1º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.

§ 2º Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço (BRASIL, 2006c, grifos nossos).

Portanto, a norma estabeleceu o chamado “empate ficto”, pois considera empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% superiores à proposta mais bem classificada (que não seja ofertada por ME ou EPP). Na modalidade de pregão, o intervalo percentual para a configuração do “empate ficto” é de até 5% superior ao melhor preço.

Diante do “empate ficto”, a ME ou a EPP mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior à da considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado.

Caso a ME ou a EPP mais bem colocada decline do direito de superar a proposta vencedora, serão convocadas as MEs ou as EPPs remanescentes, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito.

ATENÇÃO

Na modalidade pregão, havendo empate ficto, a ME ou a EPP mais bem classificada será convocada para apresentar nova proposta no prazo máximo de cinco minutos após o encerramento dos lances, sob pena de preclusão. Nas demais modalidades, o prazo para o exercício do direito deverá ser fixado no edital.

Havendo equivalência dos valores apresentados pelas MEs ou EPPs, será realizado sorteio entre elas para que se identifique a que primeiro poderá apresentar melhor oferta.

2.3.1.3.1. O MOMENTO DA CONFIGURAÇÃO DO “EMPATE FICTO” NA MODALIDADE PREGÃO

Apresentadas no tópico anterior as premissas concernentes ao “empate ficto”, quanto à modalidade pregão, é preciso questionar: em qual momento deve ser verificado pelo Pregoeiro se houve configuração de “empate ficto”? Após o registro do último melhor lance pela empresa não enquadrada como ME/EPP ou após a negociação de que trata o inciso XVII do art. 4º da Lei nº 10.520/2002?

A nosso ver, a questão é facilmente resolvida a partir da leitura do § 3º do art. 45 da LC nº 123/2006, segundo o qual a eventual configuração de “empate ficto” deverá ser aferida “após o encerramento da fase de lances”. A fase de lances é concluída tão logo se realize o melhor lance, quando os demais licitantes participantes da disputa declinam na oportunidade de registrar oferta “cobrindo” o então menor valor já consignado.

Portanto, deve ser aplicado o benefício às MEs e às EPPs assim que concluída a etapa de lances, sendo indevido oportunizar à empresa de médio ou grande porte a possibilidade de um novo lance ou a redução da então melhor oferta (a título de “negociação”) a fim de “fugir” ao intervalo de empate ficto (reduzindo o valor da oferta em 5,1%, por exemplo, em relação ao valor proposto pela ME/EPP).

Tal interpretação é a que melhor se amolda à previsão de tratamento diferenciado almejado pela CRFB no art. 170, IX, e pela LC nº 123/2006.

2.3.1.4. REPERCUSSÕES DA LC Nº 123/2006 NA FASE DE HABILITAÇÃO

De acordo com o art. 43 da Lei Complementar nº 123/2006:

Art. 43. As microempresas e empresas de pequeno porte, por ocasião da participação em certames licitatórios, deverão apresentar toda a documentação exigida para efeito de comprovação de regularidade fiscal, mesmo que esta apresente alguma restrição.

§ 1º Havendo alguma *restrição na comprovação da regularidade fiscal e trabalhista*⁴¹, será assegurado o prazo de cinco dias úteis, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado vencedor do certame, prorrogável por igual período, a critério da administração pública, para regularização da documentação, para pagamento ou parcelamento do débito e para emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa.

⁴¹ Frise-se que a LC nº 155 (BRASIL, 2016g) promoveu alteração na redação no § 1º do art. 43 da LC nº 123 (BRASIL, 2006c), incluindo a “regularidade trabalhista” como passível de regularização posterior pela ME ou pela EPP. Contudo, conforme cláusula de vigência prevista no art. 11, III, da LC nº 155/2016, tal alteração somente surtiu efeito a partir de 1º/1/2018.

§ 2º A não-regularização da documentação, no prazo previsto no § 1 deste artigo, implicará decadência do direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no art. 81 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, sendo facultado à Administração convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a assinatura do contrato, ou revogar a licitação (BRASIL, 2006c, grifo nosso).

Por sua vez, o art. 4º do Decreto nº 8.538/2015 apresenta regulamentação específica sobre o tema:

§ 2º Para aplicação do disposto no § 1º, o prazo para regularização fiscal será contado a partir:

I – da *divulgação do resultado da fase de habilitação*, na licitação na modalidade *pregão* e nas regidas pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas sem inversão de fases; ou

II – da *divulgação do resultado do julgamento das propostas*, nas modalidades de licitação previstas na Lei n 8.666, de 21 de junho de 1993, e nas regidas pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas com a inversão de fases (BRASIL, 2015d, grifos nossos).

A PROBLEMÁTICA DA NÃO EXIGÊNCIA DE BALANÇO PATRIMONIAL PARA ME/EPP

O art. 3º do Decreto nº 8.538/2015 contém uma inovação na ordem jurídica ao prever, inclusive, o afastamento de exigência de documentação relativa à qualificação econômico-financeira:

Art. 3º Na habilitação em licitações para o *fornecimento de bens para pronta entrega ou para a locação de materiais*, não será exigida da microempresa ou da empresa de pequeno porte a apresentação de balanço patrimonial do último exercício social (BRASIL, 2015d, grifo nosso).

Cumpra questionar a legalidade de tal previsão, pois, a pretexto de regulamentar a LC nº 123/2006, o Decreto nº 8.538/2015 inegavelmente inova na ordem jurídica ao eximir as MEs e as EPPs da apresentação de importante documento necessário, quando for o caso, à comprovação da qualificação econômico-financeira.

Há clara inovação na ordem jurídica, uma vez que o Estatuto da ME e da EPP não faz tal previsão de tratamento privilegiado. Logo, em se tratando de uma exceção à isonomia fundada em ato normativo secundário (decreto regulamentar), reputa-se ser ilegal o art. 3º desse decreto.

De todo modo, não se olvida que, especificamente em relação às empresas optantes do Simples Nacional, preconiza o art. 27 da LC nº 123 (BRASIL, 2006c) a possibilidade de adoção de “contabilidade simplificada para os registros e controles das operações realizadas, conforme regulamentação do Comitê Gestor”⁴².

⁴² O Comitê Gestor do Simples Nacional, através da Resolução CGSN no 28/2008 (BRASIL, 2008a), estabeleceu que a contabilidade simplificada deve atender as disposições previstas no Código Civil e nas Normas Brasileiras de Contabilidade editadas pelo Conselho Federal de Contabilidade. Por meio da

Nesse sentido, é juridicamente possível que a ME ou a EPP não ostente um balanço patrimonial propriamente dito, o que não significa que não tenha a obrigação legal de adotar uma escrituração contábil, mesmo que mais simples. Logo, ainda que considerássemos o disposto no art. 27 da LC nº 123/2006, não poderia o art. 3º do Decreto nº 8.538/2015 simplesmente afastar o ônus da ME ou da EPP de apresentar a comprovação de sua saúde e boa situação financeira, uma vez que tal demonstração pode ser feita por meio de sua escrituração simplificada, caso tal empresa não adote balanço patrimonial.

2.3.1.5. OUTROS BENEFÍCIOS PREVISTOS NA LC Nº 123/2006

A LC nº 123/2006 prevê, ainda, alguns benefícios à ME e à EPP. Conforme os incisos I, II e III do *caput* do seu art. 48, a administração pública:

I – *deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);*

II – *poderá, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte;*

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 (BRASIL, 2006c, grifos nossos).*

Saliente-se que a redação dos incisos I e III do citado art. 48 foi alterada por força da LC nº 147/2014, no sentido de estabelecer como obrigatoria (e não mais facultativa) a observância dos respectivos benefícios.

O § 3º do art. 48 (BRASIL, 2006c), por sua vez, estabelece a possibilidade (e não a obrigatoriedade) de prioridade de contratação para as MEs ou EPPs *sediadas local ou regionalmente*⁴³, até o limite de 10% do melhor preço válido (espécie de “empate ficto” e ordem de preferência entre ME e EPP).

Resolução CFC nº 1.418/12 (CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE, 2012), foi aprovada a ITG 1000 – Modelo Contábil para Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, que trata dos critérios e procedimentos simplificados a serem observados por ME/EPP.

⁴³ Nos termos do § 2º do art. 1º do Decreto nº 8.538 (BRASIL, 2015d), considera-se: a) âmbito local: limites geográficos do Município onde será executado o objeto da contratação; b) âmbito regional: limites geográficos do Estado ou da região metropolitana, que podem envolver mesorregiões ou microrregiões, conforme definido pelo IBGE.

2.3.1.5.1. LICITAÇÃO EXCLUSIVA

De acordo com o inciso I do art. 48 da LC nº 123/2006, a Administração deverá realizar licitação com participação exclusiva de ME/EPP quando o valor estimado for de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) para a contratação de bem, serviço ou obra, conforme critério de julgamento adotado (“por item”, “por grupo” ou “global”).

Caso o objeto seja a prestação de serviços contínuos em se que admite a prorrogação contratual, consoante entendimento do TCU (BRASIL, 2016m), o limite de contratação no valor de R\$ 80.000,00 tem como parâmetro apenas o exercício financeiro inicial da contratação, não podendo ser considerados para a aferição do montante os valores correspondentes às eventuais prorrogações contratuais.

Ainda quanto à compreensão da incidência do limite de valor para a aplicação do benefício, o TCU, no Acórdão nº 2.957/2011 – Plenário (BRASIL, 2011x), concluiu que, nas licitações exclusivas para ME/EPP para registro de preços, o somatório de todas as contratações (aí inclusos os quantitativos previstos para o Órgão Gerenciador e os Órgãos Participantes), não poderá ultrapassar o patamar de R\$ 80.000,00. Em decorrência disso, caso o somatório dos quantitativos não alcance R\$ 80.000,00, deverá o Órgão Gerenciador limitar eventuais adesões tardias à ARP (“caronas”) quando atingido tal patamar.

2.3.1.5.2. COTA “RESERVADA”

Conforme preconiza o inciso III do art. 48 da LC nº 123/2006, para a aquisição de bens de natureza divisível, de acordo com o critério de julgamento adotado (“por item”, “por grupo” ou “global”), desde que não haja prejuízo ao conjunto ou complexo da contratação pretendida, a Administração deverá estabelecer cota reservada de participação exclusiva de ME/EPP de até 25% do quantitativo do objeto. Note-se que o benefício está relacionado ao objeto em si (aquisição de bem), sendo aplicável também nos casos de adjudicação “global” ou “por grupo”.

Segundo esse dispositivo legal, não se admite a cota reservada para a contratação de serviços e obras. Da mesma forma, por uma questão de coerência interpretativa, não se aventa a adoção de cota reservada quando o valor estimado do objeto for de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), tendo em vista a aplicação do benefício da licitação exclusiva previsto no inciso I do art. 48.

A adoção de cota reserva implica a instituição de um “item” ou “grupo” à parte no qual se admite apenas a participação de ME/EPP. Dessa forma, diante do benefício previsto no inciso III, teríamos para um mesmo objeto duas cotas para um mesmo objeto: a “cota principal” (de ampla participação) e a “cota reservada” (de participação exclusiva para ME/EPP). Logo, não há impedimento de que uma mesma ME ou EPP venha a se sagrar vencedora das duas cotas. Em tal caso, conforme previsão contida no § 3º do art. 8º do Decreto nº 8.538/2015, “se a mesma empresa vencer a cota reservada e a cota principal, a contratação das cotas deverá ocorrer pelo menor preço” (BRASIL, 2015d).

Ainda que a cota reservada represente um item/grupo a parte, há uma relação de dependência face à “cota principal”, de modo que, de acordo com o § 2º do art. 8º do Decreto nº 8.538/2015, “na hipótese de não haver vencedor para a cota reservada, esta poderá ser adjudicada ao vencedor da cota principal ou, diante de sua recusa, aos licitantes remanescentes, desde que pratiquem o preço do primeiro colocado da cota principal” (BRASIL, 2015d).

O inciso III do art. 48 não estabelece um percentual fixo e inexorável de 25%, tratando, pois, de um limite máximo (“cota de até 25%”), admitindo-se, assim, o estabelecimento de cota de reserva com percentual inferior a 25%.

Ainda quanto ao percentual de composição da cota reservada, mencione-se entendimento doutrinário⁴⁴ e de alguns membros da AGU no sentido de considerar que a expressão “até”, utilizada no inciso III, tem por finalidade “modular o percentual da cota reservada, visando adequá-lo ao teto definido para exclusividade de participação na licitação – R\$ 80.000,00 (inciso I do art. 48 da LC), sob pena de subversão do equilíbrio de interesses e princípios, contemplado na LC citada” (Parecer nº 00573/2016/CONJUR-MD/CGU/AGU). De acordo com tal linha de compreensão, à qual nos filiamos, o valor de R\$ 80.000,00 seria o patamar máximo de composição da cota reservada, independentemente do valor da cota principal.

Em sentido contrário, em recente decisão exarada em caso concreto, o TCU concluiu que “não há, na LC nº 123/2006, e no decreto que a regulamenta, determinação no sentido de que a aplicação da cota de 25%, de que trata o inciso III do art. 48 da referida lei, estaria limitada à importância de R\$ 80.000,00, prevista no inciso I do referido dispositivo, razão pela qual não procede o entendimento

⁴⁴ Nesse sentido, ver Niebuhr (2016) e Torres (2017, p. 1.030-1.032).

de que esses incisos devem ser interpretados de forma cumulativa” (BRASIL, 2018f).

2.3.1.6. AFASTAMENTO DA OBRIGATORIEDADE DE CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS PREVISTOS NO ART. 48 DA LC Nº 123/2006

O art. 49 da LC nº 123/2006 estabelece hipóteses que, uma vez configuradas, autorizam o afastamento da aplicação dos benefícios devidos à ME e à EPP:

- a) não houver um *mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como ME/EPP* sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;
- b) 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;*
- c) a *licitação for dispensável ou inexigível*, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666/1993, 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 (BRASIL, 2006c, grifos nossos).

Em todo caso, a incidência de fato de uma das hipóteses previstas no art. 49 da mencionada lei complementar deverá ser certificada e justificada nos autos do processo licitatório, devendo o afastamento do benefício ser deliberado pela autoridade competente.

2.3.2. DIREITO DE PREFERÊNCIA NA CONTRATAÇÃO DE BENS E SERVIÇOS DE INFORMÁTICA (ART. 3º DA LEI Nº 8.248/1991)

De acordo com o art. 3º da Lei nº 8.248/1991⁴⁵ (regulamentado pelo Decreto nº 7.174/2010) (BRASIL, 2010b), nas licitações para a contratação de bens e serviços de informática e automação, *havendo empate nominal entre as propostas e, se for o*

⁴⁵ Art. 3º Os órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta ou indireta, as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público e as demais organizações sob o controle direto ou indireto da União darão preferência, nas aquisições de bens e serviços de informática e automação, observada a seguinte ordem, a: I – bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País; II – bens e serviços produzidos de acordo com processo produtivo básico, na forma a ser definida pelo Poder Executivo (BRASIL, 1991).

caso, após aplicados os benefícios concedidos às MEs e às EPPs previstos na LC nº 123 (BRASIL, 2006c), será observada a seguinte ordem:

- I – bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País e produzidos de acordo com o Processo Produtivo Básico (PPB), na forma definida pelo Poder Executivo Federal;
- II – bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País; e
- III – bens e serviços produzidos de acordo com o PPB, na forma definida pelo Poder Executivo Federal.

A PROBLEMÁTICA DO “EMPATE FICTO” PREVISTO NO DECRETO Nº 7.174/2010 PARA O EXERCÍCIO DO DIREITO DE PREFERÊNCIA

A partir da leitura objetiva do art. 3º da Lei nº 8.248 (BRASIL, 1991), em conjunto com a atual redação do § 2º, art. 3º da LGL (BRASIL, 1993), depreende-se que, em se tratando de licitações para aquisição de bens e serviços de informática e automação, o exercício do direito de preferência (como critério de desempate) somente ocorrerá diante do empate nominal dos valores das propostas.

Contudo, não obstante destinar-se à regulamentação do art. 3º da Lei nº 8.248/1991, o art. 8º, II, do Decreto nº 7.174 (BRASIL, 2010b) inova na ordem jurídica ao estabelecer a aplicação do direito de preferência às ofertas de produtos nacionais cujo valor seja até 10% acima da melhor proposta válida.

Com efeito, o decreto regulamentar estabelece uma espécie de “empate ficto” para viabilizar o direito de preferência, de modo que, caso uma empresa que cote um produto enquadrado no art. 3º da Lei nº 8.248/1991 ofereça um valor até 10% da melhor proposta, poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, ou seja, “cobrir” o valor da melhor proposta até então.

Parte da doutrina entende que a inovação contida no art. 8º, II, do Decreto nº 7.174/2010 é ilegal, uma vez que, tratando-se de decreto regulamentar, nos termos do art. 84, IV, da CRFB (BRASIL, 1988), extrapola os limites da lei cuja execução pretende regulamentar: a Lei nº 8.248/1991.

2.3.3. CRITÉRIOS DE DESEMPATE EM PROL DE PRODUTOS PRODUZIDOS NO PAÍS

Com o objetivo de utilizar a licitação para promover a alavancagem do desenvolvimento nacional, no § 2º do art. 3º da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993) estabeleceu-se critério de desempate relativo a *bens e serviços*:⁴⁶

- a) produzidos no País;
- b) produzidos ou prestados por empresas brasileiras;

⁴⁶ Entre todos, destaca-se Bittencourt (2015, p. 97): “sublinhe-se que o decreto inova irregularmente em relação ao art. 3º da Lei nº 8.248/1991, prevendo critério (o dos 10%) não mencionado no diploma”.

c) produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País.

Assim, *havendo empate nominal entre as propostas*, deve-se dar preferência à contratação de bens e serviços, conforme a ordem prevista acima.

2.3.4. POSSIBILIDADE DE ESTABELECIMENTO DE MARGENS DE PREFERÊNCIA

Além desse critério de desempate, por força do § 5º, art. 3º, da LGL (BRASIL, 1993), poderá haver previsão de aplicação de *margem de preferência comum e adicional* para produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras.

Tais margens de preferência serão definidas pelo Poder Executivo Federal, não podendo a soma delas ultrapassar o montante de 25% sobre o preço dos produtos manufaturados e serviços estrangeiros.

Assim, adotada a margem de preferência, ainda que o produto “nacional” seja cotado com valor acima do produto produzido no exterior, será preferencial a sua contratação, desde que o valor esteja dentro do percentual estabelecido a título de margem de preferência. Conforme dispõe o § 10, art. 3º da LGL (BRASIL, 1993), a margem de preferência poderá ser estendida, total ou parcialmente, aos bens e serviços originários dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul (Mercosul).

De acordo com o Decreto nº 7.546/2011 (BRASIL, 2011c), a adoção das margens de preferência é obrigatória para os órgãos e entidades federais vinculados ao Poder Executivo Federal.

Logo, a adoção de margens de preferência é *facultativa* em relação aos demais Poderes da União e instituições autônomas (Legislativo, Judiciário, Ministério Público e Tribunal de Contas), aos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Por fim, vale salientar que o direito de preferência e os critérios de desempate em prol de bens e serviços produzidos no Brasil serão aplicados somente após a observância das regras de “empate ficto” estabelecidas para as MEs e as EPPs (art. 3º, § 14, da LGL) (BRASIL, 1993).

2.3.5. PREFERÊNCIA NA CONTRATAÇÃO DE EMPRESAS EMPREGADORAS DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Dispõe o art. 3º, § 2º, V, da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993) que, diante de empate nominal entre as propostas, será assegurada preferência aos bens e serviços

“produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação”. Tal previsão foi inserida pela Lei nº 13.146 (BRASIL, 2015c), denominada “Estatuto da Pessoa com Deficiência”, com o intuito de utilizar a licitação como instrumento social de proteção e inclusão das pessoas portadoras de deficiência no mercado de trabalho.

Foi, também, prevista, a possibilidade de estabelecimento de margem de preferência para tal caso (inciso II, § 5º, do art. 3º da LGL).

Constata-se, contudo, que a aplicabilidade prática do direito de preferência depende de regulamentação, uma vez que a redação do art. 3º, § 2º, V, da Lei nº 8.666 (BRASIL, 2013), por si só, não oferece condições para a efetiva concessão do benefício em sede de licitações, notadamente no que tange à forma de comprovação por parte das empresas licitantes do cumprimento da reserva de cargos para pessoa com deficiência.

Vale lembrar que a Lei nº 13.146 (BRASIL, 2015c) introduziu o art. 66-A na LGL (BRASIL, 1993), estabelecendo a exigência de que as empresas que usufruírem do benefício em questão deverão manter as respectivas condições de concessão durante todo o período de execução do contrato, cabendo à Administração o dever de fiscalizar.

2.4. HOMOLOGAÇÃO

A homologação é o ato de controle pelo qual a autoridade competente, a quem incumbir a deliberação final sobre o julgamento, concorda e confirma os atos realizados pela comissão de licitação ou pelo pregoeiro.

A autoridade competente deverá ser hierarquicamente superior à comissão de licitação e ao pregoeiro, a qual, em regra, é aquela que determinou a abertura da licitação, mas poderá ser qualquer outra indicada no edital, no regulamento ou na lei.

A concordância refere-se a dois aspectos: à *legalidade* dos atos praticados pela comissão de licitação e à *conveniência* de ser mantida a licitação (FURTADO, 2015, p. 268).

Após a remessa dos autos administrativos pela comissão de licitação, a autoridade terá diante de si quatro alternativas:

- 1) confirmar o julgamento, homologando-o;
- 2) ordenar a retificação da classificação no todo ou em parte, se verificar irregularidade corrigível no julgamento;
- 3) anular o julgamento, ou todo o procedimento licitatório, em caso de irregularidade insanável e prejudicial ao certame em qualquer fase da licitação; ou
- 4) revogar a licitação por razões de interesse público em virtude de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta.

2.4.1. REVOGAÇÃO E ANULAÇÃO DA LICITAÇÃO

De acordo com o art. 49 da LGL (BRASIL, 1993), a autoridade competente para a aprovação do procedimento somente pode *revogar* a licitação por razões de interesse público em virtude de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta e, de ofício ou por provocação de terceiros, deve *anulá-la* por ilegalidade mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

ANULAÇÃO: invalidação da licitação por motivo de *vício de legalidade*.

REVOGAÇÃO: desfazimento da licitação em razão da ocorrência de *fato superveniente*, quando o certame se mostrar *inconveniente ou inoportuno à consecução do interesse público*.

Assim, enquanto a *anulação* decorre da existência de vício de legalidade, a *revogação* ocorre no âmbito da discricionariedade administrativa, por razões de conveniência e oportunidade, e desde que haja motivo superveniente devidamente comprovado e pertinente. Observe-se que, tanto a anulação quanto a revogação podem ocorrer no curso do procedimento licitatório.

O § 3º do art. 49 aduz que “no caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa” (BRASIL, 1993).

Em relação ao momento da garantia de contraditório prévio, é oportuno pontuar a existência de entendimentos distintos entre o STJ e o TCU, notadamente nos casos de revogação e anulação no curso do procedimento licitatório.

Para o STJ, somente deve ser observado o contraditório prévio se a licitação que se pretende anular ou revogar já foi homologada e teve adjudicado o seu objeto

ou “em casos de revogação ou de anulação onde o licitante seja apontado, de modo direto ou indireto, como tendo dado causa ao proceder o desfazimento do certame” (BRASIL, 2001c).

O TCU, por sua vez, no Acórdão nº 455/2017 – Plenário, entende que “constatada a ocorrência de fato superveniente capaz de suportar o desfazimento do processo licitatório por inconveniência e/ou inoportunidade, a Administração deve comunicar aos licitantes a intenção de revogação, oferecendo-lhes direito ao contraditório e à ampla defesa prévios, em prazo razoável, para que defendam a licitação deflagrada e/ou demonstrem que não cabe o pretendido desfazimento, antes de a Administração tomar a decisão de forma motivada” (BRASIL, 2017d).

Com efeito, alinhamo-nos à posição do TCU, mais consentânea com a ideia de uma Administração Pública substancialmente transparente, na qual se observa a devida procedimentalização e motivação para a formação dos atos decisórios que, de modo direto ou indireto, repercutirão nos interesses dos administrados.

2.5. ADJUDICAÇÃO

A *adjudicação* é o ato pelo qual a autoridade administrativa entrega formalmente o objeto ao vencedor da licitação e convoca-o para a assinatura do contrato.

Caso o licitante vencedor não assine o termo de contrato (ou seu equivalente), a Administração pode convocar os licitantes remanescentes, em ordem de classificação, para fazê-lo em igual prazo e nas mesmas condições propostas pelo primeiro classificado, inclusive quanto ao preço (art. 64, § 2º, da Lei nº 8.666) (BRASIL, 1993).

Ressalte-se que, na licitação modalidade *pregão*, caso o licitante vencedor não assine o contrato ou não atenda às exigências habilitatórias, serão convocados os licitantes remanescentes, devendo o pregoeiro analisar a proposta de cada um, mesmo que esteja acima do licitante vencedor (art. 4º, XVI e XXIII, da Lei nº 10.520) (BRASIL, 2002c).

CONVOCAÇÃO DE LICITANTES REMANESCENTES APÓS A ASSINATURA DO CONTRATO

Caso o licitante já tenha assinado o contrato, mas se recuse a iniciar a execução, seria possível aplicar analogicamente, de acordo com o TCU, o art. 64, § 2º, c/c art. 24, XI, da LGL, para contratar licitante remanescente, observada a ordem de classificação, desde que o novo contrato tenha os mesmos prazos e as mesmas condições propostas pelo primeiro colocado (BRASIL, 2016h).

Na hipótese do licitante que, após a assinatura do contrato e início da execução, se recusa a continuar a execução, seria cabível a contratação direta a que se refere o inciso XI, art. 24, da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993), pela qual são convocados, na ordem de classificação, os licitantes remanescentes para firmar contrato nas mesmas condições do licitante vencedor.

2.6. RECURSOS

Em relação à etapa externa da licitação, de acordo com o art. 109, I, alíneas “a”, “b” e “c”, da LGL (BRASIL, 1993), cabe *recurso administrativo* contra atos decisórios da Administração nos casos de:

- a) habilitação ou inabilitação do licitante;
- b) julgamento das propostas;
- c) anulação ou revogação da licitação;
- d) indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento;
- e) rescisão unilateral do contrato (art. 79, I, da LGL);
- f) no âmbito dos contratos administrativos, aplicação das penas de advertência, suspensão temporária ou de multa.

Especificamente em relação à declaração de inidoneidade (art. 87, IV, da LGL), cabe *pedido de reconsideração*, de decisão de Ministro de Estado, ou Secretário estadual ou municipal, conforme o caso, no prazo de 10 dias úteis da intimação do ato.

2.6.1. PRAZOS

O prazo para a interposição dos *recursos administrativos* é de 5 dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata. A intimação deve ser feita mediante publicação na imprensa oficial, salvo nos casos de habilitação e julgamento das propostas, se presentes os prepostos dos licitantes no ato em que foi adotada a decisão, quando poderá ser feita por comunicação direta aos interessados e lavrada em ata.

Uma vez interposto, o recurso é comunicado aos demais licitantes, que podem apresentar suas contrarrazões no prazo de 5 dias úteis.

ATENÇÃO

Na modalidade convite, é de apenas dois dias úteis o prazo para a interposição de recurso e apresentação de contrarrazões em face da decisão referente às fases de habilitação e julgamento das propostas.

No curso do procedimento licitatório, há, portanto, duas oportunidades para a interposição de recurso: após a fase de habilitação ou após a fase de julgamento das propostas. Uma vez divulgados os respectivos resultados, abre-se, automaticamente, o prazo para o oferecimento das peças recursais. Pode ou não haver a interposição de recurso nesse prazo. Havendo recurso, os demais licitantes serão comunicados para, em até cinco dias úteis, oferecerem contrarrazões.

ATENÇÃO

Para fins de celeridade do certame, é possível suprimir a necessidade de transcurso do prazo recursal para a conclusão das fases de habilitação e julgamento das propostas, desde que todos os licitantes participantes renunciem expressamente ao direito de interpor recurso (art. 43, III, da LGL) (BRASIL, 1993). Exemplo: na sessão para a divulgação da decisão da comissão de licitação acerca da fase de habilitação, todos os licitantes presentes desistem expressamente da possibilidade de recurso. Diante disso, na mesma sessão, a comissão pode proceder à abertura dos envelopes contendo as propostas.

2.6.2. EFEITO SUSPENSIVO

Haverá efeito suspensivo *automático* somente para os recursos interpostos contra a decisão da comissão de licitação referente às fases de habilitação e julgamento das propostas. Para os demais recursos, é facultado à autoridade competente, motivadamente e presentes razões de interesse público, atribuir efeito suspensivo ao recurso interposto.

2.6.3. FORMALIDADES E PROCEDIMENTO DO JULGAMENTO

De acordo com § 4º do art. 109, da LGL, “o recurso será dirigido à autoridade superior, por intermédio da que praticou o ato recorrido” (BRASIL, 1993). Ou seja, a

peça, contendo as razões recursais, deve ser endereçada à autoridade que proferiu a decisão objeto do recurso, devendo haver expresso pedido de que, na hipótese de não reconsideração da decisão, os autos sejam remetidos à autoridade hierarquicamente superior para o efetivo julgamento do recurso.

Portanto, a autoridade que proferiu a decisão não é competente para realizar o *julgamento* do recurso. Na verdade, como existe a possibilidade de reconsideração, caso a autoridade recorrida mantenha sua decisão, deve apenas apresentar informações nos autos administrativos para subsidiar o julgamento da autoridade superior.

Uma vez protocolado o recurso, a autoridade recorrida deve manifestar-se no prazo máximo de 5 dias úteis. Se reconsiderar sua decisão, deverá realizar os atos decorrentes. Se mantiver a decisão, deverá apresentar as informações e “fazer subir” o recurso (*efeito devolutivo*), ou seja, encaminhá-lo à autoridade superior.

Recebidos os autos, a autoridade superior deve proferir decisão sobre o recurso (julgamento) no prazo máximo de 5 dias úteis, sob pena de responsabilidade.

3. PROCEDIMENTO DO PREGÃO

O procedimento na modalidade *pregão* caracteriza-se pela *inversão de fases* de habilitação e julgamento de propostas, em razão da possibilidade de lances.

Conforme o art. 9º da Lei nº 10.520 (BRASIL, 2002c), aplica-se à modalidade *pregão*, subsidiariamente, as normas da Lei nº 8.666. Dessa forma, quando a Lei do *Pregão* for omissa relativamente a algum aspecto procedimental ou se referir a algum termo ou instituto jurídico definido pela LGL (como, por exemplo, “qualificações técnicas e econômico-financeiras”), deverá ser aplicada a Lei nº 8.666/1993.

Assim, em relação à etapa interna e ao conteúdo das fases de divulgação do edital, habilitação, julgamento das propostas (ressaltando a possibilidade de lances) e homologação, aplicam-se os comentários feitos anteriormente, de modo que nos limitaremos a expor, neste tópico, as particularidades do procedimento na modalidade *pregão*.

FASES DO PROCEDIMENTO NA LEI Nº 10.520/2002

- 1) Fase de *divulgação do ato convocatório* e impugnação do edital (art. 4º, I a V);
- 2) Fase de *credenciamento* (art. 4º, VI);
- 3) Fase de *julgamento das propostas* e realização de *lances* (art. 4º, VII a XI);

- 4) Fase de *habilitação* ou qualificação (art. 4º, XII a XVII);
- 5) Fase *recursal* (art. 4º, XVIII a XXI);
- 6) Fase de *adjudicação* do objeto da licitação ao vencedor do certame (art. 4º, XX e XXI);
- 7) Fase de *homologação* da licitação (art. 4º, XXII).

Admite-se que a modalidade pregão seja realizada de forma presencial ou eletrônica. De todo modo, o procedimento traçado na Lei nº 10.520 (BRASIL, 2002c) é o mesmo, apresentando pequenas variações de ordem operacional.

3.1. PREGÃO PRESENCIAL

No âmbito federal, o pregão na forma *presencial* é regulamentado pelo Decreto nº 3.555 (BRASIL, 2000a).

3.1.1. FASE DE CREDENCIAMENTO

Nos termos do art. 4º, V, da Lei nº 10.520 (BRASIL, 2002c), é no próprio dia da sessão que se dá a apresentação das propostas e simultaneamente o recebimento delas pelo pregoeiro para seu exame.

O primeiro ato da sessão pública de realização do pregão é o credenciamento, por meio do qual os representantes legais ou prepostos das empresas apresentam os documentos comprobatórios aptos a credenciá-los a representar as licitantes no certame (contrato social, documento de identificação e instrumento de procuração), para, dessa forma, possibilitar a formulação de lances verbais e praticar os demais atos do processo.

Iniciada a sessão, os participantes devem apresentar declaração dando ciência de que cumprem plenamente os requisitos de habilitação e entregam, em envelopes separados, os documentos de habilitação e a proposta (art. 4º, VII, Lei nº 10.520) (BRASIL, 2002c).

3.1.2. FASE DE JULGAMENTO DAS PROPOSTAS E LANCES

Após o credenciamento e abertos os envelopes contendo as propostas, cabe ao pregoeiro verificar, de imediato, se estão em conformidade com os requisitos exigidos no edital.

Verificada a regularidade das propostas apresentadas, tem início a etapa de lances verbais: o autor da oferta de valor mais baixo e os das propostas com preços até 10% superiores àquela podem formular lances verbais e sucessivos, até que haja um vencedor final.

IMPORTANTE

No *pregão eletrônico*, não há o estabelecimento da faixa-limite de 10% em relação à melhor proposta como critério de classificação para a fase de lances. Portanto, todas as propostas cadastradas e em conformidade formal com o edital participam da fase de lances.

Não havendo pelo menos três ofertas nas condições definidas anteriormente, podem os autores das melhores propostas, até o máximo de três, oferecer novos lances verbais.

O único critério de julgamento é o de menor preço (art. 4º, X), mas devem ser examinados outros aspectos contemplados no edital, como o prazo de fornecimento, especificações técnicas e padrões mínimos de desempenho e qualidade.

ATENÇÃO

Embora o art. 4º, X, da Lei nº 10.520 (BRASIL, 2002c) estabeleça o “menor preço” como critério a ser utilizado para o julgamento das propostas, por meio de uma interpretação sistêmica e em detrimento da literalidade da norma, entende-se pela possibilidade de adoção, na modalidade *pregão*, de critérios subsidiários, como “maior oferta” ou “maior desconto”, porquanto conduziriam à mesma finalidade: a obtenção do melhor preço.

A adoção do critério de julgamento pela “maior oferta”, em lances sucessivos, nada mais é que a adequada aplicação da lei ao caso concreto, ajustando-a à natureza do objeto do certame, ficando assegurada a escolha da proposta mais vantajosa que, conjuntamente com a isonomia de todos os interessados, são as finalidades primeiras de todo procedimento licitatório (BRASIL, 2014j).

3.1.2.1. FAIXA DE EXEQUIBILIDADE DOS LANCES

Na modalidade *pregão*, salvo em situações extremas e de manifesta impraticabilidade dos preços, diante da incidência da situação concreta no critério previsto no

art. 48, II, § 1º, da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993), o pregoeiro não pode, desde logo, desclassificar a proposta.

Na verdade, nos termos da Súmula nº 262 do TCU (BRASIL, 2010m), estará configurada, apenas, uma presunção relativa de inexecuibilidade, devendo ser garantida ao licitante, dentro da fase de classificação das propostas, a oportunidade de comprovar a exequibilidade de seus preços.

3.1.3. FASE DE HABILITAÇÃO

Após o julgamento das propostas e a realização dos lances, o pregoeiro procede à análise dos documentos referentes à habilitação exigidos no instrumento convocatório apenas do licitante mais bem classificado.

É aplicável o disposto no art. 43, § 3º da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993), no sentido de ser facultado ao pregoeiro, com o auxílio da equipe de apoio, realizar diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo.

Se o licitante que apresentou a melhor proposta for inabilitado, o pregoeiro analisará os documentos de habilitação apresentados pelo licitante que estiver em segundo lugar na ordem de classificação, e assim continuará procedendo até que encontre um licitante que atenda integralmente às condições de habilitação fixadas no edital.

3.1.4. CLASSIFICAÇÃO FINAL E RECURSOS

A classificação final do certame implica a atitude do pregoeiro relativa à declaração do vencedor definitivo do pregão. O ato de declaração do vencedor pode ser objeto de recurso por parte de qualquer licitante. Tão logo o pregoeiro faça a declaração, deve o interessado, *na própria sessão pública, manifestar-se quanto à sua intenção de recorrer*, sob pena de preclusão.

Ao contrário do que ocorre nas modalidades da Lei nº 8.666/1993, *tem-se no pregão a unirrrecorribilidade dos atos decisórios exarados pelo pregoeiro*, havendo, portanto, apenas uma oportunidade de recurso, cuja matéria pode envolver qualquer fase, aspecto ou ocorrência do procedimento.

Veja-se que tal manifestação deve ser motivada, mesmo que em linhas gerais, podendo o recorrente apresentar *razões recursais escritas* no prazo de 3 dias úteis. Os

demais licitantes, no mesmo número de dias, podem apresentar contrarrazões, logo após o final do prazo do recorrente.

ATENÇÃO

Na modalidade pregão é preciso diferenciar *intenção* de recurso e *razão* de recurso:

a) *intenção* de recurso: *manifestação do licitante registrada na própria sessão pública do pregão contendo a motivação, de forma sucinta e objetiva, do conteúdo de sua irrisignação.*

b) *razão* de recurso: *peça processual pela qual o licitante recorrente pormenoriza seus argumentos recursais.*

Caso, na oportunidade da sessão presencial, a licitante não manifeste o interesse em recorrer, decairá o seu direito de recurso.

Considerando que a adjudicação do objeto ao licitante vencedor e a homologação do certame estão condicionadas ao julgamento dos pleitos recursais (art. 4º, XXI, da Lei nº 10.520/2002), entende-se que os recursos na modalidade pregão têm efeito suspensivo.⁴⁷

3.1.4.1. DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL NO PREGÃO

Com base na leitura da Lei nº 10.520 (BRASIL, 2002c) e dos decretos regulamentares da modalidade *pregão* (Decretos nºs 3.555 e 5.450) (BRASIL, 2000a, 2005b), tem-se que o pregoeiro, ao analisar os motivos externados pelo licitante na *intenção de recurso*, deve limitar-se ao pronunciamento quanto ao “acolhimento” ou não

⁴⁷ Note-se que a Lei nº 10.520/2002 é silente acerca da incidência ou não de efeito suspensivo do recurso na modalidade pregão. Uma tese razoável, seria a aplicação subsidiária do § 2º do art. 109 da Lei nº 8.666/1993, que prevê, como regra, a concessão de efeito suspensivo aos recursos interpostos em procedimentos licitatórios. Quanto ao tema, cumpre transcrever trecho do voto do Min. Vital do Rêgo exarado no Acórdão TCU nº 567/2015 – Plenário: “É comum aos recursos que tenham efeito suspensivo. Significa dizer que uma vez interposto e recebido o recurso, não pode o procedimento prosseguir em seu fluxo até que seja resolvida a questão (ou questões) objeto do inconformismo. Para o pregão (e a regra vale tanto para o eletrônico quanto para o presencial), em se interpondo recurso, não poderá haver adjudicação antes de decidido o mérito recursal. A lei de regência do pregão não atribuiu qualquer efeito ao recurso. O Decreto nº 5.450/2005, por sua vez, deixa inferir a suspensividade do fluxo procedimental do pregão eletrônico, no que não é seguido textualmente pelo Decreto nº 3.555/2000 (art. 11, XVIII). Obviamente que há equívoco no decreto que disciplina o pregão presencial. Não há a menor lógica em receber o recurso, determinar o seu processamento, e não suspender o fluxo da licitação. Mais tarde, com o julgamento do recurso, poderia haver alteração na ordem de classificação dos licitantes, e os atos praticados até então deveriam todos ser anulados. Nesse sentido, é evidente que tanto o efeito suspensivo quanto o efeito devolutivo se encontram presentes nos pregões eletrônico e presencial”(BRASIL, 2015p).

da *intenção*. Ou seja: deve restringir-se ao exame da existência dos pressupostos recursais (requisitos de admissibilidade).

Em sede de pregão eletrônico ou presencial, o juízo de admissibilidade das intenções de recurso deve avaliar tão somente a presença dos pressupostos recursais (sucumbência, tempestividade, legitimidade, interesse e motivação), constituindo afronta à jurisprudência do TCU a denegação fundada em exame prévio de questão relacionada ao mérito do recurso (BRASIL, 2014k).

Assim, em relação à *intenção recursal*, o pregoeiro deve adotar duas posturas: 1) aceita (acolhe) a intenção e abre prazo para a apresentação das razões recursais em até 3 dias úteis⁴⁸; ou 2) rejeita a intenção de recurso, devendo motivar a decisão negativa de admissibilidade. Nesse caso, como não há recurso apto, o pregoeiro pode adjudicar o objeto da licitação (art. 4º, XX, da Lei nº 10.520) (BRASIL, 2002c).

Quanto ao *recurso propriamente dito* (quando aceita a *intenção recursal*), apresentadas as razões recursais, o pregoeiro pode adotar as seguintes posturas no prazo de até 5 dias úteis (art. 109, § 4º, da Lei nº 8.666) (BRASIL, 1993): 1) *conhecer* do recurso (juízo positivo de admissibilidade) e, no mérito, acolhê-lo, realizando um juízo de retratação; desse modo, reconsidera sua decisão e revê seus próprios atos; 2) não *conhecer* do recurso (juízo negativo de admissibilidade), em razão da ausência de algum dos requisitos de admissibilidade recursal; 3) *conhecer* do recurso (juízo positivo de admissibilidade) e manter a sua decisão, devendo prestar as devidas informações à autoridade competente para o efetivo *julgamento* do recurso.

Os requisitos de admissibilidade recursal são:

SUCUMBÊNCIA: a sucumbência implica a derrota do interessado; somente aquele que não logrou êxito em sua pretensão de sagrar-se vitorioso no certame atende a esse pressuposto.

TEMPESTIVIDADE: a manifestação da intenção de recurso e a apresentação das razões recursais deverão ocorrer no prazo previsto no ato convocatório.

LEGITIMIDADE: só há legitimidade quando a parte que interpõe o recurso é a parte sucumbente. Logo, não é admissível que o vencedor recorra da decisão do pregoeiro que o declarou vencedor. Da mesma forma, não é cabível recorrer da decisão que desclassificou terceiros.

⁴⁸ A contagem inicia-se não do registro da intenção de recurso, mas do acolhimento da intenção pelo pregoeiro, devendo ser observada a regra de contagem prevista no art. 110 da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993) (exclui-se o dia do início e inclui-se o dia do término).

INTERESSE: o requisito é baseado na concepção segundo a qual não é permitido o desenvolvimento de processos em casos nos quais se perceba que, mesmo diante do acolhimento da pretensão do licitante, a decisão administrativa será absolutamente inútil, sem qualquer proveito prático. Assim, o interesse em recorrer traduz-se no binômio necessidade/utilidade: é necessário quando não há outro meio de provocar a modificação do ato recorrido; e útil, quando o recurso proporciona situação mais vantajosa do que a que está sendo questionada.

MOTIVAÇÃO: é a exposição objetiva do conteúdo da irrisignação do licitante em relação a um determinado ato decisório do pregoeiro.

Note-se que a manifestação deve ser objetiva e sucinta, mas suficiente para que se entenda que ato decisório é objeto da intenção de recurso e qual o ponto passível de revisão na óptica do recorrente.

Ainda que sucinta, a motivação deve revestir-se de conteúdo jurídico (BRASIL, 2014), de modo que o simples descontentamento do licitante não justifica o cabimento do recurso.

REGULARIDADE FORMAL: quando da apresentação das razões recursais, o recorrente deve observar as formalidades exigidas em lei e no edital, e endereçar o recurso ao pregoeiro (autoridade que proferiu a decisão recorrida), expondo, de forma inteligível, os fundamentos do pedido de reforma da decisão.

Os requisitos de admissibilidade recursal também serão objeto de nova verificação pela autoridade superior quando do efetivo julgamento do recurso (BRASIL, 2007h).

3.1.4.2. A NÃO APRESENTAÇÃO DE RAZÕES RECURSAIS NO PRAZO

Questão controversa é a situação do recurso quando o licitante, após o acatamento da intenção recursal pelo pregoeiro, não apresenta as suas razões no prazo de 3 dias úteis. Existem dois posicionamentos sobre a matéria:

- a) considerando que a manifestação da *intenção de recorrer não se confunde com a efetiva interposição do recurso*, caso não ocorra a apresentação tempestiva das razões recursais, considerar-se-á que não houve o exercício da faculdade de recorrer⁴⁹;
- b) a *faculdade recursal é exercida no momento da manifestação da intenção de recorrer*. Logo, as “razões” são consideradas como “complementação”, de modo que a sua não apresentação não acarreta a carência superveniente do recurso. Desse modo,

⁴⁹ Posicionamento defendido por Marçal Justen Filho, Benjamin Zymler e outros.

mesmo diante da inexistência de razões recursais, a Administração deverá proceder à apreciação do recurso⁵⁰.

Defendemos que, se a manifestação de intenção recursal apresenta elementos suficientes para já identificar a irrisignação do licitante recorrente (*motivação suficiente da intenção recursal*), deve a Administração conhecer do recurso e examiná-lo, mesmo quando desacompanhado das razões. De fato, o “recurso” propriamente dito surge com o acatamento da intenção recursal pelo pregoeiro⁵¹.

3.1.4.3. RAZÕES DE RECURSO E VINCULAÇÃO AOS MOTIVOS DA INTENÇÃO RECURSAL

Outra divergência doutrinária relaciona-se à existência ou não de vinculação do licitante recorrente aos motivos externados na manifestação da intenção de recurso para fins de delimitação da matéria a ser alegada nas razões recursais.

Tomemos como exemplo a seguinte situação: em determinado pregão, a empresa Sempre Recorre Ltda. manifesta intenção de recurso alegando que (1) a proposta da empresa vencedora não atende a determinada especificação técnica exigida no edital. O pregoeiro acolhe a intenção nos termos em que foi formulada. Contudo, em sede de razões recursais, a empresa recorrente alega duas “novas” matérias: (2) o atestado apresentado pela empresa vencedora não se refere a objeto similar e (3) a empresa vencedora não está efetivamente enquadrada como ME ou EPP, não fazendo jus aos benefícios previstos na LC nº 123 (BRASIL, 2006c). Note-se, assim, que a empresa trouxe “novas” matérias em razão recursal que, na motivação da intenção recursal, não haviam sido alegadas. Logo, é de se questionar: a matéria a ser alegada nas razões recursais se vincula aos motivos externados pelo recorrente na manifestação da intenção recursal? Sobre o tema, são identificados dois posicionamentos na doutrina:

⁵⁰ Posicionamento defendido por Jacoby Fernandes, Jair Eduardo Santana, Sérgio de Andréa Ferreira, Vera Scarpinella e outros. Nas palavras de Fernandes (2013, p. 515), caso não sejam apresentadas as razões no prazo previsto, “o direito de recorrer não decaiu. Ao apresentar a motivação na sessão, o recorrente externou o seu inconformismo. Deve o pregoeiro, mesmo que no prazo legal não sejam juntadas as razões, examinar a questão e decidir fundamentadamente”.

⁵¹ Note-se que a sistemática recursal adotada na modalidade pregão se assemelha à realidade no processo penal em relação ao “recurso em sentido estrito” (art. 588 do CPP) e à “apelação” (art. 600 do CPP) (BRASIL, 1941), na qual, inicialmente, se apresenta uma simples petição de recurso e, posteriormente, se abre o prazo para a apresentação das “razões”. Segundo jurisprudência dominante no STF e STJ, a ausência de apresentação de razões nos recursos criminais não enseja a nulidade do processo, devendo os recursos ser analisados pela instância superior.

a) *há necessária vinculação entre os motivos externados na intenção de recurso e a matéria a ser alegada nas razões recursais*, de modo que, diante dos acréscimos de “novos” motivos, a Administração deve não conhecer da matéria não agitada na intenção recursal. Nesse sentido é o entendimento de Fernandes (2013)⁵² e Niebuhr (2011):

Os licitantes devem declinar, já na própria sessão, os motivos dos respectivos recursos. Dessa sorte, aos licitantes é vedado manifestar a intenção de recorrer somente para garantir-lhes a disponibilidade de prazo, porquanto lhes é obrigatório apresentar os motivos dos futuros recursos. E, por dedução lógica, *os licitantes não podem, posteriormente, apresentar recursos com motivos estranhos aos declarados na sessão. Se o fizerem, os recursos não devem ser conhecidos*. Obviamente, o licitante não precisa tecer detalhes de seu recurso, o que será feito, posteriormente, mediante a apresentação das razões por escrito. Contudo, terá que, na mais tênue hipótese, delinear seus fundamentos (NIEBUHR, 2011, p. 219).

b) *em sede de razões recursais, o licitante recorrente não fica vinculado à matéria alegada no registro dos motivos da intenção de recurso*, podendo apresentar nas razões recursais não apenas o desenvolvimento do motivo principal ou dos motivos principais aventados na intenção, como também outras matérias que reputar oportunas.

Particularmente, por uma questão de coerência com o exposto no presente estudo, filiamos-nos à corrente representada por Joel Niebuhr por entendermos que o recurso já está interposto a partir do acolhimento da intenção de recurso pelo pregoeiro, conforme os motivos consignados pelo recorrente em ata ou no sistema eletrônico. Com efeito, o pregoeiro analisa a presença dos requisitos de admissibilidade tendo como fundamento a matéria jurídica/fática que lhe foi posta pelo recorrente nos motivos da intenção recursal. Daí se considerar a inadequação procedimental da inovação cognitiva da matéria recursal após o acolhimento da intenção.

3.1.5. ADJUDICAÇÃO E HOMOLOGAÇÃO

De acordo com a Lei nº 10.520/2002 (BRASIL, 2002c), a *adjudicação precede a homologação*. Decididos os recursos, a autoridade competente faz a adjudicação ao licitante vencedor. Estando regular todo o procedimento, faz-se a homologação do certame.

⁵² “As razões do recurso devem guardar estrita conformidade com a motivação apresentada na sessão, e ofertada no prazo de três dias” (FERNANDES, 2013, p. 512, grifo nosso).

- a) *Não havendo recurso*, a competência para a adjudicação será do próprio pregoeiro, no ato de encerramento da sessão (art. 4º, XX, da Lei nº 10.520) (BRASIL, 2002c);
- b) *Havendo recurso*, a adjudicação incumbirá à autoridade competente (art. 4º, XXI, da Lei nº 10.520) (BRASIL, 2002c).

O vencedor será convocado para assinar o contrato no prazo previamente designado no edital e, se não comparecer para a assinatura no prazo de validade de sua proposta, serão convocados, sucessivamente, os demais licitantes na ordem final de classificação.

3.1.5.1. SITUAÇÕES EM QUE OUTRO LICITANTE É CONVOCADO PELA ORDEM DE CLASSIFICAÇÃO

São três as situações:

- a) se a oferta do vencedor não for aceitável ou desatender as exigências habilitatórias (art. 4º, XVI, Lei nº 10.520) (BRASIL, 2002c);
- b) quando o vencedor não apresentar situação regular no ato da assinatura do contrato (art. 7º da Lei nº 10.520) (BRASIL, 2002c);
- c) se, injustificadamente, o vencedor se recusar a assinar o contrato (art. 7º, da Lei nº 10.520) (BRASIL, 2002c).

Diferentemente do que ocorre nas modalidades de licitação regidas pela Lei nº 8.666/1993 (art. 64, § 2º), caso o licitante vencedor não assine o contrato, deverá o pregoeiro, obedecida a ordem de classificação, *convocar os licitantes remanescentes observando a respectiva proposta de cada um*, mesmo que esteja acima do licitante vencedor (art. 4º, XVI e XXIII, da Lei nº 10.520) (BRASIL, 2002c).

3.2. PREGÃO ELETRÔNICO

No âmbito federal, o *pregão na forma eletrônica* é regulamentado pelo Decreto nº 5.450 (BRASIL, 2005b).

Da mesma forma como se dá no caso do pregão presencial, cada ente federativo deve regulamentar o procedimento do pregão eletrônico na respectiva órbita. Assim, não há que se falar na aplicação obrigatória e vinculada do Decreto nº 5.450/2005 pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios.

O Decreto nº 5.504/2005 estabeleceu a obrigatoriedade de utilização do pregão, preferencialmente na forma eletrônica, para entes públicos ou privados, nas con-

tratações de bens e serviços comuns, realizadas em decorrência de transferências voluntárias de recursos públicos da União, decorrentes de convênios ou instrumentos congêneres, ou consórcios públicos.

3.2.1. CARACTERÍSTICAS BÁSICAS

No pregão eletrônico, os interessados não comparecem a um local determinado, portando envelopes, materialmente existentes. Assim, não há abertura de envelopes para exame de propostas, nem existe sucessão de lances mediante a palavra oral dos interessados.

Valendo-se dos recursos propiciados pela internet, cada interessado utiliza um terminal de computador, conectando-se aos serviços ofertados pela própria Administração.

As manifestações de vontade dos interessados são transmitidas por via eletrônica, sujeitando-se a uma atuação conduzida pelo pregoeiro. Destaque-se que tal atuação envolve não só a gestão do processo licitatório, mas também do próprio sistema eletrônico.

O Decreto nº 5.450 (BRASIL, 2005b) admite que os atos administrativos tenham existência meramente eletrônica. Assim, não há “autos” para o procedimento administrativo. Existe um “procedimento eletrônico”, sendo eliminados os documentos de papel.

ATENÇÃO

Ao contrário do que sucede no pregão presencial, no qual a competição se faz apenas entre os proponentes que preenchem determinados requisitos (adequabilidade da proposta e preço na faixa dos 10% em relação à menor proposta), no pregão eletrônico todos os proponentes classificados estão autorizados a participar da fase de lances.

3.2.2. PLATAFORMAS TECNOLÓGICAS PARA A REALIZAÇÃO DOS PREGÕES ELETRÔNICOS

No âmbito da Administração Pública Federal, a plataforma operacional utilizada é o Comprasnet, instituído pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, como um módulo do Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais (SIASG).

Não há uma plataforma exclusiva para a realização do pregão eletrônico, de modo que o próprio § 2º do art. 2º da Lei nº 10.520 (BRASIL, 2002c) admite, inclusive,

a utilização de sistemas eletrônicos desenvolvidos e mantidos por entidades privadas. Assim, cada ente federado pode desenvolver sua plataforma ou aderir a outros recursos já disponíveis no mercado, como o sistema de licitações do Banco do Brasil (*Licitações-e*) ou da Caixa Econômica Federal (*Licitações Caixa*).

3.2.3. CREDENCIAMENTO E RESPONSABILIDADE DO LICITANTE

Como forma de viabilizar sua participação das licitações eletrônicas, as empresas devem efetuar prévio cadastrado perante o provedor do sistema eletrônico. Assim, o credenciamento ocorre pela atribuição de chave de identificação e de senha, pessoal e intransferível, para o acesso ao sistema eletrônico. O credenciamento junto ao provedor do sistema implica a responsabilidade legal do licitante e a presunção de sua capacidade técnica para a realização das transações inerentes ao pregão na forma eletrônica.

No caso de pregão promovido pela plataforma Comprasnet, o credenciamento do licitante, bem assim a sua manutenção, depende de registro atualizado no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (Sicaf).

O uso da senha de acesso pelo licitante é de sua responsabilidade exclusiva, incluindo qualquer transação efetuada diretamente ou por seu representante, não cabendo ao provedor do sistema ou ao órgão promotor da licitação responsabilidade por eventuais danos decorrentes de uso indevido da senha, ainda que por terceiros. Deve o licitante acompanhar as operações no sistema eletrônico durante o processo licitatório, responsabilizando-se pelo ônus decorrente da perda de negócios diante da inobservância de quaisquer mensagens emitidas pelo sistema ou de sua desconexão.

ATENÇÃO

No caso de desconexão do sistema durante a etapa competitiva:

a) *com o licitante*: este é inteiramente responsável;

b) *com o pregoeiro*:

b.1) *até 10 minutos*: se o sistema eletrônico permanecer acessível aos licitantes, os lances continuarão sendo recebidos, sem prejuízo dos atos realizados;

b.2) *acima de 10 minutos*: a sessão do pregão na forma eletrônica será suspensa e reiniciada somente após comunicação aos participantes, no endereço eletrônico utilizado para divulgação.

3.2.4. DESENVOLVIMENTO DO PREGÃO NA FORMA ELETRÔNICA

CADASTRAMENTO DAS PROPOSTAS

Após a divulgação do edital no endereço eletrônico, os licitantes devem encaminhar proposta com a descrição do objeto ofertado e o preço (e, se for o caso, o respectivo anexo), até a data e hora marcadas para a abertura da sessão, exclusivamente por meio do sistema eletrônico, quando então se encerra automaticamente a fase de recebimento de propostas.

Até a abertura da sessão, os licitantes podem retirar ou substituir a proposta anteriormente apresentada.

Atenção: O sistema Comprasnet não admite o envio de anexos quando do cadastramento da proposta, mas apenas as informações relativas à especificação do objeto, preços e quantitativos já estabelecidos pela Administração.

INÍCIO DA SESSÃO PÚBLICA

A partir do horário previsto no edital, a sessão pública na internet é aberta por comando do pregoeiro com a utilização de sua chave de acesso e senha.

Os licitantes podem participar da sessão pública na internet, devendo utilizar sua chave de acesso e senha.

O pregoeiro verifica as propostas apresentadas, desclassificando aquelas que não estejam em conformidade com os requisitos estabelecidos no edital.

A desclassificação de proposta sempre é fundamentada e registrada no sistema, com acompanhamento em tempo real por todos os participantes.

As propostas contendo a descrição do objeto e valor estão disponíveis na internet.

O sistema disponibiliza campo próprio para a troca de mensagens entre o pregoeiro e os licitantes (*chat*).

VERIFICAÇÃO DE CONFORMIDADE FORMAL DAS PROPOSTAS CADASTRADAS (ACEITABILIDADE INICIAL)

Realizada a abertura da sessão, o pregoeiro verifica as propostas apresentadas, desclassificando as que não estejam em conformidade com os requisitos estabelecidos no edital.

A desclassificação de proposta sempre é fundamentada e registrada no sistema, com acompanhamento em tempo real por todos os participantes.

Na linha da jurisprudência do TCU:

Diante da possibilidade de redução dos preços no curso da fase de lances, o pregoeiro deverá se abster de desclassificar as propostas registradas com valores acima do estimado no edital, ainda quando adotado o valor de referência como preço máximo (BRASIL, 2016i);

A análise a ser realizada pelo pregoeiro, em etapa anterior à fase de lances, deve se ater à descrição minimamente compatível, no intuito de *eliminar apenas as propos-*

tas cujas descrições manifestamente não estão em conformidade com o edital, de modo que a análise detalhada das especificações deverá ser feita apenas em relação à proposta vencedora, em favor de obtenção de uma maior economicidade para a Administração decorrente da disputa de mais licitantes pelo objeto do certame – nesse sentido, ver Acórdãos nºs 1.807/2015 – Plenário e 2.131/2016 – Plenário (BRASIL, 2015i, 2016i).

FASE DE LANCES

O sistema ordena, automaticamente, as propostas classificadas pelo pregoeiro, e somente elas participam da fase de lance.

Classificadas as propostas, o pregoeiro dá início à fase competitiva, quando então todos os licitantes classificados podem encaminhar lances exclusivamente por meio do sistema eletrônico.

No que se refere aos lances, o licitante é imediatamente informado do seu recebimento e do valor consignado no registro.

Os licitantes podem oferecer lances sucessivos, observados o horário fixado para abertura da sessão e as regras estabelecidas no edital. Na eventualidade de lances iguais, é aceito apenas aquele registrado em primeiro lugar.

O licitante só pode oferecer lance inferior ao valor do seu último lance registrado pelo sistema, ainda que superior ao valor do lance classificado como primeiro colocado da disputa (lance intermediário).

ATENÇÃO

No Comprasnet, a referência para o registro de lance varia de acordo com o critério de julgamento previsto no edital:

- *Menor preço “por item”*: lance do valor total do item (valor unitário x quantitativo);
- *Menor preço “por grupo”*: o licitante deve registrar lances do valor total de cada item (ou seja, o sistema não admite um lance total para o grupo);
- *Pregão para registro de preços (SRP)*: o licitante deve registrar lance correspondente ao valor unitário do item;
- *Pregão com critério “maior desconto”*: o licitante deve registrar lance em percentual (%).

Progressão da fase de lances:

1ª) tempo normal: encerrado pelo pregoeiro;

2ª) tempo de iminência: aviso de fechamento da fase normal de lances e iminência do início do tempo aleatório (entre 1 e 60 minutos);

3ª) tempo aleatório (ou randômico): período de tempo de até 30 minutos, aleatoriamente encerrado, findo o qual é automaticamente encerrada a recepção dos lances.

O pregoeiro deve encaminhar mensagem, via *chat*, para os licitantes solicitando o envio de lances. O licitante pode enviar lance, e sempre com valor inferior ao seu último lance enviado. Não é obrigatório o valor inferior ao lance mínimo registrado no sistema; ou seja: o fornecedor pode disputar a 2ª, a 3ª, a 4ª posição na classificação do processo.

Havendo participação de ME ou de EPP e configurada situação de “empate ficto”, o sistema deve dar oportunidade à ME ou à EPP de propor, no prazo de até 5 minutos, preço inferior ao daquela considerada vencedora do certame.

NEGOCIAÇÃO

O pregoeiro pode encaminhar, pelo sistema eletrônico, contraproposta diretamente ao licitante que tenha apresentado o menor valor, para que seja obtido preço melhor, podendo a negociação ser acompanhada pelos demais licitantes (art. 24, § 8º, Decreto nº 5.450) (BRASIL, 2005b).

A negociação é realizada no sistema, podendo ser acompanhada pelos demais licitantes.

JULGAMENTO DA PROPOSTA E ANÁLISE DOS DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO DO LICITANTE CLASSIFICADO EM PRIMEIRO LUGAR

Encerrada a etapa de lances, o pregoeiro examina a proposta classificada em primeiro lugar quanto à compatibilidade do preço em relação ao estimado para a contratação e verifica a habilitação do licitante conforme disposições do edital. Os documentos e anexos exigidos, quando remetidos por fax, devem ser apresentados em original ou por cópia autenticada, nos prazos estabelecidos no edital.

No caso de contratação de serviços comuns em que a legislação ou o edital exija apresentação de planilha de composição de preços, a planilha deverá ser encaminhada de imediato por meio eletrônico, com os respectivos valores readequados ao lance vencedor.

Se a proposta não for aceitável ou se o licitante não atender às exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará a proposta subsequente e, assim sucessivamente, na ordem de classificação, até a apuração de uma proposta que atenda ao edital.

DECLARAÇÃO DO VENCEDOR E EVENTUAIS RECURSOS

Declarado o vencedor, qualquer licitante pode, durante a sessão pública, de forma imediata e motivada, em campo próprio do sistema, manifestar sua intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de três dias para apresentar as razões de recurso, ficando os demais licitantes, desde logo, intimados para, se quiserem, apresentar contrarrazões em igual prazo, o qual começará a contar do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos elementos indispensáveis à defesa dos seus interesses.

ADJUDICAÇÃO E HOMOLOGAÇÃO

Não havendo intenção de recurso apta, o próprio pregoeiro adjudicará o objeto da licitação e remeterá os autos à autoridade competente para homologação.

Havendo recurso, após seu julgamento pela autoridade competente, esta adjudicará o objeto; e, constatada a regularidade dos atos praticados, homologará o procedimento licitatório.

3.3. A SANÇÃO DE IMPEDIMENTO DE LICITAR NA MODALIDADE PREGÃO

No caso específico da modalidade *pregão*, a Lei nº 10.520 (BRASIL, 2002c), em seu art. 7º, prevê a possibilidade de sanção do licitante que realizar algumas das seguintes condutas:

- a) deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame;
- b) não celebrar o contrato quando convocado dentro do prazo de validade da sua proposta;
- c) ensejar o retardamento da execução do objeto do contrato;
- d) não mantiver a proposta;
- e) falhar ou fraudar na execução do contrato;
- f) comportar-se de modo inidôneo;
- g) cometer fraude fiscal.

As sanções aplicáveis são o impedimento de licitar e contratar e o descredenciamento nos sistemas de cadastro de fornecedores pelo prazo de até 5 anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

Tal sanção surte efeitos apenas no âmbito interno do ente federativo que a aplicar (BRASIL, 2013). Assim, por exemplo, se for aplicado impedimento pelo Ibama (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis), a empresa ficará impedida de licitar no âmbito de toda a União, abrangendo todos os órgãos e entidades da Administração Pública Federal.

3.3.1. DA OBRIGATORIEDADE DE INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONATÓRIO

Diante do poder disciplinar da Administração Pública, entende-se que a apuração para a aplicação de sanção nos casos de infração administrativa é um poder-dever e não uma discricionariedade. Portanto, uma vez que tenha conhecimento da infração administrativa praticada por servidor ou particular, tem a Administração

o dever de instaurar imediatamente o procedimento adequado à sua apuração e, conforme o caso, realizar a consequente aplicação das penas cabíveis.

Quando determinada conduta é qualificada como ilícito administrativo, sua ocorrência gera o dever de punição. *A omissão de punição ao ilícito é tão antijurídica quanto a prática do próprio ilícito. Nunca pode ser uma questão de escolha da Administração punir ou não punir, segundo um juízo de conveniência política.* Aliás, a conduta do agente público que deixa de adotar as providências destinadas a promover a punição do sujeito que praticou ilícito pode configurar inclusive crime. Portanto, a prévia definição normativa dos ilícitos puníveis vincula o administrador e retira a margem de liberdade sobre a conduta futura a adotar (JUSTEN FILHO, 2013, p. 245, grifo nosso).

Desse modo, é preciso evidenciar a paradigmática recomendação do TCU materializada no Acórdão nº 754/2015 – Plenário (BRASIL, 2015): os gestores das áreas responsáveis por conduzir licitações devem atuar processo administrativo com vistas à penalização das empresas que praticarem, injustificadamente, na licitação, na contratação ou na execução contratual, ato ilegal tipificado no art. 7º da Lei 10.520 (BRASIL, 2002c), sob pena de responsabilização.

9.5.1. orientem os gestores das áreas responsáveis por conduzir licitações, inclusive os dos órgãos sob seu controle de atuação administrativa e financeira, para que autuem processo administrativo com vistas à apenação das empresas que praticarem, injustificadamente, ato ilegal tipificado no art. 7º da Lei 10.520/2002 e alertem-nos de que tal dispositivo tem caráter abrangente e abarca condutas relacionadas não apenas à contratação em si, mas também ao procedimento licitatório e à execução da avença;

9.5.2. divulguem que estão sujeitos a sanções os responsáveis por licitações que não observarem a orientação do item 9.5.1. deste acórdão (BRASIL, 2015).

Ou seja, diante da atribuição conferida ao TCU pela CRFB para exercer o controle externo da atuação administrativa dos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, não é dado aos servidores públicos, sob pena de responsabilidade, afastarem-se do *dever* de apurar condutas infracionais praticadas no âmbito das licitações e contratos administrativos.

Do entendimento do TCU, extrai-se que somente haverá a obrigatoriedade de instauração de procedimento administrativo sancionatório quando presentes o elemento *objetivo* (conduta) e o *subjetivo* (dolo ou culpa escusável). Assim, não há que se falar na inexorabilidade da punição às empresas licitantes, como uma espécie de responsabilidade objetiva.

Se a conduta do licitante for devidamente justificada e diante da inexistência de prejuízo à Administração, não haverá lastro para a instauração do processo san-

cionatório, devendo o servidor responsável justificar nos autos da licitação a motivação da não instauração⁵³.

4. IMPEDIMENTO DE PARTICIPAÇÃO NAS LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES

O art. 9º da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993) estabelece as hipóteses e situações que configuram impedimento de participação de determinadas pessoas/empresas nas licitações públicas e nas contratações com a Administração (estando incluídos os casos de contratação direta).

I – o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;

II – empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado;

III – servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação (BRASIL, 1993).

A norma proíbe, ainda, a *participação indireta*, sendo essa considerada como

a existência de qualquer vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista entre o autor do projeto, pessoa física ou jurídica, e o licitante ou responsável pelos serviços, fornecimentos e obras, incluindo-se os fornecimentos de bens e serviços a estes necessários (BRASIL, 1993).

Ressalte-se que as situações de “impedimento indireto” também se aplicam aos membros da comissão de licitação e pregoeiros.

De acordo com Bittencourt (2014, p. 109), “a intenção é afastar qualquer tipo de risco ao princípio da competitividade, impedindo a participação daqueles que, teoricamente, teriam condições diferenciadas com flagrantes benefícios”.

No caso específico da vedação prevista no inciso II do art. 9º, a própria LGL (BRASIL, 1993) afasta o impedimento nas seguintes hipóteses:

- a) contratação do autor do projeto ou da empresa na licitação de obra ou serviço, ou na execução, como consultor ou técnico, nas funções de fiscalização, supervisão ou gerenciamento, exclusivamente a serviço da Administração interessada;
- b) realização de licitação ou contratação de obra ou serviço que inclua a elaboração

⁵³ “9.6. determinar à Fundação Universidade Federal do Maranhão – FUFMA que [...] 9.6.26. aplique as penalidades previstas nos arts. 86 e 87 da Lei nº 8.666/1993 nos casos de atraso na execução e de inadimplência contratual ou justifique no processo o motivo da não-aplicação de multa ou outra sanção” (BRASIL, 2010n).

de projeto executivo como encargo do contratado ou pelo preço previamente fixado pela Administração.

4.1. IMPEDIMENTO DE PARTICIPAÇÃO PARA PRESERVAR OS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E DA IMPESSOALIDADE

Apesar de parte da doutrina e da jurisprudência concluir que a relação de hipóteses de impedimento previstas no art. 9º da LGL é exaustiva (AMORIM, 2008), o TCU, com fundamento nos princípios da moralidade e da impessoalidade e na imperiosidade de preservação do caráter sigiloso das propostas, entende que há vedação de participação:

a) de *parentes de servidor do órgão ou entidade promotora da licitação*:

9. A despeito de não haver, na Lei nº 8.666/1993, vedação expressa de contratação, pela Administração, de empresas pertencentes a parentes de gestores públicos envolvidos no processo, a jurisprudência desta Corte tem se firmado no sentido de considerar que há um evidente e indesejado conflito de interesses e que há violação dos princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade (BRASIL, 2013m).

b) de *empresas com sócios em comum*: o fato de haver a participação de duas ou mais empresas com sócios em comum em uma mesma licitação constitui *presunção relativa* de afronta ao princípio da moralidade e à regra de preservação do sigilo das propostas, devendo a Administração, após apurar a existência de *indícios concretos* de conluio e fraude à licitação, impedir a participação de tais empresas envolvidas, aplicando as sanções cabíveis (BRASIL, 2011o).



ETAPA EXTERNA DA LICITAÇÃO

A etapa externa do procedimento licitatório tem início com a divulgação do ato convocatório, findando-se com a homologação e a adjudicação do objeto da licitação ao vencedor do certame.

A sequência procedimental varia de acordo com a modalidade licitatória adotada:

- Concorrência, tomada de preços e convite: procedimento previsto na Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993).
- Pregão: procedimento previsto na Lei nº 10.520 (BRASIL, 2002c).

PROCEDIMENTO NA LEI Nº 8.666/1993

- 1) Fase de divulgação do ato convocatório e impugnação do edital (arts. 21, 40 e 41);
- 2) Fase de habilitação ou qualificação (arts. 27 a 31);
- 3) Fase de julgamento das propostas (arts. 44 a 48);
- 4) Fase de homologação da licitação (art. 43, inciso VI);
- 5) Fase de adjudicação do objeto da licitação ao vencedor do certame (art. 43, inciso VI).

PROCEDIMENTO NA LEI Nº 10.520/2002

- 1) Fase de divulgação do ato convocatório e impugnação do edital (art. 4º, incisos I a V);
- 2) Fase de credenciamento (art. 4º, inciso VI);
- 3) Fase de julgamento das propostas e realização de lances (art. 4º, incisos VII a XI);
- 4) Fase de habilitação ou qualificação (art. 4º, incisos XII a XVII);
- 5) Fase recursal (art. 4º, incisos XVIII a XXI);
- 6) Fase de adjudicação do objeto da licitação ao vencedor do certame (art. 4º, incisos XX e XXI);
- 7) Fase de homologação da licitação (art. 4º, XXII).

EDITAL

O edital (ou ato convocatório) consiste no ato por meio do qual se convocam os interessados em participar do certame licitatório e se estabelecem as condições que o regerão.

O art. 40 da LGL estabelece a composição obrigatória dos editais de licitação, destacando-se suas três partes essenciais: preâmbulo, texto e fecho.

Prazo mínimo de divulgação do edital

Deverá ser fixado no edital o prazo para a apresentação dos envelopes de habilitação e propostas pelos licitantes, de modo que, no art. 21 da LGL, são definidos

prazos mínimos entre a publicação do aviso de licitação e a data designada para a realização da sessão pública, variando os prazos de acordo com a modalidade, tipo e o regime de execução:

| MODALIDADE | PRAZO ENTRE A PUBLICAÇÃO DO AVISO E A REALIZAÇÃO DO CERTAME |
|--|---|
| CONCURSO | 45 dias |
| CONCORRÊNCIA (regime de empreitada integral ou do tipo “melhor técnica” ou “técnica e preço”) | 45 dias |
| CONCORRÊNCIA | 30 dias |
| TOMADA DE PREÇOS (do tipo “melhor técnica” ou “técnica e preço”) | 30 dias |
| TOMADA DE PREÇOS | 15 dias |
| LEILÃO | 15 dias |
| CONVITE | 5 dias úteis |
| PREGÃO | 8 dias úteis |

EDITAL

Impugnação do edital

A impugnação tem por objetivo possibilitar ao cidadão ou ao licitante apontar à Administração irregularidades e inconsistências nos editais, de modo a viabilizar a sua correção e adequação.

Prazo para impugnar:

- Cidadão: até 5 dias úteis antes da data fixada para a sessão inicial do certame;
- Licitante: até 2 dias úteis antes da data fixada para a sessão inicial do certame.

FASE DE HABILITAÇÃO

Na fase de habilitação, aferir-se-á se o interessado em contratar com o Poder Público apresenta os requisitos e qualificações exigidos pelo edital.

Segundo dispõe o art. 27 da LGL, exige-se dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

- habilitação jurídica;
- regularidade fiscal e trabalhista;

- c) qualificação técnica;
- d) qualificação econômico-financeira;
- e) cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da CRFB.

FASE DE JULGAMENTO DAS PROPOSTAS

O julgamento é o ato pelo qual se confrontam as ofertas, classificam-se os proponentes e escolhe-se o vencedor, a quem deverá ser adjudicado o objeto da licitação, para o subsequente contrato com a Administração.

Há de ser objetivo o julgamento das propostas, devendo a Comissão de Licitação realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação e com os critérios previamente estabelecidos no edital. Assim, serão desclassificadas as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório.

Critérios de diferenciação e concessão de benefícios no julgamento das propostas

- 1) facilitação de acesso das microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP) ao mercado público: art. 179 da CRFB e art. 44 da Lei Complementar nº 123;
- 2) promoção do desenvolvimento nacional: art. 3º, §§ 3º, 5º a 10, da Lei nº 8.666/1993:
 - a) direito de preferência na contratação de bens e serviços de informática;
 - b) critérios de desempate em prol de produtos produzidos no País;
 - c) estabelecimento de margens de preferência.

HOMOLOGAÇÃO

A homologação é o ato de controle pelo qual a autoridade competente – a quem incumbe a deliberação final sobre o julgamento – concorda e confirma os atos realizados pela comissão de licitação ou pelo pregoeiro.

Após a remessa dos autos administrativos pela comissão de licitação, a autoridade terá diante de si quatro alternativas:

- 1) confirmar o julgamento, homologando-o;
- 2) ordenar a retificação da classificação no todo ou em parte, se verificar irregularidade corrigível no julgamento;
- 3) anular o julgamento, ou todo o procedimento licitatório, se constatar irregularidade insanável e prejudicial ao certame em qualquer fase da licitação; ou
- 4) revogar a licitação por razões de interesse público decorrentes de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta.

Revogação e anulação da licitação

A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente por razões de interesse público pode revogar a licitação em virtude de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, e deve anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado (art. 49 da LGL).

- a) **Anulação:** invalidação da licitação por motivo de *vício de legalidade*.
- b) **Revogação:** desfazimento da licitação em razão da ocorrência de *fato superveniente*, quando o certame se mostrar *inconveniente ou inoportuno à consecução do interesse público*.

ADJUDICAÇÃO

A adjudicação é o ato pelo qual a autoridade administrativa entrega formalmente o objeto ao vencedor da licitação e o convoca para a assinatura do contrato.

RECURSOS

Em relação à etapa externa da licitação, cabe recurso administrativo contra atos decisórios da Administração nos casos de:

- a) habilitação ou inabilitação do licitante;
- b) julgamento das propostas;
- c) anulação ou revogação da licitação;
- d) indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento;
- e) rescisão unilateral do contrato (art. 79, I, da LGL);
- f) no âmbito dos contratos administrativos, aplicação das penas de advertência, suspensão temporária ou de multa.

Especificamente em relação à declaração de inidoneidade (art. 87, IV, da LGL), cabe pedido de reconsideração de decisão de Ministro de Estado, ou Secretário estadual ou municipal, conforme o caso, no prazo de 10 dias úteis da intimação do ato.

Prazos para interposição do recurso

- Regra geral: 5 dias úteis;
- Modalidade convite: 2 dias úteis.

PROCEDIMENTO NO PREGÃO

Admite-se que a modalidade pregão seja realizada sob duas formas: presencial ou eletrônica.

Fase de credenciamento

O primeiro ato da sessão pública de realização do pregão é o credenciamento, por meio do qual os representantes legais ou prepostos das empresas apresentam os documentos comprobatórios aptos a credenciá-los a representar as licitantes no certame (contrato social, documento de identificação e instrumento de procuração), para, dessa forma, possibilitar a formulação de lances verbais e praticar os demais atos do processo.

Fase de julgamento das propostas e lances

Após o credenciamento e abertos os envelopes contendo as propostas, cabe ao pregoeiro verificar, de imediato, se estão em conformidade com os requisitos exigidos no edital.

Verificada a regularidade das propostas apresentadas, tem início a etapa de lances verbais: o autor da oferta de valor mais baixo e os das propostas com preços até 10% superiores àquela poderão fazer novos lances verbais e sucessivos, até que haja um vencedor final.

Fase de habilitação

Após o julgamento das propostas e a realização dos lances, o pregoeiro procede à análise dos documentos referentes à habilitação exigidos no instrumento convocatório apenas do licitante melhor classificado.

É aplicável o disposto no art. 43, § 3º da Lei nº 8.666, no sentido de ser facultado ao pregoeiro, com o auxílio da equipe de apoio, realizar diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo.

Classificação final e recursos

O ato de declaração do vencedor pode ser objeto de recurso por parte de qualquer licitante. Deve o interessado manifestar-se na própria sessão pública quanto à sua intenção de recorrer, tão logo o pregoeiro faça a declaração, sob pena de preclusão.

Havendo aceitação da intenção de recurso pelo pregoeiro, o recorrente tem o prazo de até 3 dias para a apresentação das razões recursais.

Caso a licitante, na oportunidade da sessão presencial, não manifeste o interesse em recorrer, decai o seu direito de recurso.

Adjudicação e homologação:

Na modalidade pregão, a adjudicação precede a homologação. Decididos os recursos, a autoridade competente fará a adjudicação ao licitante vencedor. Estando regular todo o procedimento, far-se-á a homologação do certame.

- a) não havendo recurso, a competência para a adjudicação será do próprio pregoeiro, no ato de encerramento da sessão (art. 4º, XX, da Lei nº 10.520);
- b) havendo recurso, a adjudicação incumbirá à autoridade competente (art. 4º, XXI, da Lei nº 10.520).

IMPEDIMENTO DE PARTICIPAÇÃO NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS

O art. 9º da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993) estabelece as hipóteses e situações que configuram impedimento de participação de pessoas ou empresas nas licitações públicas e nas contratações com a Administração (inclusive os casos de contratação direta). Não podem participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

- a) o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;
- b) empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado;
- c) servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

É proibida, ainda, a participação indireta, sendo essa considerada “a existência de qualquer vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista entre o autor do projeto, pessoa física ou jurídica, e o licitante ou responsável pelos serviços, fornecimentos e obras, incluindo-se os fornecimentos de bens e serviços a estes necessários”. Ressalte-se que as situações de “impedimento indireto” também se aplicam aos membros da comissão de licitação e pregoeiros.

CAPÍTULO 5



CAPÍTULO 5

PROCEDIMENTOS ESPECIAIS

1. AUDIÊNCIA PÚBLICA

Prevê o art. 39 da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993) que, sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 vezes o limite previsto no art. 23, I, “c”, da LGL, o processo licitatório será iniciado *obrigatoriamente* com uma *audiência pública* concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação. A ela todos os interessados terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar.

LICITAÇÕES SIMULTÂNEAS: São aquelas com objetos similares e com realização prevista para intervalos não superiores a trinta dias;

LICITAÇÕES SUCESSIVAS: São aquelas em que, também com objetos similares, o edital subsequente tenha uma data anterior a cento e vinte dias após o término do contrato resultante da licitação antecedente.

Portanto, quando uma licitação (ou conjunto de licitações simultâneas e sucessivas) tiver valor estimado superior a R\$ 330.000.000,00 deverá ser realizada, de forma prévia, uma audiência pública, dando aos interessados não apenas o acesso às informações do procedimento licitatório (objeto pretendido, especificações, projetos e todos os documentos que compõem dos autos administrativos), mas também o direito de se manifestar e formular à Administração sugestões e questionamentos.

Nas palavras de Bittencourt (2014, p. 421), “a audiência pública é um instrumento do diálogo entre a Administração Pública e a sociedade, na busca de soluções para as demandas sociais de toda a ordem, propiciando ao cidadão a possibilidade de troca de informações com o administrador público”. Ou seja, o escopo da norma é garantir que o cidadão tenha o direito de exercer uma efetiva influência junto à Administração na especificação do objeto da licitação e na formulação das regras e demais exigências a serem inseridas no edital.

FORMALIDADES

A LGL é silente quanto aos atos da sessão pública da audiência, limitando-se a estabelecer as formalidades quanto à antecedência mínima de sua produção (15 dias úteis a contar da data prevista para a publicação do aviso de licitação), devendo o comunicado da realização da audiência pública ser publicado na imprensa oficial e em jornal de grande circulação regional com a antecedência mínima de 10 dias úteis.

2. PRÉ-QUALIFICAÇÃO

A Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993), em seu art. 114, estabelece a possibilidade de realização de uma etapa preliminar de habilitação das empresas licitantes, que antecede a data designada para a consecução do próprio certame, “sempre que o objeto da licitação recomende análise mais detida da qualificação técnica dos interessados”.

O objetivo da *pré-qualificação* é simplificar e atribuir maior eficácia ao procedimento licitatório, antecipando a análise da documentação dos eventuais interessados. Nesse caso, adotada a pré-qualificação, quando iniciada efetivamente a licitação, somente os já previamente qualificados dela poderão participar.

ATENÇÃO

O TCU tem admitido que a *pré-qualificação* possa substituir a fase de habilitação (não apenas a técnica, mas também a jurídica, a econômico-financeira e a regularidade fiscal), desde que observados alguns requisitos: disponibilização das informações que permitam às empresas compreender o objeto da licitação, divulgação dos critérios de julgamento de propostas e a oportunidade de eventuais impugnações às exigências da fase de habilitação (BRASIL, 2006g, 2006h).

FORMALIDADES

Após constatada a alta complexidade técnica do objeto a ser licitado, a pré-qualificação somente poderá ser instituída mediante uma proposta da autoridade competente. Uma vez formalizada, a proposta é comunicada à autoridade imediatamente superior para aprovação. Devidamente aprovada, a pré-qualificação

será realizada com a observância das exigências da LGL relativas à modalidade concorrência, no tocante à convocação dos interessados, ao procedimento e à análise da documentação.

3. SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS

O Sistema de Registro de Preços (SRP) é um *conjunto de procedimentos formais* com o objetivo de registrar preços para contratações futuras. Encontra previsão legal no art. 15 da Lei nº 8.666/1993 e no art. 11 da Lei nº 10.520/2002 (atualmente, regulamentado no âmbito da Administração Pública Federal pelo Decreto nº 7.892/2013):

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

[...]

II – ser processadas através de sistema de registro de preços;

[...]

§ 1º O registro de preços será precedido de ampla pesquisa de mercado.

§ 2º Os preços registrados serão publicados trimestralmente para orientação da Administração, na imprensa oficial.

§ 3º O sistema de registro de preços será regulamentado por decreto, atendidas as peculiaridades regionais, observadas as seguintes condições:

I – seleção feita mediante concorrência;

II – estipulação prévia do sistema de controle e atualização dos preços registrados;

III – validade do registro não superior a um ano.

§ 4º A existência de preços registrados não obriga a Administração a firmar as contratações que deles poderão advir, ficando-lhe facultada a utilização de outros meios, respeitada a legislação relativa às licitações, sendo assegurado ao beneficiário do registro preferência em igualdade de condições.

§ 5º O sistema de controle originado no quadro geral de preços, quando possível, deverá ser informatizado.

§ 6º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar preço constante do quadro geral em razão de incompatibilidade desse com o preço vigente no mercado (BRASIL, 1993, grifos nossos).

Art. 11. As compras e contratações de bens e serviços comuns, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, quando efetuadas pelo sistema de registro de preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, poderão adotar a modalidade de pregão, conforme regulamento específico (BRASIL, 2002c, grifos nossos).

Não se trata de nova modalidade de licitação, mas de um instrumento auxiliar das licitações e contratações, para a aquisição de bens e a contratação de serviços mediante a adoção das modalidades concorrência e pregão.

A existência de preços registrados não obriga a Administração a firmar as contratações que deles poderão advir, facultando-se a realização de licitação específica para a aquisição pretendida, sendo assegurado ao beneficiário do registro a preferência de fornecimento em igualdade de condições.

ATENÇÃO

Como no SRP a Administração não está obrigada a firmar a contratação, para instaurar procedimento licitatório destinado a registro de preços, não é necessário indicar a dotação orçamentária, que somente será exigida para a formalização do contrato ou outro instrumento hábil (art. 7º, § 2º, do Decreto nº 7.892) (BRASIL, 2013a).

3.1. OBJETO DO REGISTRO DE PREÇOS

O SRP objetiva a definição dos fornecedores e respectivos preços, em relação aos bens e aos serviços de que a Administração necessita (ou estima que necessitará) periodicamente, definição essa a ser feita em um momento prévio, anterior ao da efetiva necessidade.

Busca-se, assim, antecipar os procedimentos de seleção do detentor da proposta mais vantajosa, possibilitando à Administração que, em determinado instante, diante de uma necessidade, possa simplesmente contratar com aquele que já foi selecionado anteriormente por meio do competente processo licitatório.

O SRP é cabível nas seguintes hipóteses:

- a) quando, pelas características do bem ou serviço, houver necessidade de contratações frequentes;
- b) quando for mais conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou contratação de serviços necessários à Administração para o desempenho de suas atribuições;
- c) quando for conveniente a aquisição de bens ou a contratação de serviços para atendimento a mais de um órgão ou entidade, ou a programas de governo;
- d) quando pela natureza do objeto não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração.

Portanto, não cabe o SRP para a contratação imediata de bens e serviços, com quantitativos certos e determinados, sem que haja previsão de parcelamento de entregas do objeto (BRASIL, 2017c).

3.2. DEFINIÇÕES

– *Ata de Registro de Preços (ARP)*: documento vinculativo, obrigacional, com característica de compromisso para futura contratação, no qual se registram os preços, fornecedores, órgãos participantes e condições a serem praticadas, conforme as disposições contidas no instrumento convocatório e propostas apresentadas.

– *Órgão Gerenciador*: órgão ou entidade da Administração Pública responsável pela condução do conjunto de procedimentos do certame para registro de preços e gerenciamento da Ata de Registro de Preços dele decorrente.

– *Órgão Participante*: órgão ou entidade que participa dos procedimentos iniciais do SRP e integra a Ata de Registro de Preços.

– *Órgão Não Participante (“carona”)*: órgão ou entidade da Administração Pública que, não tendo participado dos procedimentos iniciais da licitação, atendidos os requisitos desta norma, faz adesão à ata de registro de preços.

3.3. PROCEDIMENTO DE REALIZAÇÃO

O Órgão Gerenciador, atendidas as condições de publicidade e feita ampla pesquisa de mercado, realizará licitação para viabilizar o registro de preços. A licitação será realizada na modalidade concorrência ou pregão, do tipo menor preço.

Caberá ao Órgão Gerenciador proceder à convocação – mediante correspondência eletrônica ou outro meio eficaz – de órgãos e de entidades para participarem do registro de preços.

Realizado todo o procedimento licitatório, será assinada a Ata de Registro de Preços, pela qual será formalizado compromisso de futura contratação.

Caberá, ainda, ao Órgão Gerenciador gerenciar a Ata de Registro de Preços, providenciando a indicação, sempre que solicitado, dos fornecedores, para atendimento às necessidades da Administração, obedecendo à ordem de classificação e aos quantitativos de contratação definidos pelos participantes da Ata.

3.3.1. INTENÇÃO DE REGISTRO DE PREÇOS

O Decreto nº 7.982 (BRASIL, 2013a), por seu art. 4º, instituiu um procedimento prévio à licitação para a realização do SRP denominado *Intenção de Registro de Preços* (IRP), que deve ser operacionalizado eletronicamente por módulo do Sistema de Administração e Serviços Gerais (SIASG).

Adotando-se o pregão na forma eletrônica, a IRP é necessária para viabilizar a participação de outros órgãos nos procedimentos iniciais do SRP, integrando, desde o início, a própria ARP realizada pelo Órgão Gerenciador.

Assim, uma vez registrada a IRP e antes mesmo da elaboração do edital, a IRP será divulgada eletronicamente no âmbito do SIASG por prazo determinado para viabilizar o registro da manifestação de órgãos interessados em participar da futura licitação para a formação de registro de preços.

Os órgãos interessados deverão informar os itens e respectivos quantitativos de interesse, cabendo ao Órgão Gerenciador, após o transcurso do prazo de divulgação da IRP, aceitar ou recusar motivadamente a manifestação de interesse. Uma vez aceitos, os quantitativos informados pelos Órgãos Participantes serão consolidados no quantitativo total do edital a ser publicado e lançado no sistema.

De acordo com o § 1º do art. 4º do Decreto, a divulgação da IRP poderá ser dispensada, de forma justificada, pelo Órgão Gerenciador (BRASIL, 2013a).

3.3.2. REALIZAÇÃO DE REGISTRO DE PREÇOS COM AGRUPAMENTO DE ITENS

Conforme a Súmula nº 247 do TCU, deve ser observada, como regra, a adoção de critério de julgamento “por item”, admitindo-se, como exceção, inclusive no SRP, a possibilidade de formação de “grupos” de itens ou a adoção do critério de menor preço “global” (nesse sentido, ver o Acórdão TCU nº 1.347/2018 – Plenário) (BRASIL, 2018e).

Nesse contexto, desde que devidamente justificado na etapa interna do procedimento licitatório, é factível a realização de uma licitação para registro de preços que venha a resultar na assinatura de uma ARP composta por diversos itens e que tenha como fornecedor beneficiário o licitante declarado vencedor do certame pelo fato de ter proposto o menor preço para o grupo.

Todavia, a despeito do agrupamento dos itens para a realização da licitação, observa-se como prática recorrente na Administração Pública o “acionamento”, de forma isolada, de itens específicos da ARP.

Diante de tal realidade, o TCU, mesmo não vedando categoricamente a possibilidade de acionamento isolado de itens em ARP formada por grupos, passou a determinar aos Órgãos Gerenciadores que não realizassem o acionamento isolado de itens quando o valor do respectivo item contido na proposta do fornecedor signatário da ARP não se evidenciasse como o menor valor válido da licitação (BRASIL, 2013q).

Com efeito, é possível que o licitante que ofereça o melhor valor total do grupo não ofereça, em relação aos demais concorrentes, os menores valores para todos os itens que compõem o respectivo grupo, motivo pelo qual a Administração deve ter a máxima cautela diante da necessidade de acionamento parcial de itens específicos do grupo correspondente à ARP.

Com base na reiterada jurisprudência do TCU, a Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento (SEGES/MPDG), em 16/2/2018, expediu a seguinte Orientação aos órgãos integrantes do Sistema de Serviços Gerais (Sisg):

A Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (SEGES/MP), em atenção aos Acórdãos do TCU nºs 2.977/2012 (Plenário), 2.695/2013 (Plenário), 343/2014 (Plenário), 4.205/2014 (1ª Câmara), 757/2015 (Plenário), 588/2016 (Plenário), 2.901/2016 (Plenário) e 3.081/2016 (Plenário) (BRASIL, 2012j, 2013q, 2014p, 2014q, 2015q, 2016n, 2016o, 2016p), orienta os órgãos e entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais (Sisg) que:

No âmbito das licitações realizadas sob a modelagem de aquisição por preço global de grupo de itens, somente serão admitidas as seguintes hipóteses:

- a) aquisição da totalidade dos itens de grupo, respeitadas as proporções de quantitativos definidos no certame; ou
- b) aquisição de item isolado para o qual o preço unitário adjudicado ao vencedor seja o menor preço válido ofertado para o mesmo item na fase de lances.

Constitui irregularidade a aquisição (emissão de empenho) de item de grupo adjudicado por preço global, de forma isolada, quando o preço unitário adjudicado ao vencedor do lote não for o menor lance válido ofertado na disputa relativo ao item, salvo quando, justificadamente, ficar demonstrado que é inexequível ou inviável, dentro do modelo de execução do contrato, a demanda proporcional ou total de todos os itens do respectivo grupo.

Os editais de licitações deverão prever cláusulas que impeçam a aquisição diferente dessa Orientação.

Por conseguinte, de acordo com o TCU e a SEGES/MPDG, somente seria possível o acionamento unitário da ARP quando o valor de tal item, de fato, for o menor valor válido registrado durante a fase de lances do pregão eletrônico. Caso contrário, diante da existência de um valor unitário inferior registrado por outro licitante que não o beneficiário da ARP, será, em tese, vedado o acionamento do item em questão.

Reitere-se, assim, que o simples fato de existir para determinado item um valor nominal registrado inferior à oferta do licitante beneficiário da ARP não acarreta, necessariamente, a vedação de acionamento preconizada pelo TCU, porquanto tal “menor valor nominal” pode não ser o “menor valor unitário VÁLIDO” para aquele item. Como exemplo, poder-se-ia desconsiderar um menor valor nominal registrado por uma empresa que esteja impedida de licitar com o órgão ou entidade licitante (invalidade do preço por ausência de condição de participação) ou, ainda, quando seja possível constatar que a marca/modelo do produto ofertado não atende objetivamente a um determinado requisito técnico mínimo fixado no edital.

3.4. PRAZO DE DURAÇÃO DA ATA DE REGISTRO DE PREÇOS

Nos termos do art. 15, § 3º, III, da Lei nº 8.666 e art. 12 do Decreto nº 7.892 (BRASIL, 1993, 2013a), o prazo de validade da Ata de Registro de Preço (ARP) *não pode ser superior a um ano*, computadas as eventuais prorrogações.

A ARP apenas tem validade enquanto subsistir quantitativo do objeto disponível. Assim, caso o Órgão Gerenciador já tiver adquirido a totalidade do quantitativo do objeto, cujo preço foi registrado; e, mesmo que isso ocorra em um prazo menor que um ano, estará expirada a vigência da Ata.

3.5. CONDIÇÕES DE FORNECIMENTO

A Administração, quando da aquisição de bens ou contratação de serviços, poderá subdividir a quantidade total do item em lotes, sempre que comprovado técnica e economicamente viável, de forma a possibilitar maior competitividade, observada – neste caso, entre outros – a quantidade mínima, o prazo e o local de entrega ou de prestação dos serviços.

O edital deverá prever a quantidade mínima de unidades a ser cotada, por item, no caso de bens (Decreto nº 7.892) (BRASIL, 2013a).

ATENÇÃO

- a) O edital poderá admitir, como critério de adjudicação, a oferta de desconto sobre tabela de preços praticados no mercado, nos casos de peças de veículos, medicamentos, passagens aéreas, manutenções e outros similares.
- b) Quando o edital previr o fornecimento de bens ou prestação de serviços em locais diferentes, é facultada a exigência de apresentação de proposta diferenciada por região, de modo que aos preços sejam acrescidos os respectivos custos, variáveis por região.

3.6. CADASTRO DE RESERVA (ART. 11 DO DECRETO Nº 7.892/2013)

Com o SRP, será incluído na ata, em forma de anexo⁵⁴, o registro dos licitantes que aceitarem cotar os bens ou serviços com preços iguais aos do licitante vencedor na sequência da classificação do certame.

A ordem de classificação dos licitantes registrados na ata deverá ser respeitada nas contratações.

Nos termos do § 3º do art. 11, a convocação dos licitantes registrados no cadastro de reserva será realizada nas seguintes hipóteses: a) quando o convocado não assinar a ata de registro de preços no prazo e condições estabelecidos (art. 13, parágrafo único); b) quando a ARP assinada com o licitante vencedor for cancelada com fundamento no art. 20 ou 21 do Decreto nº 7.892 (BRASIL, 2013a).

Note-se que a análise da habilitação dos fornecedores cadastrados somente será realizada na oportunidade em que forem convocados, devendo ser observadas as mesmas exigências estabelecidas no respectivo edital.

3.7. A HOMOLOGAÇÃO DA ATA DE REGISTRO DE PREÇOS

Homologado o resultado da licitação, e respeitada a ordem de classificação e a quantidade de fornecedores a serem registrados, o Órgão Gerenciador convocará os interessados para a assinatura da Ata de Registro de Preços que, após cumpridos os requisitos de publicidade, terá efeito de compromisso de fornecimento nas condições estabelecidas.

⁵⁴ “Art. 11, § 4º: O anexo que trata o inciso II do *caput* consiste na ata de realização da sessão pública do pregão ou da concorrência, que conterá a informação dos licitantes que aceitarem cotar os bens ou serviços com preços iguais ao do licitante vencedor do certame” (BRASIL, 2013a).

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 similar, conforme o disposto no art. 62 da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993).

3.8. A FORMALIZAÇÃO DA CONTRATAÇÃO DOS FORNECEDORES REGISTRADOS E O ACIONAMENTO DA ARP

Preconiza o art. 15 do Decreto nº 7.892 que “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” (BRASIL, 2013a).

Tal dispositivo objetiva evitar a confusão entre a ARP e o instrumento contratual decorrente de seu efetivo acionamento. O termo de contrato (ou suas formas alternativas previstas no art. 62 da LGL) tem por escopo formalizar as relações jurídicas obrigacionais estabelecidas entre Administração e o fornecedor que teve seus preços registrados na ARP. Ou seja, o instrumento contratual formaliza os contratos celebrados a partir da ARP.

Destaque-se que o TCU, no Acórdão nº 1.359/2011 – Plenário, reputou ser imprescindível que a Administração, nas contratações decorrentes de acionamentos de atas de registro de preços, formalize “o instrumento de contrato quando os valores envolvidos se encaixarem nas hipóteses de concorrência e de tomada de preços, na forma estabelecida no art. 11 do Decreto nº 3.931/2001, c/c o art. 62 da Lei nº 8.666/1993” (BRASIL, 2011p).

3.9. POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DAS CONDIÇÕES REGISTRADAS NA ARP

Consoante os arts. 17 a 21 do Decreto nº 7.892/2013, os preços registrados na ARP poderão sofrer alteração em hipóteses específicas e desde que haja a devida motivação nos autos do processo administrativo aliada à efetiva comprovação da mudança dos valores praticados no mercado.

NO CASO DE OS PREÇOS REGISTRADOS NA ATA SE TORNAREM SUPERIORES AOS PRATICADOS NO MERCADO

Quando, por motivo superveniente, o preço inicialmente registrado se tornar superior ao preço praticado no mercado, o Órgão Gerenciador deverá convocar os fornecedores para negociarem a redução dos preços aos valores praticados pelo mercado.

- a) Os fornecedores que não aceitarem reduzir seus preços aos valores praticados pelo mercado serão liberados do compromisso assumido, sem aplicação de penalidade.
- b) A ordem de classificação dos fornecedores que aceitarem reduzir seus preços aos valores de mercado observará a classificação original.

NO CASO DE OS PREÇOS REGISTRADOS SE TORNAREM INFERIORES AOS PRATICADOS NO MERCADO

Quando o preço de mercado se tornar superior aos preços registrados e o fornecedor não puder cumprir o compromisso, o órgão gerenciador poderá:

- a) liberar o fornecedor do compromisso assumido, caso a comunicação ocorra antes do pedido de fornecimento, sem aplicação da penalidade se confirmada a veracidade dos motivos e comprovantes apresentados pelo fornecedor; e
- b) convocar os demais fornecedores para assegurar igual oportunidade de negociação.

Não havendo êxito nas negociações, o Órgão Gerenciador deverá proceder à revogação da ata de registro de preços, adotando as medidas cabíveis para obtenção da contratação mais vantajosa.

Exceto os ajustes nos preços registrados, é salutar consignar que a ARP propriamente dita não pode ser objeto de alteração contratual nas hipóteses vertidas no art. 65 da LGL. Nesse sentido, o § 1º do art. 12 do Decreto nº 7.892/2013 é enfático ao vedar “acréscimos nos quantitativos fixados pela ata de registro de preços, inclusive o acréscimo de que trata o § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993” (BRASIL, 2013a).

Entretanto, face à diferenciação entre a ARP e o instrumento contratual dela decorrente (conforme tratado no tópico 3.8 deste capítulo), as possibilidades de alterações qualitativas e quantitativas previstas no art. 65 LGL são aplicáveis aos contratos decorrentes do SRP.

Da mesma forma, os contratos decorrentes da ARP poderão ter sua vigência alterada nas hipóteses previstas no art. 57 da LGL, desde que tal contrato tenha sido assinado no prazo de validade da respectiva ata que lhe deu origem. De acordo com o § 2º do art. 12 do Decreto nº 7.892/2013, a vigência inicial do instrumento contratual decorrente do SRP será definida nos editais.

3.10. O ÓRGÃO PARTICIPANTE

O Decreto nº 7.892 conceitua Órgão Participante como o “órgão ou entidade que participa dos procedimentos iniciais do SRP e integra a ata de registro de preços” (BRASIL, 2013a).

O Órgão Participante vincula-se ao SRP desde o início do procedimento (portanto, antes mesmo da realização da licitação), formalizando sua integração a partir da Intenção de Registro de Preço – IRP (vide tópico 3.3.1.), oportunidade na qual manifesta expressamente o seu interesse em participar, informando ao Órgão Gerenciador o objeto de interesse (bens e/ou serviços), o quantitativo do consumo pretendido e o local de entrega e fornecimento do objeto.

Ressalte-se que, mesmo na qualidade de Órgão Participante, deverá o interessado elaborar projeto básico ou termo de referência em relação ao objeto que pretende adquirir, incluindo a realização de pesquisa de mercado como forma de demonstrar a “vantajosidade” da participação em detrimento da realização de um procedimento licitatório próprio.

Finalizado o procedimento da IRP e deferido o pedido de participação pelo Órgão Gerenciador, o quantitativo informado pelo Órgão Participante é incorporado ao edital e à respectiva ARP a ser formalizada.

Note-se que haverá apenas uma Ata de Registro de Preço, na qual serão discriminados os quantitativos destinados ao Órgão Gerenciador e aos Órgãos Participantes, cabendo a cada um deles adotar as providências necessárias ao acionamento da ARP em relação aos seus respectivos quantitativos.

3.11. A FIGURA DO “CARONA”

O art. 22 do Decreto nº 7.892/2013 permite a qualquer órgão e entidade que não tenha assumido, na época própria, a posição formal de Órgão Participante, a utilização da Ata de Registro de Preços – daí a designação “carona”.

Tal utilização, porém, não se dá de forma plena, como ocorre com os órgãos inicialmente admitidos com Órgãos Participantes, em vista de a “adesão” ficar sujeita às seguintes condições: a) comprovação da vantagem do uso da Ata de Registro de Preços; b) manifestação do interesse ao Órgão Gerenciador; c) consulta ao Órgão Gerenciador, sobre a sua participação; d) interesse do fornecedor em atender ao pedido; e) ausência de prejuízo quanto às obrigações anteriormente assumidas pelo fornecedor com os órgãos participantes e gerenciador.

| LIMITES DE ADESÃO NO CASO DE “CARONA” | |
|--|---|
| LIMITE DE ADESÃO POR ÓRGÃO OU ENTIDADE | No caso do “carona”, as aquisições ou contratações adicionais não poderão |



| LIMITES DE ADESÃO NO CASO DE "CARONA" | |
|---------------------------------------|---|
| | exceder, por órgão ou entidade, a <i>100% dos quantitativos</i> registrados na ata de registro de preços. |
| LIMITE TOTAL DE ADESÃO DA ARP | O instrumento convocatório deverá prever que o quantitativo decorrente das adesões à ata de registro de preços não poderá exceder, <i>na totalidade, ao quintuplo do quantitativo de cada item registrado</i> na ata de registro de preços para o órgão gerenciador e órgãos participantes, independentemente do número de órgãos não participantes que aderirem. |

3.11.1. VEDAÇÃO DE ADESÃO VERTICALIZADA

O § 8º do art. 22 do Decreto nº 7.892 estabelece ser vedada aos órgãos e entidades da Administração Pública Federal a adesão a Ata de Registro de Preços gerenciada por órgão ou entidade municipal, distrital ou estadual (BRASIL, 2013a).

3.12. O CANCELAMENTO DO REGISTRO DE PREÇOS

As hipóteses para o cancelamento da ARP estão previstas no art. 20 do Decreto nº 7.892: a) descumprir as condições da Ata de Registro de Preços; b) não retirar a respectiva nota de empenho ou instrumento equivalente no prazo estabelecido pela Administração, sem justificativa aceitável; c) não aceitar reduzir o seu preço registrado, na hipótese de este se tornar superior àqueles praticados no mercado; d) tiver presentes razões de interesse público (BRASIL, 2013a).

O procedimento para o cancelamento do registro deverá observar o contraditório e a ampla defesa, devendo ser formalizado por despacho da autoridade competente do Órgão Gerenciador.

A solicitação do cancelamento poderá partir do próprio fornecedor no caso de ocorrência de fato superveniente que venha a comprometer a perfeita execução contratual, de caso fortuito ou de força maior devidamente comprovados.



AUDIÊNCIA PÚBLICA

De acordo com o art. 39 da LGL, é obrigatória a realização de audiência pública (prévia ao procedimento licitatório) sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a R\$ 330.000.000,00.

A LGL é silente quanto aos atos da sessão pública da audiência, limitando-se a estabelecer as formalidades quanto à antecedência mínima de sua produção (15 dias úteis a contar da data prevista para a publicação do aviso de licitação), devendo o comunicado da realização da audiência pública ser publicado na imprensa oficial e em jornal de grande circulação regional com a antecedência mínima de 10 dias úteis.

PRÉ-QUALIFICAÇÃO

A Lei nº 8.666/1993, em seu art. 114, estabelece a possibilidade de realização de uma etapa preliminar de habilitação das empresas licitantes, que antecede a data designada para a consecução do próprio certame, “sempre que o objeto da licitação recomende análise mais detida da qualificação técnica dos interessados”.

Após constatada a alta complexidade técnica do objeto a ser licitado, a *pré-qualificação* somente pode ser instituída mediante proposta da autoridade competente. Uma vez formalizada, a proposta é comunicada à autoridade imediatamente superior para aprovação. Devidamente aprovada, a pré-qualificação é realizada com a observância das exigências da LGL relativas à modalidade concorrência, à convocação dos interessados, ao procedimento e à análise da documentação.

SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS

Conceito: é um conjunto de procedimentos formais com o objetivo de registrar preços para contratações futuras. Não se trata de nova modalidade de licitação, mas de um instrumento auxiliar das licitações e contratações, para a aquisição de bens e a contratação de serviços mediante a adoção das modalidades *concorrência* e *pregão*.

A existência de preços registrados não obriga a Administração a firmar as contratações que deles poderão advir, facultando-se a realização de licitação específica para a aquisição pretendida.

Previsão legal: art. 15 da Lei nº 8.666/1993 e Decreto nº 7.892/2013.

SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS

Objeto: o Sistema de Registro de Preços objetiva a definição dos fornecedores e respectivos preços, em relação aos *bens* e aos *serviços* de que a Administração ne-

cessita (ou estima que necessitará) periodicamente, definição a ser feita em um momento prévio, anterior ao da efetiva necessidade.

Procedimento de realização:

- 1) o Órgão Gerenciador, atendidas as condições de publicidade e feita ampla pesquisa de mercado, realiza licitação para viabilizar o registro de preços. A licitação é realizada na modalidade concorrência ou pregão, do tipo menor preço;
- 2) cabe ao Órgão Gerenciador proceder à convocação – mediante correspondência eletrônica ou outro meio eficaz – de órgãos e de entidades para participarem do registro de preços;
- 3) realizado todo o procedimento licitatório, é assinada a Ata de Registro de Preços, na qual será formalizado o compromisso de futura contratação;
- 4) cabe também ao Órgão Gerenciador gerenciar a Ata de Registro de Preços, providenciando a indicação, sempre que solicitado, dos fornecedores, para o atendimento às necessidades da Administração, obedecendo à ordem de classificação e aos quantitativos de contratação definidos pelos participantes da Ata.

Prazo de duração: o prazo de validade da ARP não pode ser superior a um ano, computadas as eventuais prorrogações.

A figura do “carona”: o Decreto n° 7.892/2013, em seu art. 22, permite a qualquer órgão e entidade que não tenha assumido, na época própria, a posição formal de órgão participante, a utilização da Ata de Registro de Preços; daí a designação “carona”.

| LIMITES DE ADESÃO NO CASO DE “CARONA” | |
|--|---|
| LIMITE DE ADESÃO POR ÓRGÃO OU ENTIDADE | No caso do “carona”, as aquisições ou contratações adicionais não poderão exceder, <i>por órgão ou entidade</i> , a 100% dos quantitativos registrados na ata de registro de preços. |
| LIMITE TOTAL DE ADESÃO DA ARP | O instrumento convocatório deverá prever que o quantitativo decorrente das adesões à ata de registro de preços não poderá exceder, <i>na totalidade</i> , ao <i>quintuplo do quantitativo de cada item registrado</i> na ata de registro de preços para o órgão gerenciador e órgãos participantes, independentemente do número de órgãos não participantes que aderirem. |

CAPÍTULO 6



CAPÍTULO 6

CONTRATAÇÃO DIRETA: AFASTAMENTO DO DEVER DE LICITAR

1. FUNDAMENTOS PARA O AFASTAMENTO DO DEVER DE LICITAR

A regra relativa ao dever de licitar estabelecida no art. 37, XXI, da CRFB, admite exceções de acordo com o próprio dispositivo constitucional.

XXI – *ressalvados os casos especificados na legislação*, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Contudo, é preciso observar que apenas lei editada pela União pode especificar os casos nos quais a obrigação de licitar é afastada, pois somente lei federal pode estipular normas gerais acerca de licitações e contratos administrativos (art. 22, XXVII, CRFB).

Configurada a hipótese de afastamento do dever de licitação, o administrador está autorizado a realizar a chamada *contratação direta*, assim qualificada pelo fato de a contratação ocorrer sem o prévio procedimento licitatório, ou seja, *diretamente*.

CONCEITOS BÁSICOS

- a) *Licitação dispensada*: é aquela cuja realização é afastada pela própria lei, relacionada com a alienação de imóveis e de móveis públicos (art. 17 da Lei nº 8.666).
- b) *Licitação dispensável*: é aquela em que existe uma desobrigação de instauração de procedimento licitatório, caso seja conveniente ao interesse público (art. 24 da Lei nº 8.666).
- c) *Licitação inexigível*: é aquela em que há inviabilidade de competição (art. 25 da Lei nº 8.666).

PANORAMA LEGAL

- a) art. 17 da Lei nº 8.666/1993 (casos de licitação dispensada).
- b) art. 24 da Lei nº 8.666/1993 (casos de licitação dispensável).
- c) art. 25 da Lei nº 8.666/1993 (casos de inexigibilidade de licitação).

d) art. 26 da Lei nº 8.666/1993 (procedimento exigido para a regularidade da contratação direta).

2. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO (ART. 25)

A *inexigibilidade de licitação* justifica-se nas hipóteses em que se verifica a inviabilidade prática de competição. O elenco instituído pelo art. 25 da LGL não é exaustivo, mas exemplificativo, admitindo-se outras hipóteses em que se verifica a inexigibilidade de realização do procedimento licitatório.

Tal raciocínio hermenêutico fica claramente corroborado pela redação da parte final do *caput* do art. 25, que dispõe ser a licitação inexigível “em especial” naqueles casos. Logo, existem outros casos em que a licitação não poderá ser realizada, estando as hipóteses mais comuns veiculadas nos três incisos do art. 25.

2.1. FORNECEDOR EXCLUSIVO

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

I – para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes (BRASIL, 1993);

A hipótese refere-se às situações nas quais a Administração almeja adquirir determinado bem (materiais, equipamentos ou gêneros) que só possa ser fornecido por apenas um produtor ou empresa, ou, ainda, quando a sua comercialização se dá por representante comercial exclusivo. Logo, é patente a inviabilidade de competição, já que é impossível obter mais de uma proposta.

Note-se que a lei *veda a preferência por marca*, com o claro propósito de evitar que o administrador indique determinada marca justamente para configurar a situação de unicidade de produtor, fornecedor ou representante e, assim, realizar a contratação direta, sem licitação. A exclusividade que justifica a contratação direta é a de produto, não a de marca. Logo, se existirem diversas marcas de um mesmo tipo de produto, por haver competição, deve ser realizada a licitação (BRASIL, 2004d).

Entretanto, nos casos em que se admite a indicação de marca (como previsto na parte final do art. 7º, § 5º, da LGL), desde que devidamente justificado, se ficar

comprovado no processo administrativo que só há um fornecedor para tal produto (ou representante comercial exclusivo), estaria configurada a inviabilidade de competição.

2.2. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS PROFISSIONAIS ESPECIALIZADOS

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

[...]

II – para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação (BRASIL, 1993);

O dispositivo versa sobre os elementos necessários para a configuração de inexigibilidade de licitação em se tratando de serviços técnicos especializados, porquanto, em regra, tais serviços devem ser licitados mediante concurso (art. 13, § 2º, da LGL). Haverá o afastamento do dever de licitar desde que presentes três requisitos:

| REQUISITOS PARA CONFIGURAR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PARA A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ESPECIALIZADOS (SÚMULA Nº 252 DO TCU) | |
|--|--|
| 1) O SERVIÇO TÉCNICO DEVE CONSTAR NO ART. 13 DA LEI Nº 8.666/1993 | Consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a: a) estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos; b) pareceres, perícias e avaliações em geral; c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; d) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços; e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas; f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal; g) restauração de obras de arte e bens de valor histórico. |
| 2) O PROFISSIONAL OU A EMPRESA PRESTADORA DO SERVIÇO DEVERÁ TER NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO | Nos termos da Súmula nº 39 do TCU, existe notória especialização quando é possível “exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação” (BRASIL, 1973b). |

| REQUISITOS PARA CONFIGURAR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PARA A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ESPECIALIZADOS (SÚMULA Nº 252 DO TCU) | |
|--|--|
| | Nos termos da Súmula nº 39 do TCU, existe notória especialização quando é possível “exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação” (BRASIL, 1973b). A notória especialização deve ser reconhecida no âmbito de atuação do profissional (ou da empresa), ou seja, “no seio da comunidade de especialistas em que atua” (JUSTEN FILHO, 2014, p. 502). |
| 3) O OBJETO DO SERVIÇO DEVE SER SINGULAR | O serviço deve ser único em razão de sua complexidade e relevância. “Singular é a característica do objeto que o individualiza, o distingue dos demais. É a presença de um atributo incomum na espécie, diferenciador” (FERNANDES, 2016, p. 308). |

2.3. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ARTÍSTICOS

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

[...]

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública (BRASIL, 1993).

O inciso III do art. 25 aduz uma hipótese típica de inviabilidade de competição, visto que, em se tratando de serviços artísticos, é impossível estabelecer padrões e critérios objetivos para o julgamento de propostas para escolher o “melhor” serviço.

Assim, é admitida a contratação direta de qualquer profissional do *setor artístico* – em todas as suas dimensões: artes cênicas, plásticas, musicais etc. –, desde que o contratado seja consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

3. LICITAÇÃO DISPENSÁVEL (ART. 24)

As hipóteses previstas para que o administrador deixe de realizar licitação como condição para a contratação estão *taxativamente* previstas no art. 24 da Lei

nº 8.666/1993. Portanto, em tais casos, será discricionária a decisão de fazer ou não a licitação, conforme critérios de conveniência e oportunidade da Administração.

Por se tratar de um *rol exaustivo*, não se admite a fundamentação de dispensabilidade de licitação com base na analogia, na presunção e em outros recursos interpretativos que vão além da expressa literalidade normativa.

Art. 24. É dispensável a licitação:

I – para obras e serviços de engenharia de valor até R\$ 33.000,00, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente;

II – para outros serviços e compras de valor até R\$ 17.600,00 e para alienações, nos casos previstos na Lei nº 8.666/1993, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez (BRASIL, 1993, grifos nossos);

IMPORTANTE

a) Os incisos I e II do art. 24 vedam a contratação direta diante da configuração de *fracionamento* que ocorre quando se “divide” o objeto com o intuito de formar partes cujos valores, individualmente considerados, se amoldam aos limites que legitimam a dispensa de licitação. Exemplo: uma obra avaliada em R\$ 93.000,00 é fracionada em três partes, cada qual estimada em R\$ 31.000,00. Nessa situação, a Administração promove três dispensas de licitação e, assim, de maneira indevida, não realiza qualquer certame prévio à contratação.

b) Os valores de dispensa referidos nos incisos I e II serão aumentados em 20% (vinte por cento) para compras, obras e serviços contratados por consórcios públicos, sociedade de economia mista, empresa pública e por autarquia ou fundação qualificadas, na forma da lei, como Agências Executivas (art. 24, §1º).

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 contratos;

V – quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas (BRASIL, 1993, grifos nossos);

ATENÇÃO

- a) É importante distinguir os conceitos de *licitação deserta* (quando nenhum interessado comparece à licitação) e *licitação fracassada* (quando todos os participantes do certame são desclassificados/inabilitados).
- b) O enquadramento da dispensa licitatória prevista no art. 24, V, da LGL abrange tanto o caso de “licitação deserta” quanto o de “licitação fracassada” (BITTENCOURT, 2014, p. 226).

VI – quando a União tiver que intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento;

VII – quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional, ou forem incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes, casos em que, observado o parágrafo único do art. 48 da LGL, e, persistindo a situação, será admitida a adjudicação direta dos bens ou serviços, por valor não superior ao constante do registro de preços, ou dos serviços;

VIII – para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado (BRASIL, 1993);

ATENÇÃO

O limite temporal de criação do órgão ou entidade que integre a Administração Pública estabelecido no inciso VIII não se aplica aos órgãos ou entidades que produzem produtos estratégicos para o SUS, no âmbito da Lei nº 8.080 (BRASIL, 1990), conforme elencados em ato da direção nacional do SUS (art. 24, § 2º).

IX – quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional;

X – para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da administração, cujas necessidades de instalação e localização condi-

cionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia;

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

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

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;

XIV – para a aquisição de bens ou serviços nos termos de acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional, quando as condições ofertadas forem manifestamente vantajosas para o Poder Público;

XV – para a aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que compatíveis ou inerentes às finalidades do órgão ou entidade;

XVI – para a impressão dos diários oficiais, de formulários padronizados de uso da administração, e de edições técnicas oficiais, bem como para prestação de serviços de informática a pessoa jurídica de direito público interno, por órgãos ou entidades que integrem a Administração Pública, criados para esse fim específico;

XVII – 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;

XVIII – nas compras ou contratações de serviços para o abastecimento de navios, embarcações, unidades aéreas ou tropas e seus meios de deslocamento quando em estada eventual de curta duração em portos, aeroportos ou localidades diferentes de suas sedes, por motivo de movimentação operacional ou de adestramento, quando a exiguidade dos prazos legais puder comprometer a normalidade e os propósitos das operações e desde que seu valor não exceda a R\$ 176.000,00;

XIX – para as compras de material de uso pelas Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante parecer de comissão instituída por decreto;

XX – na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão de obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;

XXI – para a aquisição ou contratação de produto para pesquisa e desenvolvimento, limitada, no caso de obras e serviços de engenharia, a R\$ 660.000,00;

XXII – na contratação de fornecimento ou suprimento de energia elétrica e gás natural com concessionário, permissionário ou autorizado, segundo as normas da legislação específica;

XXIII – na contratação realizada por empresa pública ou sociedade de economia mista com suas subsidiárias e controladas, para a aquisição ou alienação de bens, prestação ou obtenção de serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;

XXIV – para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão;

XXV – na contratação realizada por Instituição Científica e Tecnológica – ICT ou por agência de fomento para a transferência de tecnologia e para o licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida;

XXVI – na celebração de contrato de programa com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação;

XXVII – na contratação da 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 reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública;

XXVIII – 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 pela autoridade máxima do órgão;

XXIX – na aquisição de bens e contratação de serviços para atender aos contingentes militares das Forças Singulares brasileiras empregadas em operações de paz no exterior, necessariamente justificadas quanto ao preço e à escolha do fornecedor ou executante e ratificadas pelo Comandante da Força;

XXX – na contratação de instituição ou organização, pública ou privada, com ou sem fins lucrativos, para a prestação de serviços de assistência técnica e extensão rural no âmbito do Programa Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural na Agricultura Familiar e na Reforma Agrária, instituído por lei federal;

XXXI – nas contratações visando ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 4º, 5º e 20 da Lei nº 10.973/2004⁵⁵, observados os princípios gerais de contratação dela constantes;

⁵⁵ Lei nº 10.973: “Art. 3º A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as respectivas agências de fomento poderão estimular e apoiar a constituição de alianças estratégicas e o desenvolvimento de projetos de cooperação envolvendo empresas, ICTs e entidades privadas sem fins lucrativos voltados para atividades de pesquisa e desenvolvimento, que objetivem a geração de produtos, processos e serviços inovadores e a transferência e a difusão de tecnologia. Art. 4º A ICT pública poderá, mediante con-

XXXII – na contratação em que houver transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde – SUS, no âmbito da Lei nº 8.080/1990, conforme elencados em ato da direção nacional do SUS, inclusive por ocasião da aquisição destes produtos durante as etapas de absorção tecnológica;

XXXIII – na contratação de entidades privadas sem fins lucrativos, para a implementação de cisternas ou outras tecnologias sociais de acesso à água para consumo humano e produção de alimentos, para beneficiar as famílias rurais de baixa renda atingidas pela seca ou falta regular de água;

XXXIV – para a aquisição por pessoa jurídica de direito público interno de insumos estratégicos para a saúde produzidos ou distribuídos por fundação que, regimental ou estatutariamente, tenha por finalidade apoiar órgão da administração pública direta, sua autarquia ou fundação em projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo à inovação, inclusive na gestão administrativa e financeira necessária à execução desses projetos, ou em parcerias que envolvam transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde – SUS, nos termos do inciso XXXII deste artigo, e que tenha sido criada para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;

XXXV – para a construção, a ampliação, a reforma e o aprimoramento de estabelecimentos penais, desde que configurada situação de grave e iminente risco à segurança pública (BRASIL, 1993, grifos nossos).

4. LICITAÇÃO DISPENSADA (ART. 17)

Nos casos de licitação dispensada, taxativamente previstos no art. 17 da LGL, ainda que exista a possibilidade prática de competição, a própria lei afasta o dever de realizar licitação. Assim, ao contrário do que ocorre na licitação dispensável,

trpartida financeira ou não financeira e por prazo determinado, nos termos de contrato ou convênio: I – compartilhar seus laboratórios, equipamentos, instrumentos, materiais e demais instalações com ICT ou empresas em ações voltadas à inovação tecnológica para consecução das atividades de incubação, sem prejuízo de sua atividade finalística; II – permitir a utilização de seus laboratórios, equipamentos, instrumentos, materiais e demais instalações existentes em suas próprias dependências por ICT, empresas ou pessoas físicas voltadas a atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação, desde que tal permissão não interfira diretamente em sua atividade-fim nem com ela conflite; III – permitir o uso de seu capital intelectual em projetos de pesquisa, desenvolvimento e inovação. Art. 5º São a União e os demais entes federativos e suas entidades autorizados, nos termos de regulamento, a participar minoritariamente do capital social de empresas, com o propósito de desenvolver produtos ou processos inovadores que estejam de acordo com as diretrizes e prioridades definidas nas políticas de ciência, tecnologia, inovação e de desenvolvimento industrial de cada esfera de governo. [...] Art. 20. Os órgãos e entidades da administração pública, em matéria de interesse público, poderão contratar diretamente ICT, entidades de direito privado sem fins lucrativos ou empresas, isoladamente ou em consórcios, voltadas para atividades de pesquisa e de reconhecida capacitação tecnológica no setor, visando à realização de atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação que envolvam risco tecnológico, para solução de problema técnico específico ou obtenção de produto, serviço ou processo inovador” (BRASIL, 2004b).

não haverá sequer margem de escolha para o administrador. Incidindo a situação concreta nas hipóteses do art. 17, a licitação não deverá ser realizada.

ALIENAÇÃO DE BENS IMÓVEIS

Licitação dispensada nos casos de:

- a) dação em pagamento;
- b) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo;
- c) permuta, por outro imóvel, para o atendimento das finalidades precípua da Administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia;
- d) investidora⁵⁶;
- e) venda a outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo;
- f) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da Administração Pública;
- g) procedimentos de legitimação de posse de que trata o art. 29 da Lei nº 6.383 (BRASIL, 1976a), mediante iniciativa e deliberação dos órgãos da Administração Pública em cuja competência legal inclua-se tal atribuição;
- h) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis de uso comercial de âmbito local com área de até 250 m² e inseridos no âmbito de programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da Administração Pública;
- i) alienação e concessão de direito real de uso, gratuita ou onerosa, de terras públicas rurais da União e do Incra, onde incidam ocupações até o limite de que trata o § 1º do art. 6º da Lei nº 11.952 (BRASIL, 2009b) (2.500 hectares), para fins de regularização fundiária, atendidos os requisitos legais.

ALIENAÇÃO DE BENS MÓVEIS

Licitação dispensada nos casos de:

⁵⁶ Entende-se por investidora, para os fins da LGL (vide art. 17, 3º): I - a alienação aos proprietários de imóveis lindeiros de área remanescente ou resultante de obra pública, área esta que se tornar inaproveitável isoladamente, por preço nunca inferior ao da avaliação e desde que esse não ultrapasse R\$ 88.000,00 (oitenta e oito mil reais) (BRASIL, 1993).

- a) doação, permitida exclusivamente para fins e uso de interesse social, após avaliação de sua oportunidade e conveniência socioeconômica, relativamente à escolha de outra forma de alienação;
- b) permuta, permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública;
- c) venda de ações, que poderão ser negociadas em Bolsa, observada a legislação específica;
- d) venda de títulos, na forma da legislação pertinente;
- e) venda de bens produzidos ou comercializados por órgãos ou entidades da Administração Pública, em virtude de suas finalidades;
- f) venda de materiais e equipamentos para outros órgãos ou entidades da Administração Pública, sem utilização previsível por quem deles dispõe.

CONCESSÃO DE TÍTULOS DE PROPRIEDADE OU DE DIREITO REAL DE USO DE IMÓVEIS

Licitação dispensada nos casos de:

- a) a outro órgão ou entidade da Administração Pública, qualquer que seja a localização do imóvel;
- b) a pessoa natural que, nos termos de lei, regulamento ou ato normativo do órgão competente, haja implementado os requisitos mínimos de cultura, ocupação mansa e pacífica e exploração direta sobre área rural, observado o limite de que trata o art. 6º da Lei nº 11.952 (BRASIL, 2009b) (2.500 hectares).

5. PROCEDIMENTO EXIGIDO PARA A REGULARIDADE DA CONTRATAÇÃO DIRETA

De acordo com o art. 26 da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993), o processo de dispensa e de inexistência será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

- I – caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso;
- II – razão da escolha do fornecedor ou executante;
- III – justificativa do preço;
- IV – documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados (BRASIL, 1993).

Instruído o procedimento com tais elementos e havendo manifestação favorável à contratação direta pelo órgão ou pela unidade responsável, os autos devem ser submetidos à autoridade hierarquicamente superior no prazo máximo de três dias, devendo esta se pronunciar no prazo de cinco dias a contar do recebimento do processo. Havendo a ratificação da manifestação pelo afastamento da licita-

ção, o processo deve seguir para a publicação na imprensa oficial, como condição de eficácia dos atos.

ATENÇÃO

O TCU (BRASIL, 2006i) e a AGU (BRASIL, 2011q) entendem que os casos de dispensa de licitação previstos nos incisos I e II, art. 24, da LGL, em observância aos princípios da economicidade e eficiência, dispensam a publicação na imprensa oficial do ato que autoriza a contratação direta.

FASES DO PROCEDIMENTO DE CONTRATAÇÃO DIRETA


- 1) Abertura de procedimento administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado e a autorização respectiva para a compra ou contratação (art. 38, *caput*).
- 2) Perfeita indicação do objeto pretendido pela Administração.
- 3) Elaboração da minuta do contrato a ser firmado.
- 4) Elaboração de parecer técnico ou jurídico examinando:
 - a) justificativa da dispensa ou inexigibilidade;
 - b) razão da escolha do fornecedor (art. 26, II);
 - c) justificativa do preço (art. 26, III).
- 5) Decisão sobre licitar ou não.
- 6) Comunicação à autoridade superior.
- 7) Ratificação da dispensa ou inexigibilidade pela autoridade superior.
- 8) Publicação da decisão ratificadora na imprensa oficial no prazo de 5 dias.

5.1. A JUSTIFICATIVA DO PREÇO

De acordo com o TCU (BRASIL, 2015k), a justificativa do preço em contratações diretas (art. 26, parágrafo único, inciso III, da LGL) deve ser realizada, preferencialmente, mediante:

- a) no caso de *dispensa*, apresentação de, no mínimo, três cotações válidas de empresas do ramo, ou justificativa circunstanciada se não for possível obter essa quantidade mínima;
- b) no caso de *inexigibilidade*, comparação com os preços praticados pelo fornecedor junto a outras instituições públicas ou privadas.

Nos termos do § 2º do art. 25 da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993), na hipótese de dispensa e de inexigibilidade de licitação, se comprovado superfaturamento, res-



pondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.



FUNDAMENTOS PARA O AFASTAMENTO DO DEVER DE LICITAR

A regra relativa ao dever de licitar estabelecida no art. 37, inciso XXI, da CRFB, admite exceções de acordo com o próprio dispositivo constitucional.

Apenas lei editada pela União pode especificar os casos nos quais a obrigação de licitar é afastada, visto que somente lei federal pode estipular normas gerais acerca de licitações e contratos administrativos (art. 22, XXVII, CRFB).

Configurada a hipótese de afastamento do dever de licitação, o administrador está autorizado a realizar a chamada *contratação direta*, assim qualificada pelo fato de a contratação ocorrer sem o prévio procedimento licitatório, ou seja, *diretamente*.

HIPÓTESES DE CONTRATAÇÃO DIRETA

- a) *Licitação dispensada*: é aquela cuja realização é afastada pela própria lei, relacionada com a alienação de imóveis e de móveis públicos (art. 17 da Lei nº 8.666).
- b) *Licitação dispensável*: é aquela em que existe uma desobrigação de instauração de procedimento licitatório, caso seja conveniente ao interesse público (art. 24 da Lei nº 8.666).
- c) *Licitação inexigível*: é aquela em que há inviabilidade de competição (art. 25 da Lei nº 8.666).

INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

A inexigibilidade de licitação justifica-se nas hipóteses em que se verifica a inviabilidade prática de competição.

O elenco instituído pelo art. 25 da LGL não é taxativo, mas exemplificativo, admitindo-se outras hipóteses em que se verifica a inexigibilidade de realização do procedimento licitatório.

LICITAÇÃO DISPENSÁVEL (ART. 24)

As hipóteses previstas para que o administrador deixe de realizar licitação como condição para contratação estão, taxativamente, previstas no art. 24 da Lei nº 8.666. Portanto, em tais casos, será discricionária a decisão de fazer ou não a licitação, conforme critérios de conveniência e oportunidade da Administração.

Por se tratar de um *rol exaustivo*, não se admite a fundamentação de dispensabilidade de licitação com base na analogia, na presunção e em outros recursos interpretativos que vão além da expressa literalidade normativa.

LICITAÇÃO DISPENSADA (ART. 17)

Nos casos de licitação dispensada, expressa e taxativamente previstos no art. 17 da LGL, ainda que exista a possibilidade prática de competição, a própria lei afasta o dever de realizar licitação.

As hipóteses previstas no art. 17 versam sobre os seguintes temas:

- a) alienação de bens imóveis;
- b) alienação de bens móveis;
- c) concessão de título de propriedade ou de direito real de uso de imóveis.

Ao contrário do que ocorre na licitação dispensável, não há sequer margem de escolha para o administrador. Incidindo a situação concreta nas hipóteses do art. 17, a licitação não deve ser realizada.

PROCEDIMENTO EXIGIDO PARA A REGULARIDADE DA CONTRATAÇÃO DIRETA

- 1) Abertura de procedimento administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado e a autorização respectiva para a compra ou contratação (art. 38, *caput*).
- 2) Perfeita indicação do objeto pretendido pela Administração.
- 3) Elaboração da minuta do contrato a ser firmado.
- 4) Elaboração de parecer técnico ou jurídico examinando:
 - a) justificativa da dispensa ou inexigibilidade;
 - b) razão da escolha do fornecedor (art. 26, II);
 - c) justificativa do preço (art. 26, III);
- 5) Decisão sobre licitar ou não.
- 6) Comunicação à autoridade superior.
- 7) Ratificação da dispensa ou inexigibilidade pela autoridade superior.
- 8) Publicação da decisão ratificadora na imprensa oficial no prazo de 5 dias.

CAPÍTULO 7



CAPÍTULO 7

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

1. NOÇÕES GERAIS

Meirelles (1990, p. 180) conceitua contrato administrativo como “o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com o particular ou com outra entidade administrativa, para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições desejadas pela própria Administração”.

De acordo com o parágrafo único do art. 2º da Lei nº 8.666: “considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada” (BRASIL, 1993).

1.1. CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO

Estando a Administração em um dos polos do contrato, convencionada está, no ordenamento jurídico brasileiro, a denominação *contrato da administração*. Tal expressão é adotada em sentido amplo, abrangendo qualquer contrato celebrado pela Administração Pública, que poderá reger-se tanto pelo Direito Público como pelo Direito Privado.

Assim, a expressão *contrato da administração* engloba todos os contratos celebrados pela Administração Pública, subdividindo-se em⁵⁷:

1) **CONTRATOS ADMINISTRATIVOS PROPRIAMENTE DITOS**: visam à consecução de objetivos de interesse público. Nessa condição, a Administração participa com supremacia de poder e privilégio administrativo, o que assegura a possibilidade de “cláusulas exorbitantes”, dividindo-se em duas categorias:

1.1) **CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE COLABORAÇÃO**: são aqueles cujo objeto consiste na realização de prestação entre as partes envolvidas (particular e Poder Público), relativa a compras, serviços, obras e alienações. Tal categoria de contrato caracteriza-se pelo estabelecimento de obrigações recíprocas, de modo que a prestação correspondente é executada em face e em proveito da outra parte;

⁵⁷ Classificação de Justen Filho (2014, p. 699-701).

1.2) **CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE DELEGAÇÃO:** são aqueles que têm por objeto a delegação a particulares do exercício de atividades estatais relacionadas aos serviços públicos, por meio de concessões e permissões. As regras específicas para tal espécie de contrato estão previstas nas Leis nºs 8.987 e 11.079 (BRASIL, 1995, 2004c).

2) **ACORDOS DE VONTADE DA ADMINISTRAÇÃO:** atos jurídicos de natureza consensual, em que pelo menos uma das partes integra a Administração Pública e que têm por objetivo desenvolver esforços e alocar recursos para a consecução de atividades de interesse coletivo. Exemplos: convênios, termos de cooperação, contratos fiscais e consórcios públicos.

3) **CONTRATOS PRIVADOS CELEBRADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:** celebrados com terceiros e, por serem regidos pelo Direito Privado, a Administração situa-se no mesmo plano jurídico do particular. Exemplos: locação de bem imóvel, permuta e comodato.

Os dispositivos da Lei nº 8.666/1993 aplicam-se, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração. Na relação entre a Administração e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, deve ser observada a Lei nº 13.019 (BRASIL, 2014m).

1.2. REGIME JURÍDICO

Assim como ocorre em relação às licitações, compete à União editar normas gerais de contratação para a Administração Pública (art. 22, XXVIII, da CRFB) (BRASIL, 1988). A disciplina normativa também está contida na Lei nº 8.666/1993, mais especificamente no Capítulo III (arts. 54 a 80) e Capítulo IV (arts. 86 a 88).

ATENÇÃO

Aplica-se a Lei nº 8.666/1993 aos contratos administrativos firmados em decorrência das licitações na modalidade *pregão*, uma vez que a Lei nº 10.520/2002 ("Lei do Pregão") não estabelece normas sobre contratação.

Justifica a aplicação de um regime jurídico voltado à supremacia e tratamento diferenciado da Administração na relação contratual o fato de os contratos administrativos contarem com a necessária participação do Poder Público e por serem instrumentos para a busca e proteção do interesse coletivo. Com efeito, ao contrário do que se observa nos contratos firmados sob a égide do Direito

Privado, não há equilíbrio entre as partes, podendo a Administração valer-se das chamadas *cláusulas exorbitantes*, sempre com vistas ao atendimento do interesse público, sob pena de desvio de finalidade.

As *cláusulas exorbitantes*, característica inerente ao regime jurídico-administrativo, são as que extrapolam o padrão comum dos contratos em geral, a fim de conferir vantagem para a Administração Pública. Com tais prerrogativas, a Administração é posta em situação de superioridade em relação ao particular contratado.

A enumeração das cláusulas exorbitantes consta do art. 58 da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993):

| CLÁUSULAS EXORBITANTES DO CONTRATO ADMINISTRATIVO | |
|---|---|
| MODIFICAÇÃO UNILATERAL | Obedecidos os limites e formalidades do art. 65 da Lei nº 8.666/1993, a Administração poderá, unilateralmente, determinar a alteração do contrato, desde que motivada pelo interesse público e desde que não prejudique os direitos do contratado. |
| RESCISÃO UNILATERAL | É possível a rescisão por iniciativa unilateral da Administração tanto por razões de interesse público, como por descumprimento de cláusula contratual pelo contratado (art. 79, I). |
| FISCALIZAÇÃO | A Administração tem o poder-dever de fiscalizar efetivamente a execução do contrato (art. 67). |
| SANÇÕES AO CONTRATADO | Em caso de inadimplemento contratual (parcial ou total), a Administração pode aplicar ao contratado as sanções previstas no art. 87 da Lei nº 8.666/1993 (advertência, multa, suspensão temporária do direito de licitar e declaração de inidoneidade). |
| Ocupação Provisória | Nos casos de serviços essenciais, a Administração detém a prerrogativa de 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 administrativo. |

1.3. APLICAÇÃO DA CLÁUSULA “EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS” (EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO)

A despeito da supremacia da Administração no âmbito dos contratos administrativos, entende-se pela possibilidade de aplicação da “exceção do contrato não cumprido” (regra típica dos contratos privados) em benefício do particular contratado nas hipóteses previstas no art. 78, XIV e XV, da Lei nº 8.666/1993:

XIV – a suspensão de sua execução, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, ou ainda por repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas, *assegurado ao contratado, nesses casos, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação;*

XV – o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, *assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação;* (BRASIL, 1993, grifos nossos).

2. ELEMENTOS BÁSICOS DO CONTRATO ADMINISTRATIVO (CLÁUSULAS NECESSÁRIAS)

De acordo com o art. 54 da LGL, os contratos administrativos regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, e a eles se aplicam supletivamente os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, as obrigações e as responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam.

ATENÇÃO

Em decorrência da previsão do § 1º, art. 54, o TCU recomenda que a Administração deixe de firmar contrato com objeto amplo e indefinido, do tipo “guarda-chuva” (BRASIL, 2005f).

Os contratos decorrentes de dispensa ou de inexigibilidade de licitação devem atender aos termos do ato que os autorizou e da respectiva proposta.

O art. 55 da Lei nº 8.666 apresenta as cláusulas que são necessárias em todo contrato administrativo:

- I – o objeto e seus elementos característicos;
- II – o regime de execução ou a forma de fornecimento;
- 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;
- IV – os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso;
- V – o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;
- VI – as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas;
- VII – os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas;
- VIII – os casos de rescisão;
- IX – o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 desta Lei;
- X – as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;
- XI – a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;
- XII – a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos;
- XIII – a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação (BRASIL, 1993).

3. FORMALISMO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

O contrato administrativo é formal, devendo ser celebrado, como regra, na forma escrita.

Segundo o disposto nos arts. 60 a 64 da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993), o contrato administrativo deverá ser formalizado por meio de um *instrumento*. Entende-se por instrumento o documento hábil a exteriorizar a vontade pactuada.

O art. 62 (BRASIL, 1993) estabelece alguns exemplos de instrumento: o *termo de contrato*, a *carta-contrato*, a *nota de empenho de despesa*, a *autorização de compra* e a *ordem de execução do serviço*. Como o rol não é exaustivo, admite-se qualquer outro

instrumento que, além dos já mencionados, esteja apto a fixar as características das obrigações firmadas.

TERMO DE CONTRATO

Documento contratual formal, com todas as cláusulas obrigatórias do art. 55 da LGL, devidamente registrado (art. 60) e com as demais formalidades necessárias.

NOTA DE EMPENHO

Documento que formaliza o *empenho da despesa*, entendido esse como “o ato emanado de autoridade competente que cria para o estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição” (art. 58 da Lei nº 4.320).

“Para cada empenho será extraído um documento denominado ‘Nota de Empenho’ que indicará o nome do credor, a especificação e a importância da despesa, bem como a dedução desta do saldo da dotação própria” (art. 61 da Lei nº 4.320).

ORDEM DE EXECUÇÃO DO SERVIÇO

Documento escrito por meio do qual a Administração formaliza a notificação ao fornecedor para que inicie a execução de serviço.

Todo contrato, independentemente do *instrumento*, deve mencionar os nomes das partes e os de seus representantes, a finalidade, o ato que autorizou a sua lavratura, o número do processo da licitação, da dispensa ou da inexigibilidade, e a sujeição dos contratantes às normas da Lei nº 8.666/1993 e às cláusulas contratuais.

3.1. OBRIGATORIEDADE DO TERMO DE CONTRATO

Dispõe o art. 62 da LGL (BRASIL, 1993) que o *termo de contrato* é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos valores estejam compreendidos nos limites dessas duas modalidades de licitação.

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.

[...]

§ 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 (BRASIL, 1993).

Com base na leitura de tal dispositivo, entende-se que o *termo de contrato é obrigatório sempre que o valor da contratação supere aquele relativo ao uso da modalidade convite*. Caso contrário, admite-se a adoção de instrumentos mais simplificados, como os já citados: carta-contrato, nota de empenho, autorização de compra etc.

Frise-se que, em hipótese alguma, nos casos de afastamento da obrigatoriedade do *termo de contrato*, está a lei a cancelar a possibilidade de contratação da Administração sem qualquer formalidade (contrato verbal, por exemplo). Ainda que adotado um instrumento mais simplificado, está mantida a *natureza material* do contrato administrativo.

O § 4º do art. 62 da LGL (BRASIL, 1993) estabelece que, *em relação às compras, independentemente do valor, o termo de contrato poderá ser dispensado se houver a pronta entrega dos bens e desde que da relação contratual não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica*.

HIPÓTESES LEGAIS DE DISPENSA DA OBRIGATORIEDADE DO TERMO DE CONTRATO

- a) quando o valor da contratação não supera o limite para o uso da modalidade convite;
- b) quando o objeto contratado consiste em compra com entrega imediata, da qual não resultam obrigações futuras.

3.2. EXCEÇÃO AO CONTRATO ESCRITO

A forma do contrato é sempre *escrita*, salvo o caso expressamente consignado no parágrafo único do art. 60 da LGL (BRASIL, 1993), em que se admite a *forma verbal* nas hipóteses de pequenas compras de pronto pagamento cujo valor não ultrapasse R\$ 8.800,00.

Sendo obrigatória por lei a forma escrita, será *nulo* o contrato que contrariar tal regra, com exceção da hipótese do parágrafo único do art. 60.

3.3. PUBLICAÇÃO DO EXTRATO DE CONTRATO

De acordo com o parágrafo único do art. 61 da LGL (BRASIL, 1993), a publicação resumida do instrumento de contrato ou de seus aditamentos na imprensa oficial (extrato) é condição indispensável para sua eficácia, devendo ser *providenciada* pela Administração até o quinto dia útil do mês seguinte ao de sua assinatura, para ocorrer no prazo de vinte dias daquela data, qualquer que seja o seu valor, ainda que sem ônus.

ATENÇÃO

Nos casos de dispensa ou inexigibilidade de licitação, por força do art. 26 da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993), a publicação do respectivo extrato deve ocorrer no prazo de até 5 dias após a ratificação da situação de dispensa/inexigibilidade pela autoridade superior.

3.4. CONVOCAÇÃO PARA A ASSINATURA DO CONTRATO

Dispõe o art. 64 da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993) que, uma vez homologada a licitação, a Administração convocará regularmente o interessado para assinar o termo de contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo condições estabelecidos, sob pena de decair o direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas na LGL.

ATENÇÃO

Antes da convocação do licitante vencedor para a assinatura do contrato, a Administração deve providenciar a reserva orçamentária do respectivo valor das obrigações a serem assumidas (empenho).

O prazo de convocação pode ser prorrogado uma vez, por igual período, quando solicitado pela parte durante o seu transcurso e desde que ocorra motivo justificado aceito pelo Poder Público.

Quando o convocado não assinar o termo de contrato ou não aceitar ou retirar o instrumento equivalente no prazo e condições estabelecidos, é facultado à Administração convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para fazê-lo em igual prazo e nas mesmas condições propostas pelo primeiro classificado, inclusive quanto aos preços (devidamente atualizados). Poderá a Administração, ainda, revogar a licitação.

ATENÇÃO

Diferentemente do que ocorre nas modalidades de licitação regidas pela Lei nº 8.666 (art. 64, § 2º), no *pregão*, caso o licitante vencedor não assine o contrato, deve o pregoeiro, obedecendo à ordem de classificação, convocar os licitantes remanescentes observando a proposta de cada um, mesmo que esteja acima do licitante vencedor (art. 4º, XVI e XXIII, da Lei nº 10.520) (BRASIL, 2002c).

4. GARANTIAS CONTRATUAIS

O art. 56 da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993) prevê a possibilidade de a autoridade competente estabelecer no edital de licitação a prestação de garantia para a assinatura dos contratos administrativos, nas seguintes modalidades:

I – *caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública*, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda;

II – *seguro-garantia*;

III – *fiança bancária* (BRASIL, 1993, grifos nossos).

ATENÇÃO

A Administração poderá apenas estabelecer a obrigatoriedade de prestação da garantia; contudo, a escolha da modalidade a ser efetivamente adotada no contrato é prerrogativa do contratado.

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

Em regra, a garantia não pode exceder a 5% do valor do contrato. Contudo, estabelece o § 3º do art. 56 (BRASIL, 1993) que, para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados mediante parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, o limite de garantia pode ser elevado para até 10% do valor do contrato.

5. VIGÊNCIA DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Em regra, é de 12 meses a duração dos contratos administrativos, ficando adstritos à vigência dos respectivos créditos orçamentários.

O fato de os créditos orçamentários estarem vinculados ao exercício financeiro (de 1º/1 a 31/12 de cada ano civil⁵⁸) não impede a duração anual do contrato administrativo, porquanto o “respectivo crédito” poderá ser estendido para o exercício seguinte, adotando-se a providencial ferramenta dos “restos a pagar” (Lei nº 4.320) (BRASIL, 1964).

⁵⁸ Conforme art. 34 da Lei nº 4.320 (BRASIL, 1964).

Nesse sentido, prevê a Orientação Normativa AGU nº 39/2011:

a vigência dos contratos regidos pelo art. 57, *caput*, da Lei nº 8.666, de 1993, pode ultrapassar o exercício financeiro em que celebrados, desde que as despesas a eles referentes sejam integralmente empenhadas até 31 de dezembro, permitindo-se, assim, sua inscrição em restos a pagar (BRASIL, 2011r).

ATENÇÃO

De acordo com o art. 57, § 3º, da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993), é vedado o contrato com *prazo de vigência indeterminado!*

5.1. O INÍCIO DO PRAZO DE VIGÊNCIA

Apesar da divergência doutrinária, prevalece o entendimento de que prazo de vigência do contrato administrativo deve ser contado *a partir de sua assinatura ou prazo expressamente indicado no instrumento contratual*, ainda que anterior ou posterior à publicação do extrato na imprensa oficial⁵⁹.

Somente durante a vigência do contrato é possível a prorrogação contratual. Todavia, a prorrogação do contrato administrativo só é possível se for providenciada, mediante formalização do respectivo termo aditivo, antes do término do prazo de vigência do ajuste, sendo vedada a elaboração de termos aditivos com efeitos retroativos (BRASIL, 2009d). Assim, caso haja expirado o prazo, a nova avença contratual deverá ser precedida de licitação ou contratação direta.

5.2. EXTENSÃO E PRORROGAÇÃO DA VIGÊNCIA DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A despeito da regra de anualidade dos contratos administrativos, a Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993), em seu art. 57, incisos I, II e IV, prevê a possibilidade de prorrogação da *vigência* nas seguintes hipóteses:

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.

Com base no Plano Plurianual (PPA) deverão ser instituídas, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as

⁵⁹ Nesse sentido é o entendimento consolidado da Advocacia-Geral da União, sustentado na doutrina de Furtado (2013, p. 458).

despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada (art. 165, § 1º, da CRFB) (BRASIL, 1988).

O PPA é dividido em “plano de ações”, estabelecendo os projetos e programas de média e longa duração do governo, definindo objetivos e metas para o período de quatro anos. A lei tem vigência no segundo ano de mandato do Chefe do Poder Executivo, terminando no final do primeiro ano do mandato seguinte.

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.

Consideram-se serviços contínuos aqueles que devem ser prestados sem nenhum tipo de interrupção, destinados a atender a necessidades públicas permanentes, sem solução de continuidade.

No caso dos serviços contínuos, é possível que a Administração, diante da peculiaridade e/ou complexidade do objeto e desde que demonstrada a “vantajosidade”, fixe o prazo de vigência original do contrato por período superior a 12 meses (BRASIL, 2011s).

O TCU entende ser juridicamente possível a prorrogação do contrato por prazo diverso do contratado originalmente, de modo que os prazos das prorrogações não precisam, necessariamente, ser idênticos (BRASIL, 2002d).

Em caráter excepcional, devidamente justificado e mediante autorização da autoridade superior, o prazo limite de 60 meses para prorrogação dos contratos de prestação de serviços contínuos poderá ser prorrogado por até 12 meses (§ 4º, art. 57) (BRASIL, 1993).

ALUGUEL DE EQUIPAMENTOS E A 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.

A possibilidade de prorrogação contempla dois objetos contratuais distintos:

- a) aluguel de equipamentos;
- b) utilização de programas de informática.

Portanto, não há necessidade de que o equipamento alugado seja, necessariamente, de informática para que seja possível a prorrogação da vigência do respectivo contrato.

HIPÓTESES PREVISTAS NOS INCISOS IX, XIX, XXVIII E XXXI DO ART. 24 DA LGL, cujos contratos poderão ter vigência por até 120 meses, caso haja interesse da Administração.

As contratações oriundas das seguintes hipóteses de dispensa de licitação previstas no art. 24 poderão ter vigência máxima de 120 meses:

IX – quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional;

XIX – para as compras de material de uso pelas Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante parecer de comissão instituída por decreto;

XXVIII – 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 pela autoridade máxima do órgão;

XXXI – nas contratações visando ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 4º, 5º e 20 da Lei nº 10.973/2004, observados os princípios gerais de contratação dela constantes (BRASIL, 1993).

Note-se que a possibilidade de prorrogação da vigência dos contratos *não se aplica às compras e fornecimento de bens*.

ATENÇÃO

Toda prorrogação de prazo deve ser justificada por escrito e previamente autorizada pela autoridade competente para celebrar o contrato (art. 57, § 2º, da Lei nº 8.666) (BRASIL, 1993).

5.3. PRORROGAÇÃO DOS PRAZOS DE EXECUÇÃO

O § 1º do art. 57 da LGL estabelece as hipóteses nas quais se admite a prorrogação da *execução* dos contratos administrativos:

§ 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 (BRASIL, 1993).

6. ALTERAÇÕES DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

De acordo com o art. 65 da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993), são admitidas duas espécies de alteração dos contratos administrativos:

1) ALTERAÇÃO UNILATERAL

1.1) *alteração qualitativa*: quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;

1.2) *alteração quantitativa*: quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos no § 1º do mesmo art. 65:

a) até 25% do valor inicial atualizado do contrato;

b) até 50% no caso de reforma de edifício ou de equipamento para os seus acréscimos (ou seja, se se tratar de supressão, o limite será de 25% também para as reformas).

2) ALTERAÇÃO POR ACORDO DAS PARTES

2.1) *substituição de garantia*: quando conveniente a substituição da garantia de execução;

2.2) *modificação do regime de execução ou fornecimento*: 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;

2.3) *modificação da forma de pagamento*: 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;

2.4) *restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro*: 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.

6.1. CÁLCULO DOS LIMITES PERCENTUAIS NAS ALTERAÇÕES QUANTITATIVAS

Os percentuais previstos para as alterações quantitativas são calculados com base no valor inicial do contrato devidamente atualizado (reajuste, repactuação ou reequilíbrio econômico-financeiro), sem os acréscimos advindos de prorrogações (BRASIL, 2009e).

Consoante entendimento sedimentado pelo TCU, o limite de 25% deve ser considerado isoladamente para acréscimos e supressões, não sendo admitida a compensação entre ambos (BRASIL, 2009f, 2009g, 2010r, 2011y). Logo, “o conjunto de reduções e o conjunto de acréscimos devem ser sempre calculados sobre o valor original do contrato, aplicando-se a cada um desses conjuntos, individualmente e sem nenhum tipo de compensação entre eles, os limites de alteração estabelecidos no dispositivo legal” (BRASIL, 2011y).

6.1.1. LIMITE PERCENTUAL EM CASO DE SUPRESSÃO

Em caso de supressão do contrato, a incidência ou não de limite percentual dependerá da espécie de supressão:

- Alteração unilateral (art. 65, I, “b”): incide o limite geral de 25% (inclusive no caso de reforma)
- Alteração consensual: de acordo com o § 2º, II, do art. 65, por acordo entre as partes, será possível exceder o limite de 25% para supressão.

6.1.2. ALTERAÇÃO QUALITATIVA COM INSERÇÃO DE NOVOS BENS E SERVIÇOS

Quando houver alteração qualitativa que acarrete a inclusão de novos bens e serviços ao objeto do contrato, a Administração deverá calcular o valor de tal acréscimo com base no preço de referência de tais bens e serviços [mediante tabelas de referência (SINAPI, SICRO etc.) ou pesquisa de preços], “subtraindo desse preço de referência a diferença percentual entre o valor do orçamento-base e o valor global obtido na licitação, com vistas a garantir o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e a manutenção do percentual de desconto oferecido pelo contratado” (BRASIL, 2014r).

Dessa forma, os aditivos para inclusão de serviços novos (art. 65, § 3º, da Lei 8.666/1993) devem observar, no mínimo, o mesmo desconto inicial do ajuste, ou seja, a mesma diferença percentual entre o valor global contratado e aquele obtido a partir dos custos unitários do sistema de referência aplicável (BRASIL, 2016q).

6.1.3. LIMITES PERCENTUAIS EM CONTRATOS COM PLURALIDADE DE ITENS

Em contratos cujo objeto é composto por vários itens, cumpre questionar: os limites percentuais de acréscimo e supressão têm como parâmetro o valor individual de cada item ou o valor total da contratação?

O Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, tem o entendimento (com o qual concordamos) de que os limites legais de acréscimos ou supressões “devem ser aferidos levando em consideração o valor global do contrato, e não o valor isolado de cada item a ser acrescido ou suprimido”, de modo que, em tese, não haveria impedimento para se realizar “a compensação entre acréscimos e supressões de itens, desde que respeitado o limite percentual de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o valor total do contrato ou 50% (cinquenta por cento) no caso de reformas” (MINAS GERAIS, 2016b).

6.1.4. ALTERAÇÃO QUANTITATIVA EM CONTRAÇÃO PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS CONTINUADOS

Nos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços continuados e que já foram acrescidos de 25% no primeiro ano de vigência, a ocorrência de prorrogação não torna possível novo acréscimo percentual.

No caso de reajuste, repactuação ou reequilíbrio econômico-financeiro que impliquem a “atualização” do valor inicial do contrato, eventual “saldo” de acréscimo deverá ser calculado sobre o valor atualizado do contrato. Ex.: um contrato no valor inicial de R\$ 1.000.000,00 sofreu um acréscimo quantitativo de 15% e que posteriormente, por força de reajuste, passou ao valor original atualizado de R\$ 1.200.000,00; como a Administração ainda teria um “saldo” de acréscimo de 10%, tal percentual deve ser calculado sobre o valor original atualizado do contrato (R\$ 1.200.000,00).

6.2. HÁ LIMITE PARA AS ALTERAÇÕES QUALITATIVAS?

Muito se discute na doutrina e na jurisprudência se se aplicam os limites previstos no § 1º do art. 65 nos casos de alterações qualitativas (art. 65, I, “a”).

O entendimento que prevalece, inclusive do próprio TCU, é que, em regra, nas alterações qualitativas devem ser observados os limites do § 1º, admitindo-se, em hipóteses excepcionalíssimas, e desde que haja anuência do contratado, a extra-polação dos limites, tendo em vista que, quando as consequências da outra al-

ternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) forem gravíssimas ao interesse público primário (BRASIL, 1999c, 2005g).

6.3. (IM)POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DO OBJETO CONTRATADO

Com base na redação da alínea “b” do inciso II do art. 65 da LGL, muito se discute na doutrina e na jurisprudência acerca da possibilidade de substituição do objeto contratado em decorrência de questões técnicas supervenientes, como, por exemplo, a descontinuidade superveniente de produção de determinado modelo de equipamento ofertado pelo licitante contrato ou, ainda, a impossibilidade de entrega do objeto especificado no contrato em razão de circunstâncias que extrapolem o controle ou a previsibilidade diligente do contratado.

Em defesa da possibilidade da substituição do produto no curso da execução contratual, é possível se extrair os seguintes ensinamentos de destacados mestres:

- Fernandes (2013, p. 400-401): “tenha-se em vista a situação da retirada de um produto do mercado pelo fabricante, inviabilizando o cumprimento da obrigação de um fornecedor, nos termos ajustados. Pode a Administração Pública aceitar produto de qualidade equivalente ou superior pelo mesmo preço”.

- Justen Filho (2014, p. 1.010): “a modificação contratual derivará da constatação técnica da inadequação da previsão original. Logo, dependerá de critérios técnicos que comprovem que a solução adotada anteriormente é antieconômica, ineficaz ou inviável. Enfim, deriva da demonstração científica de que a solução que melhor atende aos interesses fundamentais não é aquela consagrada no contrato original. Logo, a modificação será obrigatória. A Administração Pública terá o dever de promovê-la”.

- Pereira Júnior (2002, p. 702): “diante dos termos imperativos da norma, tem sido indagado se a rejeição também seria incontornável caso o contratado se dispusesse a fornecer ou a executar objeto que, conquanto diverso do previsto, atendessem ao especificado no edital e no contrato, e até superasse. A hipótese que volta e meia ocorre é a do produto cotado na proposta ausentar-se do mercado no momento da entrega, levando a adjudicatária a propor a sua substituição por outro que cumpra as mesmas junções, sem alteração de preço. Tal proposta não colidirá com a regra do art. 76, podendo ser aceita, desde que o produto sucedâneo seja comprovadamente apto a realizar todas as junções do substituído, com padrão de qualidade equivalente ou superior e sem alteração de preço. Nessas circunstâncias, o fornecimento ou a execução não se faria em desacordo com o contrato”.

Do Acórdão nº 2.390/2010 – Plenário (BRASIL, 2010s) extrai-se o entendimento do TCU no sentido da admissibilidade da substituição do objeto no curso da execução contratual desde que haja a “comprovação robusta da equivalência operacional do modelo eleito com aquele informado pela contratada ainda na fase de licitação. E, é de dizer também, de equivalência de preço”.

Dessa forma, face à presença dos pressupostos fáticos e jurídicos que respaldem a necessidade e conveniência da substituição do objeto no curso da execução contratual, devem ser observadas as seguintes providências:

1º) instauração de processo administrativo específico para que a contratada demonstre, de modo exauriente, a inviabilidade do entrega do objeto originalmente especificado em sua proposta e comprove, de forma robusta:

- a equivalência ou superioridade técnica e operacional do novo produto ofertado;
- a equivalência de preço (manutenção da “vantajosidade” da proposta);
- não haja afetação das condições essenciais do contrato, de modo que a essência do objeto licitado seja mantida (inocorrência de descaracterização do objeto).

2º) deliberação, com fundamento no interesse público e na ocorrência de força maior devidamente caracterizada, acerca da substituição do objeto contratado, desde que, havendo compatibilidade de preço, sejam resguardadas as características técnicas mínimas e o padrão de qualidade e desempenho previstos originalmente no edital de licitação;

3º) assinatura e publicação de termo de aditamento, por mútuo acordo entre as partes e com fundamento no art. 65, II, “b”, da Lei nº 8.666/1993, para formalizar a substituição do objeto.

6.4. INDENIZAÇÃO AO CONTRATADO EM CASO DE SUPRESSÃO

No caso de supressão de obras, bens ou serviços, se o contratado já houver adquirido os materiais e os tiver posto no local dos trabalhos, estes deverão ser pagos pela Administração pelos custos de aquisição regularmente comprovados e monetariamente corrigidos, podendo caber indenização por outros danos eventualmente decorrentes da supressão, desde que regularmente comprovados.

6.5. ELEMENTOS DA ALTERAÇÃO PARA O RESTABELECIMENTO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO

Tendo em vista o disposto no art. 65, II, “d”, da Lei de Licitações (BRASIL, 1993), há que se observar que a mutabilidade do equilíbrio econômico-financeiro pode subdividir-se em duas espécies:

- a) *Álea ordinária*: trata-se da mutabilidade comum e inerente a todos os contratos, representando os *riscos normais* do ajuste, caracterizando aquelas mudanças que

decorrem de fatos previsíveis e calculáveis pelo particular e que, portanto, são inerentes ao próprio risco da atividade econômica. Assim, a mutabilidade decorrente de álea ordinária não autoriza a alteração do contrato.

b) *Álea extraordinária*: contempla as hipóteses de mutabilidade decorrentes de fatos imprevisíveis ou que, ainda que *previsíveis*, tenham *consequências incalculáveis*, retardadoras ou impeditivas da execução do objeto.

São hipóteses de *fatos imprevisíveis* para os fins do art. 65, II, “d”, da LGL:

a) *Força maior e caso fortuito*: são fatos ou eventos imprevisíveis ou de difícil previsão, que não podem ser evitados.

b) *Fato do príncipe*: determinação estatal, superveniente e imprevisível, geral e abstrata, que onera o contrato e repercute indiretamente sobre ele (incidência reflexa). O ente estatal que produz tal ato não deve ser parte do contrato administrativo em questão. Exemplo: num contrato administrativo assinado entre um particular e o Estado X, observa-se o aumento superveniente de alíquota de imposto que incide sobre determinado serviço que compõe o objeto do contrato, cuja competência é do Município Y. Veja-se que, nesse caso, o ato que repercutiu no contrato administrativo (aumento da alíquota do imposto) foi produzido por ente estatal que não integra a relação contratual.

c) *Fato da Administração*: decorre da atuação estatal que incide diretamente sobre o contrato cujo ato é produzido pela própria entidade pública contratante. Exemplo: quando a liberação do terreno no qual será realizada a obra é dependente de desapropriação a ser conduzida pelo ente estatal contratante e não é providenciada no prazo previsto para o início da execução dos serviços.

d) *Interferências imprevistas*: são fatos materiais e concretos imprevistos, existentes ao tempo da celebração do contrato, mas só verificados na oportunidade de sua execução. Exemplo: antes do início da execução da obra, constatam-se problemas com o subsolo que podem comprometer a segurança dos trabalhos, o que impõe a alteração do cronograma.

6.6. AUMENTO OU REDUÇÃO SUPERVENIENTE DE TRIBUTOS E ENCARGOS LEGAIS

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, implicam a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.

6.7. FORMALIZAÇÃO DAS ALTERAÇÕES CONTRATUAIS

Sempre que houver modificação das condições contratuais, haverá necessidade de formalizar o *aditamento* do contrato (art. 65, § 6º, da Lei nº 8.666) (BRASIL,

1993), que deverá observar as mesmas formalidades previstas no art. 60 da mesma lei e, também, ter seu respectivo extrato publicado na Imprensa Oficial.

6.8. OUTROS INSTITUTOS DE ALTERAÇÃO CONTRATUAL (ATUALIZAÇÃO, REAJUSTE E REACTUAÇÃO)

O reequilíbrio dos contratos administrativos (*recomposição*) não se confunde com os seguintes institutos, pois não estão situados na *teoria da imprevisão*:

a) atualização: está vinculada à possibilidade de atrasos nos pagamentos devidos pela Administração, sendo obrigatória a cláusula no edital e contrato que discipline o seu pagamento (art. 40, XIV, “c”, da Lei nº 8.666) (BRASIL, 1993);

b) reajuste: revitalização do poder aquisitivo da moeda em decorrência da inflação. Nos termos do art. 3º da Lei nº 10.192 (BRASIL, 2001b), aplica-se o reajuste (como direito do interessado) quando o prazo de execução contratual ultrapassar 12 meses, de modo que fica vedada a concessão de reajuste por periodicidade inferior a tal prazo. Note-se que o TCU, em recente orientação, passou a entender que

o estabelecimento dos critérios de reajuste dos preços, tanto no edital quanto no instrumento contratual, não constitui discricionariedade conferida ao gestor, mas sim verdadeira imposição, ante o disposto nos arts. 40, inciso XI, e 55, inciso III, da Lei nº 8.666/1993, ainda que a vigência prevista para o contrato não supere doze meses (BRASIL, 2016);

c) repactuação (“revisão de preços”): aplicável aos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços executados de forma contínua com objetivo de adequar os valores do contrato aos novos preços de mercado. Ao contrário do reajuste (no qual o índice já é pré-estabelecido na assinatura do contrato), na repactuação é necessária a demonstração analítica da variação dos componentes dos custos que integram o contrato (art. 5º do Decreto nº 2.271) (BRASIL, 1997b). De acordo com o TCU,

a repactuação de preços aplica-se apenas às contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra e ocorre a partir da variação dos componentes dos custos do contrato, desde que seja *observado o interregno mínimo de um ano*⁶⁰ das datas dos orçamentos aos quais a proposta se referir, conforme estabelece o art. 5º do Decreto 2.271/1997, devendo ser demonstrada analiticamente,

⁶⁰ No caso de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra, conforme art. 55, II, da Instrução Normativa MPDG nº 5/2017, “o interregno mínimo de um ano para a primeira repactuação será contado a partir da data do Acordo, Convenção, Dissídio Coletivo de Trabalho ou equivalente vigente à época da apresentação da proposta quando a variação dos custos for decorrente da mão de obra e estiver vinculada às datas-bases destes instrumentos”. Ademais, “nas repactuações subsequentes à primeira, a

de acordo com a Planilha de Custos e Formação de Preços (BRASIL, 2015I, grifo nosso).

O reajuste e a repactuação do contrato são formalizados por simples apostila⁶¹, não sendo necessário o termo de aditamento (art. 65, § 8º, da Lei nº 8.666) (BRASIL, 1993).

6.8.1. CONTAGEM DO INTERREGNO MÍNIMO DE 12 MESES EM CASO DE REPACTUAÇÃO

Nas contratações para a prestação de serviços contínuos com dedicação exclusiva de mão de obra, considerando que o direito à repactuação se relaciona à variação dos componentes dos custos que integram o contrato, o termo inicial para a contagem do interregno de 12 meses poderá variar de acordo com a natureza do custo:

- custos com materiais, equipamentos e insumos aplicados na execução dos serviços (reajuste em sentido estrito): data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir, conforme estabelecido no instrumento contratual (art. 3º, § 1º, da Lei nº 10.192/2001);
- custos decorrentes de mão de obra: data do Acordo, Convenção, Dissídio Coletivo de Trabalho ou equivalente vigente à época da apresentação da proposta. Ex.: foi realizada uma licitação em 10/2/2017, sendo vencedora a proposta baseada em Convenção Coletiva de Trabalho vigente e relativa ao período de 1º/5/2016 a 30/4/2017. O contrato foi assinado em 10/4/2017. Em tal situação hipotética, já no dia 1º/5/2017 terão transcorrido 12 meses em relação à variação do custo da mão de obra, porquanto, com a nova CCT, haverá aumento do valor correspondente ao piso salarial da categoria contemplada no objeto contratual. Assim, havendo solicitação por parte do contrato, emergiria o dever da Administração de formalizar a repactuação mesmo após o transcurso de período inferior a um mês de execução contratual.

Note-se que a repactuação para reajuste do contrato em razão de novo Acordo, Convenção ou Dissídio Coletivo de Trabalho deve repassar integralmente o aumento de custos da mão de obra decorrente desses instrumentos, sendo vedada a inclusão de benefícios não previstos na proposta inicial, exceto quando se tornarem obrigatórios por força de instrumento legal, Acordo, Convenção ou Dissídio Coletivo de Trabalho.

anuidade será contada a partir da data do fato gerador que deu ensejo à última repactuação” (art. 56) (BRASIL, 2017a).

⁶¹ Conforme definição do TCU, “apostila é a anotação ou registro administrativo, realizado no contrato ou nos demais instrumentos hábeis que o substituem (art. 62 da Lei nº 8.666/1993), podendo ser feita no verso da última página do contrato ou através da juntada, por meio de outro documento, ao termo de contrato ou aos demais instrumentos hábeis” (BRASIL, 2010t, p. 660).

Diante da ocorrência de prorrogações da vigência contratual, nas repactuações subsequentes à primeira, a anualidade será contada a partir da data do fato gerador que deu ensejo à última repactuação.

Acerca da vigência dos efeitos da repactuação, é salutar observar a consolidação promovida pelo art. 58 da Instrução Normativa MPDG nº 5/2017.

6.8.2. O DIREITO À REPACTUAÇÃO ESTÁ SUJEITO À PRECLUSÃO?

Entende-se que a repactuação deve ser provocada pelo interessado contratado, não devendo ser concedida de ofício pela Administração. Partindo de tal conclusão, há importante discussão na doutrina se o pleito de repactuação estaria sujeito à preclusão lógica. Ou seja, diante do transcurso do período de 12 meses e na oportunidade da prorrogação do prazo de vigência da avença, indaga-se: diante do silêncio do contratado, é possível admitir seu desinteresse na repactuação ou reajuste?

De acordo com o TCU, apesar de expressar direito previsto em lei, com fundamento constitucional, a repactuação é um direito disponível, passível de preclusão, devendo ser pleiteada por seu detentor até a data da prorrogação contratual subsequente, sob pena de precluir de seu direito de repactuar (BRASIL, 2008h)⁶².

Tal entendimento foi positivado no § 7º do art. 57 da Instrução Normativa MPDG nº 5/2017: “as repactuações a que o contratado fizer jus e que não forem solicitadas durante a vigência do contrato serão objeto de preclusão com a assinatura da prorrogação contratual ou com o encerramento do contrato” (BRASIL, 2017a).

De nossa parte, há discordância quanto às premissas utilizadas pelo TCU no sentido da configuração da preclusão lógica do direito à repactuação/reajuste quando o particular ficar silente no momento da prorrogação de vigência do contrato. Ora, a previsão da manutenção das condições efetivas da proposta (ou seja, a própria estrutura da equação que denota o equilíbrio econômico-financeiro da avença) encontra lastro constitucional (art. 37, XXI, CRFB), não podendo o alcance de sua estrutura normativa substancial ser restringida por uma interpretação pretoriana destituída de amparo legal⁶³. Sendo a repactuação/reajuste um direito

⁶² Nesse sentido: “Ocorre preclusão lógica do direito à repactuação de preços decorrente de majorações salariais da categoria profissional quando a contratada firma termo aditivo de prorrogação contratual sem suscitar os novos valores pactuados no acordo coletivo, ratificando os preços até então acordados” (BRASIL, 2014n).

⁶³ Acerca da problemática, sugere-se a leitura do artigo de Pércio ([201-]), intitulado “Da impossibilidade jurídica da preclusão ao direito de repactuar o contrato administrativo”.

do particular, sua supressão somente poderia ser admitida em caso de expressa e formal renúncia ou, ainda, após o transcurso do prazo de cinco anos para o exercício da pretensão contra a Administração Pública, conforme estabelecido no Decreto nº 20.910/1932.

A “preclusão lógica”, por se tratar de um típico instituto de natureza processual, a nosso ver, não seria aplicável aos casos de repactuação/reajuste dos contratos administrativos, visto que, caracterizados como instrumento de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da avença (repita-se: com fundamento constitucional e legal), ostentam a qualidade de “direito potestativo”⁶⁴ (instituto de direito material) e, portanto, não sujeitos à preclusão, mas sim à decadência⁶⁵, cujo prazo para exercício do direito está fixado no citado decreto de 1932.

7. FISCALIZAÇÃO E GESTÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

O art. 58, III, da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993), confere à Administração a prerrogativa (poder-dever) de fiscalizar a execução dos contratos administrativos.

As atividades de gestão e fiscalização da execução contratual são o conjunto de ações que tem por objetivo aferir o cumprimento dos resultados previstos pela Administração para os fornecimentos e serviços contratados, verificar a regularidade das obrigações previdenciárias, fiscais e trabalhistas, bem como prestar apoio à instrução processual e ao encaminhamento da documentação pertinente ao setor de contratos para a formalização dos procedimentos relativos à repactuação, alteração, reequilíbrio, prorrogação, pagamento, eventual aplicação de sanções, extinção dos contratos etc., com o fim de assegurar o cumprimento das cláusulas avençadas e a solução de problemas relativos ao objeto.

Para tanto, a Administração deve indicar um *servidor* (ou *equipe de fiscalização*) que, na qualidade de *fiscal*, deverá efetivamente acompanhar a execução contratual, sendo permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a tal atribuição (art. 67 da Lei nº 8.666) (BRASIL, 1993).

⁶⁴ De acordo com Amorim Filho (1960), a categoria dos direitos potestativos “compreende aqueles poderes que a lei confere a determinadas pessoas de influírem, com uma declaração de vontade, sobre situações jurídicas de outras, sem o concurso da vontade dessas”.

⁶⁵ Para melhor compreensão dos institutos referentes à “preclusão”, “prescrição” e “decadência”, ver Amorim Filho (1960).

A designação do *fiscal* deverá recair sobre servidor ou empregado integrante do quadro de pessoal do respectivo órgão, devendo a indicação ser formalizada (BRASIL, 2010p).

Compete ao *fiscal* acompanhar e fiscalizar a execução do contrato, devendo anotar em registro próprio todas as ocorrências relativas ao contrato, bem como adotar as medidas com vistas à regularização das falhas ou defeitos observados durante a execução.

Nesse ponto, vale observar o disposto nos arts. 69, 70 e 76 da LGL:

Art. 69. O contratado é obrigado a reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, às suas expensas, no total ou em parte, o objeto do contrato em que se verificarem vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução ou de materiais empregados.

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

Art. 76. A Administração rejeitará, no todo ou em parte, obra, serviço ou fornecimento executado em desacordo com o contrato (BRASIL, 1993).

De acordo com o art. 67, § 2º, da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993), as decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante gestor ou fiscal deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes.

7.1. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO FISCAL

Entende o TCU que, nos termos do art. 16, § 2º, da Lei nº 8.443 (BRASIL, 1992b), o fiscal do contrato tem responsabilidade solidária com a empresa por possíveis danos causados pela execução irregular do contrato (BRASIL, 2008i).

7.2. SEGREGAÇÃO DE FUNÇÕES

Por orientação do TCU, em matéria de fiscalização de contratos, dada a prática diária da Administração, em geral é adotado o seguinte esquema de divisão de funções:

a) *Gestor*: desempenha atribuições gerenciais relacionadas ao processo de gestão e fiscalização do contrato.

b) *Fiscal técnico*: desempenha atribuições de fiscalização quanto aos aspectos técnicos do objeto da contratação.

c) *Fiscal administrativo*: desempenha atribuições de fiscalização quanto aos aspectos administrativos e burocráticos do contrato.

As atividades de gestão e fiscalização da execução contratual devem ser realizadas de forma preventiva, rotineira e sistemática, podendo ser exercidas por servidores, por equipe de fiscalização ou por apenas um servidor, desde que, no exercício dessas atribuições, fique assegurada a distinção dessas atividades (*segregação de funções*) e, em razão do volume de trabalho, não se comprometa o desempenho de todas as ações relacionadas à gestão do contrato.

7.3. FISCALIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE PELOS ENCARGOS TRABALHISTAS, PREVIDENCIÁRIOS, FISCAIS E COMERCIAIS

O art. 71 da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993) estabelece que o contratado é o responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

Diante de eventual inadimplência do contrato, a responsabilidade pelos respectivos *débitos trabalhistas, fiscais e comerciais* não poderá ser transferida para a Administração e, também, não “poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis” (§ 1º do art. 71 da Lei nº 8.666) (BRASIL, 1993).

O § 2º do art. 71 da Lei nº 8.666 dispõe que a “Administração Pública responde *solidariamente* com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991” (BRASIL, 1993, grifo nosso).

Em relação aos débitos trabalhistas, o STF concluiu ser constitucional o afastamento de responsabilidade da Administração pelo art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993 (BRASIL, 2011e). Contudo, admitiu-se que a *Administração poderá responder subsidiariamente pelos débitos trabalhistas desde comprovada falha ou omissão na fiscalização do contrato quanto ao correto e tempestivo pagamento das respectivas obrigações*⁶⁶. Nesse sentido, o Tribunal Superior do Trabalho alterou a redação do inciso V da Súmula nº 331:

⁶⁶ Em sede de repercussão geral no RE nº 760.931/DF, o STF fixou a seguinte tese: “o inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público

V – Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, *caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora*. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada (BRASIL, 2011t, grifo nosso).

RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PELOS ENCARGOS DO CONTRATADO:

- a) Débitos fiscais: não há responsabilidade.
- b) Débitos comerciais: não há responsabilidade.
- c) Débitos previdenciários: há responsabilidade *solidária*.
- d) Débitos trabalhistas: só haverá responsabilidade (de espécie *subsidiária*) quando houver falha ou omissão na fiscalização do contrato.

8. SUBCONTRATAÇÃO

O art. 72 da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993) estabelece a possibilidade de subcontratação de parte do objeto contratual desde que haja concordância expressa da Administração:

Art. 72. 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 (BRASIL, 1993).

8.1. NECESSIDADE DE PREVISÃO NO EDITAL

Partindo do pressuposto de que a regra nos contratos administrativos é a impossibilidade de transferência da execução para terceiros, grande parte da doutrina e o próprio TCU (BRASIL, 2005h) entendem que a subcontratação somente será possível se previamente prevista no edital e no contrato.

O TCU admite que, em situações excepcionais, resultantes de fatos supervenientes, nas quais a subcontratação se afigure essencial à preservação da execução do contrato, tal procedimento poderá ocorrer, ainda que não prevista no instrumento convocatório ou no contrato (BRASIL, 2012i).

contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993” (BRASIL, 2017e, p. 4).

8.2. A IMPOSSIBILIDADE DE SUBCONTRATAÇÃO TOTAL

A despeito da redação do art. 78, VI, da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993), entende-se pela impossibilidade de subcontratação total do contrato administrativo. É nesse sentido o entendimento do TCU (BRASIL, 2011u, 2014o).

9. RECEBIMENTO DO OBJETO CONTRATUAL

As regras e formalidades para o recebimento do objeto contratual estão previstas no art. 73 da LGL (BRASIL, 1993).

OBRAS E SERVIÇOS

- *provisoriamente*, pelo responsável por seu acompanhamento e fiscalização, mediante *termo circunstanciado*, assinado pelas partes em até 15 dias da comunicação escrita do contratado;
- *definitivamente*, por servidor ou comissão designada pela autoridade competente, mediante *termo circunstanciado*, assinado pelas partes, após o decurso do prazo de observação, ou vistoria que comprove a adequação do objeto aos termos contratuais.

O prazo máximo para a realização do *recebimento definitivo* em caso de obras e serviços é de 90 dias, “salvo em casos excepcionais, devidamente justificados e previstos no edital” (art. 73, § 3º) (BRASIL, 1993).

COMPRAS E LOCAÇÕES DE EQUIPAMENTO

- *provisoriamente*, para efeito de posterior verificação da conformidade do material com a especificação;
- *definitivamente*, após a verificação da qualidade e quantidade do material e consequente aceitação.

O recebimento de material de valor superior a R\$ 176.000,00 deverá ser realizado por comissão de, no mínimo, 3 membros (art. 15, § 8º, da LGL) (BRASIL, 1993).

O recebimento de bens e produtos é, em regra, formalizado por *recibo*, salvo quando se tratar de “equipamentos de grande vulto”, quando deverá ser feito por *termo circunstanciado* (art. 73, § 1º) (BRASIL, 1993).

9.1. RECEBIMENTO IMPLÍCITO

Na hipótese de o *termo circunstanciado* não ser lavrado ou a *verificação de conformidade* não ser procedida dentro dos prazos fixados, reputam-se como realizados,

desde que comunicados à Administração nos 15 dias anteriores ao seu exaurimento (art. 73, § 4) (BRASIL, 1993).

9.2. RESPONSABILIDADE DO CONTRATADO

O recebimento provisório ou definitivo não exclui a responsabilidade civil pela solidez e segurança da obra ou do serviço, nem ético-profissional pela perfeita execução do contrato, dentro dos limites estabelecidos pela lei ou pelo contrato (art. 73, § 2º) (BRASIL, 1993).

9.3. HIPÓTESES DE DISPENSA DO RECEBIMENTO PROVISÓRIO

De acordo com o art. 74 da LGL, poderá ser dispensado o recebimento provisório nos seguintes casos:

- I – gêneros perecíveis e alimentação preparada;
- II – serviços profissionais;
- III – obras e serviços de valor até R\$ 176.000,00, desde que não se componham de aparelhos, equipamentos e instalações sujeitos à verificação de funcionamento e produtividade (BRASIL, 1993).

Nesses casos, o recebimento definitivo é formalizado por *recibo* (art. 74, parágrafo único).

9.4. DEVER DE REJEIÇÃO POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO

A Administração rejeitará, no todo ou em parte, obra, serviço ou fornecimento executado em desacordo com o contrato (art. 76) (BRASIL, 1993).

10. EXTINÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Os contratos administrativos poderão ser extintos por meio de:

- 1) *conclusão do objeto ou advento do termo contratual*: quando foi executado o objeto contratual ou expirado o prazo de duração previsto.
- 2) *rescisão* (art. 79 da Lei nº 8.666):
 - 2.1) *rescisão administrativa*: nos casos previstos no art. 78, incisos I a XII e XVII;
 - 2.2) *rescisão amigável*: nos casos previstos no art. 78, incisos XIII a XVI;

2.3) *rescisão judicial*: quando o particular, nas hipóteses do art. 78, incisos XIII a XVI, requer, via demanda judicial, a rescisão do contrato por não ter obtido a aceitação amigável por parte da Administração;

2.4) *rescisão de pleno direito*: por circunstâncias alheias à vontade das partes. Ex.: dissolução da empresa contratada, perecimento do objeto contratual etc.

3) *anulação* (art. 59): quando o contrato é declarado nulo em razão da constatação de algum vício de nulidade de ordem insanável. Em regra, a nulidade opera efeitos retroativos (*ex tunc*), desconstituindo todos os efeitos já produzidos e impedindo que outros sejam gerados.

De acordo com o parágrafo único do art. 59 da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993), a nulidade do contrato não exime a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

Hipóteses de *rescisão administrativa* previstas no art. 78, incisos I a XII e XVII:

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

I – o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;

II – o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos;

III – a lentidão do seu cumprimento, levando a Administração a comprovar a impossibilidade da conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados;

IV – o atraso injustificado no início da obra, serviço ou fornecimento;

V – a paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento, sem justa causa e prévia comunicação à Administração;

VI – a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato;

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

VIII – o cometimento reiterado de faltas na sua execução, anotadas na forma do § 1º do art. 67 desta Lei;

IX – a decretação de falência ou a instauração de insolvência civil;

X – a dissolução da sociedade ou o falecimento do contratado;

XI – a alteração social ou a modificação da finalidade ou da estrutura da empresa, que prejudique a execução do contrato;

XII – razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato; [...]

XVII – a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato (BRASIL, 1993).

Em tais hipóteses, a Administração poderá, unilateralmente e por razões de interesse público (materializada nas situações informadas nos incisos acima transcritos), promover a rescisão do contrato. Para tanto, deve ser instaurado procedimento administrativo, garantindo ao contratado contraditório e ampla defesa.

Hipóteses de *rescisão amigável* previstas no art. 78, incisos XIII a XVI:

XIII – a supressão, por parte da Administração, de obras, serviços ou compras, acarretando modificação do valor inicial do contrato além do limite permitido no § 1º do art. 65 desta Lei;

XIV – a suspensão de sua execução, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, ou ainda por repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevisas desmobilizações e mobilizações e outras previstas, assegurado ao contratado, nesses casos, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação;

XV – o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação;

XVI – a não liberação, por parte da Administração, de área, local ou objeto para execução de obra, serviço ou fornecimento, nos prazos contratuais, bem como das fontes de materiais naturais especificadas no projeto; (BRASIL, 1993).

Diante das situações previstas, de forma consensual, as partes realizam o *distrato* do contrato. A decisão deve ser precedida de autorização escrita e fundamentada da autoridade competente.

11. SANÇÕES

O art. 87 da Lei nº 8.666/1993 prevê os tipos de sanções aplicáveis ao contratado por inexecução parcial ou total dos contratos:

- I – advertência;
- II – multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;
- III – suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;
- IV – declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior (BRASIL, 1993).

ATENÇÃO

De acordo com entendimento do TCU, os efeitos da declaração de inidoneidade estendem-se a todos os órgãos e entidades da Administração Pública em todas as suas esferas federativas: União, Estados, DF e Municípios. Ademais, a declaração de inidoneidade tem efeitos *ex nunc*, não sendo apta a produzir automaticamente a rescisão dos contratos administrativos firmados pelo sancionado com o Poder Público (STJ e TCU).

As sanções de advertência, suspensão, impedimento e declaração de inidoneidade podem ser aplicadas conjuntamente com a pena de multa. A aplicação das sanções deverá ser precedida de instauração de procedimento administrativo, observando-se, necessariamente, o contraditório e a ampla defesa.

Por se tratar de atividade administrativa sancionatória, o arbitramento da Administração a respeito da sanção “devida” deverá ser orientado pelo princípio da proporcionalidade e em razão do comportamento subjetivo do particular (boa-fé), bem como a existência de concretos prejuízos advindos da conduta realizada⁶⁷ (BRASIL, 2007d).

Uma vez notificado, o particular conta com o prazo de 5 dias úteis para apresentar defesa prévia. Em se tratando de declaração de inidoneidade, o prazo para defesa prévia é de 10 dias úteis.

⁶⁷ Nesse sentido, é o entendimento de Justen Filho (2014, p. 1141): “ainda quando se insista acerca da legalidade e da ausência de discricionariedade, é pacífico que o sancionamento ao infrator deve ser compatível com a gravidade e a reprobabilidade da infração. São inconstitucionais os preceitos normativos que imponham sanções excessivamente graves, tal como é dever do aplicador dimensionar a extensão e a intensidade da sanção aos pressupostos de antijuridicidade apurados. O tema traz a lume o princípio da proporcionalidade”.

Contra a decisão que confirmar a aplicação das sanções de advertência, suspensão ou impedimento temporário ou multa, caberá *recurso administrativo* no prazo de 5 dias úteis a contar da ciência do ato decisório pelo contratado (art. 109, I, “f”) (BRASIL, 1993).

No caso de declaração de inidoneidade, caberá *pedido de reconsideração*, no prazo de 10 dias úteis.

11.1. A ABRANGÊNCIA DOS EFEITOS DA SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DE PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÃO

A extensão dos efeitos da sanção consistente na suspensão temporária é tema de profundas divergências na doutrina e na jurisprudência. Afinal: a suspensão abrangeria toda a Administração Pública ou ficaria restrita ao âmbito do órgão ou entidade que aplicou a sanção?

TCU: a sanção de suspensão temporária produz efeitos apenas em relação ao órgão ou entidade sancionador (BRASIL, 2013).

STJ: a sanção de suspensão temporária não produz efeitos somente em relação ao órgão ou entidade que aplicou a reprimenda, mas a toda a Administração Pública, em todas as suas esferas federativas: União, Estados, DF e Municípios (BRASIL, 2011f).

O entendimento do TCU parte de uma interpretação restritiva da redação do inciso III do art. 87 da LGL, que veicula a expressão “Administração”, cuja conceituação legal é explicitada no inciso XII do art. 6º: “Administração – órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente” (BRASIL, 1993). Por outro lado, ao tratar da sanção de “declaração de inidoneidade”, o inciso IV do art. 87 faz menção ao termo “Administração Pública”, conceituado no inciso XI do art. 6º da seguinte forma: “Administração Pública – a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas” (BRASIL, 1993). Parece-nos mais adequado o entendimento adotado pela Corte de Contas, porquanto, em matéria de sancionamento, é elementar a regra de hermenêutica segundo a qual se deve utilizar uma interpretação restritiva dos enunciados normativos.

11.2. SANÇÕES NOS CONTRATOS ORIUNDOS DE LICITAÇÃO NA MODALIDADE PREGÃO

Como exposto no tópico 3.3. do Capítulo 4, caso específico dos contratos oriundos de licitação realizada na modalidade pregão, o art. 7º da Lei nº 10.520 (BRA-

SIL, 2002c) prevê a possibilidade de aplicação das seguintes sanções caso o contratado venha a retardar, falhar ou fraudar a execução do objeto do contrato ou cometer fraude fiscal: *impedimento de licitar e contratar* e o *descredenciamento nos sistemas de cadastro de fornecedores* pelo prazo de até 5 anos.

Tal sanção surte efeitos em relação aos órgãos e entidades da Administração direta e indireta referente ao ente federativo que a aplicar (BRASIL, 2013).

NOÇÕES GERAIS

Contrato administrativo: ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com o particular ou com outra entidade administrativa, para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições desejadas pela própria Administração.

Contratos da Administração: estando a Administração em um dos polos do contrato, convencionada está no ordenamento jurídico brasileiro a denominação contrato da administração.

Espécies de “contratos da administração”

1) *Contratos administrativos propriamente ditos*: visam a consecução de objetivos de interesse público, dividindo-se em duas categorias:

1.1) *contratos administrativos de colaboração*: são aqueles cujo objeto consiste na realização de prestação entre as partes envolvidas (particular e Poder Público), relativa a compras, serviços, obras e alienações;

1.2) *contratos administrativos de delegação*: são aqueles que têm por objeto a delegação a particulares do exercício de determinadas atividades estatais relacionadas aos serviços públicos, através de concessões e permissões.

2) *Acordos de vontade da Administração*: atos jurídicos de natureza consensual, em que pelo menos uma das partes integra a Administração Pública e que tem por objetivo desenvolver esforços e alocar recursos para a consecução de atividades de interesse coletivo (ex.: convênios, termos de cooperação, contratos fiscais e consórcios públicos).

3) *Contratos privados celebrados pela Administração Pública*: celebrados com terceiros e, por serem regidos pelo Direito Privado, a Administração situa-se no mesmo plano jurídico do particular (ex.: locação de bem imóvel, permuta e comodato).

Regime jurídico: supremacia e tratamento diferenciado da Administração na relação contratual, o que permite a previsão de “cláusulas exorbitantes” (art. 58 da LGL) com vistas ao atendimento do interesse público, sob pena de desvio de finalidade.

ELEMENTOS BÁSICOS DO CONTRATO ADMINISTRATIVO (CLÁUSULAS NECESSÁRIAS)

Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam.

O art. 55 da Lei nº 8.666 apresenta as cláusulas que são necessárias em todo contrato administrativo.

FORMALISMO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

O contrato administrativo é formal, celebrado, como regra, na forma escrita.

O contrato administrativo deverá ser formalizado mediante um instrumento. Por instrumento, entende-se o documento hábil a exteriorizar a vontade pactuada. O art. 62 da LGL estabelece alguns exemplos de instrumento: o *termo de contrato*, a *carta-contrato*, a *nota de empenho de despesa*, a *autorização de compra* e a *ordem de execução do serviço*.

O *termo de contrato* (que deverá apresentar todos os requisitos do art. 55 da LGL) é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos valores estejam compreendidos nos limites dessas duas modalidades de licitação.

Exceção ao contrato escrito: a forma do contrato será sempre *escrita*, salvo o caso expressamente consignado no parágrafo único do art. 60 da LGL, em que se admite a forma verbal, nas hipóteses de pequenas compras de pronto pagamento cujo valor não ultrapasse R\$ 8.800,00.

Publicação do extrato de contrato: a publicação resumida do instrumento de contrato ou de seus aditamentos na imprensa oficial (extrato) é condição indispensável para sua eficácia, devendo ser *providenciada* pela Administração até o quinto dia útil do mês seguinte ao de sua assinatura, para ocorrer no prazo de vinte dias daquela data, qualquer que seja o seu valor, ainda que sem ônus (art. 61, parágrafo único, da LGL).

GARANTIAS CONTRATUAIS

O art. 56 da Lei nº 8.666 prevê a possibilidade de a autoridade competente estabelecer no edital de licitação a prestação de garantia para assinatura dos contratos administrativos, nas seguintes modalidades:

- I – caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública;
- II – seguro-garantia;
- III – fiança bancária.

Limites de exigência de garantia:

Regra: no máximo 5% do valor do contrato;

Exceção: até 10% nos casos de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente.

VIGÊNCIA DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Regra: 12 meses de duração para os contratos administrativos, ficando adstritos à vigência dos respectivos créditos orçamentários.

Extensão e prorrogação da vigência dos contratos administrativos:

A despeito da regra de anualidade dos contratos administrativos, será possível a prorrogação da *vigência* nas seguintes hipóteses:

- a) 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) 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) aluguel de equipamentos e 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;
- d) hipóteses previstas nos incisos IX, XIX, XXVIII e XXXI do art. 24 da LGL para contratos que poderão ter vigência por até 120 (cento e vinte) meses, caso haja interesse da Administração.

ALTERAÇÕES DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

1) Alteração unilateral (inciso I)

1.1) *alteração qualitativa*: quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;

1.2) *alteração quantitativa*: quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos no § 1º do mesmo art. 65:

- a) até 25% do valor inicial atualizado do contrato;
- b) até 50% no caso de reforma de edifício ou de equipamento para os seus acréscimos (ou seja, se se tratar de supressão, o limite será de 25% também para as reformas).

2) Alteração por acordo das partes (inciso II)

2.1) *substituição de garantia*: quando conveniente a substituição da garantia de execução;

2.2) *modificação do regime de execução ou fornecimento*: 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;

2.3) *modificação da forma de pagamento*: 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;

2.4) *restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro*: 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.

FISCALIZAÇÃO E GESTÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

Fundamento: art. 58, III, da LGL.

Responsáveis:

- a) Gestor: desempenha atribuições gerenciais relacionadas ao processo de gestão e fiscalização do contrato.
- b) Fiscal técnico: desempenha atribuições de fiscalização quanto aos aspectos técnicos do objeto da contratação.
- c) Fiscal administrativo: desempenha atribuições de fiscalização quanto aos aspectos administrativos e burocráticos do contrato.

Responsabilidade da Administração pelos encargos do contratado (art. 71 da LGL):

- a) Débitos fiscais: não há responsabilidade.
- b) Débitos comerciais: não há responsabilidade.
- c) Débitos previdenciários: há responsabilidade *solidária*.
- d) Débitos trabalhistas: só haverá responsabilidade (de espécie *subsidiária*) quando houver falha ou omissão na fiscalização do contrato.

SUBCONTRATAÇÃO

O art. 72 da Lei nº 8.666 estabelece a possibilidade de subcontratação de parte do objeto contratual desde que haja concordância expressa da Administração.

Em regra, a subcontratação somente será possível se previamente prevista no edital e no contrato.

Não é admitida a subcontratação total do contrato administrativo.

RECEBIMENTO DO OBJETO CONTRATUAL

Obras e serviços

– *provisoriamente*, pelo responsável por seu acompanhamento e fiscalização, mediante *termo circunstanciado*, assinado pelas partes em até 15 dias da comunicação escrita do contratado;

– *definitivamente*, por servidor ou comissão designada pela autoridade competente, mediante *termo circunstanciado*, assinado pelas partes, após o decurso do prazo de observação, ou vistoria que comprove a adequação do objeto aos termos contratuais.

RECEBIMENTO DO OBJETO CONTRATUAL

Compras e locações de equipamento

- *provisoriamente*, para efeito de posterior verificação da conformidade do material com a especificação;
- *definitivamente*, após a verificação da qualidade e quantidade do material e conseqüente aceitação.

O recebimento de bens e produtos é, em regra, formalizado por *recibo*, salvo quando se tratar de “equipamentos de grande vulto”, quando deverá ser feito por *termo circunstanciado* (art. 73, § 1º).

EXTINÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

1) Conclusão do objeto ou advento do termo contratual: quando foi executado o objeto contratual ou expirado o prazo de duração previsto.

2) Rescisão (art. 79 da Lei nº 8.666):

2.1) rescisão administrativa: nos casos previstos no art. 78, incisos I a XII e XVII;

2.2) rescisão amigável: nos casos previstos no art. 78, incisos XIII a XVI;

2.3) rescisão judicial: quando o particular, nas hipóteses do art. 78, incisos XIII a XVI, requer, via demanda judicial, a rescisão do contrato por não ter obtido a aceitação amigável por parte da Administração;

2.4) rescisão de pleno direito: por circunstâncias alheias à vontade das partes (ex.: dissolução da empresa contratada, perecimento do objeto contratual etc.).

3) Anulação (art. 59): quando o contrato é declarado nulo em razão da constatação de algum vício de nulidade de ordem insanável. Em regra, a nulidade opera efeitos retroativos (*ex tunc*), desconstituindo todos os efeitos já produzidos e impedindo que outros sejam gerados.

SANÇÕES CONTRATUAIS (ART. 87 DA LGL)

I – advertência;

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

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

IV – declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo de 2 anos.

REFERÊNCIAS



REFERÊNCIAS

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. O parentesco como impedimento de participação nas licitações públicas. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, v. 13, n. 1990, dez. 2008. Não paginado. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12075>>. Acesso em: 1º set. 2017.

_____. Princípio da juridicidade x princípio da legalidade estrita nas licitações públicas. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, v. 14, n. 2366, dez. 2009. Não paginado. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/14065>>. Acesso em: 1º set. 2017.

_____. Competência legislativa em matéria de licitação: resolução de conflitos entre os entes federados. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, v. 16, n. 2766, jan. 2011. Não paginado. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18358>>. Acesso em: 1º set. 2017.

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 49, n. 300, p. 7-37, out. 1960. Disponível em: <<http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/prescricao-agnelo1.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

BARCELOS, Dawison; TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Licitações e contratos nas empresas estatais*. Salvador: JusPodivm, 2018.

BITTENCOURT, Sidney. *Licitação passo a passo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

_____. *Licitação de tecnologia da informação*. Leme: J. H. Mizuno, 2015.

BOCKMANN, Egon. Os consórcios empresariais e as licitações públicas (considerações em torno do art. 33 da Lei 8.666/93). *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador, n. 3, ago./out. 2005.

BRASIL. Decreto nº 21.981, de 19 de outubro de 1932. *Coleção das Leis do Brasil*, 1932, v. 4, p. 271.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Diário Oficial da União*, 13 out. 1941.

_____. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. *Diário Oficial da União*, 9 set. 1942.

- _____. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964. *Diário Oficial da União*, 23 mar. 1964.
- _____. Lei nº 5.537, de 21 de novembro de 1968. *Diário Oficial da União*, 22 nov. 1968.
- _____. Decreto nº 64.867, de 24 de julho de 1969. *Diário Oficial da União*, 25 jul. 1969a.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 473. *Diário da Justiça*, 10 dez. 1969b.
- _____. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. *Diário Oficial da União*, 31 dez. 1973a.
- _____. Tribunal de Contas da União. *Súmula n. 039*. [S.l.: s.n.], 1973b. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/13/39/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 10 set. 2017.
- _____. Lei nº 6.383, de 7 de dezembro de 1976. *Diário Oficial da União*, 9 dez. 1976a.
- _____. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. *Diário Oficial da União*, 17 dez. 1976b.
- _____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, 5 out. 1988.
- _____. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. *Diário Oficial da União*, 20 set. 1990.
- _____. Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991. *Diário Oficial da União*, 24 out. 1991.
- _____. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. *Diário Oficial da União*, 3 jun. 1992a.
- _____. Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992. *Diário Oficial da União*, 17 jul. 1992b.
- _____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. *Diário Oficial da União*, 22 jun. 1993.
- _____. Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994. *Diário Oficial da União*, 21 nov. 1994.
- _____. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. *Diário Oficial da União*, 14 fev. 1995.
- _____. Tribunal de Contas da União. *Decisão n. 907/1997 - Plenário*. Relator: Min. Lincoln Magalhães da Rocha. [S.l.: s.n.], 1997a. Disponível em: <<http://www>>.

tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Dec/19971112/GERADO_TC-22223.pdf>. Acesso em: 1º set. 2017.

_____. Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997. *Diário Oficial da União*, 8 jul. 1997b.

_____. Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998. *Diário Oficial da União*, 18 maio 1998.

_____. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. *Diário Oficial da União*, 1º fev. 1999a.

_____. Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999. *Diário Oficial da União*, 24 mar. 1999b.

_____. Tribunal de Contas da União. *Decisão n. 215/1999 – Plenário*. Relator: Min. José Antônio Barreto de Macedo. [S.l.: s.n.], 1999c. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/SIDOC/geradoSIDOC_DC02151899P.pdf>. Acesso em: 11 set. 2017.

_____. Decreto nº 3.555, de 8 de agosto de 2000. *Diário Oficial da União*, 9 ago. 2000a.

_____. Medida Provisória nº 2.026, de 4 de maio de 2000. *Diário Oficial da União*, 29 ago. 2000b.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso em mandado de segurança n. 23.714-1/DF. Recorrente: Unisys Brasil Ltda. Recorrido: Tribunal Superior Eleitoral. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. *Diário da Justiça*, 13 out. 2000c.

_____. Decreto nº 3.722, de 9 de janeiro de 2001. *Diário Oficial da União*, 10 jan. 2001a.

_____. Lei nº 10.192, de 14 de fevereiro de 2001. *Diário Oficial da União*, 16 fev. 2001b.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de segurança n. 7.017/DF. Impetrante: TV Continente Comunicações Ltda. Impetrado: Ministro de Estado das Comunicações. Relator: Min. José Delgado. *Diário da Justiça*, 2 abr. 2001c.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Diário Oficial da União*, 11 jan. 2002a.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso ordinário em mandado de segurança n. 12.210/SP. Recorrente: Opensyst Comércio e Serviços de Informática Ltda. Recorrido: Expernet Telemática Ltda. Relator: Min. José Delgado. *Diário da Justiça*, 18 mar. 2002b.

_____. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. *Diário Oficial da União*, 18 jul. 2002c.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 551/2002 – 2ª Câmara*. Relator: Min. Ubiratan Aguiar. [S.l.: s.n.], 2002d. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20021129/TC%20013.721.doc>>. Acesso em: 11 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança n. 24.073-3/DF. Impetrante: Rui Berford Dias et al. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Carlos Velloso. *Diário da Justiça*, 31 out. 2003a.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 92/2003 – Plenário*. Relator: Min. Humberto Guimarães Souto. [S.l.: s.n.], 2003b. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20030220/TC%20012.645.doc>>. Acesso em: 3 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 382/2003 – Plenário*. Relator: Min. Benjamin Zymler. [S.l.: s.n.], 2003c. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20030606/TC%20016.538.doc>>. Acesso em: 6 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.758/2003 – Plenário*. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues. [S.l.: s.n.], 2003d. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20031127/TC%20017.101.doc>>. Acesso em: 8 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Súmula n. 247*. [S.l.: s.n.], 2004a. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/13/s%-25C3%25BAmula%2520247/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 3 set. 2017.

_____. Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004. *Diário Oficial da União*, 3 dez. 2004b.

_____. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. *Diário Oficial da União*, 31 dez. 2004c.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 740/2004 – Plenário*. Relator: Min. Ubiratan Aguiar. [S.l.: s.n.], 2004d. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20040624/TC%20013.661.doc>>. Acesso em: 10 set. 2017.

- _____. Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005. *Diário Oficial da União*, 7 abr. 2005a.
- _____. Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005. *Diário Oficial da União*, 1º jun. 2005b.
- _____. Decreto nº 5.504, de 5 de agosto de 2005. *Diário Oficial da União*, 8 ago. 2005c.
- _____. Tribunal de Contas da União. *Súmula n. 248*. [S.l.: s.n.], 2005d. Disponível em: <[https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#\(detalhamento/13/248/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc/false/1/false\)](https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#(detalhamento/13/248/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc/false/1/false))>. Acesso em: 4 set. 2017.
- _____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.140/2005 – Plenário*. Relator: Min. Marcos Vinícios Vilaça. [S.l.: s.n.], 2005e. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20050822/TC-015-527-2002-4.doc>>. Acesso em: 6 set. 2017.
- _____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 717/2005 – Plenário*. Relator: Min. Ubiratan Aguiar. [S.l.: s.n.], 2005f. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20050617/TC-010-435-2003-6.doc>>. Acesso em: 11 set. 2017.
- _____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 962/2005 – Plenário*. Relator: Min. Benjamin Zymler. [S.l.: s.n.], 2005g. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20050721/TC-007-533-2005-1.doc>>. Acesso em: 11 set. 2017.
- _____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.014/2005 – Plenário*. Relator: Min. Benjamin Zymler. [S.l.: s.n.], 2005h. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20050808/TC-007-449-2001-3.doc>>. Acesso em: 11 set. 2017.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 3.026-4/DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Presidente da República, Congresso Nacional. Relator: Min. Eros Grau. *Diário da Justiça*, 29 set. 2006a.
- _____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 868/2006 – 2ª Câmara*. Relator: Min. Lincoln Magalhães da Rocha. [S.l.: s.n.], 2006b. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20060419/TC-019-755-2005-2.doc>>. Acesso em: 1º set. 2017.

_____. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. *Diário Oficial da União*, 15 dez. 2006c.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.946/2006 – Plenário*. Relator: Min. Marcos Bemquerer. [S.l.: s.n.], 2006d. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20061018/TC-012-721-2006-0.doc>>. Acesso em: 4 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 566/2006 – Plenário*. Relator: Min. Marcos Vinícios Vilaça. [S.l.: s.n.], 2006e. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20060428/TC-001-272-2006-4.doc>>. Acesso em: 8 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 2.048/2006 – Plenário*. Relator: Min. Benjamin Zymler. [S.l.: s.n.], 2006f. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20061130/TC-021-228-2006-3.doc>>. Acesso em: 8 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.891/2006 – Plenário*. Relator: Min. Ubiratan Aguiar. [S.l.: s.n.], 2006g. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20061018/TC-005-612-2006-6.doc>>. Acesso em: 10 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 2.063/2006 – Plenário*. Relator: Min. Benjamin Zymler. [S.l.: s.n.], 2006h. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20061109/TC-008-884-2006-0.doc>>. Acesso em: 10 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.336/2006 – Plenário*. Relator: Min. Ubiratan Aguiar. [S.l.: s.n.], 2006i. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20060817/TC-019-967-2005-4.doc>>. Acesso em: 10 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 2.170/2007 – Plenário*. Relator: Min. Ubiratan Aguiar. [S.l.: s.n.], 2007a. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20080425/TC-021-647-2006-0.doc>>. Acesso em: 3 set. 2017.

_____. Instrução normativa nº 103, de 30 de abril de 2007. *Diário Oficial da União*, 22 maio 2007b.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 3.706-4/MS. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requerido: Governo do Estado do Mato Grosso do Sul, Assembleia Legislativa do Estado do Mato Grosso do Sul. Relator: Min. Gilmar Mendes. *Diário da Justiça Eletrônico*, 4 out. 2007c.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 914.087/RJ. Recorrente: União. Recorrido: Sari Distribuidora de Produtos Alimentícios Ltda. Relator: Min. José Delgado. *Diário da Justiça*, 29 out. 2007d.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 539/2007 – Plenário*. Relator: Min. Marcos Bemquerer. [S.l.: s.n.], 2007e. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20070409/TC-009-786-2006-3.doc>>. Acesso em: 6 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.021/2007 – Plenário*. Relator: Min. Marcos Vinícios Vilaça. [S.l.: s.n.], 2007f. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20070531/TC-002-993-2007-5.doc>>. Acesso em: 6 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 703/2007 – Plenário*. Relator: Min. Benjamin Zymler. [S.l.: s.n.], 2007g. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20070426/TC-013-049-2005-0.doc>>. Acesso em: 7 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 3.528/2007 – 1ª Câmara*. Relator: Min. Augusto Sherman. [S.l.: s.n.], 2007h. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20071113/TC-025-432-2006-5.doc>>. Acesso em: 9 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 01/2007 – Plenário*. Relator: Min. Ubiratan Aguiar. [S.l.: s.n.], 2007i. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20070118/TC-014-506-2006-2.doc>>. Acesso em: 11 set. 2017.

_____. Resolução CGSN nº 28, de 21 de janeiro de 2008. *Diário Oficial da União*, 24 jan. 2008a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança n. 24.631-6/DF. Impetrante: Sebastião Gilberto Mota Tavares. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Joaquim Barbosa. *Diário da Justiça Eletrônico*, 31 jan. 2008b.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 551/2008 – Plenário*. Relator: Min. Aroldo Cedraz. [S.l.: s.n.], 2008c. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20080407/004-658-2008-7-AC.doc>>. Acesso em: 6 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 930/2008 – Plenário*. Relator: Min. Raimundo Carreiro. [S.l.: s.n.], 2008d. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20080526/003-781-2008-6-RC.doc>>. Acesso em: 6 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão de relação n. 1.625/2008 – Plenário*. Relator: Min. Augusto Sherman. [S.l.: s.n.], 2008e. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/RELAC/20080821/RESERVADA-ASC-Relacao-40.doc>>. Acesso em: 6 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.478/2008 – Plenário*. Relator: Min. Raimundo Carreiro. [S.l.: s.n.], 2008f. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20080731/001-499-2005-0-RC.doc>>. Acesso em: 8 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.113/2008 – Plenário*. Relator: Min. André de Carvalho. [S.l.: s.n.], 2008g. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20080616/TC-017-246-2006-5.doc>>. Acesso em: 8 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.828/2008 – Plenário*. Relator: Min. Benjamin Zymler. [S.l.: s.n.], 2008h. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20080901/027-946-2007-5.doc>>. Acesso em: 11 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão de relação n. 380/2008 – 1ª Câmara*. Relator: Min. Guilherme Palmeira. [S.l.: s.n.], 2008i. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/RELAC/20080227/GP005-04-08-1.doc>>. Acesso em: 11 set. 2017.

_____. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Departamento Nacional de Registro do Comércio. Instrução normativa nº 110, de 19 de junho de 2009. *Diário Oficial da União*, 24 jun. 2009a.

_____. Lei nº 11.952, de 25 de junho de 2009b. *Diário Oficial da União*, 26 jun. 2009b.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão de relação n. 1.823/2009 – Plenário*. Relator: Min. Aroldo Cedraz. [S.l.: s.n.], 2009c. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=23711>>. Acesso em: 3 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.335/2009 – Plenário*. Relator: Min. Raimundo Carreiro. [S.l.: s.n.], 2009d. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=17854>>. Acesso em: 11 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.550/2009 – Plenário*. Relator: Min. Raimundo Carreiro. [S.l.: s.n.], 2009e. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A1550%2520ANOACORDAO%253A2009/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.733/2009 – Plenário*. Relator: Min. Augusto Nardes. [S.l.: s.n.], 2009f. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A1733%2520ANOACORDAO%253A2009/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.981/2009 – Plenário*. Relator: Min. Valmir Campelo. [S.l.: s.n.], 2009g. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A1981%2520ANOACORDAO%253A2009/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

_____. Lei nº 12.232, de 29 de abril de 2010. *Diário Oficial da União*, 30 abr. 2010a.

_____. Decreto nº 7.174, de 12 de maio de 2010. *Diário Oficial da União*, 13 maio 2010b.

_____. Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010. *Diário Oficial da União*, 16 dez. 2010c.

_____. Tribunal de Contas da União. *Súmula n. 257*. [S.l.: s.n.], 2010d. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/13/257/%2520DTRELEVANCIA%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 4 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.393/2010 – Plenário*. Relator: Min. Raimundo Carreiro. [S.l.: s.n.], 2010e. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=39045>>. Acesso em: 7 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.336/2010 – Plenário*. Relator: Min. José Múcio Monteiro. [S.l.: s.n.], 2010f. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=38757>>. Acesso em: 7 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.339/2010 – Plenário*. Relator: Min. Marcos Bemquerer. [S.l.: s.n.], 2010g. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=38551>>. Acesso em: 7 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 2.581/2010 – Plenário*. Relator: Min. Benjamin Zymler. [S.l.: s.n.], 2010h. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=45781>>. Acesso em: 7 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 3.156/2010 – Plenário*. Relator: Min. José Múcio Monteiro. [S.l.: s.n.], 2010i. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=51227>>. Acesso em: 7 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.258/2010 – 2ª Câmara*. Relator: Min. Augusto Sherman. [S.l.: s.n.], 2010j. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=32750>>. Acesso em: 7 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão de relação n. 4.650/2010 – 1ª Câmara*. Relator: Min. Augusto Nardes. [S.l.: s.n.], 2010k. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sisdoc/ObterDocumentoSisdoc?codVersao=editavel&codArqCatalogado=1335599>>. Acesso em: 8 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.612/2010 – Plenário*. Relator: Min. Raimundo Carreiro. [S.l.: s.n.], 2010l. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=38743>>. Acesso em: 8 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Súmula n. 262*. [S.l.: s.n.], 2010m. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamen>>

to/13/262%2520/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc/false/1/false>. Acesso em: 8 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 887/2010 – 2ª Câmara*. Relator: Min. José Jorge. [S.l.: s.n.], 2010n. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultoPagina=S&item0=26765>>. Acesso em: 9 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Súmula n. 252*. [S.l.: s.n.], 2010o. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/13/252/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 10 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 2.204/2010 – Plenário*. Relator: Min. Augusto Sherman. [S.l.: s.n.], 2010p. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultoPagina=S&item0=43760>>. Acesso em: 11 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 249/2010 – Plenário*. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues. [S.l.: s.n.], 2010q. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A249%2520ANOACORDAO%253A2010/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 749/2010 – Plenário*. Relator: Min. Augusto Nardes. [S.l.: s.n.], 2010r. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A749%2520ANOACORDAO%253A2010/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 2.390/2010 – Plenário*. Relator: Min. Aroldo Cedraz. [S.l.: s.n.], 2010s. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A2390%2520ANOACORDAO%253A2010/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

_____. Tribunal de Contas da União. *Licitações e contratos: orientações básicas*. Brasília: TCU, 2010t. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24D6E86A4014D72AC81CA540A&inline=1>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 4.125/TO. Requerente: Partido Social da Democracia Brasileira – PSDB. Requerido: Governador do Estado do Tocantins, Assembleia Legislativa do Estado do Tocantins. Relatora: Min. Cármen Lúcia. *Diário da Justiça Eletrônico*, 14 fev. 2011a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 3.602/GO. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Assembleia Legislativa do Estado de Goiás, Governador do Estado de Goiás. Relator: Min. Joaquim Barbosa. *Diário da Justiça Eletrônico*, 6 jun. 2011b.

_____. Decreto nº 7.546, de 2 de agosto de 2011. *Diário Oficial da União*, 3 ago. 2011c.

_____. Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. *Diário Oficial da União*, 5 ago. 2011d.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação declaratória de constitucionalidade n. 16/DF. Requerente: Governador do Distrito Federal. Relator: Min. Cezar Peluso. *Diário da Justiça Eletrônico*, 8 set. 2011e.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em mandado de segurança n. 32.628/SP. Recorrente: Petrobrás Distribuidora S/A. Recorrido: Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. *Diário da Justiça Eletrônico*, 14 set. 2011f.

_____. Decreto nº 7.581, de 11 de outubro de 2011. *Diário Oficial da União*, 13 out. 2011g.

_____. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. *Diário Oficial da União – Edição Extra*, 18 nov. 2011h.

_____. Tribunal de Contas União. *Acórdão n. 1.203/2011 – Plenário*. Relator: Min. José Múcio Monteiro. [S.l.: s.n.], 2011i. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultaPagina=S&item0=61393>>. Acesso em: 6 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Súmula n. 263*. [S.l.: s.n.], 2011j. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/13/263/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 6 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 392/2011 – Plenário*. Relator: Min. José Jorge. [S.l.: s.n.], 2011k. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVi>

sualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=54282>. Acesso em: 8 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 2.068/2011 – Plenário*. Relator: Min. Augusto Nardes. [S.l.: s.n.], 2011l. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=170458>>. Acesso em: 8 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 2.077/2011 – Plenário*. Relator: Min. Augusto Sherman. [S.l.: s.n.], 2011m. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=157213>>. Acesso em: 8 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.291/2011 – Plenário*. Relator: Min. Augusto Sherman. [S.l.: s.n.], 2011n. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=61970>>. Acesso em: 8 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 2.341/2011 – Plenário*. Relator: Min. Augusto Nardes. [S.l.: s.n.], 2011o. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=265458>>. Acesso em: 9 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.359/2011 – Plenário*. Relator: Min. Ubiratan Aguiar. [S.l.: s.n.], 2011p. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=61880>>. Acesso em: 10 set. 2017.

_____. Advocacia-Geral da União. Orientação normativa nº 34, de 13 de dezembro de 2011. *Diário Oficial da União*, 14 dez. 2011q.

_____. Advocacia-Geral da União. Orientação normativa nº 39, de 13 de dezembro de 2011. *Diário Oficial da União*, 14 dez. 2011r.

_____. Advocacia-Geral da União. Orientação normativa nº 38, de 13 de dezembro de 2011. *Diário Oficial da União*, 14 dez. 2011s.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula n. 331*. [S.l.: s.n.], 2011t. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331>. Acesso em: 11 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 2.189/2011 – Plenário*. Relator: Min. José Jorge. [S.l.: s.n.], 2011u. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=195107>>. Acesso em: 11 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 686/2011 – Plenário*. Relator: Min. André de Carvalho. [S.l.: s.n.], 2011v. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A686%2520ANOACORDAO%253A2011/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Resolução administrativa nº 1.470, de 24 de agosto de 2011. *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho*, 29 ago. 2011w.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 2.957/2011 – Plenário*. Relator: Min. André de Carvalho. [S.l.: s.n.], 2011x. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A2957%2520ANOACORDAO%253A2011/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 2.819/2011 – Plenário*. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues. [S.l.: s.n.], 2011y. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A2819%2520ANOACORDAO%253A2011/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no agravo de instrumento n. 309.399/SP. Agravante: Câmara Municipal de São Paulo et al. Agravado: Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Dias Toffoli. *Diário da Justiça Eletrônico*, 23 abr. 2012a.

_____. Decreto nº 7.746, de 5 de junho de 2012. *Diário Oficial da União*, 6 jun. 2012b.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1.141.021/SP. Recorrente: Construções e Comércio Camargo Corrêa S/A. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. *Diário da Justiça Eletrônico*, 30 ago. 2012c.

_____. Tribunal de Contas da União. *Súmula n. 270*. [S.l.: s.n.], 2012d. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/13/s%-25C3%25BAmula%2520270/%2520DTRELEVANCIA%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 3 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.052/2012 – Plenário*. Relator: Min. Marcos Bemquerer. [S.l.: s.n.], 2012e. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=384926>>. Acesso em: 7 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Súmula n. 275*. [S.l.: s.n.], 2012f. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/13/275/%2520DTRELEVANCIA%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 7 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Súmula n. 272*. [S.l.: s.n.], 2012g. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/13/272/%2520DTRELEVANCIA%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 7 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 2.831/2012 – Plenário*. Relatora: Min. Ana Arraes. [S.l.: s.n.], 2012h. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=428236>>. Acesso em: 8 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 3.378/2012 – Plenário*. Relator: Min. José Jorge. [S.l.: s.n.], 2012i. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=438161>>. Acesso em: 11 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 2.977/2012 – Plenário*. Relator: Min. Weder de Oliveira. [S.l.: s.n.], 2012j. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%25A2977%2520ANOACORDAO%25A2012/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

_____. Decreto nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013. *Diário Oficial da União*, 24 jan. 2013a.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 868/2013 – Plenário*. Relator: Min. Marcos Bemquerer. [S.l.: s.n.], 2013b. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sa>

gas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultPagina=S&item0=459236>. Acesso em: 3 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 2.796/2013 – Plenário*. Relator: Min. José Jorge. [S.l.: s.n.], 2013c. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultPagina=S&item0=486631>>. Acesso em: 3 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Súmula n. 283*. [S.l.: s.n.], 2013d. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/13/283/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 7 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.514/2013 – Plenário*. Relator: Min. Aroldo Cedraz. [S.l.: s.n.], 2013e. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultPagina=S&item0=476981>>. Acesso em: 7 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 3.615/2013 – Plenário*. Relator: Min. Valmir Campelo. [S.l.: s.n.], 2013f. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultPagina=S&item0=491499>>. Acesso em: 7 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 2.459/2013 – Plenário*. Relator: Min. José Múcio Monteiro. [S.l.: s.n.], 2013g. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultPagina=S&item0=483806>>. Acesso em: 7 set. 2017.

_____. Ministério da Fazenda. Secretaria da Receita Federal. Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Porto Alegre. *Acórdão n. 10-44919/2013 - 6ª Turma*. Porto Alegre: [s.n.], 2013h. Disponível em: <<http://decisoes.fazenda.gov.br/metacgi/nph-brs?d=DECW&f=G&l=20&n=-DTPE&p=48&r=952&s1=&s2=6&s4=&u=/nehtahtml/decisoes/decw/pesquisaDRJ.htm>>. Acesso em: 8 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 2.627/2013 – Plenário*. Relator: Min. Valmir Campelo. [S.l.: s.n.], 2013i. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultPagina=S&item0=485328>>. Acesso em: 8 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 2.368/2013 – Plenário*. Relator: Min. Benjamin Zymler. [S.l.: s.n.], 2013j. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/>>

sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=481956>. Acesso em: 8 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 429/2013 – Plenário*. Relator: Min. Augusto Sherman. [S.l.: s.n.], 2013k. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=450126>>. Acesso em: 8 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 2.242/2013 – Plenário*. Relator: Min. José Múcio Monteiro. [S.l.: s.n.], 2013l. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=483299>>. Acesso em: 9 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.941/2013 – Plenário*. Relator: Min. José Múcio Monteiro. [S.l.: s.n.], 2013m. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=480562>>. Acesso em: 9 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.977/2013 – Plenário*. Relator: Min. Valmir Campelo. [S.l.: s.n.], 2013n. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A1977%2520ANOACORDAO%253A2013/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.978/2013 – Plenário*. Relator: Min. Valmir Campelo. [S.l.: s.n.], 2013o. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A1978%2520ANOACORDAO%253A2013/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 3.381/2013 – Plenário*. Relator: Min. Valmir Campelo. [S.l.: s.n.], 2013p. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A3381%2520ANOACORDAO%253A2013/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 2.695/2013 – Plenário*. Relator: Min. Marcos Bemquerer. [S.l.: s.n.], 2013q. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A2695%2520ANOACORDAO%253A2013/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>. Acesso em: 22 ago. 2018.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instrução normativa nº 5, de 27 de junho de 2014. *Diário Oficial da União*, 30 jun. 2014a.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.540/2014 – Plenário*. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues. [S.l.: s.n.], 2014b. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=495046>>. Acesso em: 4 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.046/2014 – Plenário*. Relator: Min. Benjamin Zymler. [S.l.: s.n.], 2014c. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=494371>>. Acesso em: 4 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 2.236/2014 – Plenário*. Relator: Min. Benjamin Zymler. [S.l.: s.n.], 2014d. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=504699>>. Acesso em: 6 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 642/2014 – Plenário*. Relator: Min. Augusto Sherman. [S.l.: s.n.], 2014e. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=492252>>. Acesso em: 6 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 7.105/2014 – 2ª Câmara*. Relator: Min. Marcos Bemquerer. [S.l.: s.n.], 2014f. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=511230>>. Acesso em: 7 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 3.418/2014 – Plenário*. Relator: Min. Marcos Bemquerer. [S.l.: s.n.], 2014g. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=513004>>. Acesso em: 7 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 918/2014 – Plenário*. Relator: Min. Aroldo Cedraz. [S.l.: s.n.], 2014h. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=495775>>. Acesso em: 8 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 3.092/2014 – Plenário*. Relator: Min. Bruno Dantas. [S.l.: s.n.], 2014i. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=511163>>. Acesso em: 8 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 2.050/2014 – Plenário*. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues. [S.l.: s.n.], 2014j. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=499625>>. Acesso em: 9 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 694/2014 – Plenário*. Relator: Min. Valmir Campelo. [S.l.: s.n.], 2014k. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=494927>>. Acesso em: 9 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.148/2014 – Plenário*. Relator: Min. Benjamin Zymler. [S.l.: s.n.], 2014l. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=496776>>. Acesso em: 9 set. 2017.

_____. Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014. *Diário Oficial da União*, 1º ago. 2014m.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.601/2014 – Plenário*. Relator: Min. Benjamin Zymler. [S.l.: s.n.], 2014n. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=495658>>. Acesso em: 11 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.464/2014 – Plenário*. Relator: Min. André de Carvalho. [S.l.: s.n.], 2014o. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=499720>>. Acesso em: 11 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 343/2014 – Plenário*. Relator: Min. Valmir Campelo. [S.l.: s.n.], 2014p. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A343%2520A-NOACORDAO%253A2014/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 4.205/2014 – 1ª Câmara*. Relator: Min. Weder de Oliveira. [S.l.: s.n.], 2014q. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NU>>

MACORDAO%253A4205%2520ANOACORDAO%253A2014/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/2/false>. Acesso em: 22 ago. 2018.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 2.440/2014 – Plenário*. Relator: Min. Marcos Bemquerer. [S.l.: s.n.], 2014r. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A2440%2520ANOACORDAO%253A2014/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

_____. Decreto nº 8.428, de 2 de abril de 2015. *Diário Oficial da União*, 2 abr. 2015a.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.375/2015 – Plenário*. Relator: Min. Bruno Dantas. [S.l.: s.n.], 2015b. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=524298>>. Acesso em: 1º set. 2017.

_____. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. *Diário Oficial da União*, 7 jul. 2015c.

_____. Decreto nº 8.538, de 6 de outubro de 2015. *Diário Oficial da União*, 7 out. 2015d.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 10.041/2015 – 2ª Câmara*. Relator: Min. Marcos Bemquerer. [S.l.: s.n.], 2015e. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=535580>>. Acesso em: 3 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.224/2015 – Plenário*. Relatora: Min. Ana Arraes. [S.l.: s.n.], 2015f. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=522595>>. Acesso em: 6 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.795/2015 – Plenário*. Relator: Min. José Múcio Monteiro. [S.l.: s.n.], 2015g. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=530216>>. Acesso em: 7 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 299/2015 – Plenário*. Relator: Min. Vital do Rêgo. [S.l.: s.n.], 2015h. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/>

SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=518458>. Acesso em: 7 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.807/2015 – Plenário*. Relator: Min. André de Carvalho. [S.l.: s.n.], 2015i. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=529412>>. Acesso em: 9 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 754/2015 – Plenário*. Relatora: Min. Ana Arraes. [S.l.: s.n.], 2015j. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=515863>>. Acesso em: 9 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.565/2015 – Plenário*. Relator: Min. Vital do Rêgo. [S.l.: s.n.], 2015k. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=516672>>. Acesso em: 10 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.574/2015 – Plenário*. Relator: Min. Benjamin Zymler. [S.l.: s.n.], 2015l. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=525776>>. Acesso em: 11 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.729/2015 – 1ª Câmara*. Relator: Min. Bruno Dantas. [S.l.: s.n.], 2015m. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A1729%2520ANOACORDAO%253A2015/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/3/false>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.868/2015 – Plenário*. Relatora: Min. Ana Arraes. [S.l.: s.n.], 2015n. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A1868%2520ANOACORDAO%253A2015/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.875/2015 – Plenário*. Relatora: Min. Ana Arraes. [S.l.: s.n.], 2015o. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A1875%2520ANOACORDAO%253A2015/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 567/2015 – Plenário*. Relator: Min. Vital do Rêgo. [S.l.: s.n.], 2015p. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A567%2520A-NOACORDAO%253A2015/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 757/2015 – Plenário*. Relator: Min. Bruno Dantas. [S.l.: s.n.], 2015q. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A757%2520A-NOACORDAO%253A2015/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

_____. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. *Diário Oficial da União*, 1º jul. 2016a.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.935/2016 – 1ª Câmara*. Relator: Min. José Múcio Monteiro. [S.l.: s.n.], 2016b. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=552323>>. Acesso em: 6 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 2.208/2016 – Plenário*. Relator: Min. Augusto Sherman. [S.l.: s.n.], 2016c. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=566721>>. Acesso em: 6 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 4.788/2016 – 1ª Câmara*. Relator: Min. Bruno Dantas. [S.l.: s.n.], 2016d. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=559226>>. Acesso em: 7 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 300/2016 – Plenário*. Relator: Min. Vital do Rêgo. [S.l.: s.n.], 2016e. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=549504>>. Acesso em: 8 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão de relação n. 1.849/2016 – Plenário*. Relator: Min. Augusto Nardes. [S.l.: s.n.], 2016f. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sisdoc/ObterDocumentoSisdoc?codVersao=editavel&codArqCatalogado=11494928>>. Acesso em: 8 set. 2017.

_____. Lei Complementar nº 155, de 27 de outubro de 2016. *Diário Oficial da União*, 28 out. 2016g.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 2.737/2016 – Plenário*. Relator: Min. Vital do Rêgo. [S.l.: s.n.], 2016h. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=571771>>. Acesso em: 9 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 2.131/2016 – Plenário*. Relator: Min. Marcos Bemquerer. [S.l.: s.n.], 2016i. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=567143>>. Acesso em: 9 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 2.205/2016 – Plenário*. Relatora: Min. Ana Arraes. [S.l.: s.n.], 2016j. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=563713>>. Acesso em: 11 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 702/2016 – Plenário*. Relator: Min. Augusto Nardes. [S.l.: s.n.], 2016k. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A702%2520ANOACORDAO%253A2016/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão de relação n. 3.113/2016 – Plenário*. Relator: Min. Augusto Nardes. [S.l.: s.n.], 2016l. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A3113%2520ANOACORDAO%253A2016/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.932/2016 – Plenário*. Relator: Min. Vital do Rêgo. [S.l.: s.n.], 2016m. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A1932%2520ANOACORDAO%253A2016/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 588/2016 – Plenário*. Relator: Min. Vital do Rêgo. [S.l.: s.n.], 2016n. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A588%2520ANOACORDAO%253A2016/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 2.901/2016 – Plenário*. Relator: Min. Vital do Rêgo. [S.l.: s.n.], 2016o. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisa-Jurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A2901%2520ANOACORDAO%253A2016/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 3.081/2016 – Plenário*. Relator: Min. Bruno Dantas. [S.l.: s.n.], 2016p. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisa-Jurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A3081%2520ANOACORDAO%253A2016/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 855/2016 – Plenário*. Relator: Min. Benjamin Zymler. [S.l.: s.n.], 2016q. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A855%2520ANOACORDAO%253A2016/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

_____. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Instrução normativa nº 5, de 25 de maio de 2017. *Diário Oficial da União*, 26 maio 2017a.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.079/2017 – Plenário*. Relator: Min. Marcos Bemquerer. [S.l.: s.n.], 2017b. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultoPagina=S&item0=588302>>. Acesso em: 8 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.604/2017 – Plenário*. Relator: Min. Vital do Rêgo. [S.l.: s.n.], 2017c. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultoPagina=S&item0=587930>>. Acesso em: 10 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 455/2017 – Plenário*. Relator: Min. Marcos Bemquerer. [S.l.: s.n.], 2017d. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A455%2520ANOACORDAO%253A2017/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 790.931/DF. Recorrente: União. Recorrido: Priscila Medeiros Nunes; Evolution Administradora

de Serviços Terceirizados Ltda. Relatora: Min. Rosa Weber. Redator do acórdão: Min. Luiz Fux. *Diário da Justiça Eletrônico*, 12 set. 2017e. Disponível em: <<http://re-dir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13589144>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

_____. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. 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. *Diário Oficial da União*, 26 abr. 2018a.

_____. Decreto nº 9.412, de 18 de junho de 2018. Atualiza os valores das modalidades de licitação de que trata o art. 23 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. *Diário Oficial da União*, 19 jun. 2018b.

_____. Decreto nº 9.450, de 24 de julho de 2018. Institui a Política Nacional de Trabalho no âmbito do Sistema Prisional, voltada à ampliação e qualificação da oferta de vagas de trabalho, ao empreendedorismo e à formação profissional das pessoas presas... *Diário Oficial da União*, 25 jul. 2018c.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 4.436/2018 - 1ª Câmara*. Relator: Min. Bruno Dantas. [S.l.: s.n.], 2018d. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A4436%2520ANOACORDAO%253A2018/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/2/false>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.347/2018 - Plenário*. Relator: Min. Bruno Dantas. [S.l.: s.n.], 2018e. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A1347%2520ANOACORDAO%253A2018/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.819/2018 - Plenário*. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues. [S.l.: s.n.], 2018f. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A1819%2520ANOACORDAO%253A2018/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 27 ago. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013.

CARVALHO, Gustavo Marinho de. *Precedentes administrativos no direito brasileiro*. São Paulo: Contracorrente, 2015.

CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE. Resolução CFC nº 1.418/2012. *Ata CFC*, n. 972, dez. 2012. Disponível em: <http://www.sindcontsp.org.br/uploads/acervo/arquivos/RES_1418%20-%2002.07.pdf>. Acesso em: 8 set. 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2005.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Sistema de registro de preços e pregão*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. *Contratação direta sem licitação*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

GASPARINI, Diógenes. *Comissões de licitação*. São Paulo: NDJ, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*. São Paulo: Dialética, 2013.

_____. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MACHADO JÚNIOR, José Teixeira; REIS, Heraldo da Costa. *A Lei 4.320 comentada e a Lei de Responsabilidade Fiscal*. 35. ed. Rio de Janeiro: Ibam, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1990.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. *Recurso ordinário n. 952.058/2016*. Relator: Cons. José Alves Viana. [S.l.: s.n.], 2016a. Disponível em: <<http://tcjuris.tce.mg.gov.br/Home/BaixarArquivoArq?arquivo=1189602>>. Acesso em: 8 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. *Consulta n. 932.484/2016*. Consultante: Damon Lázaro de Sena. Jurisdicionado: Município de Itabira. Rela-

tor: Cons. Cláudio Couto Terrão. [S.l.: s.n.], 2016b. Disponível em: <<http://tcnotas.tce.mg.gov.br/TCJuris/Nota/BuscarArquivo/1167423>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

NIEBUHR, Joel. *Pregão presencial e eletrônico*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. Licitação com cota reservada para microempresas e empresas de pequeno porte. *Revista Zênite - Informativo de Licitações e Contratos*, Curitiba, n. 264, p. 142-152, fev. 2016.

PÉRCIO, Gabriela Verona. *Contratos Administrativos: manual para gestores e fiscais*. Curitiba: Juruá, 2017.

_____. Da impossibilidade jurídica da preclusão ao direito de repactuar o contrato administrativo. *Portal Licitação & Contrato*, [S.l.], [201-]. Disponível em: <http://www.licitacaocontrato.com.br/assets/artigos/artigo_download_10.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2018.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das licitações e contratações da administração pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

REIS, Luciano Elias. Julgamento dos atestados de capacidade técnica e o formalismo moderado. *Coluna Jurídica JML*, [S.l.], [2015?]. Disponível em: <https://www.jmleventos.com.br/pagina.php?area=coluna-juridica&acao=download&dp_id=106>. Acesso em: 22 ago. 2018.

TORRES, Ronny Charles Lopes. *Lei de licitações públicas comentadas*. Salvador: JusPodivm, 2017.

SOBRE O AUTOR

Victor Aguiar Jardim de Amorim é mestre em Direito Constitucional (IDP), especialista em Direito Público (UNIVR), especialista em Direito Processual Civil (UNISUL), bacharel em Direito (UFG), professor de pós-graduação do Instituto Legislativo Brasileiro (ILB), professor de pós-graduação do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), pregoeiro e Presidente da Comissão Permanente de Licitação do TJ/GO (2007-2010), Presidente da Comissão Permanente de Licitação do Senado Federal (2014-2017), pregoeiro do Senado Federal e advogado.

LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Este volume apresenta a teoria geral de licitações e contratos administrativos com base na análise dogmática e jurisprudencial da Constituição da República, da Lei nº 8.666/1993 (Lei Geral de Licitações), da Lei nº 10.520/2002 (Lei do Pregão) e da legislação correlata. Seu público-alvo são os servidores que atuam na área de contratações e compras governamentais e os graduandos em Direito, Administração, Contabilidade, entre outros cursos.

Complementam esta obra outras duas publicações também disponíveis na Livraria do Senado Federal: o livro *Lei nº 8.666/1993 – Licitações e contratos*, que apresenta apenas o texto da Lei Geral de Licitações; e o livro *Licitações, contratos e convênios públicos*, uma coletânea legislativa em que figuram outras leis além daquela, bem como decretos e dispositivos constitucionais relacionados ao tema.

