

# LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Orientações da Procuradoria-Geral do Estado  
do Rio Grande do Sul à Administração Pública

Andrea Trachtenberg Campos  
Cristiane da Silveira Bayne  
Juliano Heinen  
Marcos Tubino Bortolan  
Maria Denise Vargas de Amorim  
Marlise Fischer Gehres

**PGE-RS**  
Procuradoria-Geral do Estado do RS

2013

# PGE-RS

Procuradoria-Geral do Estado do RS

Procuradoria-Geral do Estado do  
Rio Grande do Sul  
Avenida Borges de Medeiros, 1555,  
Bairro Centro  
Porto Alegre - Rio Grande do Sul  
CEP: 90119-900  
Telefone/fax: 55 (51) 3288-1600  
www.pge.rs.gov.br



Av. Cel. Aparício Borges, 2199 -  
Bairro Partenon  
Porto Alegre - Rio Grande do Sul  
CEP: 90680-570  
Telefone: 55 (51) 3288-9700  
www.corag.com.br

*Governador do Estado*  
Tarso Fernando Herz Genro

*Vice-Governador do Estado*  
Beto Grill

*Procurador-Geral do Estado*  
Carlos Henrique Kaipper

*Realização*  
Procuradoria de Informação, Documentação  
e Aperfeiçoamento Profissional - PIDAP

Consultoria da Procuradoria do Domínio  
Público Estadual - PDPE

*Coordenação da PIDAP*  
Juliano Heinen

*Arte Gráfica*  
Vanessa Gasperin Carini

*Editoração*  
Lilian Lopes Martins – CORAG

R5851 Rio Grande do Sul. Procuradoria-Geral do Estado do RS  
Lei de licitações e contratos administrativos: orientações da  
Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul à  
administração pública / Andrea Trachtenberg Campos...[et al.] /  
Porto Alegre: CORAG, 2013.  
516 p.

1. Lei de licitações e contratos administrativos - Lei Federal  
n. 8666/93. 2. Administração pública. I. Campos, Andrea  
Trachtenberg. II. Bayne, Cristiane da Silveira. III. Heinen,  
Juliano. IV. Bortolan, Marcos Tubino. V. Amorim, Maria Denise  
Vargas de. VI. Gehres, Marlise Fischer. VII. Título.

Catálogo na fonte - Biblioteca da Procuradoria-Geral do Estado

*Todos os direitos são reservados. Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida desde que citada a fonte, sendo proibida as reproduções para fins comerciais.*

*A instituição ou qualquer dos organismos editoriais desta publicação não se responsabilizam pelas opiniões, ideias e conceitos emitidos nos textos, de inteira responsabilidade de seus autores.*

# SUMÁRIO

7	APRESENTAÇÃO
9	INTRODUÇÃO
11	Capítulo 1 - ATOS INICIAIS DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO
55	Capítulo 2 - DA HABILITAÇÃO
55	2.1 Introdução
57	2.2 Habilitação jurídica
61	2.3 A questão das cooperativas
62	2.4 Regularidade fiscal e trabalhista
65	2.5 Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT)
67	2.6 Qualificação técnica
77	2.7 Qualificação econômico-financeira
84	Capítulo 3 - MODALIDADES DE LICITAÇÃO
84	3.1 Modalidades de licitação - Escolha do procedimento
85	3.2 Modalidade e tipo de licitação - Diferenças
85	3.3 Dos procedimentos
86	3.3.1 Classificação
88	3.3.2 Concorrência
88	3.3.2.1 Cabimento
91	3.3.2.2 Procedimento
95	3.3.2.3 Impugnação ao edital
97	3.3.2.4 Ato público de recebimento dos envelopes com os documentos para habilitação e proposta
99	3.3.2.5 Documentação relativa à habilitação
112	3.3.2.6 Forma da apresentação dos documentos
120	3.3.2.7 Possibilidade de serem tomadas diligên- cias
122	3.3.2.8 Inabilitação dos concorrentes - Licitação fracassada

123	3.3.2.9 Decisão de encerramento da fase de habilitação e divulgação dos resultados
124	3.3.2.10 Recurso da decisão que encerra a fase de habilitação
125	3.3.2.11 Julgamento das propostas
127	3.3.2.12 No caso de todas as propostas serem rejeitadas
130	3.3.2.13 No caso de empate
133	3.3.2.14 Relatório, divulgação e recursos
133	3.3.2.15 Alternativas da autoridade superior
137	3.3.2.16 Pré-qualificação
138	3.3.3 Tomada de preços
139	3.3.3.1 Cabimento
139	3.3.3.2 Procedimento
141	3.3.3.3 Atualização de documentos e validade do cadastro
141	3.3.4 Convite
142	3.3.4.1 Cabimento
142	3.3.4.2 Procedimento
145	3.3.5 Concurso
146	3.3.5.1 Cabimento
147	3.3.5.2 Procedimento
147	3.3.5.3 Do edital
148	3.3.5.4 Julgamento das propostas
149	3.3.6 Leilão
149	3.3.6.1 Cabimento
151	3.3.6.2 Procedimento
151	3.3.6.3 Julgamento das propostas
154	3.4 Limites para a escolha da modalidade de licitação
158	3.4.1 Dos limites
162	3.4.2 Parcelamento do objeto da licitação
165	3.4.3 Cuidados e critérios no parcelamento
172	3.4.4 Licitação por itens

173	3.4.5 Limites temporais - Exercício orçamentário
174	3.4.6 Fracionamento interno
176	3.4.7 Reserva de cota à microempresa e empresa de pequeno porte - Lei Complementar nº 123/06
180	Capítulo 4 - DISPENSA DE LICITAÇÃO
180	4.1 Hipóteses de dispensas de licitação na Lei nº 8.666/93
243	4.2 Outras hipóteses de dispensa de licitação
249	Capítulo 5 - INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO
250	5.1 Da inexigibilidade de licitação
279	5.2 Serviços técnicos profissionais especializados
290	Capítulo 6 - JUSTIFICATIVAS NECESSÁRIAS ÀS DISPENSAS E INEXIGIBILIDADES DE LICITAÇÕES (E AO RETARDAMENTO)
301	Capítulo 7 - REVOGAÇÃO E ANULAÇÃO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO
301	7.1 Revogação e anulação - Poder de autotutela
302	7.2 Revogação
303	7.2.1 Hipóteses de revogação
304	7.3 Anulação e convalidação
305	7.4 Ampla defesa e contraditório - Procedimento
306	7.5 Desconstituição do certame e indenização
308	7.6 Revogação e anulação do procedimento de dispensa e de inexigibilidade de licitação
321	Capítulo 8 - FORMALIZAÇÃO DOS CONTRATOS
349	Capítulo 9 - ALTERAÇÃO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS
372	Capítulo 10 - RESCISÃO CONTRATUAL E SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

439	Capítulo 11 - ALIENAÇÃO DE BENS PÚBLICOS
439	11.1 Introdução ao tema
447	11.2 Licitação dispensada
449	11.3 Requisitos para se ter licitação na alienação de bens públicos
453	11.4 Dispensas de licitação constantes na Lei nº 8.666/93
453	11.4.1 Imóveis
464	11.4.2 Móveis
465	11.5 Procedimento
474	Capítulo 12 - PREGÃO
476	12.1 Normas editadas sobre pregão pelo Estado do Rio Grande do Sul
491	Capítulo 13 - REGISTRO DE PREÇOS
503	Capítulo 14 - ORGANISMO FINANCEIRO INTERNACIONAL - EMPRÉSTIMO - <i>GUIDELINES</i>

## APRESENTAÇÃO

Políticas públicas implementadas pelo Poder Público reclamam, invariavelmente, a aquisição de um bem ou a prestação de um serviço. Sendo assim, a atuação estatal passará, em algum momento, pelo regime jurídico das licitações e dos contratos administrativos, fator que mostra a importância do estudo sistemático do tema.

Nesse contexto, a Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul diuturnamente fornece a orientação jurídica nesta matéria, alcançando, ao administrador público, a segurança de que o procedimento licitatório pode seguir com a correção necessária. Aliás, a própria Lei nº 8.666/93 (*a Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos*) já percebia a relevância da orientação jurídica prestada pela advocacia pública, quando determina, no parágrafo único do art. 38, que “as minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração”.

Dessa forma, a partir do conhecimento jurídico acumulado ao longo dos anos, sentiu-se a necessidade de se compilar, em uma única obra, as principais orientações da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, a fim de que o gestor público e a comunidade jurídica em geral pudessem deter em suas mãos uma fonte de consulta fácil, rápida e objetiva acerca da matéria.

O trabalho que ora se apresenta contém aquilo que há de mais essencial em matéria de licitações e contratos administrativos, cujo conteúdo é posto de uma forma agradável e sistematizada. Logo, considera-se que se trata de uma obra indispensável a qualquer gestor público.

Que este livro logre plena acolhida na comunidade jurídica e nos órgãos de Estado.

**Carlos Henrique Kaipper,**  
Procurador-Geral do Estado.



## INTRODUÇÃO

As licitações e os contratos administrativos são o conjunto de atos que visam a dar suporte material à prestação das políticas públicas, sendo estes institutos jurídicos considerados um dos principais aspectos concernentes à essência da Administração Pública. Na atualidade, tornaram-se um tema vital no sistema jurídico-administrativo, obtendo-se, a partir deste contexto, uma produção jurisprudencial e doutrinária por deveras intensa, no esforço de dar precisão teórica e dogmática aos institutos legislativos que permeiam a matéria.

E, se bem vistas, as licitações e os contratos administrativos partem de um manancial de regras de extrema complexidade, reclamando, para tanto, o empenho do intérprete no sentido de dar, a este catálogo normativo, sistematicidade, unicidade e segurança jurídica. Assim, a Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, cumprindo com um de seus papéis institucionais, a partir da exegese conferida pelos seus pareceres e informações, tratou de compilar, em texto objetivo e de fácil compreensão, as principais orientações em temas candentes nesse segmento do Direito Administrativo.

Dessa forma, a presente obra apresenta um conjunto de instruções e referências no domínio prático das licitações e dos contratos administrativos, em uma difícil tarefa de explorar o tema com toda a meticulosidade e prudência que ele impõe, a fim de abordar as situações gerais e específicas, ocasionais e constantes. Para tanto, o trabalho aborda, dentre outros prin-

principais aspectos do procedimento licitatório, os atos iniciais dos certames, a habilitação dos interessados, as modalidades de licitação, os casos de dispensa e de inexigibilidade, as justificativas necessárias a esses atos, a revogação e a anulação do processo, a alienação de bens públicos, os ritos do registro de preços e do pregão.

Ainda, analisam-se os temas relevantes no que concerne aos contratos administrativos, como a sua formalização, a sua alteração, a rescisão contratual e as sanções a eles aplicáveis etc. Ao final, a presente obra, de forma inédita, traça uma abordagem sobre licitações e contratos realizados com organismos financeiros internacionais (empréstimo, *guidelines*).

Assim, espera-se que este livro cumpra com o propósito de permitir uma compreensão objetiva dos certames públicos e dos pactos a serem celebrados pelo Estado do Rio Grande do Sul. Boa leitura!

Os autores.

## Capítulo 1

### ATOS INICIAIS DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

A licitação é o procedimento utilizado pela Administração Pública que visa à aquisição de bens, obras e serviços ou à viabilização de alienações, pelo qual se assegura a igualdade de condições a todos os concorrentes, objetivando, ao final, a seleção da proposta mais vantajosa. A Constituição Federal, em seu art. 37, inciso XXI, conferiu assento constitucional ao procedimento licitatório ao assim dispor:

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

(...)

**XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta,**

**nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações;**

Tem-se que a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Para tanto, este procedimento deverá ser processado e julgado em estrita conformidade com os princípios básicos da impessoalidade, da legalidade, da igualdade, da moralidade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos, consoante estabelece o art. 3º da Lei nº 8.666/93.

Desse modo, com o intuito de possibilitar o controle do procedimento licitatório, em especial para aferição do atendimento dos princípios que lhe são correspondentes, o art. 38 da Lei de Licitações normatiza e sistematiza o processo administrativo referente à licitação, especificando os documentos que ali deverão estar encartados, conforme se infere:

**Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:**  
**I - edital ou convite e respectivos anexos, quando for o caso;**

- II - comprovante das publicações do edital resumido, na forma do art. 21 desta Lei, ou da entrega do convite;**
  - III - ato de designação da comissão de licitação, do leiloeiro administrativo ou oficial, ou do responsável pelo convite;**
  - IV - original das propostas e dos documentos que as instruírem;**
  - V - atas, relatórios e deliberações da Comissão Julgadora;**
  - VI - pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade;**
  - VII - atos de adjudicação do objeto da licitação e da sua homologação;**
  - VIII - recursos eventualmente apresentados pelos licitantes e respectivas manifestações e decisões;**
  - IX - despacho de anulação ou de revogação da licitação, quando for o caso, fundamentado circunstanciadamente;**
  - X - termo de contrato ou instrumento equivalente, conforme o caso;**
  - XI - outros comprovantes de publicações;**
  - XII - demais documentos relativos à licitação.**
- Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.**

O procedimento licitatório tem início com a abertura de um processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, o qual conterá, necessariamente:

- a) solicitação da unidade interessada e autorização do ordenador correspondente;
- b) indicação sucinta do objeto a ser licitado;
- c) referência do recurso próprio para a despesa (arts. 7º, § 2º, III, 8º e 14).

A formação desse processo administrativo, que ocorre na chamada *fase interna da licitação*, irá pautar todo o procedimento até a contratação. Desse modo, a formalização e guarda dos documentos em expediente único possibilita melhor controle e fiscalização.

Além da juntada dos documentos referidos no art. 38, a Lei Complementar nº 101/00 elenca, em seus arts. 15, 16 e 17, outras exigências que devem ser obedecidas:

**Art. 15. Serão consideradas não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público a geração de despesa ou assunção de obrigação que não atendam o disposto nos arts. 16 e 17.**

**Art. 16. A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de:**

**I - estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes;**

**II - declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.**

**§ 1º Para os fins desta Lei Complementar, considera-se:**

**I - adequada com a lei orçamentária anual, a despesa objeto de dotação específica e suficiente, ou que esteja abrangida por crédito genérico, de forma que somadas todas as despesas da mesma espécie, realizadas e a realizar, previstas no programa de trabalho, não sejam ultrapassados os limites estabelecidos para o exercício;**

**II - compatível com o plano plurianual e a lei de diretrizes orçamentárias, a despesa que se conforme com as diretrizes, objetivos, prioridades e metas previstos nesses instrumentos e não infrinja qualquer de suas disposições.**

**§ 2º A estimativa de que trata o inciso I do caput será acompanhada das premissas e metodologia de cálculo utilizadas.**

**§ 3º Ressalva-se do disposto neste artigo a despesa considerada irrelevante, nos termos em que dispuser a lei de diretrizes orçamentárias.**

**§ 4º As normas do caput constituem condição prévia para:**

**I - empenho e licitação de serviços, fornecimento de bens ou execução de obras;**  
**II - desapropriação de imóveis urbanos a que se refere o § 3º do art. 182 da Constituição.**

**Art. 17. Considera-se obrigatória de caráter continuado a despesa corrente derivada de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo que fixem para o ente a obrigação legal de sua execução por um período superior a dois exercícios.**

**§ 1º Os atos que criarem ou aumentarem despesa de que trata o caput deverão ser instruídos com a estimativa prevista no inciso I do art. 16 e demonstrar a origem dos recursos para seu custeio.**

**§ 2º Para efeito do atendimento do § 1º, o ato será acompanhado de comprovação de que a despesa criada ou aumentada não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo referido no § 1º do art. 4º, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa.**

**§ 3º Para efeito do § 2º, considera-se aumento permanente de receita o proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.**

**§ 4º A comprovação referida no § 2º, apre-**

**sentada pelo proponente, conterà as premissas e metodologia de cálculo utilizadas, sem prejuízo do exame de compatibilidade da despesa com as demais normas do plano plurianual e da lei de diretrizes orçamentárias.**

**§ 5º A despesa de que trata este artigo não será executada antes da implementação das medidas referidas no § 2º, as quais integrarão o instrumento que a criar ou aumentar.**

**§ 6º O disposto no § 1º não se aplica às despesas destinadas ao serviço da dívida nem ao reajustamento de remuneração de pessoal de que trata o inciso X do art. 37 da Constituição.**

**§ 7º Considera-se aumento de despesa a prorrogação daquela criada por prazo determinado. (grifou-se)**

Com o intuito de uniformizar a matéria no âmbito da União, a Advocacia-Geral da União editou a Orientação Normativa nº 2/09, que apresenta o seguinte teor:

OS INSTRUMENTOS DOS CONTRATOS, CONVÊNIOS E DEMAIS AJUSTES, BEM COMO OS RESPECTIVOS ADITIVOS, DEVEM INTEGRAR UM ÚNICO PROCESSO ADMINISTRATIVO, DEVIDAMENTE AUTUADO EM SEQÜÊNCIA CRONOLÓGICA, NUMERADO, RUBRICADO, CONTENDO CADA

VOLUME OS RESPECTIVOS TERMOS DE  
ABERTURA E ENCERRAMENTO.

Por outro lado, o parágrafo único do art. 38 estabelece que as minutas de editais, contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração. Tal medida tem por escopo evitar equívocos na formulação desses instrumentos, primando pela observância da legalidade na sua assinatura.

No Estado do Rio Grande do Sul, além da manifestação da assessoria jurídica do órgão, o Decreto estadual nº 42.566/03, e alterações posteriores, condiciona as seguintes contratações à análise prévia da Procuradoria-Geral do Estado:

**Art. 1º - Ficam submetidos ao exame prévio da Procuradoria-Geral do Estado todas as contratações da Administração Direta e Indireta do Estado, nas hipóteses de:**

**I - dispensa de licitação, de que trata o artigo 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, quando o objeto a ser contratado seja de valor superior a R\$ 410.000,00 (quatrocentos e dez mil reais); (valor atualizado pelo Decreto nº 47.366/10)**

**II - inexigibilidade de licitação, de que trata o artigo 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, quando o objeto a ser contratado seja de valor superior a R\$ 410.000,00 (quatrocentos e dez mil reais); (valor atualizado pelo Decreto nº 47.366/10)**

**III - contratação de serviços técnicos especializados, definidos no artigo 13, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, relativamente à presença das condições para contratação direta.**

**IV - licitação na modalidade de concorrência. (incluído pelo Decreto nº 42.713/03)**

**Art. 2º - A Procuradoria-Geral do Estado será chamada a se manifestar sobre os aspectos legais de quaisquer outros procedimentos licitatórios, além dos referidos neste Decreto, por determinação do Governador do Estado.**

**Art. 3º - Os procedimentos de aquisição de medicamentos, assemelhados, produtos hospitalares e similares pela Secretaria da Saúde, não se submetem ao disposto no artigo 1º deste Decreto, bem como ao DECRETO Nº 37.287, de 10 de março de 1997, devendo ser realizados diretamente por esse Órgão, prioritariamente através da modalidade de pregão, de acordo com o que estabelece a Lei federal nº 10.520 de 17 de julho de 2002. (revogado pelo Decreto nº 42.943/04).**

**Art. 3-A - São excetuados do exame e manifestação prévia da Procuradoria-Geral**

**do Estado, os procedimento licitatórios em que (artigo incluído pelo Decreto nº 42.769/03):**

**I - sejam adotados, em sua integralidade, os modelos de editais e de termos de contrato instituídos pelo DECRETO Nº 35.994, de 25 de maio de 1995;**

**II - seu objeto relacione-se com o Registro de Preços Pesquisa de Mercado, previsto no DECRETO Nº 37.288, de 10 de março de 1997.**

**Parágrafo único - Deverão ser submetidos, à Equipe mencionada no “caput” deste artigo os procedimentos licitatórios em que houver necessidade de substituição ou alteração substancial de cláusula do edital ou termo de contrato aludidos no inciso I.**

Em contrapartida, diversos decretos foram editados com o intuito de excetuar a necessidade de remessa para a Procuradoria-Geral do Estado, nas situações lá descritas, a saber:

### **Legislação estadual correlata**

DECRETO Nº 43.776/05

Art. 1º - Não se aplica o disposto no inciso I, do artigo 1º, do DECRETO Nº 42.566, de 29 de setembro de 2003, aos procedimentos dispensa de licitação promovidos pela Companhia Riograndense de Saneamento, para rea-

lização de contratações destinadas a atender situação de emergência, de que trata o artigo 24, inciso IV, da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Art. 2º - O exame da regularidade do procedimento de dispensa de licitação, na hipótese de que trata o artigo 1º, deverá ser realizado pela Assessoria Jurídica da CORSAN.

#### DECRETO Nº 45.989/08

Art. 1º - Não se aplica o disposto no inciso I, do artigo 1º, do Decreto nº 42.566, de 29 de setembro de 2003, aos procedimentos dispensa de licitação promovidos pela Companhia Estadual de Distribuição de Energia Elétrica – CEEE-D -, pela Companhia Estadual de Geração e Transmissão de Energia Elétrica – CEEE-GT – e pela Companhia Estadual de Energia Elétrica Participações – CEEE-Par -, para realização de contratações destinadas a atender situação de emergência, de que trata o artigo 24, inciso IV, da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Art. 2º - O exame da regularidade do procedimento de dispensa de licitação, na hipótese de que trata o artigo 1º, deverá ser realizado pelo órgão Jurídico competente do Grupo CEEE.

#### DECRETO Nº 46.334/09

Art. 1º - Não se aplica o disposto nos incisos I

e II, do artigo 1º, do Decreto nº 42.566, de 29 de setembro de 2003, alterado pelo Decreto nº 42.713, de 27 de novembro de 2003, aos procedimentos de dispensa e inexigibilidade de licitação promovidos pela Companhia Rio-grandense de Mineração – CRM-, para realização de contratações destinadas a atender situação de emergência, de que trata o artigo 24, inciso IV, e artigo 25, da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993. (redação dada pelo Decreto nº 46.454/09).

Art. 2º - O exame da regularidade do procedimento de dispensa de licitação, na hipótese de que trata o artigo 1º deste Decreto, deverá ser realizado pela Assessoria Jurídica da CRM.

#### DECRETO Nº 46.528/09

Art. 1º - Não se aplica o disposto no inciso II, do artigo 1º, do Decreto nº 42.566, de 29 de setembro de 2003, aos procedimentos de inexigibilidade licitação promovidos pela SE-APPA, para realização de contratações destinadas a atender ao “Programa Troca-Troca de Sementes”, de que trata o artigo 25 da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Art. 2º - O exame da regularidade do procedimento de dispensa de licitação, na hipótese de que trata o artigo 1º, deverá ser realizado pela Assessoria Jurídica da SEAPPA.

#### DECRETO Nº 46.864/09

Art. 1º - Não se aplica o disposto no inciso I, do artigo 1º, do Decreto nº 42.566, de 29 de setembro de 2003, alterado pelo Decreto nº 42.713, de 27 de novembro de 2003, bem como o disposto no artigo 5º, II, do Decreto nº 45.669, de 23 de maio de 2008, aos procedimentos de dispensa de licitação promovidos pela Secretariada Segurança Pública; para realização de contratações destinadas a atender a situação de emergência de que trata o Decreto nº 45.927, de 7 de outubro de 2008.

Art. 2º - O exame da regularidade do procedimento de dispensa de licitação de que trata o artigo 1º deste Decreto, deverá ser realizado pela Assessoria Jurídica da Secretaria da Segurança Pública.

#### **Pareceres da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**

[...] pode-se afirmar que os modelos padrões instituídos pelo decreto estadual constituem uma instrumentalidade de 'segundo grau', em homenagem às regras da boa administração, cujas principais finalidades imediatas são assegurar que os editais e contratos administra-

tivos estejam em conformidade com as normas da Lei nº 8.666/93, especialmente com o disposto nos arts. 38, 40 e 55, bem como dar celeridade à chamada fase interna do procedimento licitatório, dispensando o exame prévio de que tratam o art. 38, § único, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, e o Decreto Estadual nºs 37.024/961.

[...] A situação fática descrita pela consulente caracteriza-se como irregularidade definitivamente sanada pela assinatura e publicação do Convênio nº 080/99. Embora a combinação do disposto nos artigos 4º, 'caput' e par. único, 7º, III, e 38, todos da Lei nº 8.666/93, revele ser indispensável que a abertura do procedimento licitatório seja precedida da indicação da fonte de recursos, tem-se que a Administração limitou-se a praticar os atos preparatórios ao certame, atos pertinentes à fase interna da licitação. Esses atos meramente preparatórios eram incapazes de causar prejuízo a terceiros ou à própria Administração, evidenciando, assim, tratar-se de simples defeitos procedimentais (irregularidades) perfeitamente sanáveis 'a posteriori'. (PGE-RS, Parecer nº [12.739](#), de 19/05/2000)

## **Informações da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**

[...] Entendemos oportuno advertir o consulente de que, nos termos do parágrafo único do art. 38 da Lei das Licitações, as minutas de editais de licitação devem ser previamente examinadas e aprovadas pela sua própria assessoria jurídica ou departamento jurídico, uma vez que o exame pela PGE não supre aquela exigência legal, constituindo um plus que a ela se há de somar. (PGE-RS, Informação [nº 003/00/PDPE](#), de 14/01/2000).

[...] Como é de todos sabido, dito exame prévio tem por fulcro identificar desconformidades dos instrumentos de Edital e de Contrato com a legislação específica, orientando o Poder Público para que os harmonizem ao ordenamento jurídico antes de instaurado o procedimento licitatório ou, nos casos em que a lei excetua, previamente à contratação direta. Nesse passo, verifica-se de todo prejudicado o exame prévio do Segundo Termo Aditivo, haja vista estar em execução há mais de 9 (nove) meses (26 de junho do ano transato). O escoamento do tempo faz com que não mais se possa insuflar eficácia à Lei e ao Decreto citados, impedindo o controle de legalidade prévio neles preconizado. (PGE-RS,

Informação nº [100/08/PDPE](#), de 3/06/2008). A fim de dar cumprimento ao disposto no art. 38, parágrafo único da Lei nº 8.666/93, foi o edital de licitação (fls. 170-182) encaminhado à Assessoria Jurídica da Secretaria da Administração e dos Recursos Humanos, que assim se pronunciou (fls. 184-185): (PGE-RS, Informação nº [031/10/PDPE](#) de 10/03/2010).

### **Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**

APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO REALIZADO PARA ESQUENTAR ESCOLHA DE VENCEDOR PREVIAMENTE FEITA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. AGRAVO RETIDO. DECISÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS E DA CÂMARA MUNICIPAL. LICITAÇÃO MODALIDADE CONVITE. LICITAÇÃO IRREGULAR E IMPROBIDADE. JUÍZO DE SUFICIÊNCIA. RESPONSABILIDADE DO ASSESSOR JURÍDICO E DOS MEMBROS DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO. GRADUAÇÃO DOS SANCIONAMENTOS. 1. Competência da Justiça Estadual. Verba federal. Se a verba federal se incorporou ao patrimônio do Município, compete à Justiça Estadual, e

não à Federal, julgar ação civil pública decorrente de má aplicação. Em tal caso não incide a Súm. 208 do STJ, e sim a Súm. 209. Precedente específico da Câmara. 2. Agravo retido. Se a matéria do agravo era compelir o juízo a examinar preliminares transferidas para a sentença, o agravo na forma retida, permitindo o andamento do processo, foi um recurso inócio ao fim colimado. 3. Decisões do tribunal de contas e da câmara municipal. As decisões do tribunal de contas e da câmara municipal acerca das contas de determinado exercício prestadas pelo Prefeito, não vinculam o Judiciário, ainda mais, envolvendo improbidade administrativa, face ao art. 12 da Lei 8.429/92. 4. Licitação modalidade convite. Ostenta-se irregular na forma e no conteúdo a licitação modalidade convite que inicia num dia útil e termina no outro, com inclusive pagamento ao vencedor. Na forma porque modalidade licitatória não dispensa o ato convocatório, espécie convite, que é o ato disciplinador do certame, com divulgação normal e data marcada para o recebimento das propostas, e que não deve ser confundido com a carta-convite dirigida a candidatos escolhidos. No conteúdo porque realizado o procedimento apenas para, dentro os que receberam a carta-convite, apenas esquentar (dar aparência de legalidade) a uma escolha previa-

mente feita. Exegese do art. 21, § 2º, IV, do art. 22, § 3º, e do art. 38, I, da Lei 8.666/93. 5. Licitação irregular e improbidade. A licitação irregular, máxime quando procedida apenas para dar aparência de legalidade a uma escolha previamente feita, caracteriza ato de improbidade administrativa. Porém, inexistindo prova de lesão ao erário, caracterizada fica apenas violação dos princípios da administração pública (Lei 8.429/92, art. 11). 6. Juízo de suficiência. O parágrafo único do art. 12 da Lei 8.429/92 consagra o chamado juízo de suficiência, que não significa, porém, excluir espécies imperativas de sancionamentos, mas graduação das espécies existentes, observado o mínimo e o máximo, salvo quando a própria lei exclui a variação. 7. Responsabilidade do assessor jurídico e dos membros da comissão permanente de licitação. 7.1 O assessor jurídico não têm função meramente burocrática de examinar papéis sob o ponto de vista apenas formal. A lei determina haja prévia aprovação por assessoria jurídica precisamente para estabelecer uma barreira protetiva da Administração Pública. Óbvio que a importante função, inclusive pela especialidade, abrange também o exame de eventuais vícios de substância. Exegese do art. 38, VI, da Lei 8.666/92, e art. 11 da Lei 8.429/92. 7.2 - Os membros da comissão permanente de

licitação têm a obrigação preservar a higidez dos atos licitatórios tanto no aspecto formal quanto no substancial, pois a função básica é resguardar os interesses da Administração, haja vista que a lei exige que sejam funcionários qualificados. A Comissão existe para constituir-se em mais uma barreira protetiva da Administração, só passando o que é regular na forma e na substância. Portanto, não se exaure no exame burocrático de papéis. Exegese dos arts. 6º, XVI, e 51, caput e § 3º, da Lei 8.666/92, e art. 11 da Lei 8.429/92. 8. Graduação dos sancionamentos. Graduação definida, no caso concreto, conforme a participação de cada um, com sancionamento mais severo para os líderes. 9. Apelações providas em parte.”

(TJ-RS, Apelação Cível Nº 70006204721, Primeira Câmara Cível, j. 16/06/2004).

ADMINISTRATIVO. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO REALIZADO APÓS JÁ CONCLUÍDA A OBRA. DIRECIONAMENTO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA CONTRA O PREFEITO, A EMPRESA, O SÓCIO-GERENTE, OS ASSESSORES JURÍDICOS DO MUNICÍPIO E OS INTEGRANTES DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO. PREJUÍZOS AO ERÁRIO. RESPONSABILIDADES. CONSE-

QÜÊNCIAS. GRADUAÇÃO. JUÍZO DE SUFICIÊNCIA. AGRAVOS RETIDOS. 1. Agravos retidos. Se na resposta à apelação os réus, vitoriosos pelo juízo de improcedência, não requerem a apreciação dos diversos agravos retidos interpostos, eles não merecem conhecidos (CPC, art. 523, § 1º). 2. Improbidade administrativa. Realizar licitação após já concluída a obra para o fim de esquentar o pagamento (expressão usada pela gíria especializada), obviamente direcionando o resultado para a respectiva concorrente, caracteriza, sem dúvida, pelo menos, grave violação dos deveres de honestidade e legalidade, e por conseguinte improbidade contra os princípios da administração pública (Lei 8.429/92, art. 11, caput). 3. Prejuízos ao erário. O art. 12 da Lei 8.429/92 classifica os sancionamentos por improbidade administrativa que gera enriquecimento ilícito (art. 9º), por improbidade que gera prejuízo ao erário (art. 10) e por improbidade atentatória aos princípios da administração pública (art. 11). Neste caso, nem sempre há dano ao erário. Não havendo, resta, quanto ao aspecto patrimonial, a multa civil, que por sua vez nada tem a ver com eventualmente multa criminal. Portanto, constitui grave erro dizer que a inexistência de prejuízo ao erário descaracteriza a improbidade, tese bem ao feitio daqueles que na

teoria combatem a impunidade, mas só para fins de prosa, uma vez que na prática vivem abraçados a ela, com a farsa de que corrupto é sempre o outro. 4. Responsabilidades. 4.1 - Incontornável a responsabilidade do Prefeito, como chefe do Município e líder da farsa, bem assim da empresa e seu sócio-gerente. 4.2 - Incontornável de igual modo a responsabilidade dos membros da comissão permanente de licitação, não só por serem funcionários da Prefeitura e moradores na pequena cidade, sabedores, portanto, que a obra já havia sido realizada, inclusive fazendo parte de um dos mais importantes cartões de visita do lugar, mas também por ser obrigação preservar a higidez dos atos licitatórios tanto no aspecto formal quanto no substancial, pois a função básica é resguardar os interesses da Administração, haja vista que a lei exige que sejam funcionários qualificados. A Comissão existe exatamente para constituir-se em barreira protetiva da Administração, só passando o que é regular na forma e na substância. Portanto, não se exaure no exame burocrático de papéis. Exegese dos arts. 6º, XVI, e 51, caput e § 3º, da Lei 8.666/92, e art. 11 da Lei 8.429/92. 4.3 - Incontornável igualmente a responsabilidade dos assessores jurídicos, não só por saberem que a licitação já não tinha objeto, face às mesmas circunstâncias

dos membros da comissão, mas também porque, como estes, não têm função meramente burocrática de examinar papéis sob o ponto de vista apenas formal. A lei determina haja prévia aprovação por assessoria jurídica precisamente para estabelecer mais uma barreira protetiva da Administração Pública. Óbvio que a importante função, inclusive pela especialidade, abrange também o exame de eventuais vícios de substância. Exegese do art. 38, VI, da Lei 8.666/92, e art. 11 da Lei 8.429/92. 5. Responsabilidades. Graduação. Juízo de suficiência. 5.1 - O parágrafo único do art. 12 da Lei 8.429/92 consagra o chamado juízo de suficiência, que não significa, porém, excluir formas imperativas de sanções, mas graduação das formas existentes, observado o mínimo e o máximo, salvo quando a própria lei exclui a variação. 5.2 - Responsabilidades e graduação definidas, no caso concreto, conforme a participação de cada um, com sanção mais severa para o líder.”.

(TJ-RS, Apelação e Reexame Necessário Nº 70003329851, Primeira Câmara Cível, j. 28/08/2002).

**Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor,**

**a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:**

**I - objeto da licitação, em descrição sucinta e clara;**

**II - prazo e condições para assinatura do contrato ou retirada dos instrumentos, como previsto no art. 64 desta Lei, para execução do contrato e para entrega do objeto da licitação;**

**III - sanções para o caso de inadimplemento;**

**IV - local onde poderá ser examinado e adquirido o projeto básico;**

**V - se há projeto executivo disponível na data da publicação do edital de licitação e o local onde possa ser examinado e adquirido;**

**VI - condições para participação na licitação, em conformidade com os arts. 27 a 31 desta Lei, e forma de apresentação das propostas;**

**VII - critério para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos;**

**VIII - locais, horários e códigos de acesso dos meios de comunicação à distância em**

que serão fornecidos elementos, informações e esclarecimentos relativos à licitação e às condições para atendimento das obrigações necessárias ao cumprimento de seu objeto;

IX - condições equivalentes de pagamento entre empresas brasileiras e estrangeiras, no caso de licitações internacionais;

X - o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48;

XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela;

XII - (Vetado).

XIII - limites para pagamento de instalação e mobilização para execução de obras ou serviços que serão obrigatoriamente previstos em separado das demais parcelas, etapas ou tarefas;

XIV - condições de pagamento, prevendo:  
a) prazo de pagamento não superior a trinta dias, contado a partir da data final do

- período de adimplemento de cada parcela;**
- b) cronograma de desembolso máximo por período, em conformidade com a disponibilidade de recursos financeiros;**
- c) 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;**
- d) compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos;**
- e) exigência de seguros, quando for o caso;**

**XV - instruções e normas para os recursos previstos nesta Lei;**

**XVI - condições de recebimento do objeto da licitação;**

**XVII - outras indicações específicas ou peculiares da licitação.**

**§ 1º 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.**

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

**I - o projeto básico e/ou executivo, com to-**

das as suas partes, desenhos, especificações e outros complementos;

II - orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários;

III - a minuta do contrato a ser firmado entre a Administração e o licitante vencedor;

IV - as especificações complementares e as normas de execução pertinentes à licitação.

§ 3º Para efeito do disposto nesta Lei, considera-se como adimplemento da obrigação contratual a prestação do serviço, a realização da obra, a entrega do bem ou de parcela destes, bem como qualquer outro evento contratual a cuja ocorrência esteja vinculada a emissão de documento de cobrança.

§ 4º Nas compras para entrega imediata, assim entendidas aquelas com prazo de entrega até trinta dias da data prevista para apresentação da proposta, poderão ser dispensadas:

I - o disposto no inciso XI deste artigo;

II - a atualização financeira a que se refere a alínea “c” do inciso XIV deste artigo, correspondente ao período compreendido entre as datas do adimplemento e a prevista para o pagamento, desde que não superior a quinze dias.

Edital é o instrumento convocatório que enuncia as condições de participação na licitação. Consoante fortemente difundido, o edital constitui a lei interna da licitação, vinculando a Administração e os proponentes às suas cláusulas. O dispositivo em exame está minuciosamente detalhado na lei, cabendo destacar que o edital, obrigatoriamente, conterá os itens arrolados nos incisos I a XVII anteriormente descritos, sob pena de nulidade, mormente considerando o estatuído nos arts. 4º e 41 da Lei de Licitações.

O edital deverá evitar o estabelecimento de condições ou cláusulas que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do certame. Cumpre atentar para o disposto no art. 42 da Lei de Licitações, o qual prevê que, nas concorrências de âmbito internacional, o edital deverá ajustar-se às diretrizes da política monetária e do comércio exterior e às exigências dos órgãos competentes.

O Decreto estadual nº 35.994/95 institui modelos de editais de licitação, de termos de contratos e de outros atos complementares no âmbito da Administração Pública Estadual, prevendo em seus anexos:

- I - MODELO PADRÃO DE EDITAL DE LICITAÇÃO E DE TERMO DE CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS CONTÍNUOS;
- II - MODELO PADRÃO DE EDITAL DE LICITAÇÃO E DE TERMO DE CONTRATO DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA;
- III - MODELO PADRÃO DE EDITAL DE LICITAÇÃO E DE TERMO DE CONTRATO DE

FORNECIMENTO;

IV - MODELO PADRÃO DE EDITAL DE LICITAÇÃO E DE TERMO DE CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EM GERAL;

V - MODELO PADRÃO DE EDITAL DE LICITAÇÃO E DE TERMO DE CONTRATO DE LOCAÇÃO DE BEM IMÓVEL;

### **Pareceres da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**

[...] Os serviços técnicos profissionais especializados mencionados no artigo 13, incisos I, III, IV e VI, da Lei nº 8.666/93, como é o caso 'sub examine', normalmente não podem ter seus objetos completamente definidos, sendo que a busca dessa definição é precisamente o objeto de consultorias, planejamentos, estudos técnicos, auditorias etc.

(PGE-RS, Parecer nº [12.734](#), de 12/05/2000)

[...] Na fixação de preços máximos a Administração deverá possibilitar a adequada exequibilidade dos serviços pelo futuro contratado. MARÇAL JUSTEN FILHO, na obra antes indicada, pág. 370, discorre sobre o tema, ressaltando que 'a idéia de fixação de preço máximo é perfeitamente adequada. Se a Administração apenas pode realizar a licitação se houver previsão de recursos orçamentários,

é inevitável a fixação de preços máximos. É o único meio de evitar o risco de contratações destituídas de cobertura orçamentária. Ressalte-se que o preço máximo fixado pode ser objeto de questionamento por parte dos licitantes, na medida em que se caracterize como inexecutável. Fixar preço máximo não é a via para a Administração inviabilizar contratação por preço justo'. (...) A fixação de preço máximo está diretamente vinculada à possibilidade de exequibilidade dos serviços, a qual, nos termos do art. 48, II, da Lei nº 8.666/93, não dispensa a demonstração de que os custos dos insumos são coerentes com os preços praticados no mercado. Por isso, realizadas as devidas estipulações sobre a matéria na minuta de edital, eventuais necessidades de ajustes posteriores deverão observar os parâmetros supramencionados.

O edital contém previsão de reajustamento de preços, Cláusula Quinta do Anexo II, entretanto, não estabelece critério para atualização monetária pelo atraso nos pagamentos, o que é obrigatório, nos termos dos arts. 40, XIV, 'c', e 55, III, da Lei nº 8.666/93.

(PGE-RS, Parecer nº [13.306](#), de 02/07/2002).

[...] A cláusula ou regra do instrumento convocatório do certame que estabelece o(s) critério(s) de aceitabilidade do(s) preço(s) é

essencial e obrigatória em qualquer edital de licitação (Lei nº 8.666/93, art. 40, X), cujo descumprimento, por qualquer dos licitantes, implica a desclassificação da proposta de preço, consoante o disposto no art. 48, I e II, da Lei de Licitações. Portanto, não se está a cuidar de mera formalidade ou de exigência cuja inobservância seja incapaz de comprometer os princípios da igualdade e da competitividade. O critério de aceitabilidade de preço, no caso concreto, introduziu um limite máximo de preço global que seria, por definição, intransponível aos licitantes, sob pena de restarem desclassificadas as propostas.

(PGE-RS, Parecer nº [14.703](#), de 05/07/2007).

[...] A obrigatoriedade de fixação do valor máximo admissível nas licitações não é estabelecido pelo ordenamento jurídico. Devem ser desclassificadas as propostas de valor excessivo e a excessividade é verificada de forma mais simples quando o edital de licitação determinar o valor máximo permitido. Entretanto, não existe essa imposição prevista em lei, pois o artigo 40, inciso X, da Lei nº 8.666/93, apenas autoriza a Administração a fixar um valor máximo no edital.

(PGE-RS, Parecer nº [15.489](#), de 08/08/2011).

[...] Os sucessivos reclamos perante os Tribunais para proteger o credor do desgaste da

moeda foram solidificando esse posicionamento, a ponto de ser considerada obrigatória a inclusão de cláusula prevendo a atualização monetária nos ajustes administrativos. A Lei nº 8.666/93, no art. 40, inciso XIV, impõe a indicação de critério de atualização monetária no edital de licitação. No art. 55, III, a mesma lei considera cláusula necessária no ajuste a que estabeleça os critérios de correção monetária. Assim, nulo é o contrato administrativo carente dessa previsão essencial, nascendo ao contratado o direito de pleitear em juízo a proteção à preservação de seu crédito. (PGE-RS, Parecer nº [12.681](#), de 20/01/2000).

#### PREÇOS MÁXIMOS. FIXAÇÃO NO EDITAL.

1) A obrigatoriedade de fixação do valor máximo admissível nas licitações não é estabelecido pelo ordenamento jurídico. Devem ser desclassificadas as propostas de valor excessivo e a excessividade é verificada de forma mais simples quando o edital de licitação determinar o valor máximo permitido. Entretanto, não existe essa imposição prevista em lei, pois o artigo 40, inciso X, da Lei nº 8.666/93, apenas autoriza a Administração a fixar um valor máximo no edital. ORGANISMO FINANCEIRO INTERNACIONAL. EMPRÉSTIMO. GUIDELINES 2) No caso, tratando-se da contratação de obras e serviços para o

Programa de Expansão e Modernização do Sistema Elétrico da Região Metropolitana de Porto Alegre, a ser financiado com recursos do BID, poderá ser aplicado o procedimento exigido pelo organismo financeiro internacional no que tange às regras do certame licitatório, na espécie, a não fixação de preço máximo no edital, desde que a) seja indispensável para o financiamento; b) esteja estabelecida nos contratos de empréstimo, devidamente autorizados pelo Senado Federal, a obrigação de serem observadas essas normas e c) o edital inclua a previsão de desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis com os “preços correntes no mercado”, com fundamento no artigo 43, inciso IV, da Lei nº 8.666/93.

(PGE-RS, Parecer nº [15.489](#), de 08/08/2011).

### **Informações da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**

[...] É necessário que a CRM explicitamente no edital do certame quais são os critérios de aceitabilidade dos preços, especialmente o que atine ao preço máximo, nos termos do art. 40, X, da Lei nº 8.666/93. O preço máximo admitido deverá servir de parâmetro para a desclassificação das propostas de preço superiores, consoante a norma do

art. 48, II, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Sugere-se que a indicação do valor máximo da proposta de preço conste do item 11 do edital do certame, na parte em que trata da desclassificação das propostas.

(PGE-RS, Informação nº [129/09/PDPE](#), de 31/07/2009).

[...] Do mesmo modo, apesar da situação não envolver uma tarifa propriamente dita, em razão das peculiaridades do caso, salienta-se a ausência de qualquer referência quanto aos critérios de reajuste e revisão que, de acordo com a legislação, devem figurar expressamente naqueles instrumentos (Lei Federal nº 8.987/95, art. 18, inciso VIII, e art. 23, inciso IV; Lei Estadual nº 10.086/94, art. 6º, inciso III, e art. 9º, inciso III; Lei Federal nº 8.666/93, art. 40, inciso XI, e art. 55, inciso III).

(PGE-RS, Informação nº [077/09/PDPE](#), de 02/06/2009).

### **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**

ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. EXTENSÃO DO PRAZO ENTRE A LICITAÇÃO (OUTORGA DE RADIODIFUSÃO) E A CONTRATAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. PREVISÃO NO EDITAL. ART.

40 DA LEI N. 8.666/93. MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. É certo que, na oportunidade da celebração do contrato de adesão de permissão até a data da efetiva contratação, inseriram-se cláusulas prevendo mecanismos de manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, como o reajuste monetário, conforme autorizado pela legislação pertinente.

2. Está consolidado o posicionamento deste Tribunal no sentido de que a correção monetária não constitui um plus, sendo somente a reposição do valor real da moeda, devendo, portanto, ser aplicada, integralmente, sob pena de enriquecimento sem causa de uma das partes.

3. Recurso especial provido.

(STJ, REsp 1062672/RS, Segunda Turma, j. 14/09/2010).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. ITENS DO EDITAL. INVIABILIDADE DE EXAME. SÚMULA 05/STJ. LICITAÇÃO. RECUSA DE ASSINAR O CONTRATO ADMINISTRATIVO. MULTA.

## INVIABILIDADE DA APLICAÇÃO À FALTA DE PREVISÃO NO EDITAL.

1. Não viola o artigo 535 do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta.

2. A ausência de debate, na instância recorrida, sobre a matéria tratada nos dispositivos legais cuja violação se alega no recurso especial atraindo, por analogia, a incidência da Súmula 282 do STF.

3. A interpretação de cláusula de edital de licitação não enseja recurso especial. Aplicação analógica da Súmula 05/STJ.

4. Inviável a aplicação de penalidade ao adjudicatário que se recusa a assinar o contrato (Lei 8.666/93, art. 81) sem que ela tenha sido prevista no edital (art. 40, III, do referido diploma legal).

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido.

(STJ, REsp 997259/RS, Segunda Turma, j. 17/08/2010)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. ITENS DO EDITAL. INVIABILIDADE DE EXAME. SÚMULA

05/STJ. LICITAÇÃO. RECUSA DE ASSINAR O CONTRATO ADMINISTRATIVO. MULTA. INVIABILIDADE DA APLICAÇÃO À FALTA DE PREVISÃO NO EDITAL.

1. Não viola o artigo 535 do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta.

2. A ausência de debate, na instância recorrida, sobre a matéria tratada nos dispositivos legais cuja violação se alega no recurso especial atrai, por analogia, a incidência da Súmula 282 do STF.

3. A interpretação de cláusula de edital de licitação não enseja recurso especial. Aplicação analógica da Súmula 05/STJ.

4. Inviável a aplicação de penalidade ao adjudicatário que se recusa a assinar o contrato (Lei 8.666/93, art. 81) sem que ela tenha sido prevista no edital (art. 40, III, do referido diploma legal).

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido. (STJ, REsp 709378/PE, Primeira Turma, j. 21/10/2008).

### **Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. TOMADA DE PREÇOS. PROPOSTA INEXEQUÍVEL. AUSÊN-

CIA DE PREVISÃO DE LUCRO, APESAR DO MENOR PREÇO. DESOBEDIÊNCIA A REQUISITOS DO EDITAL. LITISCONSORTE NECESSÁRIA. Buscando a impetrante a sua proclamação como vencedora do certame, desclassificando-se a empresa que foi apontada como tal, deveria tê-la incluído como litisconsorte passiva necessária. Nulidade que restará ultrapassada em razão do resultado do writ. O art. 40, inciso X, da Lei nº 8.666/93 afasta a possibilidade de previsão de preço mínimo, critérios estatísticos ou faixas de variações das propostas em processo de licitação. Aplicação do princípio da indisponibilidade do interesse público, devendo na espécie escolhida buscar a Administração a oferta que lhe seja mais vantajosa. No caso, contudo, o valor apresentado pela impetrante no certame não contém estimativa de lucro, exigência editalícia, sendo a proposta em montante idêntico ao seu cálculo de custo da prestação do serviço, configurando-se a inexecutabilidade reconhecida. Artigos 44 § 3º e 48 da Lei nº 8.666/93. APELAÇÃO DESPROVIDA. (TJ-RS, Apelação Cível Nº 70044145449, Segunda Câmara Cível, j. 31/08/2011).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA. LICITAÇÃO. PREGÃO. MENOR PREÇO GLOBAL. JULGAMENTO OBJETIVO.

SANÇÃO SUSPENSÃO. INEXISTÊNCIA DE IMPEDIMENTO PARA PARTICIPAR DA LICITAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NO EDITAL. INEXISTÊNCIA. A fixação prévia de um critério para julgamento da licitação constitui imposição legal (art. 40, VII, da Lei n.º 8.666/1993) e visa atender ao princípio do julgamento objetivo. No caso dos autos, a licitação na modalidade pregão previa ser a melhor proposta, o menor preço global para a prestação dos serviços de vigilância armada e controle de acessos dos trens. Não havia exigência de cumprimento de condições técnicas. Inexistência de impedimento por parte da empresa declarada vencedora de participar do certame, em virtude da suspensão dos efeitos da penalidade por decisão judicial. Irrelevância das inconsistências quanto ao valor do vale-refeição e férias na proposta financeira. Ausência de previsão como critério de julgamento. Demanda improcedente. Apelação desprovida.

(TJ-RS, Apelação Cível Nº 70030397772, Vigésima Primeira Câmara Cível, j. 20/01/2010).

REEXAME NECESSÁRIO. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. CLÁUSULA QUE FIXA PREÇO MÍNIMO. NULIDADE; RECONHECIMENTO DA INVALIDADE PELO ENTE PÚBLICO. CONFIRMAÇÃO DA SEN-

TENÇA. 1. É nula a cláusula editalícia que estipula o preço mínimo a ser cobrado pelo licitante, na exploração do serviço objeto do certame. Art. 40, inciso X, da Lei nº 8.666/93. Tal nulidade, aliás, foi reconhecida pelo Poder Público. SENTENÇA CONFIRMADA EM RE-EXAME NECESSÁRIO.

(TJ-RS, Reexame Necessário Nº 70025633876, Segunda Câmara Cível, j. 25/02/2009)

APELAÇÃO CÍVEL. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. DECLARATÓRIA. RECURSO NÃO CONHECIDO QUANTO À QUESTÃO DA LEGITIMIDADE TENDO EM VISTA QUE SE TRATA DE RAZÕES REMISSIVAS. QUANTO AO MÉRITO SE CONHECE DO RECURSO. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. OBSERVÂNCIA DAS DISPOSIÇÕES CONSTANTES DOS ARTS. 40 E 45 DA LEI DE LICITAÇÕES. OBJETIVIDADE QUANTO ÀS CONDIÇÕES DE PARTICIPAÇÃO, OBJETO LICITADO E CRITÉRIOS DE JULGAMENTO. APELO CONHECIDO EM PARTE E IMPROVIDO.

(TJ-RS, Apelação Cível Nº 70021319249, Primeira Câmara Cível, j. 19/12/2007)

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRATO ADMINISTRATIVO.

PAGAMENTO CONDICIONADO À APRESENTAÇÃO DE PROVA DE SITUAÇÃO REGULAR PERANTE A SEGURIDADE SOCIAL. PERTINÊNCIA E RAZOABILIDADE. 1. Se, no edital de licitação, constou que para participar do certame era preciso provar a situação regular perante a seguridade social (Lei 8.666/93, art. 29, IV), bem assim para receber os pagamentos, a cláusula constante do contrato não é ilegal, mas, ao invés, se ostenta conforme o sistema jurídico, inclusive a especial preocupação da Constituição Federal (art. 195, § 3º). Ademais, o art. 40, XIV, da Lei 8.666/93, arrola apenas as condições de pagamento que devem, obrigatoriamente, constar no contrato. Não exclui a possibilidade de haver outras, razoáveis e pertinentes, como é a de exigir o não-decaimento da situação regular perante a Seguridade Social. Noutras palavras, o rol de condições não é *numerus clausus*. 2. Apelação desprovida. (TJ-RS, Apelação Cível Nº 70018882316, Primeira Câmara Cível, j. 26/09/2007)

APELAÇÃO CÍVEL. LICITAÇÃO. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. EDITAL OMISSO NO QUE TANGE AO CRITÉRIO. DELEGAÇÃO IMPLÍCITA À COMISSÃO. INADMISSIBILIDADE. 1. Viola o princípio do julgamento objetivo o edital que, no que tange à qualificação

técnica, limita-se a referir obras equivalentes ou superiores à objeto da licitação, delegando, por conseguinte, de modo implícito, à Comissão competência para definir em concreto o(s) critérios(s). Ainda que a quantidade de área, adotado pela Comissão, seja objetivo, o problema não está no critério, e sim na definição do critério. Ao optar pelo critério da quantidade de área, excluindo outros existentes, a Comissão agiu com subjetividade, e isso não pode ocorrer. Exegese dos arts. 40, VII, 44 e 45 da Lei 8.666/93. 2. Apelação provida. (TJ-RS, Apelação Cível Nº 70016608390, Primeira Câmara Cível, j. 22/08/2007)

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. REQUISITOS DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. PRINCÍPIO DO CRITÉRIO OBJETIVO. É imperativo que conste do instrumento convocatório da licitação, entre outros elementos, o critério de julgamento que será adotado, consoante dispõe o art. 40, inciso VII, da Lei nº 8.666/93. Remessa oficial submetida ao art. 475, § 2º, do CPC. Custas são devidas pelo Município por metade. APELO DESPROVIDO. EXPLICITAÇÃO DA SENTENÇA EM REEXAME NECESSÁRIO. (TJ-RS, Apelação e Reexame Necessário Nº 70019307149, Vigésima Segunda Câmara Cível, j. 24/05/2007)

LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCORRÊNCIA. AQUISIÇÃO DE MATERIAIS E SUPRIMENTOS PARA INFORMÁTICA. DECLARAÇÃO OU ATESTADO DO FABRICANTE CREDENCIANDO O LICITANTE PARA A COMERCIALIZAÇÃO DOS EQUIPAMENTOS E ATESTANDO SUA SOLIDARIEDADE (CARTA DE SOLIDARIEDADE). CABIMENTO. Tratando-se de licitação para aquisição de materiais e suprimentos para informática, cabível a exigência de declaração ou atestado do fabricante credenciando o licitante para a comercialização dos equipamentos e atestando sua solidariedade (carta de solidariedade), requisito específico, observadas as peculiaridades da licitação, evitando riscos e prejuízos à Administração, possuindo o fabricante condições de, se houver necessidade, melhor atender ao contrato, resguardando o interesse público. Declarações firmadas pelos distribuidores, que não suprem o requisito, autorizando a denegação da segurança. Inteligência do art. 40, XVII, da Lei nº 8.666/93. Precedente do TJRGS. Apelação provida. Reexame necessário prejudicado.

(TJ-RS, Apelação e Reexame Necessário Nº 70019160514, Vigésima Segunda Câmara Cível, j. 13/04/2007).

MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. DESATENDIDO O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PUBLICIDADE. ABERTURA DE ENVELOPES. ANULABILIDADE. A indicação do local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes (art. 40 da Lei 8.666/93) dá efetividade ao princípio constitucional da publicidade. Alterado o local da entrega dos envelopes sem que precedido de ampla, idônea e oportuna divulgação a todos os interessados, implica violação dos princípios da isonomia e da moralidade e fraudula o procedimento, demandando sua anulação e repetição de todos os atos a contar daí. Sentença confirmada.

(TJ-RS, Reexame Necessário Nº 70001800226, Vigésima Primeira Câmara Cível, j. 06/06/2001).

### **Acórdãos do Tribunal de Contas da União**

Súmula nº 259/2010: Nas contratações de obras e serviços de engenharia, a definição do critério de aceitabilidade dos preços unitários e global, com fixação de preços máximos para ambos, é obrigação e não faculdade do gestor.

Súmula nº 269/2012: Nas contratações para a prestação de serviços de tecnologia da informação, a remuneração deve estar vinculada a resultados ou ao atendimento de níveis de serviço, admitindo-se o pagamento por hora trabalhada ou por posto de serviço somente quando as características do objeto não o permitirem, hipótese em que a excepcionalidade deve estar prévia e adequadamente justificada nos respectivos processos administrativos.

## Capítulo 2

### DA HABILITAÇÃO

#### 2.1 Introdução

A habilitação pode ser conceituada como a titularidade das condições do direito de licitar, sendo a expressão utilizada para referir-se à fase procedimental de avaliação das condições de participar do certame, como a decisão proferida pela Administração Pública. Ela configura-se tanto como atos realizados para apurar a idoneidade e a capacidade do particular para contratar com o Poder Público, como o *ato administrativo* que decide estarem presentes as condições do direito de licitar.

O art. 27 da Lei nº 8.666/93 apresenta a classificação das formas de habilitação que constituem *numerus clausus*: **habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e trabalhista** (inciso complementado pela Lei federal nº 12.440/11) e **cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal**. Trata o dispositivo:

**Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:**

**I - habilitação jurídica;**

**II - qualificação técnica;**

**III - qualificação econômico-financeira;**

**IV – regularidade fiscal e trabalhista;  
V – cumprimento do disposto no inciso  
XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.**

Ressalte-se que os documentos apresentados pelo licitante para comprovar as exigências de habilitação não devem estar vencidos. Isso pode ocorrer quando as certidões expedidas têm prazo de vigência expirado ou são antigas. Também é importante frisar que os documentos devem ser firmados, quando necessário, e exibidos por representante legal do particular com atribuição para o ato ou pessoa legalmente habilitada com poderes para a respectiva finalidade.

**Informações da Procuradoria-Geral do  
Estado do Rio Grande do Sul**

Por derradeiro, registre-se que se encontram vencidos os documentos de habilitação (arts. 27 e seguintes do Estatuto das Licitações) constantes dos autos administrativos (PGE-RS, PGE-RS, Informação nº [050/10/PDPE](#), de 16/04/10).

Os documentos apresentados no procedimento da licitação precisam ser assinados por representante legal da empresa com poderes para esta finalidade (o Diretor pode não ter poderes para representá-la individualmente), ou pessoa legalmente habilitada. (PGE-RS, Informação nº [080/08/PDPE](#), de 27/05/08).

## **Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**

Agravo de instrumento. Mandado de Segurança. Liminar indeferida no grau de origem. Licitação e contrato administrativo. Edital de convocação. Requisitos. Inobservância. Não apresentação da documentação exigida para a habilitação no prazo fixado. Inabilitação da licitante. Possibilidade. Decisão interlocutória mantida. Agravo de instrumento desprovido, com fulcro no art. 557, caput, do CPC. (TJ-RS, Agravo de Instrumento nº 70045968856, Segunda Câmara Cível, j. 08/11/2011).

### **2.2 Habilitação jurídica**

A habilitação jurídica relaciona-se com a comprovação da existência da capacidade de fato e da regular disponibilidade para o exercício das faculdades jurídicas pelos licitantes, já que apenas pode formular proposta a pessoa jurídica ou física que possa contratar validamente, ou melhor, praticar os atos da vida civil. Nesse sentido, o particular não pode ser dispensado pela Administração de comprovar os requisitos da habilitação jurídica elencados no art. 28 da Lei de Licitações, citado a seguir.

**Art. 28. A documentação relativa à habilitação jurídica, conforme o caso, consistirá em:**

**I - cédula de identidade;**

**II - registro comercial, no caso de empresa individual;**

Sublinhe-se que, em determinadas situações, a atividade objeto da contratação caracteriza-se para o particular como exercício da atividade de empresa. O art. 966 do Código Civil diz que é considerado empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para produção ou circulação de bens ou de serviços. Sua prática profissional realizada por uma pessoa física atribui ao sujeito a condição de empresário. Como a inscrição do empresário na Junta Comercial é obrigatória, o descumprimento leva à configuração de irregularidade. Se o indivíduo faz da atividade empresarial sua profissão de forma organizada e não se inscreve no Registro de Empresas, está em situação jurídica irregular, não podendo contratar com o Poder Público.

**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;**

No que tange às sociedades, quando o objeto contratual configurar exercício de atividade de empresa, somente poderão ser admitidas sociedades empresárias no certame. Dessa forma, uma sociedade simples não teria a possibilidade de li-

citar quando a execução do contrato configurasse exercício da atividade de empresa, porque a sociedade simples, ao dedicar-se à mercancia, estaria atuando de forma irregular.

O dispositivo menciona “ato constitutivo, estatuto ou contrato social”. Todavia, deve-se entender a redação do inciso como a convenção que institui a sociedade e onde se encontram as regras que a disciplinam.

Quando uma sociedade por ações participar da licitação, o edital deve exigir a apresentação da ata arquivada de assembleia geral ou reunião do Conselho de Administração na qual conste a eleição dos administradores, com a comprovação da publicação pela imprensa da ata arquivada.

### **Informações da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**

No caso de sociedades por ações, deve constar, ainda, a exigência de apresentação de documentos de eleição de seus administradores (art. 28, III, da Lei de Licitações). (PGE-RS, Informação nº [065/11/PDPE](#), de 15/07/11).

#### **IV - inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades civis, acompanhada de prova de diretoria em exercício;**

Se a atividade objeto do ajuste puder ser realizada de forma regular por sociedade simples, impõe-se que sejam re-

queridos os documentos que demonstrem a efetiva inscrição no Registro Civil de Pessoas Jurídicas (estatuto e eleição da 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.**

A Lei de Licitações refere-se à exigência de registro ou autorização para funcionamento, quando o serviço assim demandar, pois a realização de certas atividades depende de autorização da Administração Pública (v.g. instituições financeiras).

### **Informações da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**

Capacidade jurídica – Incluir a exigência prevista no inciso V do art. 28 da Lei nº 8.666/93 (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). (PGE-RS, Informação nº [053/10/PDPE](#), de 20/04/10).

### 2.3 A questão das cooperativas

Destaque-se o teor do Ofício Circular GAB/PGE nº 2/11, firmado pelo Procurador-Geral do Estado e direcionado aos senhores(as) secretários(as) do Estado do Rio Grande do Sul:

Encaminho em anexo cópia do Termo de Ajustamento de Conduta nº 48/2006, firmado em 11 de outubro de 2006, pelo Estado do Rio Grande do Sul com o Ministério Público do Trabalho. Foi assumido o compromisso, por meio do referido Termo, de não contratar e não manter trabalhadores por meio de cooperativas de mão-de-obra para a prestação de serviços arrolados na cláusula primeira do instrumento firmado, tanto para a execução de suas atividades-fim como de suas atividades-meio, quando o trabalho, por sua natureza ou pelo modo como é usualmente executado no mercado em geral, demandar subordinação jurídica, pessoalidade e não eventualidade, quer em relação ao tomador, quer em relação ao fornecedor de serviços (...).

Com o objetivo de evitar eventuais discussões judiciais, o Procurador-Geral do Estado recomenda, nesse documento, “que, nos termos do § 2º da cláusula 3ª do Termo de Ajustamento de Conduta, os editais de licitação que se destinem a contratar serviços de mão-de-obra disciplinados na cláusula 1ª do referido termo, incluam expressa menção ao Termo de

Ajustamento de Conduta nº 48/2006, se possível com integral transcrição ou sob forma de anexo”.

### **Informações da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**

A PGE junta aos autos cópia reprográfica de inteiro teor do referido TAC, Procedimento Investigatório - PI Nº 622/2004, juntamente com o Of. CIRC. GAB/PGE nº 002/11. (PGE-RS, Informação nº [116/11/PDPE](#), de 18/01/11).

## **2.4 Regularidade fiscal e trabalhista**

Na análise da documentação relativa à habilitação fiscal, deve ser observada a regularidade do licitante perante o fisco. A documentação a ser exigida, conforme o caso, resta elencada na Lei nº 8.666/93 da seguinte forma:

**Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em: (Redação dada pela Lei nº 12.440, de 2011).**

**I - prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);**

A exigência da comprovação de inscrição no cadastro de contribuintes pretende identificar o licitante e facilitar a demons-

tração de que exercita suas funções regularmente. A inscrição configura-se obrigação tributária acessória, permitindo a fiscalização de fatos tributários e a satisfação dos tributos.

A Lei federal nº 12.441/11 acrescenta o inciso VI ao art. 44 do Código Civil, frisando que são **pessoas jurídicas** (e não pessoas físicas) de direito privado as *empresas individuais de responsabilidade limitada*. O art. 980-A do Código Civil dispõe que: “A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País”. Nesse caso, tratando-se de pessoa jurídica de direito privado, ela deve apresentar a inscrição no CNPJ para contratar com os entes públicos.

**II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;**

**III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;**

**IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)**

**V – prova de inexistência de débitos ina-**

**dimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943. (Incluído pela Lei nº 12.440, de 2011) (Vigência)**

A norma admite a possibilidade de a Administração Pública recusar a contratação com sujeito que se encontre em situação fiscal irregular.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) manifestou-se expressamente sobre a exigência da comprovação da regularidade fiscal nas licitações em julgamento de recurso especial:

**[...] exigência de regularidade fiscal para a participação no procedimento licitatório funda-se na Constituição Federal, que dispõe no § 3º do art. 195 que “a pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios”, e deve ser mantida durante toda a execução do contrato, consoante o art. 55 da Lei 8.666/93. (STJ REsp nº 633.432/MG, Primeira Turma, j. 22/02/2005).**

Na mesma linha, sublinhe-se o posicionamento da Procuradoria-Geral do Estado:

No que diz respeito à regularidade fiscal prevista no artigo 29, inciso III, do Estatuto das Licitações, cabe apontar também que o documento de fl. 191 não é relativo à empresa que se pretende contratar (...). A Certidão Negativa de Débitos Estaduais ali constante é de terceiro estranho a esse procedimento (...). Desta forma, deve a consulente providenciar o documento correto, a fim de demonstrar a sua habilitação no procedimento de dispensa de licitação. (PGE-RS, Informação nº [049/10/PDPE](#), de 15/04/10).

## **2.5 Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT)**

É relevante observar que a Lei federal nº 12.440/11 incluiu o inciso V ao art. 29 da Lei de Licitações, determinando que a documentação relativa à regularidade trabalhista, conforme o caso, consistirá em: “V – prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943”.

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) passa a vigorar acrescida do seguinte Título VII-A:

### **TÍTULO VII-A DA PROVA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITOS TRABALHISTAS**

**Art. 642-A.** É instituída a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), expedida gratuita e eletronicamente, para comprovar a inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho.

**§ 1º** O interessado não obterá a certidão quando em seu nome constar:

**I** – o inadimplemento de obrigações estabelecidas em sentença condenatória transitada em julgado proferida pela Justiça do Trabalho ou em acordos judiciais trabalhistas, inclusive no concernente aos recolhimentos previdenciários, a honorários, a custas, a emolumentos ou a recolhimentos determinados em lei; ou

**II** – o inadimplemento de obrigações decorrentes de execução de acordos firmados perante o Ministério Público do Trabalho ou Comissão de Conciliação Prévia.

**§ 2º** Verificada a existência de débitos garantidos por penhora suficiente ou com exigibilidade suspensa, será expedida Certidão Positiva de Débitos Trabalhistas em nome do interessado com os mesmos efeitos da CNDT.

**§ 3º** A CNDT certificará a empresa em relação a todos os seus estabelecimentos, agências e filiais.

**§ 4º** O prazo de validade da CNDT é de 180 (cento e oitenta) dias, contado da data de sua emissão.

Constata-se que a exigência da CNDT pretende limitar o acesso de particulares com débitos exigíveis decorrentes de relação de trabalho para contratar com a Administração Pública, porquanto a mesma lei que a instituiu modificou os arts. 27 e 29 da Lei de Licitações.

## **2.6 Qualificação técnica**

A qualificação técnica abarca a demonstração de conhecimentos e habilidades práticas e teóricas para a execução do objeto a ser contratado com o ente público.

**Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:**

**I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;**

**II - comprovação 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;**

**III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhe-**

**cimento 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.**

**§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do “caput” deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)**

**I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir 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, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos; (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)**

**II - (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)**

**a) (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)**

**b) (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)**

**§ 2º As parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, mencionadas no parágrafo anterior, serão definidas no instrumento convocatório. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)**

**§ 3º Será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior.**

**§ 4º Nas licitações para fornecimento de bens, a comprovação de aptidão, quando for o caso, será feita através de atestados fornecidos por pessoa jurídica de direito público ou privado.**

**§ 5º É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.**

**§ 6º As exigências mínimas relativas a instalações de canteiros, máquinas, equipamentos e pessoal técnico especializado, considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação, serão atendidas mediante a apresentação de relação explícita e da declaração formal da sua**

disponibilidade, sob as penas cabíveis, vedada as exigências de propriedade e de localização prévia.

§ 7º (Vetado). (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

I - (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

II - (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 8º No caso de obras, serviços e compras de grande vulto, de alta complexidade técnica, poderá a Administração exigir dos licitantes a metodologia de execução, cuja avaliação, para efeito de sua aceitação ou não, antecederá sempre à análise dos preços e será efetuada exclusivamente por critérios objetivos.

§ 9º Entende-se por licitação de alta complexidade técnica aquela que envolva alta especialização, como fator de extrema relevância para garantir a execução do objeto a ser contratado, ou que possa comprometer a continuidade da prestação de serviços públicos essenciais.

§ 10. Os profissionais indicados pelo licitante para fins de comprovação da capacitação técnico-profissional de que trata o inciso I do § 1º deste artigo deverão participar da obra ou serviço objeto da licitação, admitindo-se a substituição por profissionais de experiência equivalente ou superior, desde que aprovada pela ad-

**ministração. (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)**

**§ 11. (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)**

**§ 12. (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)**

O art. 30 do Estatuto das Licitações limitou a documentação relativa à qualificação técnica a ser requerida no certame, discriminando as exigências que podem constar do edital:

- registro ou inscrição na entidade profissional competente;

- comprovação 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;

- 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;

- prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

Ao inserir no edital de licitação a comprovação de capacidade técnica como requisito indispensável à habilitação dos licitantes, faz-se necessário que a Administração indique no procedimento os motivos dessa exigência e inclua a explicitação

técnica de que os parâmetros fixados são adequados e suficientes, assegurando-se de que o requisito não restringe o caráter competitivo do certame.

Não devem ser introduzidas, no ato de convocação, exigências não previstas em lei ou irrelevantes para a verificação da qualificação técnica dos licitantes de forma a não contrariar o art. 3º, § 1º, I, da Lei nº 8.666/93. Destaque-se o Parecer nº [15.126](#), de 09/11/09, que interpreta o significado da expressão *quadro permanente* disposta no art. 30, § 1º, I, da Lei nº 8.666/93.

Como se vê, a Lei de Licitações exige que o profissional de nível superior que detém a capacidade técnico-profissional pertença ao quadro permanente da empresa licitante. Todavia, a Lei não define como será feita essa comprovação, dando margem a diversas interpretações. A Administração Pública tem entendido, comumente, que o profissional integra o quadro permanente quando é empregado, sob vínculo trabalhista, ou quando é sócio da empresa. Entretanto, tal entendimento está hodiernamente sendo questionado, propugnando-se que o profissional pode compor o quadro permanente da empresa com ela mantendo um contrato de prestação de serviços. (...)

Tenha-se presente que a nortear a exegese da norma inserta no art. 30, par. 1º, inciso I,

da Lei nº 8.666/93, está o comando constitucional estampado no inciso XXI do art. 37, segundo o qual o processo licitatório “somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”. Portanto, as exigências relativas à qualificação técnica devem ser proporcionais ao objeto a ser licitado. Nas palavras de Floriano de Azevedo Marques Neto:

‘(...). Ou seja, aceitáveis são as exigências que restringem o universo de participantes (todas em certa medida o fazem) desde que haja um nexo de razoabilidade apto a identificar a exigência com a garantia de certeza e segurança de que qualquer dos habilitados que se sagre vencedor poderá bem executar o objeto’. (*Limites conceituais às exigências de capacitação técnico-operacional em licitações*. In A & C: Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte: Fórum (24), abr/jun. 2006, p. 59/86).

Mais adiante, explicita o autor antes mencionado:

‘Ou seja, qualquer exigência impõe o afastamento de alguns interessados, sendo em alguma medida restritiva. Isso não a torna de *per si* ilícita. Porém, a exigência torna-se ilícita se não se justificar à luz do objeto licitado, se não se demonstrar necessária (for ociosa)

e suficiente (não for bastante) para garantir que o futuro contratado reúne condições de bem executar o objeto do contrato.’

Assim, se, por um lado, a Administração Pública deve ser cautelosa no sentido de somente contratar com quem poderá efetivamente cumprir o contrato, por outro, não lhe é lícito impor exigências desnecessárias, afastando do certame potenciais interessados.

Nessa esteira tem se consolidado a jurisprudência do Tribunal de Contas da União. Entende a Corte que, nas licitações que envolvem objetos contratuais mais elaborados, não se pode exigir que as empresas licitantes sejam obrigadas a manter profissionais altamente qualificados sob vínculo empregatício. Basta, nesses casos, que a empresa mantenha um contrato de prestação de serviços regido pela lei civil com o profissional. Essa situação ocorre amiúde com obras de engenharia, para as quais necessário profissional de alta qualificação. (PGE-RS, Parecer nº [15.126](#), de 09/11/09).

### **Informações da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**

O dispositivo não tem redação clara, devendo ser revisado, adaptando-se, no que couber, ao artigo 30 da Lei de Licitações, ressaltando-se a necessidade de comprovação pelo licitante de possuir, em seu quadro permanen-

te, o profissional de nível superior indicado, na data prevista para entrega da proposta. (PGE-RS, Informação nº [080/08/PDPE](#), de 27/05/08).

Ressalte-se, primeiramente, que as licitações de técnica são adequadas quando o interesse estatal apenas puder ser atendido por objetos que apresentem a melhor qualidade técnica possível, considerando as limitações econômico-financeiras dos gastos públicos (cfe. Marçal Justen Filho: 2005, p. 440), como ocorre na espécie. (PGE-RS, Informação nº [50/11/PDPE](#), de 23/05/11).

Proposta Técnica - Rever a redação, pois nem todas as pessoas jurídicas possuem “Diretor” para firmar a proposta. O item poderia referir-se a “responsável legal” e “responsável técnico” da licitante. (PGE-RS, Informação nº [108/11/PDPE](#), de 19/10/11).

Não prejudica o caráter competitivo do certame a exigência de profissional técnico habilitado para responsabilizar-se pelos serviços contratados. A escolha do profissional de Administração para responder pela prestação de serviços de manutenção predial que compreendem tarefas de baixa complexidade técnica não se ostenta manifestamente equivocada. (TJ-RS, Agravo de Instrumento nº 70047696711, Vigésima Segunda Câmara Cível, j. 02/03/2012).

Cite-se, ainda, excerto da decisão proferida pelo Plenário do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul - Decisão nº TP-0627/11 - que deu provimento a recurso interposto por esta Procuradoria-Geral do Estado, no caso da exigência de experiência anterior como condição de habilitação em certames licitatórios quanto à **capacidade técnico operacional**:

**Relator: Conselheiro Victor José Faccioni**  
**Devolução de vista: Conselheiro Algir Lorenzon**

**Processo nº 005872-02.00/09-3**

Anexos: 007949-02.00/08-1, 004793-02.00/09-4, 005707-02.00/09-6

**Decisão nº TP-0627/2011**

– Recurso de Reconsideração interposto contra a decisão proferida no Processo nº 7949-02.00/08-1 – Representação nº 0044/2008 do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas. Recorrente: **Estado do Rio Grande do Sul**. (...) Certifica, outrossim, que foi proferida a seguinte decisão:

*O Tribunal Pleno, à unanimidade, acolhendo o voto do Conselheiro-Relator, por seus jurídicos fundamentos, **conhece** deste Recurso de Reconsideração, interposto pelo **Estado do Rio Grande do Sul**, representado pelo Procurador do Estado Bruno de Castro Winkler, OAB/RS nº 22.063, na condição de terceiro prejudicado, uma vez preenchidos os pressupostos legais e regimentais de admissibilidade, e, no **mérito**, decide por seu **provimento**, para os fins de, mantendo as demais, reformar as alíneas “a” e “b” da Decisão nº*

*TP-0511/2009, prolatada na sessão de 13-05-2009, no processo nº 7949-02.00/08-1, passando a ter a seguinte redação:*

*“a) acolher parcialmente a Representação MPC nº 0044/2008, no sentido de considerar que a exigência – formulada a pessoas jurídicas – de atestado ou certidão que comprove a prévia execução de obras e serviços de engenharia (o que se convencionou denominar “capacidade técnico-operacional”) não pode ser colocada como elemento impeditivo à habilitação de possíveis interessados em contratar com a Administração Pública, sem que haja expressa e razoável motivação no ato de chamamento, sob pena de invalidade;*

*b) declarar que, embora excepcionalmente admissíveis como elemento restritivo à participação em procedimento licitatório, tais certificações podem e devem ser consideradas quando da análise técnica das propostas, nas obras e serviços cuja complexidade assim o exigir, desde que sua valoração atente, sobretudo, para os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, além dos demais expressos pela Constituição, cuja observância é obrigatória para a Administração Pública”.*

## **2.7 Qualificação econômico-financeira**

A qualificação econômico-financeira tem pertinência com a disponibilidade de recursos do licitante para a satisfatória execução do objeto a ser contratado, sendo apurada em razão

das necessidades concretas do caso. A exigência da qualificação econômico-financeira na licitação de uma obra de grande vulto não será a mesma quando da prestação de serviços ou do fornecimento de bens de pequeno valor.

**Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:**  
**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 (três) meses da data de apresentação da proposta;**

O edital precisa estabelecer com precisão o modo de exibição das demonstrações financeiras. As regras contábeis e a apuração de resultados variam nos moldes de cada forma societária.

**II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;**

O ato convocatório da licitação deve exigir certidão negativa de falência, recuperação judicial ou extrajudicial, apresentação de plano especial (microempresas e empresas de

pequeno porte), insolvência e concordatas deferidas antes da vigência da Lei nº 11.101/2005 e de execução patrimonial, abrangendo a insolvência das pessoas físicas e jurídicas exercentes de atividade empresarial (Lei federal nº 11.101/05).

### **Informações da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**

Incluir a hipótese de execução patrimonial, abrangendo a insolvência das pessoas físicas e jurídicas exercentes de atividade empresarial (Lei Federal nº 11.101/2005). Nos termos dessa norma, o item precisa ser examinado para abarcar os casos de falência, recuperação judicial ou extrajudicial, apresentação de plano especial (microempresas e empresas de pequeno porte), insolvência e concordatas deferidas antes da vigência da Lei nº 11.101/2005. A redação do item precisa ser analisada, pois as situações elencadas induzem ausência de requisitos para habilitação tanto da pessoa jurídica como da pessoa física (cf. Marçal: 2005, p. 346-347).

(PGE-RS, Informação nº [108/11/PDPE](#), de 19/10/11).

Complementar no final: “ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física.”

(PGE-RS, Informação nº [080/08/PDPE](#), de 27/05/08).

Qualificação Econômico-Financeira: acrescentar a certidão negativa de recuperação judicial.

(PGE-RS, Informação nº [053/10/PDPE](#), de 20/04/10).

**[...] III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no “caput” e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.**

**§ 1º A exigência de índices limitar-se-á à demonstração da capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato, vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior, índices de rentabilidade ou lucratividade. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)**

**§ 2º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no § 1º do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.**

**§ 3º** O capital mínimo ou o valor do patrimônio líquido a que se refere o parágrafo anterior não poderá exceder a 10% (dez por cento) 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.

**§ 4º** Poderá ser exigida, ainda, a relação dos compromissos assumidos pelo licitante que importem diminuição da capacidade operativa ou absorção de disponibilidade financeira, calculada esta em função do patrimônio líquido atualizado e sua capacidade de rotação.

**§ 5º** 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. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

**§ 6º** (Vetado). (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

O Tribunal de Contas da União vem manifestando-se no sentido de evitar exigências amplas quanto à qualificação econômico-financeira dos licitantes, conforme segue:

[...] a simultaneidade na exigência de patrimônio líquido mínimo, ainda que sob condicionante (item 4.1.d do edital) e de garantia da proposta (item 4.1.e), como dado objetivo da comprovação da qualificação está vedada, conforme entendimento desta Corte, manifestado por meio das Decisões nº 681/1998 e nº 581/2000, ambas do Plenário; (TCU, Acórdão nº 1.664/2003, Pleno, j. 05/11/2003).

Assim, na linha da orientação do Tribunal de Contas da União, **na fase de habilitação**, a Administração poderá determinar, no edital da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou, ainda, as garantias previstas no § 1º do art. 56 da Lei nº 8.666/93, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes. Entende-se que o § 2º do art. 31, ao permitir a utilização de garantia como comprovante da situação financeira dos licitantes na fase de habilitação, demonstra que esta possibilidade pode ser utilizada, em princípio, de forma alternativa em relação à exigência de capital social mínimo, salvo nas hipóteses em que, no caso específico, justifique-se maior segurança na contratação.

Entretanto, a **garantia para fins de qualificação econômico-financeira**, como previsto no § 2º do art. 31 da Lei nº 8.666/93, é diferente da **garantia para a execução do contrato** indicada no art. 56 da Lei de Licitações.

A prestação de garantia pelo licitante para resguardar a execução do ajuste, nos termos do art. 56 da Lei nº 8.666/93, representa outra ferramenta para eliminar os riscos de insucesso da contratação, além dos requisitos de habilitação. Assim, a Administração precisa adotar as cautelas para evitar prejuízos ao Poder Público, exigindo do particular a outorga de garantias de indenização de eventuais danos.

### **Informações da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**

Nesta senda, diante da magnitude do ajuste a ser firmado, esta Consultoria entendeu, em reunião realizada em 13 de dezembro de 2011, que deve ser incluída, nos ato convocatório e instrumento contratual, a prestação de garantia para a execução do contrato, nos moldes do artigo 56 da Lei de Licitações (independentemente da exigência de capital social mínimo da empresa na fase de habilitação do certame), atendendo ao interesse público.

(PGE-RS, Informação nº [133/11/PDPE](#), de 19/12/11).

## Capítulo 3

### MODALIDADES DE LICITAÇÃO

#### 3.1 Modalidades de licitação - Escolha do procedimento

*As modalidades de licitação* referem-se às várias espécies de procedimentos passíveis de serem aplicados à seleção da proposta mais vantajosa, ao mesmo tempo em que visam a garantir os princípios catalogados no art. 3º, *caput*, da Lei nº 8.666/93. Enfim, dizem respeito a quantos ritos diferentes existem na Administração Pública para a escolha do melhor produto ou serviço.

Todas as providências enumeradas nos capítulos antecedentes são comuns a qualquer modalidade de licitação. A partir do momento em que se escolhe a espécie de rito a ser tomado (que, em muitos casos, não é uma escolha discricionária), a licitação passa a ganhar rumo próprio. Varia de acordo com o tipo de bem ou serviço a ser contratado.

Então, os procedimentos não podem ser utilizados em qualquer caso, pois existem parâmetros para esta escolha. Neste momento, apresentar-se-ão os critérios gerais para a definição da modalidade de licitação em cada situação. Na sequência, no momento em que se explicará cada modalidade, apresentar-se-á item específico que esmiúça ainda mais as hipóteses de cabimento das modalidades de licitação.

### 3.2 Modalidade e tipo de licitação - Diferenças

É importante diferenciar os termos “modalidade de licitação” de “tipos de licitação”. Muitas vezes, confundem-se estes dois termos, que, pela lei, são signos diversos. Perceba:

- Modalidades = espécies de PROCEDIMENTO
- Tipos = formas de ESCOLHA DA MELHOR PROPOSTA

Assim, as *modalidades* de licitação abordam os diferentes *ritos* para a habilitação dos proponentes, enfim, a forma de conduzir o certame. Mas os *critérios de escolha da proposta* são abordados pelos *tipos de licitação* (que são, em síntese: *a) melhor preço; b) melhor técnica; c) melhor técnica e preço; d) maior lance*). Então, a modalidade refere-se ao procedimento, à sucessão de atos processuais do certame licitatório. Já o tipo de licitação refere-se às regras para se escolher a melhor proposta.

### 3.3 Dos procedimentos

As modalidades de licitação não podem ser combinadas entre si, nem pode ser criada uma nova espécie de rito (art. 22, § 8º, da Lei nº 8.666/93: “É vedada a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação das referidas neste artigo.”). Não se pode, da mesma maneira, pegar parte de uma licitação e parte de outra e criar um novo procedimento.

### 3.3.1 Classificação

Para se ter um panorama geral, as modalidades de licitação podem ser catalogadas da seguinte forma:

---

#### a) GERAIS

- CONCORRÊNCIA;
- TOMADA DE PREÇOS;
- CONVITE;

O critério distintivo é o **PREÇO**;

#### b) ESPECIAIS

- CONCURSO;
- LEILÃO;
- PREGÃO;
- REGISTRO DE PREÇOS;

O critério distintivo é o **OBJETO**.

---

Nos procedimentos gerais, pode-se tomar como parâmetro o seguinte critério: a *concorrência* é o procedimento que envolve *objetos mais caros* a licitar e é um rito *mais complexo*, enquanto o *convite* envolve *objetos mais baratos*, *diminuindo sua complexidade*.

#### **Observação:**

É admissível que, para as situações menos complexas, ou seja, que admitiram um rito mais simples e célere, opte-se pelo procedimento mais complexo. Por exemplo, um determi-

nado bem a ser adquirido pela Administração Pública admite a modalidade de licitação pelo convite, mesmo assim, pode-se optar por licitar este bem pelo rito da tomada de preços e, em qualquer caso, utilizar-se da concorrência ou do pregão (art. 23, § 4º, da Lei nº 8.666/93). Neste último caso, faz-se a ressalva, contudo, de que os serviços têm de ser de *natureza comum*. **Por isso que não se deve considerar somente o valor para a escolha do procedimento, mas também a complexidade.**

Na área federal, para objetos e serviços de natureza comum, é **obrigatório** utilizar a modalidade de *pregão*, conforme Decreto nº 5.040/05. O ato normativo em questão prevê que, caso o gestor público resolva escolher outra modalidade, deve exarar a pertinente justificativa. A Portaria Interministerial nº 217/06 (DOU de 1º/08/2006, p. 49) reforça a cogência do decreto. Essa posição é referendada pelo Tribunal de Contas da União.

### **Acórdãos do Tribunal de Contas da União**

Recomenda-se a órgão do Poder Judiciário que, em futuras licitações para contratação de bens e serviços de tecnologia da informação comuns, utilize a modalidade pregão na forma eletrônica, salvo se houver comprovada e justificada inviabilidade, motivando expressamente a opção pelo pregão presencial, sob pena de se configurar possível ato de gestão

antieconômico. (TCU, Acórdão nº 2368/2010, Pleno, j. 15/09/2008).

Inclusive as entidades paraestatais (Sistema “S” – SENAI, SENAC, SEBRAE, SENAT, etc.) estão obrigadas a utilizar o pregão, quando se tratar de aquisição de serviços e bens comuns (TCU, Acórdão nº 2244/2008, Pleno, j. 15/10/2008).

### **3.3.2 Concorrência**

É o procedimento mais complexo. Visa a escolher a melhor proposta dentre aquelas formuladas por interessados no mesmo ramo do objeto licitado, que tenham sido pré-qualificados, sendo a fase de habilitação anterior ao julgamento das propostas.

#### **3.3.2.1 Cabimento**

- Obras e serviços de engenharia acima de R\$ 1.500.000,00;
- Compras e outros serviços acima de R\$ 650.000,00;
- Compra e alienação de bens imóveis, qualquer que seja o valor (art. 23, § 3º, da Lei nº 8.666/93), salvo os casos do art. 19, que tratam dos bens in-

servíveis (PGE-RS, Parecer nº [12.709](#), aprovado em 27/3/00);

- Concessão de direito real de uso (art. 23, § 3º, da Lei nº 8.666/93);
- Licitação internacional, qualquer que seja o valor (art. 23, § 3º, da Lei nº 8.666/93);

**Observação:**

- **Tomada de Preços internacional:** neste caso, admite-se a *tomada de preços*, desde que observados os limites de contratação constantes no art. 23, I, “b” e II, da Lei nº 8.666/93, quando o órgão ou a entidade dispuser de cadastro internacional de fornecedores

- até R\$ 1.500.000,00, para obras e serviços de engenharia, e até R\$ 650.000,00, para demais compras e serviços;

- **Convite internacional:** quando não houver fornecedor no País e o valor da licitação se encontrar dentro dos limites fixados para esta modalidade (art. 23, § 3º, parte final, da Lei nº 8.666/93) - até R\$ 150.000,00, para obras e serviços de engenharia, e até R\$ 80.000,00, para demais compras e serviços.

- Alienação de bens *imóveis* cuja aquisição derivou de *procedimento judicial* ou de *dação em pagamento* (art. 19, I, da Lei nº 8.666/93), porque o inciso II do art. 19 possibilitou esta alternativa;
- Alienação de bens *móveis* de qualquer valor (art. 17, § 6º, da Lei nº 8.666/93);

**Observação:** Permite-se o leilão quando não ultrapassado o limite fixado à tomada de preços (art. 23, II, “b”, da Lei nº 8.666/93).

- Para *parcela de serviço* ou de *obra*, quando para a contratação total se exigiria concorrência, ainda que o valor da parcela se enquadrasse nas modalidades de tomada de preços ou de convite;

**Observação:** Excepcionam-se, neste caso, as parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou do serviço (art. 23, § 5º, da Lei nº 8.666/93).

- 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;

**Observação:** Da mesma forma, excepcionam-se, neste caso, as parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço (art. 23, § 5º, da Lei nº 8.666/93).

- Para *concessão de obra* ou de *serviço público* (art. 2º, II e III, da Lei nº 8.987/95 - Lei das Concessões e Permissões).

**Pareceres da Procuradoria-Geral do  
Estado do Rio Grande do Sul**

A alienação é gênero de que venda, doação, permuta, investidura, dação em pagamento, cessão ou concessão de domínio são espécies, regidas pelos Códigos de Direito Privado: o Código Civil, art. 1.122 e o Código Comercial, art. 191.

(PGE-RS, Parecer nº [12.709](#), de 27/3/2000).

### 3.3.2.2 Procedimento

Após a publicação do edital, abre-se prazo para sua impugnação. Tanto o licitante como o cidadão que nem sequer fez parte do processo podem impugnar as regras do edital. A possibilidade de qualquer administrado questionar as regras do edital possui base no padrão *democrático* adotado pelo Brasil, até porque qualquer pessoa física ou jurídica pode representar ao Tribunal de Contas, apontando a existência de irregularidade (art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666/93). Então, qualquer cidadão possui *legitimidade* ativa para se insurgir contra as regras do edital (STJ, AgR no MS 5.963/DF, Primeira Seção, j. 22/11/2000).

Os prazos para a impugnação administrativa são estabelecidos da seguinte forma:

- **Licitante:** dois dias úteis antes da abertura dos envelopes de habilitação, em caso de concorrência, da abertura dos envelopes com as propostas, em caso de convite, de tomada de preços ou

de concurso, ou de leilão (art. 41, § 2º, da Lei nº 8.666/93);

**Art. 41 (...) § 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 abertura 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.

- **Cidadão:** cinco dias úteis antes da abertura dos envelopes de habilitação (art. 41, § 1º, da Lei nº 8.666/93).

**Art. 41 (...) § 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.

Depois de protocolada eventual insurgência, a Administração Pública possui três dias para se manifestar. O Poder Público, assim, não poderá deixar de analisar o pedido de impugnação alegando que o cidadão não possui legitimidade ou interesse.

Cabe referir que o § 2º do art. 41 da Lei nº 8.666/93 afirma que decai o direito de o licitante impugnar os termos do edital, após o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, a tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão. Destaca-se que a contagem deve ser feita em **dias úteis**.

A jurisprudência diverge no que se refere ao alcance desse dispositivo. Parte dos julgados afirma que esta caducidade atinge somente os atos administrativos anuláveis, ou seja, que dispõem sobre direitos disponíveis. Esta corrente afirma que as nulidades, por não serem convalidáveis, podem ser conhecidas a qualquer tempo, até porque deve se dar primazia ao *princípio da autotutela*, que refere que a Administração Pública pode, a qualquer tempo, reconhecer uma ilegalidade. Conferir: STJ, REsp. 512.179-PR, Segunda Turma, j 19/08/2003.

Contudo, o STJ, em acórdãos posteriores (STJ, REsp. 613.262-RS, Primeira Turma, j. 1º/06/2004), decidiu que o prazo decadencial incorporado pelo art. 41, § 2º, da Lei nº 8.666/93 alcança todo e qualquer tipo de nulidade, convalidando, *para o licitante*, e não para a Administração Pública, porque esta sempre pode rever os seus atos por questões de ilegalidade (Súmula nº 473 do STF). A possibilidade de se impugnar eventual vício do

edital não pode permanecer em aberto para sempre, por prazo indeterminado.

Muitas vezes, os editais de licitação contêm cláusulas que afirmam que a apresentação da proposta, por parte do licitante, implica a aceitação das cláusulas do instrumento convocatório. Considera-se que essas disposições repetem aquilo que o texto do § 2º do art. 42 da Lei nº 8.666/93 já menciona.

### **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**

Se a impetrante reveste a qualidade de empresa cujo objetivo consiste na exploração de serviços de transporte rodoviário, possui legitimidade para, pela via mandamental, impugnar edital de concorrência sob alegativa de violação ao princípio da legalidade, ainda que não seja licitante.

(STJ, AgR no MS 5.963/DF, Primeira Seção, j. 22/11/2000).

Recurso especial que se provê ao argumento de que, embora não possa ser afastado o direito legítimo de o licitante impugnar o edital se constatar que o mesmo encontra-se eivado de vício. Contudo não há que se esquecer que os prazos para impugnação do edital por parte do licitante não podem permanecer em aberto *ad eternum* sob pena de se instalar a

insegurança nas relações jurídicas geradas pelo ato convocatório. Ademais, a recorrida teve conhecimento dos índices eleitos pela Administração, participou do Certame e apenas quando considerada inabilitada, recorreu ao Poder Judiciário pleiteando a sua reinclusão no certame como habilitada ou a declaração de nulidade do Edital e conseqüentemente, da licitação.

(STJ, REsp. 613.262-RS, Primeira Turma, j. 01/06/2004).

### **3.3.2.3 Impugnação ao edital**

A formulação do conteúdo do edital é um ato *discricionário* da Administração Pública, guardadas certas disposições constantes na Lei de Licitações, como a proibição de direcionamento do certame, a escolha do procedimento de acordo com o objeto etc. Uma vez publicado, suas cláusulas vinculam os participantes e o próprio Poder Público. Assim, as normas constantes no edital não podem ser descumpridas (STF, AgR no MS 24.555/DF, Primeira Turma, j. 21/02/2006).

Caso ocorra a impugnação ao edital e não se consiga perfazer o julgamento a tempo da data aprazada para a abertura dos envelopes, sugere-se prorrogar o prazo para recebimento dos envelopes contendo a documentação e as propostas, tendo em vista que “impugnação feita tempestivamente pelo licitante não o impedirá de participar do processo licitatório até

o trânsito em julgado da decisão a ela pertinente” (art. 41, § 3º, da Lei nº 8.666/93).

O licitante somente pode ser considerado excluído no momento em que a impugnação seja julgada e que dessa decisão não caiba mais qualquer recurso administrativo. Assim, a lei estabelece uma rigorosa distinção entre a fase da *habilitação*, que visa a permitir que formulem propostas somente os interessados que cumpram todas as condições fixadas em lei e no edital, e a fase do *julgamento das propostas*.

Os candidatos inabilitados não podem formular propostas, e estas não podem nem sequer ser conhecidas. O envelope de quem foi inabilitado deve ser devolvido intacto.

Deve-se ter presente que o *direito de participar da licitação* é universal. Qualquer brasileiro ou estrangeiro em situação regular, em tese, pode pretender habilitar-se nos certames licitatórios. Contudo, cabe à Administração Pública averiguar a idoneidade do interessado e selecionar a proposta mais vantajosa.

### **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EDITAL. IMPOSSIBILIDADE DE AMPLIAÇÃO DO SENTIDO DE SUAS CLÁUSULAS. ART 37, XXI, CB/88 E ARTS. 3º, 41 e 43, V, DA LEI N. 8.666/93. CERTIDÃO ELEITORAL. PRAZO

DE VALIDADE. CLASSIFICAÇÃO DO RECORRENTE E DAS EMPRESAS LITISCONSORTES PASSIVAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. A Administração, bem como os licitantes, estão vinculados aos termos do edital [art. 37, XXI, da CB/88 e arts. 3º, 41 e 43, V, da Lei n. 8.666/93], sendo-lhes vedado ampliar o sentido de suas cláusulas, de modo a exigir mais do que nelas previsto. 2. As certidões de quitação das obrigações eleitorais, na ausência de cláusula do instrumento convocatório ou de preceito legal que lhes indique prazo, presumem-se válidas até a realização de novo pleito. 3. A habilitação das empresas litisconsortes passivas no certame, com o recorrente, não causa qualquer lesão a direito líquido e certo. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STF, AgR no MS 24.555/DF, Primeira Turma, j. 21/02/2006).

#### **3.3.2.4 Ato público de recebimento dos envelopes com os documentos para habilitação e proposta**

A habilitação visa a auferir se o contratado terá condições de honrar com o compromisso assumido, avaliando-se a sua capacidade de assumir os encargos (TCU, Acórdão nº 2.615/08, Pleno, j. 19/11/2008). Deve ser designada data para

a abertura dos envelopes para a habilitação, com a notificação de todos os concorrentes do dia, hora e local da referida solenidade. O procedimento é muito simples:

- a) notificam-se os concorrentes;
- b) na data aprazada, abrem-se os envelopes contendo os documentos exigidos pela lei e/ou pelo edital para a habilitação;
- c) todos os presentes devem rubricar todos os documentos, fazendo o mesmo ato no fecho dos envelopes que contêm as propostas;

**Observação:** os envelopes que contêm as propostas NÃO podem ser abertos. Abrem-se somente aqueles relativos aos documentos da habilitação. Caso um dos licitantes seja inabilitado, o envelope contendo a proposta deve ser entregue intacto a ele (art. 43, I, da Lei nº 8.666/93).

- d) os invólucros das propostas devem permanecer fechados até a data marcada para o julgamento do certame;
- e) lavra-se ata a ser assinada pelos licitantes e pelos membros da comissão.

**Observação:**

Em alguns procedimentos específicos, a fase de habilitação pode sofrer variações.

Ex.: na *alienação de bens* (Seção VI, do Capítulo I, art. 18, da Lei nº 8.666/93) “[...] a fase de habilitação limitar-se-á à comprovação do recolhimento de quantia correspondente a 5% (cinco por cento) da avaliação.”

Ex.: conforme art. 32, § 1º, da Lei nº 8.666/93, “A documentação de que tratam os arts. 28 a 31 desta lei poderá ser dispensada, no todo ou em parte, nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão”.

### 3.3.2.5 Documentação relativa à habilitação

O art. 27 da Lei de Licitações faz uma lista de documentos que é explicada na tabela que segue:

Lista do art. 27	Explicação
<p>I - habilitação jurídica</p> <p>Observação: Deve ser pontuado que os documentos da habilitação jurídica são de obrigatória exigência em cada licitação, de acordo com o rol constante no art. 28 da Lei nº 8.666/93</p>	<p>Art. 28. A documentação relativa à habilitação jurídica, conforme o caso, consistirá em:</p> <p>I - cédula de identidade;</p> <p>II - registro comercial, no caso de empresa individual;</p> <p>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;</p> <p>IV - inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades civis, acompanhada de prova de diretoria em exercício;</p> <p>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.</p>

<p>II - qualificação técnica</p> <p>Observação: Conferir, ainda, as disposições dos parágrafos do art. 30 e Parecer nº <a href="#">15.126</a>, aprovado em 09/11/09, da PGE-RS.</p>	<p>Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:]</p> <p>I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;</p> <p>II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação e indicação das instalações, 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;</p> <p>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;</p> <p>IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.</p>
<p>III - qualificação econômico-financeira</p> <p>Observação: Conferir, ainda, as disposições dos parágrafos do art. 31.</p> <p>O STJ (REsp. 402.711-SP, Primeira Turma, j. 11/06/2002) e o Tribunal de Contas da União (Acórdão nº 273/00, Pleno, j. 1º/11/2000) entenderam que a Administração Pública não precisa exigir todos os documentos listados no art. 31 da Lei de Licitações, os quais se referem à qualificação econômico-financeira.</p>	<p>Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:</p> <p>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 três meses da data de apresentação da proposta;</p> <p>II - certidão negativa de falência ou concordata, expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;</p> <p>III - garantia, nas mesmas modalidades e nos mesmos critérios previstos no caput e § 1º do art. 56 da Lei de Licitações, limitada a 1% do valor estimado do objeto da contratação.</p>

<p>IV - regularidade fiscal (vide Lei nº 12.440/11)</p> <p>Observação: Devem ser destacadas, ainda, as disposições dos parágrafos do art. 29 da Lei de Licitações.</p>	<p>Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal, conforme o caso, consistirá em: (vide Lei nº 12.440/11)</p> <p>I - prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);</p> <p>II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou à sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;</p> <p>III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;</p> <p>IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei (redação dada pela Lei nº 8.883/94).</p>
<p>V - cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal (incluído pela Lei nº 9.854/99).</p>	<p>Constituição Federal/88, art. 7º, XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos.</p>

Esses documentos devem ser exigidos do licitante, para que se avalie a idoneidade de sua participação no certame. Assim, entende-se que a decisão sobre as condições de habilitação é de *natureza vinculada*.

Os documentos exigidos no art. 27 são, em verdade, condições para a habilitação do interessado. Esses requisitos devem ser conjugados, por exemplo, com as exigências do art. 9º e outras previstas na lei e em outras regras (como a proibição de contratar com a Administração Pública como sanção por ato de improbidade cometido - art. 12, incisos I a III, da Lei nº 8.249/92).

Os pressupostos do art. 27 da Lei nº 8.666/93 são *documentais*. Não se pode, por exemplo, exigir que o interessado, na fase de habilitação, forneça *amostras* do produto licitado (TCU, Acórdão nº 1.113/08, Pleno, 11/06/2008). Essa seria uma exigência ilegal.

As hipóteses desse artigo são taxativas - *numeros clausus* (PGE-RS, Parecer nº [14.211](#), de 05/04/05) -, o que significa dizer que somente podem ser exigidas do interessado as condições previstas no dispositivo. Não podem ser previstos requisitos que não sejam possíveis de catalogar em uma dessas hipóteses mencionadas (TCU, Acórdão nº 991/06, Pleno, 21/06/2006). Nem mesmo as legislações estadual ou municipal podem ampliar esse catálogo (PGE-RS, Parecer nº [14.495](#), aprovado em: 05/05/06; STF, ADI nº 3.670-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, j. 02/04/2007).

É importante destacar que o elenco dos arts. 28 a 31 estabelece um limite máximo. A Administração Pública tem a faculdade de estabelecer menos condições. O que pode balizar

uma maior ou menor quantidade ou complexidade das exigências será o objeto licitado. Adverte-se, por oportuno, que, no momento em que se exige uma maior e mais complexa gama de requisitos para licitar, aumenta-se a segurança de uma contratação hígida, ao mesmo tempo em que se está propenso a limitar o número de participantes, o que pode aumentar o preço da contratação.

Então, o Poder Público deverá sopesar duas premissas: o grau de *vantajosidade das propostas* em relação à necessidade de *segurança nas contratações*. Será no caso concreto que se avaliará o menor ou maior nível de severidade dos requisitos de habilitação, balanceando essas duas premissas (TCU, Acórdão nº 992/07, 1ª Câmara, 18/04/2007). E é justamente este o sentido do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988.

**Art. 37 (...) 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.**

Além disso, os requisitos da habilitação devem ser redigidos com clareza e objetividade, permitindo que os licitan-

tes possam compreender com certa facilidade aquilo que lhes é imposto para participar do certame. Essa premissa deriva, invariavelmente, do dever de publicidade e de transparência constante no art. 37, *caput*, da Constituição Federal/88 (STJ, MS 5.655-DF, Primeira Seção, j. 27/05/1998).

Esse dever, contudo, não impede que, em certos casos, as exigências para a habilitação contenham termos técnicos, pertinentes a determinadas ciências. Por exemplo, uma licitação que tenha por objeto a construção de uma barragem certamente terá um edital com requisitos de habilitação repletos de termos técnicos, ligados, por exemplo, à engenharia, à geologia, à biologia etc. Expressões essas somente decodificáveis por quem é experto nessas áreas do conhecimento. Mesmo assim, não se pode reputar obscuro o edital, desde que qualquer engenheiro, geólogo ou biólogo, para ficar com o exemplo dado, possa compreender com facilidade aquilo que se é exigido.

As exigências para um interessado habilitar-se no processo licitatório devem ser cobradas *na data da abertura da licitação*, nunca quando é publicado o edital (TCU, Acórdão nº 1.898/06, Pleno, 11/10/2006). É possível que se possa dar ao interessado a possibilidade de comprovar certos requisitos de habilitação em momento posterior, caso expressamente previsto no edital, sendo tal faculdade estendida a todos os participantes.

Por fim, pontua-se que existe debate envolvendo a exigência de que os candidatos, para serem considerados habilitados, devem ser certificados pela série ISO (ex.: 9000, 9001, 9002...) ou por outros qualificativos, como CMM etc. A manu-

tenção dessas condições tem sido rechaçada, ou seja, reputada como ilegal (TCU, Acórdão nº 152/00, Pleno, 09/08/2000).

### **Pareceres da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**

LICITAÇÃO. QUALIFICAÇÃO TÉCNICO-PROFISSIONAL (ART. 30, PAR. 1º, INCISO I, DA LEI Nº 8.666/93). COMPROVAÇÃO DE VÍNCULO ENTRE O PROFISISONAL E O LICITANTE. ADMISSIBILIDADE DA EXISTÊNCIA DE CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, REGIDO PELA LEGISLAÇÃO CIVIL, NAS LICITAÇÕES PARA OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA. PRECEDENTES DO TCU. (PGE-RS, Parecer nº [15.126](#), de 09/11/2009).

(...) Nesse passo, em consonância com o espírito restritivo da disposição constitucional e da lei posterior que regulamenta a matéria, a Doutrina tem entendimento majoritário no sentido de que a regularidade com a Fazenda Pública a ser evidenciada é aquela perante o ente que promove a licitação. Nesse sentido, transcreve-se o entendimento do Doutrinador Marçal Justen Filho, em sua obra “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, 9ª edição, pág. 308:

“Ou seja, há apenas duas soluções juridicamente cabíveis. A primeira é entender que a existência de uma dívida fiscal, em qualquer lugar do Brasil, é suficiente para acarretar a inabilitação. A outra é reputar que somente a dívida em face da entidade que promove a licitação é que impedirá a habilitação. Não é possível solução intermediária, no sentido de que algumas dívidas fiscais acarretam inabilitação e outras, não.

É claro que a adoção da primeira alternativa conduzirá à inviabilidade da licitação, pela complexidade da comprovação da regularidade fiscal em face dos Estados e, especialmente, dos Municípios. Como é óbvio, todos os argumentos aplicáveis aos Estados estender-se-iam aos Municípios. É praticamente impossível apurar se o licitante está em situação regular diante do Fisco de todos os Municípios.

Não caberia, sequer, o último argumento, de verdadeiro desespero, consistente em invocar a texto literal da Lei. Ou seja, diante da impossibilidade de defender interpretação fundada no espírito da regra e em critérios jurídicos mais profundos, recorrer-se-ia à sua letra. Dir-se-ia que a redação do inciso III induz a conclusão ora combatida. Para rebater o argumento, basta invocar a regra constitucional que restringe as exigências de habili-

tação ao mínimo. Poderia acrescentar-se a vedação ao desvio de poder e o repúdio a interpretações fundadas exclusivamente no aspecto literal, sem qualquer respaldo por outros métodos hermenêuticos e conducentes a resultado despropositado. A redação do inciso III não é o critério fundamental para determinação de seu conteúdo jurídico. Portanto, deverá reputar-se que a regularidade a ser evidenciada é aquela perante o ente que promove a licitação.”

No presente caso concreto, o ente que promove a licitação é o Estado do Rio Grande do Sul, devendo ser evidenciada a regularidade perante a Fazenda Pública levando-se em consideração as peculiaridades dessa pessoa jurídica de direito público. Por conseguinte, importa, para o Estado do Rio Grande do Sul, comprovar a regularidade perante a Fazenda Pública nas esferas da União, do próprio Estado do Rio Grande do Sul e dos Municípios onde porventura constar a sede e a filial da empresa responsável pela expedição das notas de empenho e notas fiscais. Ainda, o Decreto Estadual nº 43.626/2005/GAB/CELIC deve ser lido em consonância com o espírito restritivo que permeia as disposições legais que regulamentam a matéria. Ora, fazendo-se uma interpretação conforme a lei do Decreto Estadual nº 43.626/2005, face o

arcabouço legal que regulamenta a matéria, é forçoso concluir que somente é possível de se exigir do contratado, para fins de comprovação da regularidade fiscal, aquilo que ainda não restar comprovado após ultrapassada a fase da habilitação na licitação.

(PGE-RS, Parecer nº [14.495](#), de 05/05/2006).

(...) Assim, concluo no sentido de que não é possível ao DETRAN exigir a certidão de regularidade sindical no rol dos documentos para habilitação ao credenciamento dos Centros de Formação de Condutores, sendo, portanto, de ser indeferido o requerido no documento das fls. 02-03, bem como desconsiderada a notificação das fls. 08-10, dando-se ciência ao sindicato requerente. (PGE-RS, Parecer nº [14.211](#), de 05/04/2005).

### **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**

Ação direta de inconstitucionalidade: L. Distrital 3.705, de 21.11.2005, que cria restrições a empresas que discriminarem na contratação de mão-de-obra: inconstitucionalidade declarada. 1. Ofensa à competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação administrativa, em todas as modalidades, para as administrações

públicas diretas, autárquicas e fundacionais de todos os entes da Federação (CF, art. 22, XXVII) e para dispor sobre Direito do Trabalho e inspeção do trabalho (CF, arts. 21, XXIV e 22, I). 2. Afronta ao art. 37, XXI, da Constituição da República - norma de observância compulsória pelas ordens locais - segundo o qual a disciplina legal das licitações há de assegurar a “igualdade de condições de todos os concorrentes”, o que é incompatível com a proibição de licitar em função de um critério - o da discriminação de empregados inscritos em cadastros restritivos de crédito -, que não tem pertinência com a exigência de garantia do cumprimento do contrato objeto do concurso. (STF, ADI 3.670-DF, Rel, Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, j. 02/04/2007).

### **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EDITAL. ALEGATIVA DE VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 27, III E 31, I, DA LEI 8666/93. NÃO-COMETIMENTO. REQUISITO DE COMPROVAÇÃO DE QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA CUMPRIDA DE ACORDO COM A EXIGÊNCIA DO EDITAL. RECURSO DESPROVIDO.

1. A comprovação de qualificação econômico-

financeira das empresas licitantes pode ser aferida mediante a apresentação de outros documentos. A Lei de Licitações não obriga a Administração a exigir, especificamente, para o cumprimento do referido requisito, que seja apresentado o balanço patrimonial e demonstrações contábeis, relativo ao último exercício social previsto na lei de licitações (art. 31, inciso I), para fins de habilitação.

2. “In casu”, a capacidade econômico-financeira foi comprovada por meio da apresentação da Certidão de Registro Cadastral e certidões de falência e concordata pela empresa vencedora do Certame em conformidade com o exigido pelo Edital.

3. Sem amparo jurídico a pretensão da recorrente de ser obrigatória a apresentação do balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, por expressa previsão legal. Na verdade, não existe obrigação legal a exigir que os concorrentes esgotem todos os incisos do artigo 31, da Lei 8666/93.

4. A impetrante, outrossim, não impugnou as exigências do edital e acatou, sem qualquer protesto, a habilitação de todas as concorrentes.

5. Impossível, pelo efeito da preclusão, insurgir-se após o julgamento das propostas, contra as regras da licitação.

6. Recurso improvido.

(STJ, Resp. 402.711-SP, j. 11/06/2002).

No procedimento licitatório, as cláusulas editalícias não de ser redigidas com a mais lídima clareza e precisão, de modo a evitar perplexidades e possibilitar a observância pelo universo de participantes.

(STJ, MS 5.655-DF, Primeira Seção, j. 27/05/1998).

### **Acórdãos do Tribunal de Contas da União**

LICITAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL. SUSPENSÃO CAUTELAR DO CERTAME. OITIVA. EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE AMOSTRAS ANTES DA FASE DE JULGAMENTO. ILEGALIDADE. POSSÍVEL RESTRIÇÃO À COMPETITIVIDADE DO CERTAME. CONHECIMENTO. REPRESENTAÇÃO PREJUDICADA ANTE A PERDA DE OBJETO. DETERMINAÇÕES CORRETIVAS. A exigência de amostras a todos os licitantes, na fase de habilitação ou de classificação, além de ser ilegal, pode impor ônus excessivo aos licitantes, encarecer o custo de participação na licitação e desestimular a presença de potenciais interessados.

(TCU, Acórdão 1.113/2008, Pleno, j. 11/06/2008).

REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. IRREGULARIDADES NA INABILITAÇÃO DE LICITANTES. RESTRIÇÕES AO CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME. PROCEDÊNCIA. Considera-se procedente Representação de licitante, para determinar o cumprimento das normas do Regulamento de Licitações e Contratos dos Serviços Sociais Autônomos e dos princípios norteadores dos torneios licitatórios, legalidade, competitividade, vinculação ao edital, entre outros, com vistas a que, em futuras disputas, a entidade abstenha-se de restringir o caráter competitivo dos certames. (TCU, Acórdão nº 992/2007, 1ª Câmara, j. 18/04/2007).

### **3.3.2.6 Forma da apresentação dos documentos**

A *forma* com que os documentos devem ser apresentados encontra-se disposta no art. 32 da Lei nº 8.666/93:

**Art. 32. 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.**

**§ 1º A documentação de que tratam os arts. 28 a 31 desta Lei poderá ser dispen-**

sada, no todo ou em parte, nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão.

§ 2º O certificado de registro cadastral a que se refere o § 1º do art. 36 substitui os documentos enumerados nos arts. 28 a

31, quanto às informações disponibilizadas em sistema informatizado de consulta direta indicado no edital, obrigando-se a parte a declarar, sob as penalidades legais, a superveniência de fato impeditivo da habilitação.

§ 3º A documentação referida neste artigo 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 nesta Lei.

§ 4º As empresas estrangeiras que não funcionem no País, tanto quanto possível, atenderão, nas licitações internacionais, às exigências dos parágrafos anteriores mediante documentos equivalentes, autenticados pelos respectivos consulados e traduzidos por tradutor juramentado, devendo ter representação legal no Brasil com poderes expressos para receber citação e responder administrativa ou judicialmente.

§ 5º Não se exigirá, para a habilitação de que trata este artigo, prévio recolhimento

de taxas ou emolumentos, salvo os referentes a fornecimento do edital, quando solicitado, com os seus elementos constitutivos, limitados ao valor do custo efetivo de reprodução gráfica da documentação fornecida.

§ 6º O disposto no § 4º deste artigo, no

§ 1º do art. 33 e no § 2º do art. 55, não se aplica às licitações internacionais para a aquisição de bens e serviços cujo pagamento seja feito com o produto de financiamento concedido por organismo financeiro internacional de que o Brasil faça parte, ou por agência estrangeira de cooperação, nem nos casos de contratação com empresa estrangeira, para a compra de equipamentos fabricados e entregues no exterior, desde que para este caso tenha havido prévia autorização do Chefe do Poder Executivo, nem nos casos de aquisição de bens e serviços realizada por unidades administrativas com sede no exterior.

O dispositivo em questão pode ser resumido da seguinte maneira:

Os documentos devem ser apresentados da seguinte forma:

a) original;

- b) por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da administração ou publicação em órgão da imprensa oficial;
- c) o certificado de registro cadastral substitui *todos os documentos e regularidade*, menos o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal; a parte deve declarar, sob as penalidades legais, a superveniência de fato impeditivo da habilitação (§ 2º do art. 32, da Lei nº 8.666/93);
- d) as empresas estrangeiras podem juntar documentos equivalentes, autenticados pelos respectivos consulados e transpostos ao idioma nacional por tradutor juramentado, devendo ter representação legal no Brasil e poderes expressos para receber citação e responder administrativa ou judicialmente (§ 4º do mesmo artigo citado na letra “c”). Esta exigência não se aplica às licitações internacionais para a aquisição de bens e serviços cujo pagamento seja feito com o produto de financiamento concedido por organismo financeiro internacional de que o Brasil faça parte ou por agência estrangeira de cooperação, nem nos casos de contratação com empresa estrangeira, para a compra de equipamentos fabricados e entregues no exterior, desde que para este caso tenha havido prévia autorização do Chefe do Poder Executivo, nem nos casos de aquisição de bens e serviços realizada por unidades administrativas com sede no exterior

(§ 5ª do mesmo artigo citado anteriormente) - STJ, REsp 421.946-DF, Primeira Turma, j. 07/02/2006.

A intenção do referido dispositivo foi eliminar a necessidade de que os documentos venham à autoridade processante somente em via original. Destaca-se que a Administração Pública pode contestar a validade dos documentos, mesmo daqueles autenticados, porque esta qualificação não gera uma presunção absoluta no sentido de afastar qualquer falsidade.

A apresentação dos documentos exigidos pela Lei de Licitações deve ser feita mesmo diante de caso de inexigibilidade da licitação (art. 25) - PGE-RS, Parecer nº [13.202](#), de 22/01/01. Quando se tratar de empresa estrangeira, o art. 32, § 4º, da Lei nº 8.666/93 determina que: “As empresas estrangeiras que não funcionem no País, tanto quanto possível, atenderão, nas licitações internacionais, às exigências dos parágrafos anteriores mediante documentos equivalentes, autenticados pelos respectivos consulados e traduzidos por tradutor juramentado, devendo ter representação legal no Brasil com poderes expressos para receber citação e responder administrativa ou judicialmente.”. Sobre o tema, é importante transcrever parte do Parecer nº [13.202](#), da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul:

As empresas estrangeiras que não funcionem no País, tanto quanto possível, atenderão, nas licitações internacionais, às exigências dos parágrafos anteriores mediante docu-

mentos equivalentes, autenticados pelos respectivos consulados e traduzidos por tradutor juramentado, devendo ter representação legal no Brasil com poderes expressos para receber citação e responder administrativa ou judicialmente.

Ocorre que o § 4º do art. 32, anteriormente invocado, dispõe que as empresas estrangeiras que não funcionem no País, tanto quanto possível, atenderão, nas licitações internacionais, às exigências de habilitação, mediante o fornecimento de documentos equivalentes, autenticados pelos Consulados, devidamente traduzidos, devendo ter representação legal no Brasil com poderes expressos para receber citação e responder administrativa ou judicialmente. Contenta-se a lei brasileira com a apresentação de documentação equivalente. Então surge o impasse sobre a aceitação pura e simples de documentos de habilitação do exterior, desde que sejam traduzidos pelo Consulado.

Evidentemente que a empresa estrangeira, para celebrar um contrato eventual com a Administração Pública brasileira, não poderá ficar compelida a apresentar comprovações brasileiras. E foi isto que a lei visou evitar, sob pena de afastar qualquer possibilidade de contratação internacional. No entanto, em relação à legislação especial, como é o caso da que regula as profissões, havendo pre-

visão expressa da necessidade de a empresa estrangeira obter o registro temporário na respectiva entidade - CREA - deve-se impor a observância desse requisito específico, evitando-se a impugnação judicial da atividade, com reflexos na execução do contrato administrativo, salvo se o CREA, uma vez ciente de que a empresa estrangeira não funcionará no Brasil, dispensar o respectivo registro, ainda que temporário, o que é bastante improvável, diante da abrangência da atuação de tal Conselho profissional.

(PGE-RS, Parecer nº [13.202](#), de 22/01/2001).

Os §§ 2º e 3º do art. 32 da Lei nº 8.666/93 permitem que os documentos mencionados sejam substituídos pelo *Certificado de Registro Cadastral (CRC)*. Inclusive, há a possibilidade de se recorrer ao cadastro de outros órgãos. Assim, como bem mencionado no Parecer nº [12.476](#): “Tratando-se do mesmo instrumento jurídico, tanto o Certificado de Registro Cadastral, em sua feição material, quanto aquele oriundo de informação obtida através de banco de dados, substituem documentos habilitatórios exigidos em lei.”. Conferir: PGE-RS, Parecer nº [12.476](#), de 19/03/99. No mesmo sentido: STJ, REsp. 402.826-SP, Segunda Turma, j. 18/02/2003.

No caso dos documentos que podem ser acessados pela via eletrônica, não se precisa anexar os documentos, bastando que se exija a declaração do interessado, sob as penalidades legais, no sentido de serem verossímeis os dados. Ressalva-se o surgimento de superveniente fato impeditivo à habilitação.

Por fim, é importante mencionar que o § 5º do art. 32 da Lei nº 8.666/93 veda que se cobrem emolumentos ou taxas para participar do certame, exceto aquelas relativas ao custo de reprodução do edital, quando uma cópia deste é solicitada. Assim, o dispositivo em questão tem como meta evitar que se estabeleçam restrições indiretas à participação dos interessados.

### **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**

LICITAÇÃO. ATRASO. ENTREGA. HABILITAÇÃO.

Na entrega da documentação relativa à habilitação do licitante, constitui motivo de exclusão do certame licitatório o atraso de dez minutos após o horário previsto no edital marcado para o início da sessão. Ponderou, ainda, o Min. Relator que, na lei não existem palavras inúteis ou destituídas de significação deontológica, verifica-se, assim, que o legislador, no art. 41 da Lei n. 8.666/1993, impôs, com apoio no princípio da legalidade, a interpretação restritiva do preceito, de modo a resguardar a atuação do administrador público, visto que esse atua como gestor da *res publica*. Daí a necessidade do vocábulo “estritamente” no artigo citado. Com esse entendimento, a Turma proveu o recurso da União, reformando a decisão do Tribunal *a quo* que

aplicou o princípio da razoabilidade para afastar o rigor do horário previsto no edital licitatório. (STJ, REsp 421.946-DF, Primeira Turma, j. 7/2/2006).

#### ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO - DECA-DÊNCIA - DISPENSA DE DOCUMENTOS.

1. A partir da publicação do edital de licitação, nasce o direito de impugná-lo, direito que se esvai com a aceitação das regras do certame (divergência na Corte, com aceitação da tese na 2ª Turma, nos precedentes ROMS 10.847/MA e RMS 15.051/RS).

2. O § 3º do art. 32 da Lei 8.666/93 permite a substituição dos documentos dos arts. 28 a 31 pela apresentação do Certificado de Registro Cadastral - CRC, sem restrição, se o registro estiver de acordo com as exigências formais da lei.

3. Recurso especial improvido.

(STJ, REsp. 402.826-SP, Segunda Turma, j. 18/02/2003).

#### **3.3.2.7 Possibilidade de serem tomadas diligências**

O § 3º do art. 43 da Lei nº 8.666/93 autoriza que “[...] a 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.” (No mesmo sentido: STJ, MS 12.762-DF, Primeira

Seção, j. 28/05/2008). Em verdade, essas providências servem para que se comprovem situações que surgiram e permanecem obscuras. Não se pode, com isso, permitir que um participante do certame tenha oportunidade de anexar um documento ou um dado de que tenha esquecido, ou seja, que deveria ter juntado quando do prazo para entrega dos envelopes.

O dispositivo mencionado aborda típico caso em que a Administração Pública pode comparecer para verificar pessoalmente as condições dos produtos ou do maquinário. Essas providências devem ser documentadas, e o contraditório e a ampla defesa de todos os participantes devem ser sempre garantidos.

Nesse sentido, admite-se que a comissão processante se valha da opinião técnica de terceiros, ou seja, de expertos em determinadas áreas do conhecimento não dominadas pelos membros que conduzem a licitação. “A promoção de diligência é uma faculdade da Comissão de licitação, constituindo, portanto, medida discricionária do administrador.” (STJ, REsp. 102.224-RS, Segunda Turma, j. 23/05/2005).

### **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**

MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. HABILITAÇÃO. DENEGAÇÃO.

1. À Administração Pública é lícito proceder a diligências para averiguar se os licitantes estão em situação de regularidade fiscal.
2. As diligências para esclarecimento no cur-

so de procedimento licitatório visam impor segurança jurídica à decisão a ser proferida, em homenagem aos princípios da legalidade, da igualdade, da verdade material e da guarda aos ditames do edital.

3. Comprovação da regularidade fiscal que impera.

4. Ausência de qualquer ilegalidade no procedimento licitatório.

5. Denegação da segurança.

(STJ, MS 12.762-DF, Primeira Seção, j. 28/5/2008).

### **3.3.2.8 Inabilitação dos concorrentes - Licitação fracassada**

A licitação é considerada *fracassada* quando *todos os licitantes forem inabilitados* ou *todas as propostas forem desclassificadas* (art. 48, § 3º, da Lei nº 8.666/93). Não é possível ser apresentada proposta que contenha 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. Nesse caso de licitação fracassada, *a dispensa de licitação não é possível*, ou seja, é imprescindível que se promova outro procedimento de licitação para a contratação, na tentativa de que seja, em uma segunda oportunidade, habilitado um interessado e selecionada uma proposta, pelo menos.

A licitação fracassada não se confunde com a *licitação deserta*. Neste último caso, não comparece qualquer interessado ao certame. Na hipótese anterior, até compareceram licitantes, mas todos eles, como dito, ou foram inabilitados, ou suas propostas foram rejeitadas. Na licitação deserta, ninguém se mostra disposto a fornecer o produto ou o serviço que a Administração Pública pretende contratar. *Nesse caso, pode ser dispensada a licitação* (art. 24, inciso V, da Lei nº 8.666/93).

**Art. 24, V – é dispensável a licitação 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.**

### **3.3.2.9 Decisão de encerramento da fase de habilitação e divulgação dos resultados**

Ao final do processo licitatório, a comissão deve julgar eventuais recursos - *protocolados em cinco dias úteis* -, e proclamar aqueles licitantes que estão aptos a continuarem no certame, declarando-os habilitados. Pode ser realizada sessão específica para cientificar os participantes do resultado. Caso não compareçam todos os concorrentes na solenidade, deve ser publicado o resultado na imprensa oficial (art. 109, § 1º, da Lei nº 8.666/93).

Deve ser feita uma diferenciação muito importante: a

obrigação de publicação na imprensa refere-se à *decisão dos recursos*. A ciência das partes da *interposição de um recurso* pode ser feita por outras vias, desde que garantidos o contraditório e a ampla defesa, bem como guarnecido o princípio da publicidade - art. 37, *caput*, Constituição Federal/88 (TCU, Acórdão nº 1.788/03, Pleno, j. 26/11/2003).

### **3.3.2.10 Recurso da decisão que encerra a fase de habilitação**

Os interessados possuem prazo de cinco dias úteis para recorrer (art. 109, *caput*, da Lei nº 8.666/93), com a possibilidade de se interpor *contrarrrazões* dos demais interessados em mesmo prazo (art. 109, § 3º, da Lei nº 8.666/93). Há idêntico prazo para retratação e julgamento no mesmo interregno de tempo (art. 109, § 4º, da Lei nº 8.666/93).

Sistematizando o procedimento explicitado acima:

Recurso à Contrarrrazões à Retratação à Decisão da autoridade superior

(Obs.: Todos os atos são praticados em CINCO DIAS ÚTEIS).

#### **Observação:**

- É importante que esses prazos sejam respeitados.
- Somente após o julgamento de todos os recursos eventualmente interpostos é que se deve dar prosseguimento do certame.

- Publicada a decisão, não é possível a “[...] desistência de proposta, salvo por motivo justo decorrente de fato superveniente e aceito pela Comissão.” (art. 43, § 6º, da Lei nº 8.666/93). Cria-se, para a Administração Pública, um direito subjetivo no sentido de se verem examinadas as propostas formuladas pelos licitantes habilitados.

Destaca-se, por oportuno, que, *não cabe recurso da decisão que declara inidôneo um participante*, porque a lei nada referiu nesse sentido (art. 87, § 3º, da Lei nº 8.666/93). Isso porque a aplicação da penalidade já é feita pela autoridade superior.

### **3.3.2.11 Julgamento das propostas**

O julgamento das propostas é ato público que sucede à *abertura dos envelopes de propostas*. Sugerem-se algumas providências a serem tomadas:

- a) colher a rubrica de todos os licitantes presentes em todas as folhas das propostas;
- b) lavrar a ata que será firmada por todos os presentes (§ 1º do art. 43 da Lei nº 8.666/93).

Julgam-se as propostas de acordo com os critérios do edital. O art. 44, § 3º, da Lei nº 8.666/93 afirma que as propostas devem ser desclassificadas sempre que (ressalva-se que todos os itens devem estar presentes):

- a) forem incompatíveis com os preços dos insumos e salá-

- rios de mercado, acrescidos dos respectivos encargos;
- b) tenham preço global ou unitário simbólico, irrisório ou de valor zero;
- c) nos casos dos itens anteriores, não se refiram a materiais e instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais ele renuncie a parcela ou a totalidade da remuneração;
- d) contenham 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 (art. 44, § 2º, da Lei nº 8.666/93);
- e) incompatíveis com os termos do edital (art. 48, I, da Lei nº 8.666/93);
- f) tenham preços excessivos ou tenham valor global superior ao limite estabelecido (art. 48, II, primeira parte, da Lei nº 8.666/93);
- g) sejam inexequíveis, salvo se comprovar o contrário (art. 48, II, segunda parte, da Lei nº 8.666/93);
- h) sejam ilegais ou violadoras de princípios jurídicos.

Em verdade, os critérios de julgamento das propostas já foram previstos no edital, tributando-se, assim, segurança e previsibilidade aos participantes. Os critérios de julgamento, que refletem o *tipo de licitação*, podem ser escolhidos pela Administração Pública de acordo com o objeto a ser contratado, na forma do art. 45 da Lei nº 8.666/93.

O julgamento das propostas levará em conta dois critérios:

- (a) a *regularidade*; e
- (b) a *vantajosidade*.

Para tanto, o edital deve fazer previsão expressa aos *critérios objetivos de julgamento*, que estabeleçam qual o nível de qualidade exigido (TCU, Acórdão nº 2.028/06, Pleno, j. 1º/11/2006). Por exemplo, ele deve prever qual a pontuação de cada fator que compõe um padrão de qualidade. Imagine que um determinado ente público tem interesse em contratar uma empresa de consultoria em determinada área do conhecimento, pretendendo selecionar a melhor proposta pelo critério *melhor técnica*. Assim, deve estabelecer critérios claros e objetivos de julgamento, pontuando cada qual. Hipoteticamente, o ente contratado pode estabelecer um grau de pontuação para os casos de se ter atuação prévia no ramo, de já ter desenvolvido projetos similares, se seus prestadores de serviço possuem determinada qualificação etc.

### **3.3.2.12 No caso de todas as propostas serem rejeitadas**

A comissão de licitação pode conceder oito dias úteis para os participantes apresentarem novas propostas (art. 48, § 3º, da Lei nº 8.666/93), prazo este que pode ser reduzido para três dias úteis, no caso do procedimento de convite. Destaca-se que esta é uma faculdade, ou seja, não é obrigatória a concessão de nova oportunidade para apresentação de propostas. A decisão a este

respeito compete à autoridade superior, e não à comissão de licitação.

**Art. 48 (...) § 3º 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 referidas neste artigo, facultada, no caso de convite, a redução deste prazo para três dias úteis.**

Merece destaque o fato de que o prazo de oito dias começa a correr simultaneamente com o prazo para interpor recurso. Assim, intimado o licitante da decisão que o desclassificou, os prazos passam a correr simultaneamente. Caso a parte interponha um recurso, o seu prazo para apresentar novos documentos/proposta fica *suspense* até a decisão final, quando então reinicia.

A desclassificação das propostas pode se dar por:

(a) *vício de ordem formal*: quando o interessado não cumpre com as determinações formais constantes no edital ou na lei. Nesse caso, o descumprimento deve ser grave. Não basta, para desclassificar um participante, que este pratique uma mera irregularidade, sem relevância ou prejuízo ao certame;

(b) *vício de ordem material*: ligado ao conteúdo da proposta, ou seja, os defeitos impedem que a comissão aprecie o pedido. A proposta deve ser *séria, certa e exequível*. Enfim,

deve ser *objetiva* e *viável*, além de *pertinente*, claro, com o objeto constante no instrumento convocatório.

No que se refere às propostas ditas inexequíveis, os §§ 1º e 2º do art. 48 da Lei nº 8.666/93 fornecem parâmetros objetivos para a definição deste termo. É bom que se diga que tais dispositivos determinam uma presunção relativa, que bem pode, assim, ser afastada no caso concreto.

**Art. 48 (...) § 1º Para os efeitos do disposto no inciso II deste artigo consideram-se manifestamente inexequíveis, no caso de licitações de menor preço para obras e serviços de engenharia, as propostas cujos valores sejam inferiores a 70% (setenta por cento) do menor dos seguintes valores: a) média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% (cinquenta por cento) do valor orçado pela administração, ou**

**b) valor orçado pela administração.**

**§ 2º Dos licitantes classificados na forma do parágrafo anterior cujo valor global da proposta for inferior a 80% (oitenta por cento) do menor valor a que se referem as alíneas “a” e “b”, será exigida, para a assinatura do contrato, prestação de garantia adicional, dentre as modalidades previstas no § 1º do art. 56, igual a diferença entre o valor resultante do parágrafo anterior e o valor da correspondente proposta.**

O importante é ter a noção de que o artigo não veda que se acolham propostas com preço baixo, desde que a Administração Pública se acerque de que o proponente possa dar o efetivo cumprimento. É de bom alvitre que o edital da licitação traga de forma clara os critérios que serão considerados para declarar uma proposta como sendo impraticável, a tal ponto de desclassificar o interessado.

Caso um licitante tenha sido excluído do certame por outros motivos (como não ter sido nem sequer habilitado), não poderá, nessa nova oportunidade permitida pelo § 3º do art. 48 da Lei nº 8.666/93, participar enviando novamente os documentos e a proposta. Caso o interessado tenha sido eliminado em uma fase anterior, não pode querer voltar ao processo licitatório neste momento (TCU, Acórdão nº 2.048/06, Plenário, j. 08/11/2006).

### **3.3.2.13 No caso de empate**

Na hipótese de se ter empate na primeira colocação, devem ser aplicados os critérios mencionados no art. 3º, § 2º, da Lei nº 8.666/93. Seleciona-se a proposta que apresente o objeto licitado:

- a) produzido no País;
- b) produzido ou prestado por empresas brasileiras;
- c) produzido ou prestado por empresas que invistam na pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País;

**Art. 3º (...) §2º Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:**

**I - (Revogado pela Lei nº 12.349, de 2010)**

**II - produzidos no País;**

**III - produzidos ou prestados por empresas brasileiras.**

**IV - produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005).**

Há uma premência de um critério sobre o outro, na ordem apresentada. Assim, primeiro é aplicada a fórmula de desempate constante na letra “a”, supra (que espelha o inciso II do art. 3º da Lei nº 8.666/93). Caso os interessados ainda permaneçam empatados, deve ser aplicado o disposto na letra “b” (inciso III do mesmo artigo). E assim sucessivamente.

Caso os licitantes ainda permaneçam empatados, deve-se proceder a um sorteio (art. 45, § 2º, da Lei nº 8.666/93). Essa forma aleatória de escolha da proposta deve ser feita em ato público, garantindo-se aos participantes o mais amplo acesso à solenidade. Esses critérios não se aplicam aos produtos ligados à área de informática, que possui regime próprio. Destaca-se que o art. 5º, § 7º, da Lei estadual gaúcha nº 13.706/2011 estabelece que, nas licitações do tipo menor preço, as microempresas e as empresas de pequeno porte têm, em caso de empate, preferência de contratação, estabelecendo critérios nesse sentido.

### **Legislação correlata estadual**

Lei Estadual gaúcha nº 13.706/2011 – art. 5º.  
Art. 5º Nas licitações do tipo menor preço, as microempresas e as empresas de pequeno porte têm, em caso de empate, preferência de contratação.

§ 1º Para efeito do disposto no “caput”, o empate caracteriza-se quando as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta melhor classificada, desde que esta não tenha sido apresentada por outra microempresa ou empresa de pequeno porte.

§ 2º Na modalidade pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1.º será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.

§ 3º A preferência de que trata este artigo será concedida da seguinte forma:

I - ocorrendo o empate, a microempresa ou a empresa de pequeno porte melhor classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado o objeto em seu favor;

II - na hipótese da não contratação da microempresa ou empresa de pequeno porte, com base no inciso I, serão convocadas as remanescentes que porventura se enquadrem em situação de empate, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito; e

III - no caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrem em situação de empate, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.

§ 4º Não se aplica o sorteio disposto no inciso III do § 3.º quando, por sua natureza, o procedimento não admitir o empate real, como acontece na fase de lances do pregão, em que os lances equivalentes não são considerados iguais, sendo classificados conforme a ordem de apresentação pelos licitantes.

#### **3.3.2.14 Relatório, divulgação e recursos**

Após a escolha da melhor proposta, deve ser:

- a) divulgado o resultado;
- b) elaborado relatório pela comissão, sendo encaminhado à autoridade superior.

Nesse ínterim, abre-se prazo para recurso, a ser eventualmente interposto no prazo de cinco dias úteis.

#### **3.3.2.15 Alternativas da autoridade superior**

A autoridade superior, recebendo o relatório, possui três opções (PGE-RS, Parecer nº [11.999](#), de 13/01/98):

- a) *revogar* a licitação, expondo os motivos, no caso de

se configurar a existência de fato superveniente e devidamente comprovado (art. 49, primeira parte, da Lei nº 8.666/93);

c) *anular* a licitação, caso perceba uma nulidade insanável no decorrer do procedimento (art. 49, segunda parte, da Lei nº 8.666/93);

d) *homologar* o relatório e *adjudicar* o objeto licitado.

A revogação pode gerar o dever de indenizar eventuais perdas e danos. Já diante da anulação, só é indenizado o licitante pelo que houver executado. Como nesta fase ainda não se tem a prestação de serviço, não será efetuado o ressarcimento de valores deste jaez (art. 49, § 1º, combinado com o art. 59, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93). Então, em tese:

- Revogação: gera a indenização por perdas e danos;
- Anulação: gera a indenização somente no caso de eventual execução do contrato.

De qualquer sorte, em ambos os casos, há de ser provada a existência de *direitos subjetivos* por parte do licitante. A revogação ou a anulação não autorizam que, de forma automática, seja fixado um ressarcimento. Ao contrário, qualquer dano deve ser provado, não podendo – por óbvio – ser presumido.

Deve ser destacado que o art. 49 da Lei nº 8.666/93 reflete o poder de *autotutela* que a Administração Pública possui, tendo como baluarte as Súmulas nºs 346 e 473, ambas do STF. A revogação e a anulação podem ocorrer em qualquer fase do processo licitatório. Mesmo que se tenha adjudicado

o objeto da licitação ao vencedor ou homologado o certame, ainda assim será possível extinguir a licitação por motivo de oportunidade e conveniência. Já se permitiu, inclusive, que o certame fosse anulado mesmo depois de celebrado o contrato administrativo, porque este se espelha no processo licitatório (STJ, REsp. 447.814-SP, 1ª Turma, j. 17/12/2002).

Além disso, a anulação reclamará que se dê vazão prévia às garantias fundamentais da ampla defesa e do contraditório, na linha de uma Administração Pública comprometida com os direitos fundamentais (aplica-se, por analogia, a Súmula Vinculante nº 3, STF).

### **Pareceres da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**

LICITAÇÃO. CAUSAS DE REVOGAÇÃO E DE ANULAÇÃO. CONTRATAÇÃO CUJO OBJETO CARACTERIZA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS RELACIONADOS ÀS ATIVIDADES-FIM DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. CONTRATAÇÃO DE COOPERATIVA DE EMPREGADOS DE EMPRESA ESTATAL.

(...)

O § 5º deve ser interpretado à luz do art. 49. A qualquer tempo, a Administração deve invalidar a licitação em caso de ilegalidade. Logo, se houve nulidade na decisão de habilitação,

o vício pode ser conhecido a qualquer tempo. Comprovando que um determinado licitante não preenchia os requisitos para a habilitação e que o defeito fora ignorado pela Comissão, a Administração tem o dever de reabrir a questão, anulando a sua decisão anterior. O § 5º não significa que a decisão pela habilitação produza o suprimento do vício de nulidade. Determina, tão-somente, que os aludidos requisitos não mais serão objeto de questionamento, na fase de julgamento das propostas. Veda a eliminação da proposta sob o fundamento de ausência de idoneidade do licitante para contratar com a Administração. Não veda a possibilidade de revisão do ato administrativo anterior. Porém, para isso, a Administração deverá demonstrar, de modo fundado e justificado, o vício de sua decisão anterior.

(PGE-RS, Parecer nº [11.999](#), de 13/01/1998).

### **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**

[...] 3. . Inexistindo três licitantes hábeis a ofertar e salvo despacho fundamentado da comissão de licitação atestando a impossibilidade de competição por inexistência de prestadores do serviço ou desinteresse (cf. art. 22, § 3º, d Lei 8.666/93) é possível à Administração anular a

licitação pela modalidade convite para estender a oferta da contratação de modo a conferir maior publicidade com vistas à obtenção da proposta mais vantajosa ao ente público.

4. Recurso especial provido.

(STJ, REsp. 884.988-RS, Segunda Turma, j. 02/06/2009).

ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO - MODALIDADE CONVITE - NÚMERO MÍNIMO DE PARTICIPANTES - ANULAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO - ART. 49 DA LEI 8.666/93.

1. Na licitação pela modalidade convite devem participar ao menos três concorrentes, segundo o § 3º do art. 22 da Lei 8.666/93. Não preenchido o número mínimo de participantes, pode a Administração anular o certame, com fulcro no art. 49 do mencionado diploma legal.

2. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido.

(STJ, REsp. 640.649-RS, Segunda Turma, j. 22/05/2006).

### 3.3.2.16 Pré-qualificação

Mesmo na modalidade de concorrência, é possível que se faça uma *pré-qualificação* de possíveis interessados a “[...] ser procedida sempre que o objeto da licitação recomende análise mais detida da qualificação técnica dos interessados.” (art. 114 da Lei nº 8.666/93). A vantagem da pré-qualificação é jus-

tamente evitar futuras disputas e controvérsias que atravancam o certame.

Aqui, para se ter pré-qualificação, há a necessidade de que a concorrência exija uma qualificação técnica superior às demais (TCU, Acórdão nº 2.028/06, Pleno, j. 1º/11/2006). Esse ato administrativo tem dupla eficácia:

a) Declaratória - declara que o interessado preenche os requisitos;

b) Constitutiva - atribui ao interessado o direito de participar de licitações.

Na prática, a Administração Pública emite um certificado de pré-qualificação. Se por evento superveniente o interessado perde alguns dos requisitos, perderá o direito de participar do certame.

### **3.3.3 Tomada de preços**

É o procedimento que visa a escolher a melhor proposta entre os interessados do mesmo ramo de que trata o objeto licitado, devidamente cadastrados ou que se habilitem e atendam as exigências do certame em até três dias úteis anteriores à data marcada para recebimento das propostas. A finalidade de se ter previsto outras modalidades de licitação tem a intenção de dar maior celeridade ao procedimento, especialmente quando se tratar da aquisição de bens ou de serviços menos complexos. Se estes outros procedimentos não tivessem sido previstos pela lei, poder-se-ia presenciar situações em que o procedimento é mais custoso do que o próprio objeto contratado.

Na tomada de preços, o prévio cadastramento corresponde à fase de habilitação da concorrência. Assim, a celeridade se consegue por meio de uma habilitação prévia (*v.g. cadastramento prévio*), que não será feita no limiar do procedimento, além de ter efeitos abstratos, ou seja, não valer apenas para um caso concreto. Assim, uma das fases já se teria esgotado para as contratações futuras.

### 3.3.3.1 Cabimento

- Obras e serviços de engenharia acima de R\$ 150.000,00, até R\$ 1.500.000,00;
- Compras e outros serviços acima de R\$ 80.000,00, até R\$ 650.000,00;
- Nas *licitações internacionais*, observados os limites de contratação constantes no art. 23, I, “b”, e II, “b”, da Lei nº 8.666/93, quando o órgão ou a entidade dispuser de cadastro internacional de fornecedores, até R\$ 1.500.000,00, para obras e serviços de engenharia, e até R\$ 650.000,00, para demais compras e serviços.

### 3.3.3.2 Procedimento

A tomada de preços é muito similar à concorrência. A diferença básica consiste no fato de a habilitação ser antecipada, ou seja, os participantes habilitam-se previamente à solenidade de escolha das propostas. Assim, abre-se um procedimento

prévio para cadastrar possíveis interessados a prestarem determinados serviços ou fornecerem determinados produtos.

No momento em que a Administração Pública deseje contratar, abre o certame, sendo que todos os licitantes já cadastrados estão automaticamente habilitados. Isso não impede que um interessado que não participou previamente do cadastro não possa se habilitar. Ele deve assim o fazer até o terceiro dia útil anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação (art. 22, § 2º, da Lei nº 8.666/93). Caso a comissão não consiga, neste prazo, examinar os documentos dos interessados não habilitados anteriormente, deverá postergar o dia marcado para julgamento das propostas.

Na hipótese de os interessados não cadastrados se habilitarem no prazo de três dias úteis antes do julgamento das propostas, compete à comissão que avaliou o cadastro emitir parecer, cumulativamente com o julgamento das propostas, este último a ser feito pela comissão processante.

Normalmente, no procedimento de tomada de preços, também são utilizados dois envelopes, entregues em conjunto. Um contém a proposta, e o outro, a prova de que o interessado está cadastrado ou que cumpre os requisitos da parte final do § 2º do art. 22 da Lei nº 8.666/93. Aquele que não estava previamente cadastrado, mas que consegue se habilitar de forma válida, não necessariamente passará a ser catalogado no cadastro de potenciais interessados. A solução mais harmônica, neste caso, consiste em cientificar o candidato para externar sua vontade em ser incluído no rol.

### 3.3.3.3 Atualização de documentos e validade do cadastro

A Administração Pública pode exigir que o *cadastro* seja atualizado em determinados prazos, de modo que, no mínimo a cada ano, os documentos constantes no banco de dados devem ser renovados. Então, esse cadastro vale por até um ano (art. 34 da Lei nº 8.666/93).

Destaca-se que pode ser utilizado, para a habilitação prévia, o cadastro de outras entidades públicas (art. 34, § 2º, da Lei nº 8.666/93). Para tanto, é importante conferir o Decreto federal nº 3.722/01, que “Regulamenta o art. 34 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e dispõe sobre o Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF”.

**Observação:** não é possível exigir atualização dos documentos *para a licitação*. Logo, quando se abre o certame, deve-se cuidar se o cadastro está atualizado. Caso contrário, previamente, deve-se assim proceder.

### 3.3.4 Convite

É a modalidade realizada entre os interessados do mesmo ramo de atuação relativamente ao objeto licitado, escolhidos e convidados pela Administração Pública em número mínimo de três. É a espécie de licitação mais simples e célere. Nessa modalidade, *os interessados não precisam estar cadastrados previamente*.

A divulgação do certame pode ser feita afixando-se cópia do instrumento convocatório em quadro de avisos do órgão ou

da entidade promotora da licitação, localizado em sítio de ampla divulgação. Como dito, o convite é a mais simples dentre as modalidades gerais de licitação. Nesse caso também não se exige a documentação relativa à habilitação (podendo ser eliminada esta fase). Claro que essa é uma faculdade do administrador público, que bem pode exigir do participante documentação que comprove suas condições de prestar o serviço ou de fornecer o produto. A escolha dos participantes deve se dar por critérios razoáveis, sem que se firam os princípios da isonomia e da moralidade.

#### **3.3.4.1 Cabimento**

- Obras e serviços de engenharia acima de R\$ 15.000,00, até 150.000,00;
- Compras e outros serviços acima de R\$ 8.000,00, até R\$ 80.000,00;
- Quando não houver fornecedor no País e o valor da licitação se encontrar dentro dos limites fixados para esta modalidade (art. 23, § 3º, parte final, da Lei nº 8.666/93 - até R\$ 150.000,00, para obras e serviços de engenharia, e até R\$ 80.000,00, para demais compras e serviços).

#### **3.3.4.2 Procedimento**

a) Pode ser feito cadastramento prévio de interessados do ramo pertinente ao objeto da licitação. Na União, tem-

se o *Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (SICAF)*;

b) Devem ser convidados, no mínimo, três interessados do mesmo ramo (sugere-se que sejam sempre empresas do mesmo ramo - TCU, Acórdão nº 710/08, Pleno, j. 23/04/2008), sediados na unidade administrativa que está a licitar. Proposta válida pode ser considerada aquela que efetivamente concorre com as demais. Caso não se tenha no mínimo três propostas válidas, deve sempre ser convidado outro fornecedor para compor o trio, enquanto existirem cadastrados que ainda não foram convidados nas últimas licitações;

Caso existam limitações de mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, essa providência pode ser dispensada, desde que devidamente justificado nos autos. Destaca-se que essa motivação deve vir acompanhada de prova nesse sentido.

**Observação:** para o sucesso do certame – o que evita sua repetição –, muitos órgãos acabam publicando o convite em periódico de grande circulação, ou mesmo enviando o instrumento convocatório a empresas do ramo.

Ademais, pendente dúvida na jurisprudência nos seguintes termos: caso inexista número mínimo de interessados ou estes não compareçam ao certame, dever-se-ia repetir a licitação, ou desde já aplicar o disposto no art. 49, anulando o procedimento? O STJ tem decisão que permite a aplicação direta desse comando legal, ou seja, permite a anulação sem a repetição mencionada (STJ, REsp. 640.679-RS, 2ª Turma, 11/04/2006). Contudo, existe entendimento que compreende como sendo

necessário que o procedimento seja refeito (TCU, Acórdão nº 925/08, Pleno, j. 21/05/2008).

c) Então, fixa-se cópia do instrumento convocatório em local apropriado, sendo este estendido aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 horas da apresentação das propostas (art. 22, § 3º, da Lei nº 8.666/93). O interessado não convidado, mas que manifestar seu interesse no prazo de 24 horas, terá o direito subjetivo a formular propostas, ou seja, deverá ser considerado habilitado. Conferir, ainda:

*LICITAÇÃO. ANULAÇÃO. CONVITE*

A Turma desproveu o recurso, entendendo que a Administração pode anular processo de licitação por insuficiência de participantes mesmo na modalidade convite (art. 22, § 3º, da Lei de Licitações), não obstante o juízo *a quo* ter considerado válido o certame com apenas dois concorrentes, situação convalidada quando se procedeu à fase de classificação, com a abertura de envelopes e publicação das propostas das duas únicas concorrentes.

(STJ, REsp 640.679-RS, Segunda Turma, j. em 11/4/2006. (Informativo de Jurisprudência STJ nº 281, de 10 a 19/04/06).

d) Existe a possibilidade de se recorrer, impugnando os termos do edital. Em caso positivo, deve-se previamente julgar a insurgência;

e) Existindo, na praça, mais de três possíveis interessados, a cada novo certame dessa natureza, realizado para contratar objeto idêntico ou assemelhado, é obrigatório o convite de, no mínimo, mais um interessado, enquanto existirem cadastrados não convidados nas últimas licitações (art. 22, § 6º, da Lei nº 8.666/93).

### 3.3.5 Concurso

Primeiramente, cabe mencionar que o concurso referido pelo art. 22, IV e § 4º, da Lei nº 8.666/93, consiste na escolha de um trabalho “técnico, científico ou artístico”. Trata-se da contratação de uma pessoa que possui habilidades especiais, tendo de realizar um trabalho de natureza personalíssima. Não se confunde com o procedimento de contratação de pessoal para titular cargo ou emprego público, na forma do art. 37, inciso II, da Constituição Federal. Portanto, são institutos por deveras diversos.

O procedimento de *concurso* regulado pela Lei de Licitações e Contratos Administrativos diferencia-se das outras modalidades nessa regra dispostas, porque nestas, a prestação de contas é posterior à execução do objeto. Neste caso, contrata-se *para executar*. No concurso, ao contrário, o trabalho é entregue *acabado*, para somente após se proceder ao julgamento das propostas. Assim, não se poderia pensar em o vencedor desenvolver uma atividade *após* a escolha da melhor proposta. Por isso, o prazo para o encaminhamento dos trabalhos deve

ser suficiente para o desenvolvimento do bem a ser escolhido.

O pagamento ao vencedor do concurso consiste em um *prêmio* – consistente em uma contrapartida econômica ou não. Até porque o trabalho a ser selecionado não pode ser mensurado economicamente. Assim, a contrapartida pode ser constituída em uma quantia monetária, uma honoraria, uma distinção, um troféu etc.

### 3.3.5.1 Cabimento

Segundo o § 4º do art. 22 da Lei nº 8.666/93, a modalidade de concurso se presta para a escolha de trabalhos técnicos, científicos ou artísticos, mediante a premiação ou a remuneração do vencedor. Não se pode utilizar o concurso para a escolha de objetos ou serviços comuns, encontrados facilmente no mercado. Serve sim para trabalhos que reclamam um alto grau de especialização, ou seja, uma *expertise* muito peculiar.

Resumindo, a licitação por concurso presta-se à:

- seleção de trabalhos *técnicos, científicos* ou *artísticos*;
- elaboração de *projetos*.

### Acórdãos Tribunal de Contas da União

Súmula nº 157 de 1980: A elaboração de projeto de engenharia e arquitetura está sujeita, em princípio, ao concurso ou ao procedimento licitatório adequado e obediente a critério seletivo

de melhor qualidade ou de melhor técnica, que é o escopo do julgamento, independentemente da consideração de preço, que há de vir balizado no Edital.

### 3.3.5.2 Procedimento

As fases do rito do concurso são muito semelhantes às etapas da concorrência, com algumas adaptações, descritas adiante.

### 3.3.5.3 Do edital

O instrumento convocatório deve trazer encartado o *regulamento do certame* (art. 52, *caput* da Lei nº 8.666/93). Esse regulamento deve conter indicação da(s) (art. 52, § 1º, da Lei nº 8.666/93):

- a) qualificação exigida dos participantes (inciso I);
- b) diretrizes e formas de apresentação do trabalho (inciso II) – que, em verdade, espelham condições para participação no certame;
- c) condições de realização do concurso e os prêmios a serem concedidos (inciso III) – o prêmio não necessariamente será em dinheiro, mas é importante que seja incentivador à participação de interessados;
- d) em se tratando de projeto, o edital deverá prever que o vencedor autoriza a Administração a executá-lo quando julgar conveniente ou pode-se colher documento específico nesse sentido (§ 2º).

Para garantir a seleção da melhor proposta, é plenamente possível que se garanta o anonimato do participante, selecionando o objeto “às cegas”. Os critérios de julgamento deverão ser fixados no instrumento convocatório, eliminando-se, naquilo que for possível, a existência de padrões subjetivos. Claro que o concurso não poderá depender *somente* de padrões objetivos, porque a escolha de certos trabalhos reclama também a avaliação axiológica do julgador – basta ver, para tanto, a hipótese de seleção do melhor trabalho artístico. Enfim, o que deve ficar destacado é que a determinação do vencedor não pode ficar na dependência *absoluta* de critérios subjetivos.

Salienta-se, ainda, que o edital deve ser publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de quarenta e cinco dias (art. 22, § 4º, da Lei nº 8.666/93). Mas o prazo para a entrega das propostas deve ser fixado levando-se em conta a complexidade do trabalho a ser executado, o que, não raras vezes, reclama um período muito maior.

#### **3.3.5.4 Julgamento das propostas**

Em verdade, nesta modalidade não se julgam as propostas, mas os trabalhos. O julgamento será feito por uma comissão especial integrada por pessoas de reputação ilibada e reconhecido conhecimento da matéria em exame, servidores públicos ou não (art. 51, § 5º, da Lei nº 8.666/93). A comissão julgadora pautará sua decisão a partir dos critérios definidos no instrumento convocatório.

### 3.3.6 Leilão

É um procedimento bem conhecido no processo civil (por exemplo, venda judicial de bens penhorados) e no direito mercantil. O leilão consiste na concentração de atos a serem praticados em uma oportunidade, tendentes a conseguir o maior valor pela venda de um bem.

Ainda, uma diferença substancial deste procedimento licitatório para com os demais consiste em que se tenha a oferta de propostas de forma verbal, sem sigilo, sendo essa a essência do certame. Ademais, como é notório, os lances podem ser revistos, sendo que o posterior lance de maior valor retira a eficácia do anterior, de montante diminuto, e assim sucessivamente.

Como o leilão se presta para a seleção da maior proposta, ou seja, à escolha do lance que oferta o maior valor, a fase de habilitação não se mostra necessária e, por isso, não foi prevista na lei. Contudo, nada impede que a Administração Pública exija do participante provas de que terá condições econômicas de honrar com o pagamento da sua proposta. Ademais, o Poder Público pode colocar restrições razoáveis à participação de interessados, por exemplo, que somente entidades assistenciais poderiam participar de certo leilão.

#### 3.3.6.1 Cabimento

No caso de:

- bens *móveis* inservíveis para a Administração (§ 5º do art. 22 da Lei nº 8.666/93);

- produtos legalmente apreendidos (§ 5º do art. 22 da Lei nº 8.666/93);
- produtos penhorados (§ 5º do art. 22 da Lei nº 8.666/93);

**Observação:** Nitidamente, aqui, a lei quis fazer referência aos bens *empenhados*, ou seja, aqueles dados em *penhor*. A *penhora*, ao seu turno, é o provimento judicial que constringe bens para, em ato processual posterior, aliená-los em hasta pública, para que o produto da venda sirva à quitação da dívida executada em juízo. Costuma-se mencionar, em processo civil, que o *leilão* tem a função de selecionar a melhor proposta para a alienação de *bem móvel*, enquanto a *praça* tem a função de selecionar o lance mais vantajoso para a venda de *bem imóvel*.

- bens *imóveis* adquiridos pela Administração Pública, derivados de procedimentos judiciais (art. 19 da Lei nº 8.666/93);
- bens *imóveis* adquiridos pela Administração Pública, derivados de dação em pagamento (art. 19 da Lei nº 8.666/93).

**Observação:**

- Nos dois últimos itens, disciplinados pelo art. 19, pode ser adotada a modalidade de concorrência ou de leilão (art. 19, inciso III, da Lei nº 8.666/93);

- Ainda, nesses dois itens mencionados, são necessárias:

a) a *avaliação* dos bens alienáveis (art. 19, I, da Lei nº 8.666/93);

b) a *comprovação da necessidade* ou *da utilidade* da alienação (art. 19, II, da Lei nº 8.666/93).

### **3.3.6.2 Procedimento**

Os bens devem ser previamente avaliados, para o fim de se dar um preço mínimo de arrematação (art. 53, § 1º, da Lei nº 8.666/93). Ainda, é imprescindível ser feita ampla divulgação do certame, especialmente no Município em que ocorrerá o leilão (art. 53, § 4º, da Lei nº 8.666/93).

Destaca-se que, na modalidade licitatória de leilão, como ocorre com outros procedimentos licitatórios regulados pela Lei nº 8.666/93, respeitam-se basicamente as mesmas fases do rito da concorrência. Destaca-se que a fase de habilitação pode ser dispensada (art. 32, § 1º, da Lei nº 8.666/93), ou seja, facultase não exigir dos interessados a documentação pertinente.

### **3.3.6.3 Julgamento das propostas**

A venda do bem se dará a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação (art. 22, § 5º, da Lei nº 8.666/93). O pregão é realizado por leiloeiro oficial ou por servidor designado pela Administração (art. 53, *caput*). A solenidade de escolha da melhor proposta respeita os seguintes atos:

a) abrem-se os trabalhos, e aquele que oferecer maior

lance tem o direito de ficar com o bem (art. 53, § 2º, da Lei nº 8.666/93);

b) na hora, pode-se exigir o pagamento à vista ou 5% do valor estabelecido no edital, entregando-se o restante do numerário no prazo estipulado no edital, sob pena de o vencedor perder, em favor da Administração, o valor já recolhido (art. 53, § 2º, da Lei nº 8.666/93);

**Observação:** Nos leilões internacionais, o pagamento da parcela à vista poderá ser feito em até 24 horas (art. 53, § 3º, da Lei nº 8.666/93).

c) então, lavra-se a ata, colhem-se as assinaturas dos adquirentes e entregam-se os bens leiloados aos vencedores.

### **Legislação correlata federal**

LEI Nº 8.987/95

Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.

LEI Nº 9.074/1995

Dispõe sobre o leilão de instalações de transmissão de energia elétrica ou de novas concessões deste serviço público.

**Observação:** Destaca-se que esta legislação foi declarada constitucional pelo STF (ADI 1.582-DF, Pleno, j. 07/08/2002).

### LEI Nº 9.491/1997

Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências – permite que a desestatização se faça pela modalidade de leilão (art. 4º, §3º).

### **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 191 DA LEI FEDERAL N. 9.472/97. DELEGAÇÃO E CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. ORGANIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. MODALIDADE DE LICITAÇÃO. LEILÃO. PROCESSO DE DESESTATIZAÇÃO. PRIVATIZAÇÃO. ALIENAÇÃO DO CONTROLE ACIONÁRIO. AUSÊNCIA DE PROCESSO LICITATÓRIO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NOS ARTIGOS 37, INCISO XXI, E 175, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INOCORRÊNCIA. 1. As privatizações --- desestatizações --- foram implementadas mediante a realização de leilão, modalidade de licitação prevista no artigo 22 da Lei n. 8.666/93 que a um só tempo transfere o controle acionário da empresa estatal e preserva a delegação de serviço público. O preceito impugnado não é

inconstitucional. 2. As empresas estatais privatizadas são delegadas e não concessionárias de serviço público. O fato de não terem celebrado com a União contratos de concessão é questão a ser resolvida por outra via, que não a da ação direta de inconstitucionalidade. 3. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente.

(STF, ADI 1.863-DF, Pleno, j. 06/09/2007).

CONSTITUCIONAL. PRIVATIZAÇÃO. VENDA DE AÇÕES: LEILÃO. Lei 9.074/95, art. 27, I e II. C.F., art. 175. Lei 8.666/93, arts. 3º e 22. I. - Constitucionalidade do art. 27, I e II, da Lei 9.074, de 7.7.95, por isso que a Constituição Federal estabelece, no art. 175, que a concessão e a permissão para a prestação de serviços públicos serão precedidas de licitação e o conceito e as modalidades da licitação estão na lei ordinária, Lei 8.666/93, artigos 3º e 22, certo que o leilão é modalidade de licitação (Lei 8.666/93, art. 22). II. - Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

(STF, ADI 1.582-DF, Pleno, j. 07/08/2002).

### **3.4 Limites para a escolha da modalidade de licitação**

Dispõe o art. 23 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos que:

**Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:**

**I - para obras e serviços de engenharia:**

**a) convite - até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais);**

**b) tomada de preços - até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais); c) concorrência: acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);**

**II - para compras e serviços não referidos no inciso anterior:**

**a) convite - até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);**

**b) tomada de preços - até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais);**

**c) concorrência - acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).**

**§ 1º As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas 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.**

**§ 2º Na execução de obras e serviços e nas compras de bens, parceladas nos ter-**

mos do parágrafo anterior, a cada etapa ou conjunto de etapas da obra, serviço ou compra, há de corresponder licitação distinta, preservada a modalidade pertinente para a execução do objeto em licitação.

§ 3º A concorrência é a modalidade de licitação cabível, qualquer que seja o valor de seu objeto, tanto na compra ou alienação de bens imóveis, ressalvado o disposto no art. 19, como nas concessões de direito real de uso e nas licitações internacionais, admitindo-se neste último caso, observados os limites deste artigo, a tomada de preços, quando o órgão ou entidade dispuser de cadastro internacional de fornecedores ou o convite, quando não houver fornecedor do bem ou serviço no País.

§ 4º Nos casos em que couber convite, a Administração poderá utilizar a tomada de preços e, em qualquer caso, a concorrência.

§ 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.

**§ 6º** As organizações industriais da Administração Federal direta, em face de suas peculiaridades, obedecerão aos limites estabelecidos no inciso I deste artigo também para suas compras e serviços em geral, desde que para a aquisição de materiais aplicados exclusivamente na manutenção, reparo ou fabricação de meios operacionais bélicos pertencentes à União.

**§ 7º** 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 a ampliação da competitividade, podendo o edital fixar quantitativo mínimo para preservar a economia de escala.

**§ 8º** No caso de consórcios públicos, aplicar-se-á o dobro dos valores mencionados no caput deste artigo quando formado por até 3 (três) entes da Federação, e o triplo, quando formado por maior número.

### 3.4.1 Dos limites

A Lei nº 8.666/93 estabeleceu certos limites para a utilização de uma ou de outra modalidade licitatória. Para uma compreensão global dessas balizas, apresenta-se a seguinte estruturação:

#### **Concorrência**

- Obras e serviços de engenharia acima de R\$ 1.500.000,00;
- Compras e outros serviços acima de R\$ 650.000,00.

(PGE-RS, Parecer nº [12.709](#), aprovado em 27/3/00 - permitiu a modalidade de leilão em vez da concorrência dada a urgência, peculiaridade e garantia do interesse público, incidentes à espécie).

#### **Tomada de preços**

- Obras e serviços de engenharia acima de R\$ 150.000,00, até R\$ 1.500.000,00;
- Compras e outros serviços acima de R\$ 80.000,00, até R\$ 650.000,00.

#### **Convite**

- Obras e serviços de engenharia acima de R\$ 15.000,00, até 150.000,00;
- Compras e outros serviços acima de R\$ 8.000,00, até R\$ 80.000,00.

#### **Pregão**

- Não há limite de valores. A utilização deve se dar

quando se trate de bens ou de serviços comuns, cuja exposição será feita em capítulo próprio.

Observa-se que os limites mínimos para licitação na modalidade de convite (R\$ 15.000,00, para obras e serviços de engenharia, e R\$ 8.000,00, para outras compras e serviços) advêm do disposto nos incisos I e II do art. 24 da Lei nº 8.666/93 - analisado em outro momento da obra. Caso obras, compras ou serviços não cheguem a estes patamares, a licitação pode ser dispensada.

Quando se tratar de licitação feita por *consórcio público* (conferir art. 241 da Constituição Federal, regulado pela Lei nº 11.107/05 - Lei dos Consórcios Públicos), os valores mencionados *dobram*, caso este organismo seja formado por até três entes da Federação, e os valores *triplicam*, quando o consórcio seja formado por maior número de entidades (art. 23, § 8º, da Lei nº 8.666/93).

Destaca-se que a *repactuação de preços* não pode superar os limites de cada modalidade. Imagine-se que foi contratado um serviço de engenharia pela modalidade de *tomada de preços*, no valor de R\$ 1.100.000,00. Nesse caso, a repactuação não poderá superar o montante de R\$ 1.500.000,00, que é o limite para se licitar por esta modalidade.

Nas licitações com prestações continuadas (como fornecimento de bens ou serviços em periodicidade mensal), a modalidade deve estar adequada ao valor total das prestações. Por exemplo, o Estado visa a contratar por seis meses o fornecimento mensal de merenda escolar, pagando R\$ 72.000,00 ao

mês. A modalidade de licitação a ser escolhida é a *tomada de preços*, porque o valor global a ser pago é de R\$ 432.000,00 (TCU, Acórdão nº 3.040/08, Primeira Câmara, j. 10/12/2008; Acórdão nº 1.084/07, Pleno, j. 06/06/2007; Acórdão nº 1.395/05, Segunda Câmara, j. 16/08/2005; Acórdão nº 203/02, Pleno, j. 29/05/2002).

Por outro lado, se o ajuste permitir prorrogações, a modalidade de licitação deverá ser feita observando o montante que as eventuais dilatações de prazo podem permitir. O prazo máximo do contrato é o parâmetro (TCU, Acórdão nº 2.143/07, Pleno, j. 10/10/2007). Assim, a escolha da modalidade de licitação deve ser feita com o adequado planejamento, devendo ser provado que foram avaliados todos os gastos incidentes, inclusive as prorrogações e alterações (art. 57 da Lei nº 8.666/93).

Destaca-se, por oportuno, que a escolha da modalidade vincula os valores a serem desembolsados com base na estimativa inicial. Caso a proposta supere o limite para a espécie de licitação escolhida, o certame deve ser anulado. Contudo, modificações contratuais imprevisíveis, na forma do art. 65 da Lei nº 8.666/93, podem superar os limites para as modalidades licitatórias (TCU, Acórdão nº 103/04, Pleno, j. 11/02/2004).

### **Pareceres da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**

CEEE. Opção pelo Programa de Recuperação Fiscal - REFIS. Medida Provisória nº 2.004-5, de 11 de fevereiro de 2000, e Decre-

to nº 3.342, de 25 de janeiro de 2000. Cessão de créditos. Espécie do gênero alienação. Necessidade de licitação, na modalidade de concorrência. Inteligência do disposto nos artigos 1º, “caput” e Parágrafo único, 2º, 6º, IV, e 17 a 19 da Lei nº 8.666/93.” Caracterização de situação de urgência a justificar a adoção de leilão, sob pena de sacrifício do interesse público.

(PGE-RS, Parecer nº [12.709](#), de 27/03/2000).

### **Acórdãos do Tribunal de Contas da União**

REPRESENTAÇÃO CONTRA ATO DE COMISSÃO DE LICITAÇÃO. RECURSO INTEMPESTIVO. PROPOSTA VENCEDORA COM PREÇO SUPERIOR AO ORÇAMENTO BÁSICO. AUSÊNCIA DE CRITÉRIOS DE ACEITABILIDADE DE PREÇOS UNITÁRIO E GLOBAL. FALTA DE COMPROVAÇÃO DE FATO QUE ACARRETOU DESCLASSIFICAÇÃO DE PROPOSTA. CONHECIMENTO. PROVIMENTO PARCIAL. AUDIÊNCIA DOS RESPONSÁVEIS. ANULAÇÃO DE PARTE DA LICITAÇÃO. 1. A desclassificação de propostas por defeito plenamente sanável relativa a um dos prazos intermediários de execução pode configurar decisão arbitrária da

administração e direcionamento do certame a licitante certo, principalmente quando o valor da proposta desclassificada estava bem abaixo da empresa que permaneceu na tomada de preços. 2. As alegações em que se fundam a comissão de licitação para desclassificar empresa participante do certame devem estar cabalmente comprovadas no Processo, não sendo aceitável que a comissão, ao declarar que o valor do orçamento básico do certame encontrava-se defasado, atribua tal fato genericamente a aumento extraordinário de preços de um dos insumos. 3. É indevidamente omissis o edital que, descumprindo o disposto no art. 40, inciso X, da Lei nº 8.666/1993, deixa de estabelecer critério de aceitabilidade dos preços máximos das propostas.

(TCU, Acórdão nº 3.040/2008, Pleno, j.10/12/2008.).

### **3.4.2 Parcelamento do objeto da licitação**

Parcelamento é a divisão do objeto em partes menores e independentes, sendo que cada parte representará uma licitação a ser feita em apartado (de forma isolada). O fracionamento da licitação poderá ser feito:

- (a) por *itens*; ou
- (b) por *etapas*.

O art. 23, § 1º, da Lei nº 8.666/93 fomenta a licitação fracionada em lotes, como forma de garantir a maior competitividade e se conseguir melhores propostas. A licitação tende a permitir uma menor complexidade dos objetos, aumentando a potencialidade de se ter um maior número de licitantes (TCU, Acórdão nº 839/09, Pleno j. 13/05/2008; Acórdão nº 3.041/08, Pleno, j. 10/12/2008).

**Art. 23 (...) § 1º As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas 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.**

Duas premissas devem ser postas em destaque:

a) o *fracionamento do objeto* não se confunde com a *execução parcelada*, que é a aquisição de parcelas do objeto progressivamente no tempo, ou seja, em etapas, a aquisição deve ser programada de uma vez, mas pode ser feita em lotes;

b) o fracionamento possui limites. É necessário que seja técnica e economicamente viável. Da mesma forma, deve-se manter a integralidade do bem ou do serviço. Por exemplo, não se pode pretender adquirir um automóvel licitando partes dele (motor, rodas, lataria...), nem adquirir a prestação de um serviço de pintura de prédio, partindo-o em uma licitação para a

tarefa de limpeza do local, outra para lixamento e outra para pintura propriamente dita.

Da mesma forma, a aquisição não pode ser feita se o fracionamento causará o pagamento de um valor superior, caso fosse feita licitação de forma global. Mas destaca-se que, mesmo que fracionado, o limite para as modalidades de licitação deve ser visto pelo valor total da contratação.

Ainda, é importante mencionar que é impossível o fracionamento para o fim de que se tenha a dispensa de licitação. O certame, assim, não pode ser fracionado para o fim de que os valores se adaptem aos limites dos incisos I e II do art. 24, o que permitiria a dispensa de se fazer a licitação.

Então, o *fracionamento* é obrigatório quando:

- a) se tiver o melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado;
- b) se ampliar a competitividade sem perda da economia de escala.

### **Acórdãos do Tribunal de Contas da União**

OBRAS DE CONSTRUÇÃO DA ADUTORA DO SUDESTE PIAUIENSE. IRREGULARIDADE. AUSÊNCIA DE PARCELAMENTO DA LICITAÇÃO DESTINADA À CONSTRUÇÃO E FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTOS PARA A ESTAÇÃO DE TRATAMENTO DE ÁGUA. AUSÊNCIA DE PUBLICIDADE E PREJUÍZO À COMPETIVIDADE DO CER-

TAME DESTINADO A FORNECIMENTO DE CONJUNTOS MOTOR-BOMBA PARA ESTAÇÕES ELEVATÓRIAS. REJEIÇÃO DAS RAZÕES DE JUSTIFICATIVA. APLICAÇÃO DE MULTA AOS RESPONSÁVEIS. Em consonância com o disposto nos arts. 3º, § 1º, inciso I, e 23, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.666/1993, incumbe ao gestor promover o parcelamento do objeto a ser licitado com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade, ou, na impossibilidade técnica e econômica de fazê-lo, apresentar justificativas fundamentadas nos autos do procedimento licitatório. Conforme determina o art. 4º, inciso V, da Lei nº 10.520/2002, c/c art. 11, inciso I, alínea “c”, e III, do Decreto nº 3.555/2000, é obrigatória a observância de amplitude e de prazo adequados para a publicidade dos instrumentos convocatórios do pregão, a fim de que não haja prejuízo ao caráter competitivo do certame.

(TCU, Acórdão nº 839/2009, Pleno, j. 29/04/2009; Acórdão nº 3.041/2008, Pleno, j. 10/12/2008).

### **3.4.3 Cuidados e critérios no parcelamento**

Percebeu-se que a Lei nº 8.666/93 incentiva o parcelamento do objeto da licitação, a fim de aumentar a competitivi-

dade e selecionar as propostas mais vantajosas. Contudo, a cautela que se deve ter reside na escolha da modalidade adequada. Para tanto, os §§ 2º e 5º do art. 23 da Lei nº 8.666/93 fornecem alguns critérios:

**Art. 23 (...) § 2º Na execução de obras e serviços e nas compras de bens, parceladas nos termos do parágrafo anterior, a cada etapa ou conjunto de etapas da obra, serviço ou compra, há de corresponder licitação distinta, preservada a modalidade pertinente para a execução do objeto em licitação.**

**§ 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.**

a) sendo o caso de parcelamento (preenchidos os requisitos mencionados no subitem antecedente), será feita uma licitação para cada etapa da execução de um projeto ou aquisição de bens;

b) a modalidade escolhida *não leva em conta o valor de cada etapa, mas sim o valor global de todas as etapas*. A modalidade de licitação deve ser escolhida como se não houvesse o parcelamento, ou seja, como se as etapas não existissem. Se o valor global se encaixa na modalidade de concorrência, cada etapa será licitada por este procedimento;

Imagine que a Administração Pública necessite construir uma barragem. Para tanto, a obra em questão é composta por várias etapas (elaboração dos cálculos de engenharia e da planta estrutural, estudo ambiental da região, construção propriamente dita, elaboração de plano de manejo da área alagada etc.). Suponha-se que a obra inteira tenha um custo estimado de R\$ 2.000.000,00. Mesmo que a etapa de elaboração dos cálculos de engenharia custe R\$ 200.000,00 e poderia, assim, ser contratada pela modalidade de tomada de preços, deverá se optar pela concorrência, porque o valor global da obra assim impõe.

c) o mesmo raciocínio deve ser utilizado no que tange a *parcelas* de obra. Cada qual pode ser licitada separadamente. Mas, da mesma forma com que ocorre com eventual licitação em que se fracionam as etapas, deve-se observar a modalidade que corresponderia ao valor global da obra ou do serviço, e não o valor de cada parcela (art. 23, § 5º, da Lei nº 8.666/93);

d) no caso de obras e de serviços de mesma natureza, *ainda que distintos*, desde que possam ser realizados no mesmo local, conjunta e concomitantemente, deve ser aplicado o idêntico raciocínio; aqui, necessitam-se de três requisitos:

- d.1) obras e serviços de mesma natureza;
- d.2) realizados no mesmo local;
- d.3) de forma conjunta e concomitante.

**Observação:** *Contudo, o fracionamento é permitido e as regras anteriormente apresentadas não são aplicadas, quando se têm (parte final do § 5º do art. 23 da Lei nº 8.666/93):*

- a) parcelas de natureza específica;
- b) parcelas que possam ser executadas por pessoas ou por empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou do serviço.

### **Informações da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**

REALIZAÇÃO DE EVENTOS. RESPOSTA A QUESTIONAMENTOS QUANTO A : 1) FRACTIONAMENTO DO OBJETO - UTILIZAÇÃO DO VALOR GLOBAL CONTRATADO PARA EFEITOS DE SELEÇÃO DA MODALIDADE LICITATÓRIA, BEM COMO PARA A DISPENSA DE LICITAÇÃO; 2) ATUALIZAÇÃO DE VALOR DE ATA DE REGISTRO DE PREÇOS; 3) CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL;

#### 4) MELHOR FORMA DE REALIZAR A CONTRATAÇÃO EM LIÇA.

(...)

A regra, portanto, é o parcelamento do objeto a ser licitado, desde que “técnica e economicamente viável”. O fundamento do regramento é que, dividindo-se o objeto em pequenas parcelas, torna-se possível a sua execução por um maior número de interessados. Quanto maior foi o objeto a ser contratado, tanto maior deverá ser o porte da empresa a executá-lo. Parcelando-se o objeto, diminuem-se as exigências de capacitação do contratado, ampliando-se a possibilidade de competição. Com isto, visa-se a alcançar, em última análise, a obtenção de propostas mais vantajosas à Administração.

Entretanto, para verificação do enquadramento na modalidade licitatória indicada a cada caso, deve ser considerado o valor global da contratação, para execução do objeto em sua totalidade, como determinado pelo art. 23, §2º, supratranscrito. O mesmo critério é utilizado para verificação da hipótese de licitação inculpada nos incisos I e II do art. 24, da Lei de Licitações.

(...)

Determina o §5º do art. 23, da Lei nº 8.666/93 que deve ser considerado o valor global das

“obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente”. Portanto, deve ser verificado o enquadramento da contratação a ser realizada na hipótese legal. A princípio, sendo os eventos realizados em localidades diversas, não precisariam ser os montantes somados para a verificação do limite de dispensa. Em se realizando no mesmo local, mas em momentos diferentes, tampouco poderiam ser somados. Isso, considerando-se que suas realizações não seriam previsíveis desde logo. Sendo possível sua previsão, ocorrendo no mesmo local, os valores devem ser considerados em conjunto para verificação da hipótese da dispensa de licitação. Entretanto, em cada caso devem ser avaliadas as características atinentes à situação, não se podendo formular uma solução generalizada em tese. A orientação é dada pela legislação acima transcrita, cabendo ao Administrador verificar se os objetos a serem contratados atendem aos requisitos postos: ser da mesma natureza, dar-se no mesmo local e serem realizadas conjunta e concomitantemente. (PGE-RS, Informação nº [059/12-PDPE](#), de 31 de maio de 2012).

### **Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**

APELAÇÃO CIVEL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FRACIONAMENTO DE SERVIÇOS E DE COMPRAS. BURLA DE LICITAÇÃO. FAVORECIMENTO DE APOIADORES POLÍTICOS.

1 A Lei 8.666/93 dispensa a licitação nos casos em que as compras e os serviços tenham o valor de até 10% do máximo em que se permite a realização de licitação pela modalidade de convite, desde que não se refiram às parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizado de uma só vez.

2 O administrador deve considerar, para dimensionar a necessidade da licitação, todas as tarefas necessárias a um mesmo serviço, e o valor dos diversos serviços da mesma natureza a serem prestados no mesmo lugar e os possam ser realizados conjunta ou concomitantemente. Em relação aos bens o administrador deve verificar o valor total dos que tiverem a mesma natureza, e dos que possam ser utilizados conjunta ou concomitantemente, e não sucessivamente.

3 Não caracterizam fracionamento as aquisições de bens para a realização de pequenos reparos em escolas, creches e abrigos, imprevistos e urgentes, cuja necessidade não foi concomitante, e a contratação de pequenos reparos em viaturas e ambulância que

não caracterizam etapas de um mesmo serviço e não poderiam ser realizados conjunta ou concomitantemente.

4 Aquisição de medicamentos não contemplados na lista básica de fornecimento e dos que integram a lista e estavam indisponíveis à população, por atraso no fornecimento. Compras emergenciais.

Á UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO APELO.

(TJ-RS, Apelação Cível nº 70027847870, 2ª Câmara Cível, j. 23/06/10).

#### 3.4.4 Licitação por itens

É muito comum a figura da *licitação por itens*, uma verdadeira “cumulação de licitações” em um mesmo procedimento. Esse é o típico caso em que se concentram vários certames que correm por um mesmo rito. Cada item corresponde a um objeto, sendo que os interessados podem fazer proposta para um só item, para todos, ou somente a alguns deles.

Enfim, há autonomia entre os vários certames, tanto que a habilitação deve ser feita para cada objeto em separado. Nada impede, nesse caso, que se tenha o prosseguimento da licitação quanto a certos itens, e o retardamento em relação a outros (por conta de impugnações judiciais, recursos etc.). Salienta-se que a *licitação por itens* é fomentada pelo Tribunal de Contas da União, conforme os termos da Súmula nº 247.

Um exemplo muito comum de *licitação por item* consiste

na aquisição de equipamentos de informática, fazendo-se um certame através do qual se adquirem computadores de mesa, impressoras, *scanners*, *notebooks* etc. Cada objeto seria considerado um item, podendo os interessados formular propostas para um, alguns ou todos os objetos (TCU, Acórdão nº 1.330/08, Pleno, j. 09/07/2008).

### **Acórdãos do Tribunal de Contas da União**

TCU, 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.

#### **3.4.5 Limites temporais - Exercício orçamentário**

Em regra, não se recomenda que as licitações sejam fracionadas no tempo, quando se sabia que os produtos ou servi-

ços seriam necessários ao longo do exercício financeiro. Essa “licitação programada” não pode perfectibilizar a contratação em parcelas ao longo do tempo, quando esta necessidade era previsível.

É muito comum ocorrer esse fato no que tange aos materiais de expediente. Toda repartição possui uma previsão de quantos lápis e canetas, em média, gastam-se durante o exercício financeiro, devendo, pois, fazer uma licitação global nesse sentido - guardada a eficiência técnica e econômica. A entrega do produto pode ser seccionada no tempo, mas não a compra.

Todavia, licitações para o mesmo objeto durante certo lapso de tempo podem ser admitidas caso comprovem-se necessidades extraordinárias (imprevisíveis, portanto). Por exemplo, determinada entidade estatal sabe que, durante certo exercício financeiro, em média, fornece mil unidades de um remédio que combate determinada bactéria. Contudo, após o certame, ocorre um surto da doença, o que reclama nova licitação para aquisição de doses suplementares do fármaco.

#### **3.4.6 Fracionamento interno - Art. 23, § 7º, da Lei nº 8.666/93**

É possível que a Administração Pública fracione o objeto da licitação em pequenos lotes, no caso de este objeto permitir a divisão, sem que se desnature o próprio objeto (TCU, Acórdão nº 1.842/07, Pleno, j. 05/09/2007). Por exemplo, o Poder Público necessita adquirir um barco, sendo este objeto não poderá ser dividido em lotes, adquirindo-o em partes. Mas a aquisição de duas mil cadeiras escolares pode ser fracionada

em 10 lotes de duzentas unidades cada, com a finalidade de permitir a ampliação da competitividade, podendo o edital fixar quantitativo mínimo para preservar a economia de escala.

No caso mencionado, pequenas empresas, que não teriam condições de fornecer as duas mil cadeiras, poderiam competir em apenas um ou alguns lotes, na medida da sua capacidade técnica. Imagine-se que a empresa “X” somente consiga fornecer, no prazo estipulado pelo edital, quinhentas cadeiras. Ela concorrerá em dois lotes de duzentas unidades, formulando, assim, sua proposta. Já a empresa “Y” poderia fornecer quatro mil unidades, podendo apresentar proposta a todos os lotes. Então, a competitividade é ampliada.

### **Acórdãos do Tribunal de Contas da União**

REPRESENTAÇÃO. CONCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE PARCELAMENTO DO OBJETO. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA. REVOGAÇÃO DA CAUTELAR. DETERMINAÇÕES.

1. É obrigatório o parcelamento do objeto, quando este tem natureza divisível, em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, visando ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade. 2. anula-se o procedimento licitatório comprovadamente restritivo à competição.

(TCU, Acórdão nº 1.842/2007, Pleno, j. 05/09/2007).

### **3.4.7 Reserva de cota à microempresa e empresa de pequeno porte - Lei Complementar nº 123/06**

Nos certames que visem a adquirir bens e serviços de natureza *divisível*, a Administração Pública poderá estabelecer uma cota de 25% do objeto em licitação para que somente microempresas e empresas de pequeno porte possam concorrer. Essa matéria foi regulada, no Estado do Rio Grande do Sul, pela Lei nº 13.706/11 e pelo Decreto nº 48.160/11.

Para tanto, devem ser respeitados os seguintes requisitos:

- a) exista regulamentação específica em cada ente federado ao qual pertença a entidade que esteja a licitar;
- b) exista previsão expressa no instrumento convocatório;
- c) apresente vantagem à Administração Pública;
- d) não apresente prejuízo ao conjunto do objeto contratado;
- e) exista, no mínimo, três fornecedores na região, qualificados como microempresa ou empresa de pequeno porte, que sejam potencialmente aptos a cumprir com as especificações do edital e competir no certame;
- f) não se trate de caso de inexigibilidade (art. 25 da Lei nº 8.666/93) ou de dispensa (art. 24 da Lei nº 8.666/93).

Tem-se que o Estado do Rio Grande do Sul editou a Lei nº 13.706/11, que dispõe sobre a concessão de tratamento diferenciado para microempresa e empresas de pequeno porte. A referida lei estabelece a possibilidade de licitações exclusivas para empresas de pequeno porte e microempresa, em contratações de até R\$ 80.000,00. Além disso, prevê possibilidade de subcontratação de empresas de pequeno porte e microempresas em até 30% do valor licitado.

### **Legislação correlata federal**

LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006

Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos da Lei nº 8.666/93;

PORTARIA MF Nº 95, DE 19 DE ABRIL DE 2002 (DOU 23.04.2002)

Fixa os limites para concessão de suprimento de fundos e para os pagamentos individuais de despesas de pequeno vulto.

### **Legislação correlata estadual**

LEI ESTADUAL Nº 13.706, DE 06/04/2011

Dispõe sobre a concessão de tratamento diferenciado para microempresa e empresas de pequeno porte.

## **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**

ADMINISTRATIVO. ATO/CONTRATO ADMINISTRATIVO. PERMISSÃO. TRANSPORTE PÚBLICO. MODALIDADE DE LICITAÇÃO. CONCORRÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE LEGAL PARA A CARTA-CONVITE. VALOR DO OBJETO LICITADO.

1. O art. 2º, inciso IV, da Lei n. 8.987/95 vincula a permissão à prévia ocorrência de licitação, tal como, no mesmo diploma normativo, existe a vinculação das concessões à prévia realização de licitação.

2. A seu turno, a Lei n. 8.666/93, em seu art. 124, garante sua aplicação às permissões, preservando, entretanto, a autonomia do instituto no que tange às regras que com ele conflitam.

3. As normas que emanam dos arts. 22 e 23 da Lei n. 8.666/93 são de caráter nacional, aplicando-se a todos os entes federados e incidindo na hipótese, na medida em que não conflitam com a lógica das permissões.

4. Assim sendo, há limitação para a contratação no caso concreto por meio de carta-convite, em razão do valor do objeto licitado.

5. Recurso especial não provido.

(STJ, REsp 696.829-RS, Segunda Turma, j. 17/11/2009).

(...) Ao tempo da licitação, já existia a previsão legal sobre ser necessária a alienação do domínio útil da área em discussão, não se verificando a apontada afronta ao artigo 17, da Lei de Licitações.

III - A modalidade de licitação convite abrange somente as obras até o montante de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), não podendo ter sido escolhida pela Administração no caso em comento, uma vez que a obra que envolve o estacionamento em questão teve um montante estimado em R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais).

(STJ, REsp 919.727-AL, Primeira Turma, j. 24/04/2007).

## Capítulo 4

### DISPENSA DE LICITAÇÃO

#### 4.1 Hipóteses de dispensas de licitação na Lei nº 8.666/93

A regra geral para a Administração Pública, conforme art. 2º da Lei nº 8.666/93, é a realização de licitação. Entretanto, em algumas situações elencadas pelo legislador, há a permissão para a não realização de certame licitatório, é a chamada “dispensa de licitação”. As hipóteses em que a licitação pode ser dispensada estão elencadas nos arts. 17 e 24 da Lei de Licitações, sendo a relação exaustiva. Logo, não é possível a criação de novas hipóteses de dispensa, a não ser por lei federal. Não podem os Estados ou os Municípios inovar, criando outras exceções à regra de licitar.

A dispensa de licitação diferencia-se da inexigibilidade por não ser caso de inviabilidade de competição. Na dispensa, pode haver outros fornecedores aptos a atender a contratação, mas, por motivos diversos, entendeu o legislador pela permissão ao administrador de não realizar o certame licitatório.

Há a previsão, no Decreto estadual nº 42.566/03, atualizado pelo Decreto estadual nº 47.366/10, de envio para análise prévia da Procuradoria-Geral do Estado, dos casos de dispensa de licitação com valor superior a R\$ 410.000,00. As hipóteses previstas para a dispensa de licitação são as que seguem:

**Art. 24. É dispensável a licitação:**

**I - para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea “a”, do inciso I do artigo anterior, 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;**

As dispensas de licitação previstas nos incisos I e II do art. 24 da Lei nº 8.666/93 são motivadas pelo princípio da economicidade. Isso porque, em função do valor reduzido da contratação (até R\$ 15.000,00), torna-se mais dispendioso à Administração realizar o certame.

É vedado pela legislação o fracionamento do objeto para que haja o enquadramento no valor previsto. É o que prevê a redação da parte final do inciso - em se tratando de parcelas da mesma obra ou serviço, deve ser considerado o valor total para efeitos de enquadramento nos incisos I e II.

Para fins de enquadramento nessa hipótese de contratação, deve ser considerado o valor previsto para o contrato. Eventuais alterações posteriores, com fulcro no art. 65, § 1º da Lei nº 8.666/93, que venham a elevar o montante contratado, extrapolando o limite disposto no inciso, não invalidam a dispensa do certame. Entretanto, a alteração deve ter sido causada por fato superveniente, imprevisível no momento da contratação, sob pena de caracterizar-se fraude ao procedimento licitatório.

### **Informações da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**

Contratação de obra no valor de R\$ 13.967,59. Possível o aditamento até o limite de 25% do valor contratual, mesmo que venha a ultrapassar o limite previsto no art. 24, I da Lei nº 8.666/93. A aferição da adequação à hipótese de dispensa de licitação é realizada no momento da contratação, podendo haver aditamentos posteriores que superem o valor limite estipulado.

(PGE-RS, Informação nº [040/03/PDPE](#), de 15/07/2003).

### **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. FRACIONAMENTO DE OBJETO PARA PROVOCAR DISPENSA. PREJUÍZO AO ERÁRIO IN RE IPSA. ART. 334, INCISO I, DO CPC. FATO NOTÓRIO SEGUNDO REGRAS ORDINÁRIAS DE EXPERIÊNCIA. INQUÉRITO CIVIL. VALOR PROBATÓRIO RELATIVO. CARGA PROBATÓRIA DE PROVA DOCUMENTAL. AUTENTICIDADE DOS DOCUMENTOS OBTIDOS NA FASE PRÉ-JU-

## DICIAL NÃO QUESTIONADA. SUFICIÊNCIA DOS ELEMENTOS PROBANTES.

1. Trata-se, na origem, de ação civil pública para provocar a declaração de nulidade de contrato administrativo, com conseqüente reparação de danos, em razão de ter havido fracionamento de objeto licitado com o objetivo de permitir a dispensa de licitação.
2. O acórdão recorrido entendeu que a irregularidade estava provada, mas que não haveria como se anular o contrato para garantir o ressarcimento, uma vez que não existiria, nos autos, prova de efetivo prejuízo ao erário. Além disso, a origem fundamentou descartou a caracterização de prejuízos por ter havido prestação do serviço contratado.
3. Nas razões recursais, sustenta a parte recorrente ter havido violação aos arts. 535 do Código de Processo Civil (CPC) - porque o acórdão seria omissivo -, 4º, inciso III, "a", da Lei n. 4.717/65, 2º do Decreto-lei n. 2.300/86 e 159 do Código Civil de 1916 - ao argumento de que a violação ao procedimento licitatório, embora não possa configurar improbidade administrativa na espécie, por questões referente a direito intertemporal (não havia a Lei n. 8.429/92), é motivo que enseja a nulidade do ato e o conseqüente ressarcimento ao erário - e 333 e 372 do CPC - ao fundamento de que a instrução da causa com o inquérito ci-

vil, tratando-se de provas produzidas em fase pré-judicial, é suficiente para demonstrar as irregularidades.

4. Inicialmente, não viola o artigo 535 do CPC, tampouco nega prestação jurisdicional, acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia, conforme ocorreu no caso em exame.

5. No mais, é de se assentar que o prejuízo ao erário, na espécie (fracionamento de objeto licitado, com ilegalidade da dispensa de procedimento licitatório), que geraria a lesividade apta a ensejar a nulidade e o ressarcimento ao erário, é *in re ipsa*, na medida em que o Poder Público deixa de, por condutas de administradores, contratar a melhor proposta (no caso, em razão do fracionamento e conseqüente não-realização da licitação, houve verdadeiro direcionamento da contratação).

6. Além disto, conforme o art. 334, incs. I e IV, independem de prova os fatos notórios.

7. Ora, evidente que, segundo as regras ordinárias de experiência (ainda mais levando em conta tratar-se, na espécie, de administradores públicos), o direcionamento de licitações, por meio de fracionamento do objeto e dispensa indevida de procedimento de seleção (conforme reconhecido pela origem), levará

à contratação de propostas eventualmente superfaturadas (salvo nos casos em que não existem outras partes capazes de oferecerem os mesmos produtos e/ou serviços).

8. Não fosse isto bastante, toda a sistemática legal colocada na Lei n. 8.666/93 e no Decreto-lei n. 2.300/86 baseia-se na presunção de que a obediência aos seus ditames garantirá a escolha da melhor proposta em ambiente de igualdade de condições.

9. Dessa forma, milita em favor da necessidade de procedimento licitatório precedente à contratação a presunção de que, na sua ausência, a proposta contratada não será a economicamente mais viável e menos dispendiosa, daí porque o prejuízo ao erário é notório. Precedente: REsp 1.190.189/SP, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 10.9.2010.

10. Despicienda, pois, a necessidade de prova do efetivo prejuízo porque, constatado, ainda que por meio de inquérito civil, que houve indevido fracionamento de objeto e dispensa de licitação injustificada (novamente: essas foram as conclusões da origem após análise dos autos), o prejuízo é inerente à conduta. Afinal, não haveria sentido no esforço de provocar o fracionamento para dispensar a licitação se fosse possível, desde sempre, mesmo sem ele, oferecer a melhor proposta, pois o peso da ilicitude da conduta, peso este que

deve ser conhecido por quem se pretende administrador, faz concluir que os envolvidos iriam aderir à legalidade se esta fosse viável aos seus propósitos.

11. Por fim, o inquérito civil possui eficácia probatória relativa para fins de instrução da ação civil pública. Contudo, no caso em tela, em que a prova da irregularidade da dispensa de licitação é feita pela juntada de notas de empenho diversas, dando conta da prestação de serviço único, com claro fracionamento do objeto, documentos estes levantados em inquérito civil, não há como condicionar a veracidade da informação à produção da prova em juízo, porque tais documentos não tiveram sua autenticidade contestada pela parte interessada, sendo certo que, trazidos aos autos apenas em juízo, não teriam seu conteúdo alterado.

12. Recurso especial parcialmente provido. (STJ, Recurso Especial Nº 1280321/MG, Segunda Turma, j. 06/03/2012).

### **Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**

EX-PREFEITO MUNICIPAL. DISPENSA DE LICITAÇÃO.

Comete o crime contido no art. 89, *caput*, da

Lei 8.666/93, o Prefeito Municipal que dispensa licitação para aquisição de materiais de construção, fora das hipóteses previstas em lei, realizando fragmentações de obras que deveriam ser realizadas conjuntamente, bem como incorre nas sanções do parágrafo único do mesmo artigo o sócio-gerente de empresa que concorre para a consumação deste crime, beneficiando a si e ao corréu. Condenação mantida.

PENA.

Se duas das operadoras do art. 59 do CP são desfavoráveis aos réus, a pena-base não pode ser fixada no mínimo legal. Apelo ministerial provido.

(TJ-RS, Apelação Crime Nº 70037066271, Quarta Câmara Criminal, j. 05/05/2011).

APELAÇÃO CÍVEL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FRACIONAMENTO DE SERVIÇOS E DE COMPRAS. BURLA DE LICITAÇÃO. FAVORECIMENTO DE APOIADORES POLÍTICOS.

1 A Lei 8.666/93 dispensa a licitação nos casos em que as compras e os serviços tenham o valor de até 10% do máximo em que se permite a realização de licitação pela modalidade de convite, desde que não se refiram às parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizado de uma só vez.

2 O administrador deve considerar, para dimensionar a necessidade da licitação, todas as tarefas necessárias a um mesmo serviço, e o valor dos diversos serviços da mesma natureza a serem prestados no mesmo lugar e os possam ser realizados conjunta ou concomitantemente. Em relação aos bens o administrador deve verificar o valor total dos que tiverem a mesma natureza, e dos que possam ser utilizados conjunta ou concomitantemente, e não sucessivamente.

3 Não caracterizam fracionamento as aquisições de bens para a realização de pequenos reparos em escolas, creches e abrigos, imprevistos e urgentes, cuja necessidade não foi concomitante, e a contratação de pequenos reparos em viaturas e ambulância que não caracterizam etapas de um mesmo serviço e não poderiam ser realizados conjunta ou concomitantemente.

4- Aquisição de medicamentos não contemplados na lista básica de fornecimento e dos que integram a lista e estavam indisponíveis à população, por atraso no fornecimento. Compras emergenciais.

Á unanimidade negaram provimento ao apelo.

(TJ-RS, Apelação Cível Nº 70027847870, Segunda Câmara Cível, j. 23/06/2010).

PREFEITO MUNICIPAL – DISPENSA DE LICITAÇÃO – FRACIONAMENTO – CONSERVATO DE MÁQUINAS RODOVIÁRIAS DIVERSAS – TRANSPORTE DE MATERIAIS.

1. Conforme a Câmara já decidiu em vezes anteriores, o administrador não está obrigado a reunir, para propiciar a deflagração de certame licitatório, o conserto e troca de peças em máquinas rodoviárias diversas, ainda que os reparos tenham sido feitos na mesma empresa e na mesma oportunidade. 2. Seguindo a mesma orientação, é dispensável a licitação, se o Município contrata uma mesma empresa, para o transporte de materiais diversos, em trechos também diferentes, em que pese haverem os empenhos sido emitidos na mesma data. Ampla prova testemunhal indicando que os carretos foram planejados em momentos diferentes, conforme surgiram as necessidades de transportação dos materiais. Ação penal improcedente, com a consequente absolvição dos réus.

(TJ-RS, Ação Penal Nº 70030183404, Quarta Câmara Criminal, j. 15/04/2010).

**II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea “a”, do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram**

**a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez;**

Como no inciso anterior, o fundamento desta hipótese de dispensa é a economicidade. São dispensadas de licitação as contratações de serviços e compras até o limite de R\$ 8.000,00.

### **Pareceres da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**

Os motivos apresentados pelo Administrador para a contratação direta levam ao enquadramento na inexigibilidade de licitação, com fundamento no art. 25, II da Lei de Licitações, mesmo que o valor permitisse a dispensa de licitação prevista no art. 24, II da mesma lei. (PGE-RS, Parecer [13553](#), de 11/03/2003).

### **Informações da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**

Aquisição de material no valor de R\$ 5.294,00. (PGE-RS, Informação nº [184/05/PDPE](#), de 21/10/2005).

Consulta quanto à existência de fracionamento na contratação de empresa para a realização de eventos pela Secretaria da Educação.

(PGE-RS, Informação nº [059/12/PDPE](#), de 31/05/2012).

**III - nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem;**

Nessas situações, a licitação é dispensada em função de eventual impossibilidade de manutenção da rotina administrativa. No caso de grave perturbação da ordem, ela deverá ser devidamente comprovada quando do procedimento de dispensa.

**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;**

A dispensa é destinada a soluções rápidas para casos de emergência, em que não é possível aguardar-se o trâmite

de um certame licitatório. As situações mais características são as causadas por desastres naturais. Inúmeras são as dispensas de licitação para a realização de obras públicas em função de destruições causadas pelas forças da natureza.

Essencial à caracterização da emergencialidade é a demonstração do prejuízo ao interesse público advindo na delonga da solução, o que inviabilizaria a realização de licitação.

Existem também situações em que é autorizada a contratação quando o certame licitatório encontra-se obstado em seu trâmite regular em função de liminar judicial. São os casos de contratos de manutenção e limpeza, por exemplo, em que seria inviável a manutenção do serviço público sem a sua execução.

Não são casos de dispensa de licitação por emergencialidade as situações causadas pela inércia da Administração na realização do certame licitatório. Cita-se como precedente o Parecer da PGE-RS nº [15.177](#). Nas situações em que, inobstante a culpa da Administração pela não realização da devida contratação, seria mais prejudicial ao interesse público a interrupção do serviço, obra ou aquisição, admite-se, excepcionalmente, a contratação emergencial, desde que devidamente apurada e punida a eventual responsabilidade do administrador pela demora na realização do certame. É a chamada emergência ficta ou fabricada, como consta na Informação nº [146/10/PDPE](#).

O inciso limita a cento e oitenta dias o prazo contratual em casos emergenciais, vedada a prorrogação. Existem precedentes, entretanto, autorizando a referida prorrogação, em situações específicas, em que é mantida a emergencialidade que originou a avença, como examinado na Informação nº [136/10/PDPE](#).

Ressalte-se, ainda, que a contratação deve se ater às obras ou serviços necessários a sanar a emergencialidade. Não raro, são incluídos, no mesmo procedimento de contratação direta, objetos mais amplos do que o estritamente necessário, o que não é autorizado pela legislação.

### **Pareceres da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**

Locação de helicóptero para uso pela Defesa Civil em atendimento à população vítima de catástrofes naturais, tendo em vista que as aeronaves de propriedade do Estado encontram-se em manutenção.

(PGE-RS, Parecer nº [15135](#), de 20/11/2009).

Impossibilidade de nova contratação emergencial para administração da praça de pedágio de Portão, face a outras avenças já realizadas, sem que a Administração tenha adotado as medidas cabíveis para a realização do certame licitatório.

(PGE-RS, Parecer nº [15177](#), de 28/01/2010).

### **Informações da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**

Contrato rescindido pelo encerramento das atividades da empresa vencedora da licita-

ção. Contratação emergencial de empresa para a realização dos serviços de vigilância. (PGE-RS, Informação nº [090/09/PDPE](#), de 10/06/2009).

Empresa vencedora de licitação não demonstrou interesse na prorrogação contratual. Contratação emergencial de empresa para a realização de serviços de limpeza. (PGE-RS, Informação nº [141/09/PDPE](#), de 10/08/2009).

Queda de ponte em função de grande volume de chuvas ocasiona a contratação emergencial de empresa para prestação de serviços de transporte hidroviário. (PGE-RS, Informação nº [023/10/PDPE](#), de 26/02/2010).

Estragos ocasionados por grande volume de chuvas fundamentam a contratação emergencial de obras de manutenção da rodovia. (PGE-RS, Informação nº [041/10/PDPE](#), de 01/04/2010).

Contratação de empresa prestadora de serviços de manutenção, tendo em vista a existência de decisão judicial suspendendo o certame licitatório. (PGE-RS, Informação nº [058/10/PDPE](#), de 26/04/2010).

Prorrogação de prazo contratual com empresa prestadora de serviços de transporte hidroviário, tendo em vista não terem sido finalizados os trabalhos de reconstrução da ponte, cuja queda ocasionou a situação emergencial. (PGE-RS, Informação nº [136/10/PDPE](#), de 24/09/2010).

Contratação de empresa para construção de presídio, muito embora a existência de omissão da Administração, tendo em vista a situação caótica da casa prisional, em respeito aos direitos fundamentais dos apenados. (PGE-RS, Informação nº [146/10/PDPE](#), de 22/10/2010).

Contratação de serviços de manutenção de software, uma vez que não finalizado o certame licitatório. (PGE-RS, Informação nº [016/11/PDPE](#), de 22/03/2011).

Não caracterizada a situação emergencial para a aquisição de equipamento a ser utilizado em futura contratação. (PGE-RS, Informação nº [077/11/PDPE](#), de 10/08/2011).

Contratação de obras de reforma de escola estadual, inobstante a inércia da Administra-

ção na correção dos problemas desde logo, tendo em vista o risco à segurança dos frequentadores da escola.

(PGE-RS, Informação nº [011/12/PDPE](#), de 06/01/2012).

Contratação de serviços de elaboração de documentação técnica de arquitetura e engenharia, projetos executivos e liberação ambiental para investimentos em infraestrutura no Centro Estadual de Treinamento Esportivo – CETE. Emergência justificada pela exiguidade do prazo concedido pela União para a entrega da documentação, condição para o aporte de verbas para a realização das obras. (PGE-RS, Informação nº [037/12/PDPE](#), de 29/03/12).

### **Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTROLADORES DE VELOCIDADE EM RODOVIAS ESTADUAIS. CONTRATO FINDO. PROCESSO DE LICITAÇÃO NÃO-INICIADO. NECESSIDADE DE CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL. PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA CARACTERIZADA. ATENDIMENTO AO IN-

TERESSE PÚBLICO. NÃO-VIOLAÇÃO AO ARTIGO 24, INCISO IV, DA LEI NO. 8.666/93. Dentro do poder discricionário da administração pública, pode o administrador proceder à contratação emergencial no caso de inexistir contrato em vigência e antes da abertura de licitação, considerada a necessária continuidade da prestação dos serviços. Da mesma forma, não está o administrador obrigado a manter a contratação com a empresa anteriormente contratada. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO.

(TJ-RS, Agravo de Instrumento Nº 70032592701, Segunda Câmara Cível, j. 14/04/2010).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE FITAS REAGENTES. ILEGITIMIDADE PASSIVA.

Considerando que a qualidade da vida da infante é o bem tutelado, que a família não tem condições de arcar com os custos do produto necessário e que a saúde é direito de todos e dever do Estado (CF, artigo 196 e CE, artigo 241), não merece reforma a decisão que determina o fornecimento das Fitas Reagentes. DESNECESSIDADE DE LICITAÇÃO. Os direitos à saúde e à vida prevalecem frente a obstáculo dessa ordem. A demora na ob-

tenção do produto postulado coloca em risco a saúde da infante. O art. 24, IV da Lei nº 8.666/93 autoriza a dispensa do procedimento.

Negado provimento ao agravo.

(TJ-RS, AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 70038900999, OITAVA CÂMARA CÍVEL, J. 23/09/2010).

**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;**

São três os requisitos para enquadramento nessa hipótese de dispensa de licitação: a) tenha havido procedimento licitatório sem interessados; b) a repetição da licitação traria prejuízos à Administração, seja pela delonga, seja pelo custo superior ao valor a ser contratado; c) a contratação direta somente poderá ser realizada nos mesmos termos do proposto no edital de licitação frustrado.

Mesmo sendo a licitação deserta, o administrador deverá buscar as causas que levaram ao desinteresse de eventuais contratantes e repetir o certame. Somente restará justificada a contratação direta se devidamente comprovado que a repetição na licitação traria prejuízos à Administração.

Quanto ao terceiro aspecto a considerar, se houver alteração nas condições de contratação, restará descaracterizada

a deserção no certame, uma vez que se trataria de uma nova avença, que ensejaria um novo edital de licitação.

### **Informações da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**

Aquisição de medicamento importado para doença grave, havendo urgência em função da inexistência de estoque e necessidade de cumprimento de decisão judicial.

(PGE-RS, Informação nº [042/09/PDPE](#), de 23/03/2009).

Não autorizada contratação direta de empresa para manutenção e conservação de rodovia, uma vez que não há justificativa do prejuízo eventualmente advindo de repetição na licitação.

(PGE-RS, Informação nº [055/09/PDPE](#), de 24/04/2009).

Contratação de empresa para realização de obra de construção de linha de transmissão. Urgência na realização da avença, devido a compromissos assumidos com terceiros.

(PGE-RS, Informação nº [046/11/PDPE](#), de 09/05/2011).

**VI - quando a União tiver que intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento;**

O transcrito aplica-se somente à União.

**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 desta Lei 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;**

O citado pressupõe a realização de certame licitatório em que as propostas apresentadas são de valor superior ao praticado no mercado. Essa situação contrariaria a finalidade maior do certame licitatório, que busca a proposta mais vantajosa ao interesse público.

É requisito indispensável à autorização da contratação direta que tenha sido oportunizado aos licitantes a apresentação de novas propostas, nos termos do art. 48, § 3º da Lei nº 8.666/93. Se, ainda assim, os valores mostrarem-se exorbitantes, resta caracterizada a incidência desse inciso, podendo haver a contratação direta por valor comprovadamente compatível com o mercado.

Também é necessária a comprovação de que as propostas apresentadas são superiores aos valores praticados no mercado, através de ampla pesquisa de preços. A diferença

deve ser relevante, não se admitindo a incidência da hipótese por pequena diversidade de valores.

Somente se aplica essa hipótese às aquisições de bens ou serviços.

### **Pareceres da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**

Contratação de empresa para prestação de serviço de transporte aéreo de passageiros e para remoção de órgãos para transplante. Não se aplica a hipótese de dispensa de licitação, porquanto não demonstrada o superfaturamento nos preços praticados pela empresa vencedora da licitação.

(PGE-RS, Parecer nº [14660](#), de 08/02/2007).

### **Informações da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**

Aquisição do medicamento Interferon com dispensa de licitação, uma vez que em pregão realizado, o valor ofertado foi superior ao praticado no mercado.

(PGE-RS, Informação nº [013/07/PDPE](#), de 16/03/2007).

**VIII - para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produ-**

**zidos 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;**

São os requisitos para essa hipótese de contratação direta: a) ser o contratante pessoa jurídica de direito público interno; b) ser o contratado integrante da Administração Pública; c) ter sido o contratado criado antes de 22/06/1993, com a finalidade específica de realização do objeto contratual; d) haver compatibilidade do preço praticado ao mercado.

Deve ser ressaltado o requisito de ser o contratante pessoa jurídica de direito público interno. Não estariam incluídas nesse permissivo, portanto, as entidades de direito privado, mesmo que integrantes da Administração Pública. Somente poderiam utilizar-se desse inciso, portanto, a Administração Direta, as autarquias e fundações de direito público.

Quanto ao requisito do contratado ser ente da Administração Pública, admite-se que haja trânsito entre as diferentes órbitas administrativas. Logo, não é necessário que o contratado pertença à mesma esfera do contratante. Assim, pode, por exemplo, o Estado contratar empresa integrante da Administração Pública Federal ou Municipal, e vice-versa.

Há discussão também quanto ao fato do contratado exercer atividade econômica. Nesse caso, não se poderia utilizar da dispensa, sob pena de rompimento do princípio da isonomia. A

Constituição Federal dispõe, em seu art. 173, que, ao atuar na esfera privada, não pode o ente público obter benefícios que lhe tragam vantagem frente às empresas privadas que atuam no setor.

A legislação exige, ainda, que o objeto contratual conste entre as finalidades do ente contratado, já antes de 1993. Não há necessidade que o serviço a ser contratado conste originalmente entre as finalidades da entidade, mas deve ter sido acrescido antes da vigência da Lei de Licitações. Assim, finalidades acrescidas após a vigência da referida lei, mesmo que o ente já existisse anteriormente, não têm o condão de fazer incidir essa hipótese de dispensa de licitação.

Por último, como em todas as demais hipóteses de dispensa de licitação, exige-se a comprovação da compatibilidade do valor contratado ao mercado. O fato do ente pertencer à Administração não é justificativa para que se despenda um valor superior ao que se obteria ao realizar uma licitação, sob pena de afronta ao princípio da indisponibilidade do interesse público, da eficiência e da economicidade.

### **Pareceres da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**

Esclarece quais os entes podem se utilizar desta hipótese de dispensa de licitação.  
(PGE-RS, Parecer nº [11.370](#), de 14/10/1996).

Aquisição de medicamentos produzidos pela

Fundação Estadual de Produção e Pesquisa em Saúde – FEPS, pelos Municípios. Muito embora a FEPS tenha sido criada somente em 1995, há uma continuidade das atividades exercidas pelo Laboratório Farmacêutico do Estado do Rio Grande do Sul (LAFERGS), este criado anteriormente a 1993. (PGE-RS, Parecer nº [11789](#), de 27/08/1997).

Contratação da CORAG para a prestação de serviços de digitalização de documentos. (PGE-RS, Parecer nº [15105](#), de 02/10/2009).

### **Informações da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**

Contratação da FDRH pela METROPLAN para a gestão de bolsas de aprendizagem (estágios remunerados). Dispensa não autorizada por dois motivos: a METROPLAN é fundação de direito privado, e a função de recrutamento, seleção e acompanhamento de estágios somente foi agregada à FDRH no ano de 1996. A dispensa de licitação seria possível com fundamento no inciso XIII. (PGE-RS, Informação nº [045/11](#), de 09/05/2011).

Contratação, pelo Estado, da Empresa de Correios e Telégrafos, para a prestação de

serviços de confecção e pré-postagem de talões de nota fiscal de produtor.

(PGE-RS, Informação nº [073/11](#), de 03/08/2011).

Contratação, pelo Estado, da Empresa de Correios e Telégrafos, para a prestação de serviços de coleta, recebimento, armazenamento, tratamento (montagem de caixas, etiquetagem, inserção de medicamento e fechamento da encomenda), expedição e entrega de medicamentos nas Coordenadorias Regionais de Saúde e nos domicílios dos idosos cadastrados no Programa Remédio em Casa.

(PGE-RS, Informação nº [109/11](#), de 26/10/2011).

Contratação, pelo Estado, da empresa Banrisul Serviços Ltda. para a prestação de serviços de gerenciamento, controle e fornecimento de combustíveis, lubrificantes e filtros. Não admitida a avença sem a realização de licitação por dois motivos: a) os serviços a serem contratados somente foram incluídos no contrato social da contratada após o ano de 1993; b) a contratada exerce atividade econômica.

(PGE-RS, Informação nº [134/11](#), de 20/12/2011).

**IX - quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional;**

Justifica-se a dispensa de licitação quando a publicidade inerente ao procedimento licitatório puder colocar em risco a segurança nacional.

**X - para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas 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;**

Deve ser explicitado pelo administrador o motivo pelo qual há a necessidade de uma condição ou localização específica. As condições do imóvel, que tornam inviável a realização da licitação, também devem ser comprovadas. Existindo mais de um imóvel que atenda às necessidades da Administração, a realização de licitação se impõe.

É também requisito à incidência da hipótese a existência de avaliação do imóvel que justifique o valor da contratação.

**Informações da Procuradoria-Geral do  
Estado do Rio Grande do Sul**

Locação de imóvel pela CEEE para instalação de agência no centro. Justificada pelos investimentos já realizados no local, bem como pela localização do imóvel.

(PGE-RS, Informação nº [055/10](#), de 22/04/2010).

Locação de imóvel para a instalação da segurança do governador. Justificada pela localização do imóvel, que necessariamente teria que ser próximo à residência do governante.

(PGE-RS, Informação nº [064/11](#), de 29/06/2011).

Aquisição de imóvel destinado à residência e tratamento de pacientes egressos do Hospital Psiquiátrico São Pedro. Não comprovada a existência de apenas um único imóvel com aptidão para atender à necessidade da Administração Pública.

(PGE-RS, Informação nº [060/12](#), de 31/05/2012).

**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;**

Essa hipótese de dispensa de licitação baseia-se no princípio da razoabilidade e da economicidade. Uma vez já realizado um certame licitatório, e não havendo continuidade da contratação com o primeiro colocado, busca-se salvaguardar o resultado obtido com a licitação, firmando-se a avença com o licitante que aceitar manter a proposta vencedora. Não pode haver modificação do objeto contratual, nem alteração de valor que não o já previsto no contrato anterior.

### **Pareceres da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**

Rescindido contrato, oriundo de Tomada de Preços, para a prestação de serviços de impressão da Carteira Nacional de Habilitação. Possibilidade de contratação do segundo classificado no certame, ou qualquer outro licitante, obedecida a ordem de classificação, desde que obedecidos os termos da proposta vencedora.

(PGE-RS, Parecer nº [11662](#), de 13/06/1997).

Contrato de realização de obra rescindido. Possibilidade de contratação direta de um dos outros licitantes, desde que obedecida a ordem de classificação e seja realizada contratação nos mesmos termos do contrato rescindido, incluídos os termos aditivos.

(PGE-RS, Parecer Nº [12642](#), de 19/11/1999).

## **Informações da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**

Rescindido o contrato de consultoria em matéria ambiental, inviável a adjudicação pela segunda colocada, uma vez que já contratada para a execução de outro lote. Vedada pelo edital a contratação para dois lotes, possível a adjudicação somente à sétima colocada, uma vez que não contratada para os outros lotes.

(PGE-RS, Informação nº [034/06](#), de 11/04/2006).

**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;**

O citado é indicado para casos eventuais de aquisição de produtos perecíveis, uma vez que o desenrolar do procedimento licitatório levaria à deterioração dos bens. Não sendo compra eventual, é necessária a realização de licitação, uma vez que é possível a previsão da necessidade.

**XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de ins-**

**tituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos;**

Os requisitos dessa hipótese de contratação direta são: a) que a contratada seja instituição brasileira; b) que a contratada possua em seu regimento ou estatuto a finalidade de pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional, ou seja dedicada à recuperação social do preso; c) que detenha inquestionável reputação ético-profissional; d) que não tenha fins lucrativos.

Além desses requisitos, a jurisprudência dos Tribunais de Contas têm exigido a chamada pertinência temática, ou seja, a instituição tem que possuir entre as suas finalidades o objeto para o qual está sendo contratada. Não pode uma instituição voltada à pesquisa ser contratada, com base nesse inciso, para objeto diverso. Esposando esse entendimento, foi editado o Enunciado de Súmula nº 250 do Tribunal de Contas da União, que dispõe:

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

Ademais, a contratada deve possuir condições de executar o objeto contratado, sendo vedada a subcontratação. De outra forma, poderia restar caracterizada a burla ao procedimento licitatório.

Merece especial atenção a questão da contratação direta de instituições para a realização de concursos públicos. A jurisprudência dos Tribunais de Contas sofreu alguma diversidade, tendo recentemente se mostrado majoritária no sentido permissivo da contratação, enquadrando o objeto em desenvolvimento institucional. A regra, entretanto, permanece sendo a de realização de certame licitatório. No caso da Administração entender ser mais vantajosa a contratação direta, devem ser claramente expostas suas motivações, uma vez que o tema ainda se mostra polêmico.

No âmbito do Tribunal de Contas da União, existe um anteprojeto de súmula com o seguinte conteúdo:

É considerada legal a utilização do inciso XIII do art. 24 da Lei 8.666/1993 para justificar a dispensa de licitação em contratações de serviço de promoção de concurso público, desde que sejam observados todos os requisitos constantes do mencionado artigo e que o órgão ou a entidade contratante demonstre, com critérios objetivos, no seu plano estratégico ou em instrumento congênere, a essencialidade do preenchimento do cargo objeto do concurso público para o seu desenvolvimento institucional.

### **Pareceres da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**

Contratação da Fundação de Apoio à Universidade Federal do Rio Grande do Sul para a realização de serviços técnicos voltados ao mapeamento das incubadoras e parques tecnológicos. A avença caracteriza-se por ser atividade de pesquisa. Necessidade de comprovação pela instituição de que detém a estrutura necessária para a prestação do serviço contratado.

(PGE-RS, Parecer nº [14.506](#), de 22/05/2006).

Viabilidade de contratação direta da Fundação de Desenvolvimento de Recursos Humanos para a realização de concursos públicos. (PGE-RS, Parecer nº [15.200](#), de 18/02/2010).

Inviabilidade de contratação direta, pela CIEN-TEC, da Associação Sul-Riograndense de Apoio ao Desenvolvimento de Software, por não haver vínculo de pertinência entre o objeto contratual e as finalidades da instituição. (PGE-RS, Parecer nº [15.318](#), de 01/10/2010).

### **Informações da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**

Contratação da Fundação Getúlio Vargas (FGV) para prestação de serviços técnicos de

pesquisa e cálculo de preços médios de até mil itens para fins de serem utilizados nas Tabelas de Preços e Obras, de Projeto de Obras e Supervisão de Obras. Tais itens são os insumos referentes aos produtos e serviços dos contratos celebrados pelo DAER. Inviabilidade da contratação direta, uma vez que o objeto contratual não possui relação com pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional.

(PGE-RS, Informação nº [048/09](#), de 01/04/2009).

Contratação do PGQP para a prestação de serviços de consultoria e capacitação técnica para implementação de programa de melhoria da gestão. Possibilidade da avença, uma vez que o objeto contratual enquadra-se em desenvolvimento institucional.

(PGE-RS, Informação nº [082/09](#), de 03/06/2009).

Contratação da Fundação Comitê de Gestão Empresarial para a prestação de serviços de consultoria para o diagnóstico de implantação de universidade corporativa.

(PGE-RS, Informação nº [025/11](#), de 11/04/2011).

Contratação da Fundação Getúlio Vargas para a prestação de serviços de consultoria e assessoria técnica especializada visando

à Execução do Projeto de Desenvolvimento Institucional da Secretaria Executiva do Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social do Rio Grande do Sul – SECDES RS. Possibilidade da avença, uma vez que o objeto contratual enquadra-se em desenvolvimento institucional.

(PGE-RS, Informação nº [051/11](#), de 25/05/2011).

Admissibilidade de contratação da Fundação de Desenvolvimento de Recursos Humanos, desde que justificados os valores praticados, tendo em vista a existência de propostas com valores inferiores.

(PGE-RS, Informação nº [122/11](#), de 30/11/2011).

Contratação de consultoria para desenvolvimento de capacitação dos gestores e equipes de trabalho da SARH, na qualificação das relações interpessoais e democratização das relações de trabalho. Inexistência de pertinência entre os objetivos do Instituto e os serviços a serem contratados pela SARH, já que se está diante de uma entidade voltada para pesquisa, e o objeto pretendido pela Administração consiste na prestação de serviços de consultoria.

(PGE-RS, Informação nº [058/12](#), de 31/05/2012).

## **Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**

DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO TÉCNICO PEDAGÓGICO DE PROJETO DE INFORMÁTICA EDUCATIVA NA REDE MUNICIPAL DE ENSINO FUNDAMENTAL DE URUGUAIANA. ART. 24, XIII, DA LEI Nº 8.666/93. REQUISITOS. PESQUISA DESVINCULADA E AUSÊNCIA DE FINS LUCRATIVOS INOCORRENTES. COMPRA DE EQUIPAMENTOS DE INFORMÁTICA ENCOBERTA DE DOAÇÃO. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. Como regra, a licitação conduz à melhor contratação, por assegurar maior vantagem à Administração Pública. A dispensa indevida de licitação, quando ausentes os requisitos do inciso XIII do art. 24 da Lei nº 8.666/93, configura ato improbidade administrativa, sujeitando os demandados às penalidades cabíveis. Ausente atividade de pesquisa desvinculada do contrato e não demonstrada a ausência de fins lucrativos, não se tratando de serviço singular e não realizada prévia consulta de preços, realizada compra de equipamentos de informática encoberta de doação, sem licitação, impossibilitava-se a contratação direta. Hi-

pótese em que o instituto contratado firmou grande número de contratos similares, com vários Municípios brasileiros, havendo diversas ações civis e criminais envolvendo fatos análogos. A alegação de o contrato ter sido cumprido não afasta a improbidade administrativa, ausente legalidade nas condutas, caracterizado prejuízo devido à desproporcionalidade do valor desembolsado no caso concreto. Precedentes do STJ e TJRS. PREQUESTIONAMENTO. A apresentação de questões para fins de prequestionamento não induz à resposta de todos os artigos referidos pela parte, mormente porque foram analisadas todas as questões entendidas pertinentes para solucionar a controvérsia. Apelações desprovidas.

(TJ-RS, Apelação Cível Nº 70043680768, Vigésima Segunda Câmara Cível, j. 29/09/2011).

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO SEM SUPORTE FÁTICO E LEGAL PARA TANTO. VENDA TRAVESTIDA DE DOAÇÃO. COMPRA E VENDA DE EQUIPAMENTOS DE INFORMÁTICA. CELEBRAÇÃO DE CONTRATO COM DISPENSA DE LICITAÇÃO PARA AQUISIÇÃO DE HARDWARE E SOFTWARE COM PREÇO SUPERFATURADO. PRELIMINARES.

### 1 – Da preliminar de inépcia da inicial.

Se consta da inicial a indicação dos fatos e da participação do ora recorrente exatamente como o quer sua defesa, não há falar em inépcia da inicial e não há como se acolher a pretensão com suporte na impossibilidade de defesa do recorrente não saber o que se lhe imputa. A imputação é clara o suficiente para proporcionar a defesa do recorrente, tanto que, no mérito, discorre por mais de vinte e uma laudas examinando a imputação, as provas e concluindo pela reforma da sentença. Além disso, observa o que dispõem os arts. 282 e 283, do CPC.

### 2 - Da preliminar de inaplicabilidade da Lei 8.429/92 aos agentes políticos e sua inconstitucionalidade.

Inconstitucionalidade já julgada pelo STF recentemente e inaplicabilidade, no caso, incabível aos agentes políticos que não alcança interessado. Mesmo que o STF exclua, em determinados casos, agentes políticos do âmbito incidência da LIA, isto não retira o caráter geral desta lei. E no presente caso assim o é. O caráter geral da lei de improbidade administrativa alcança o recorrente.

Necessária uma interpretação sistêmica da Constituição Federal porque o art. 37, § 4º dispõe contrariamente a este ponto de vista estabelecendo que os atos de improbidade

administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, dentre outras sanções, SEM PREJUÍZO DA AÇÃO PENAL CABÍVEL. Não há, portanto, falar em interpretação abrogante (ou derogante como se vê dos fundamentos do eg. STF) do disposto no art. 102, I, “c”. Desnecessário lembrar que se está frente a um mandamento constitucional, verdadeiro postulado normativo aplicativo específico do qual não se pode abdicar, mesmo com a dialética mais aprimorada. A Constituição Federal assim estabelece por não admitir imunidades absolutas para casos que tais. Estaríamos, então, estabelecendo um “BILL DE INDENIDADE” não autorizado constitucionalmente se compreendêssemos diversamente.

3 - Da preliminar de incompetência de juízo (fl. 2.667).

No presente caso não há qualquer interesse da União na condição de autora, ré, assistente ou oponente conforme regra insculpida no art. 109, inciso I, da Constituição Federal. Também não ocorreu ofensa a bens, serviços ou interesse da União conforme exigência do art. 109, inciso IV, da Constituição Federal.

4 – Do mérito.

A prova revela que os demandados, em consilium, dispensaram de licitação, fora das hipóteses legais, como se observa pelos documentos e provas específicas de fls. 69/73 o

objeto do contrato. Com efeito, o contrato em tela foi firmado mediante este procedimento de dispensa de licitação quando não o deveria ser e com suporte nos arts. 24, inciso XIII e 25, inciso II, da Lei nº 8.666/93, a meu sentir inaplicáveis à espécie.

No caso dos autos, não se observou os ditames legais que regem a espécie em face do contratado o que se evidencia à vista de que não se trata de contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional ou à prestação de serviço técnico especializado, mas sim, “de verdadeira operação de compra e venda de equipamentos de informática – hardware e software – consono concluiu à sociedade o minucioso relatório do Tribunal de Contas deste Estado” nos autos do processo nº 4465-02.00/02-2, item 5.2 (fls. 146/150).

Recursos improvidos.

(TJ-RS, Apelação Cível Nº 70033866039, Primeira Câmara Cível, j. 25/08/2010).

## **Acórdãos do Tribunal de Contas da União**

7. [...] acerca das ilegalidades cometidas pelos responsáveis, cumpre tecer alguns co-

mentários sobre a utilização do Protocolo de Intenções firmado entre a 1ª DL e a FAURGS para contratação direta daquela entidade, por inexigibilidade e dispensa de licitação, bem como para transferência de recursos financeiros, sem que fosse celebrado convênio nos moldes previstos na IN/ STN n. 01/1997.

8. Primeiramente, é importante ressaltar que a contratação direta de fundações de apoio, nos moldes dos ajustes firmados entre a 1ª DL e a FAURGS, tem sido rechaçada por este Tribunal quando não há vínculo de pertinência entre o fim da instituição e o objeto do contrato, pois tal procedimento representa afronta ao art. 24, inciso XIII, da Lei n. 8.666/1993. A propósito, cabe transcrever, a seguir, excertos da obra do autor Marçal Justen Filho (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 9ª Ed., São Paulo: Dialética, 2002, p. 254):

‘Um aspecto fundamental reside em que o inciso XIII não representa uma espécie de válvula de escape para a realização de qualquer contratação, sem a necessidade de licitação. Seria um despropósito imaginar que a qualidade subjetiva do particular a ser contratado (instituição) seria suficiente para dispensar a licitação para qualquer contratação buscada pela Administração. Ou seja, somente se configuram os pressupostos do dispositivo

quando o objeto da contratação inserir-se no âmbito de atividade inerente e próprio da instituição.

(...)

Justamente por isso, não há cabimento de invocar o inciso XIII para produzir a execução de objeto que não é inerente a atividade própria da instituição, no âmbito daquelas indicadas no texto legislativo.

(...)

As considerações acima efetuadas conduzem à necessidade de um vínculo de pertinência absoluta entre a função da instituição e o objeto da avença com a Administração.' (grifos acrescentados).

9. Nesse sentido, tem-se que as várias contratações diretas da FAURGS efetivadas pela 1ª DL, além de afrontar as disposições do art. 24, inciso XIII, da Lei n. 8.666/1993, também contrariam sólida jurisprudência do TCU a qual prevê a obrigatoriamente de os objetos contratados guardarem correlação direta com projetos de pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional (v.g. Decisões ns. 30/2000, 777/2000 e 655/2002, Acórdãos ns. 1.934/2004 e 1.481/2004, 30/2008, 942/2010, todos do Plenário, e Acórdãos ns. 160/2008, 819/2008 e 3.541/2007, da 2ª Câmara).

(TCU, Acórdão 3505-18/11-1, Primeira Câmara, j. 31/05/2011).

PRESTAÇÃO DE CONTAS. [...] CONTRATAÇÃO DE FUNDAÇÃO DE APOIO UNIVERSITÁRIA PARA REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO. [...]

[VOTO]

17. Uma outra falha relevante apontada nestas contas foi a contratação, mediante dispensa de licitação amparada no art. 24, inciso II, da Lei 8.666/1993, da Funpec - Fundação Norte-Rio-Grandense de Pesquisa e Cultura, que é uma fundação de apoio ligada à Universidade Federal do Rio Grande do Norte. O objetivo foi a realização de concurso público para preenchimento de vagas no quadro da Codern. O Controle Interno questionou, principalmente, o fato de o valor do contrato ter excedido o limite de dispensa e a previsão de a contratada ser remunerada com a receita das taxas de inscrição. Segundo o órgão de controle, tal previsão ofenderia o disposto no art. 7º, § 3º, da Lei 8.666/1993, que veda a inclusão do dever de obtenção de recursos por parte da contratada.

18. Quanto a este último ponto, com as vênias por discordar, não entendo que tal vedação se aplique ao contrato em exame. Não se trata de intermediação da obtenção de recursos por parte da contratada. Ela simplesmente irá arrecadar o valor das taxas pagas pelos interessados no concurso e que são ordinaria-

mente cobradas na generalidade desse tipo de procedimento, conforme previsto no art. 11 da Lei 8.112/1990.

19. O óbice maior da falha consiste mesmo na equivocada fundamentação da dispensa de licitação no inciso II do art. 24, pelo baixo valor da contratação. Primeiramente, o valor extrapolou o limite previsto naquele dispositivo, como registra o Controle Interno. Em segundo lugar, como lembra a Secex/RN, esta Corte vê com reservas a contratação, sem licitação, de fundações de apoio universitárias para a realização de concursos públicos.

20. Mas mesmo quanto a este aspecto, entendendo que o Tribunal vai chegando a um equacionamento bastante satisfatório dessa questão. Particularmente, sou um dos que advogam que as fundações de apoio têm um papel importante a desempenhar na área de concursos públicos e de exames vestibulares, atividade na qual algumas fundações têm se destacado notavelmente. É o caso, por exemplo, do Cespe, ligado à Universidade de Brasília, que tão valioso auxílio tem prestado ao nosso ISC na sua missão exitosa de dotar esta Corte com quadro de pessoal altamente qualificado, como se reconhece unanimemente.

21. Os Acórdãos 569/2005 e 1.561/2009, ambos do Plenário deste Tribunal, seguem

a trilha do cabimento da contratação dessas entidades para a realização de concursos públicos, sem licitação, desde que o gestor demonstre cabalmente a relevância dos profissionais visados para o desenvolvimento institucional do órgão ou entidade interessada. Eis o que diz o sumário do último acórdão citado:

‘É permitida a contratação direta, com base no art. 24, inciso XIII, da Lei n. 8.666/1993, de instituição para promoção de concurso público, desde que observados os requisitos do mencionado artigo, bem como demonstrado, com critérios objetivos, no plano estratégico do órgão ou em instrumento congênere, a essencialidade do preenchimento do cargo objeto do concurso público para o seu desenvolvimento institucional’

22. O Caso da Codern não foge de maneira apreciável do paradigma formatado nestes acórdãos, eis que não se questiona nos autos a importância dos profissionais selecionados pelo concurso para as atividades da entidade. Porém, o que certamente merece censura foi a destinação automática e integral da receita das taxas de inscrição para a Funpec. A Codern não poderia deixar de reconhecer que essa receita era de sua exclusiva responsabilidade e que a pura e simples transferên-

cia dos recursos para a fundação inobserva o dever de elaborar o orçamento básico da licitação (art. 7º, inciso I, da Lei 8.666/1993). Não se questiona nos autos o preço da contratação, mas entendo que a falha enseja a transmissão de determinação específica à entidade.

(TCU, Acórdão 1339-07/10-1, Primeira Câmara, j. 16/03/2010).

**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;**

A dispensa de licitação, nesse caso, autoriza somente a contratação de bens ou serviços, não possibilitando a realização de obras. O acordo internacional necessariamente tem que ter sido aprovado pelo Congresso Nacional, sendo, portanto, incorporado à legislação brasileira como se lei ordinária fosse. Assim, haveria um regramento especial ao caso, o que afastaria a incidência da Lei de Licitações. Também deve ser claramente demonstrada a vantajosidade da contratação.

**XV - para a aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que compa-**

**tíveis ou inerentes às finalidades do órgão ou entidade.**

É importante ressaltar a necessidade de comprovação da autenticidade da obra de arte ou objeto a ser adquirido ou restaurado, através de certificação. Essa hipótese somente destina-se a órgãos ou entidades que possuem entre suas funções a preservação de objetos de arte ou históricos.

**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;**

Repisa-se a ressalva já realizada no inciso VIII desse mesmo art. 24, também dirigido somente às pessoas de direito público interno, como contratantes. Assim, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações de direito privado não podem utilizar-se deste inciso para contratar diretamente os serviços aqui previstos.

A contratada deve ser integrante da Administração Pública, criada para a finalidade específica descrita na hipótese: impressão de diários oficiais, formulários padronizados de uso da administração e de edições técnicas oficiais ou para a prestação de serviços de informática. No caso do Rio Grande do

Sul, são habilitadas para a contratação por essa hipótese a Companhia Riograndense de Artes Gráficas (Corag) e a Companhia de Processamento de Dados do Estado do Rio Grande do Sul (Procergs).

O objeto da contratação necessariamente terá que ser um dos elencados. A dificuldade maior reside na conceituação de “formulários padronizados de uso da administração” e de “serviços de informática”. A Informação nº [152/09](#) traz as definições do primeiro caso. O Parecer nº [14.707](#) define o que são considerados serviços de informática.

### **Pareceres da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**

Definição de serviços de informática.  
(PGE-RS, Parecer nº [14707](#), de 20/07/2007).

A contratação da CORAG para a prestação de serviços de digitalização de documentos não pode se dar com base neste inciso.  
(PGE-RS, Parecer nº [15105](#), de 02/10/2009)

### **Informações da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**

Trata-se de contratação, pela Procuradoria-Geral do Estado, da Companhia de Processamento de Dados do Estado do Rio Grande

do Sul – PROCERGS, para a prestação de serviços informática.

(PGE-RS, Informação nº [023/09](#), de 03/03/2009).

Contratação da CORAG, pelo Departamento Estadual de Trânsito – DETRAN, para a impressão dos Certificados de Registro de Veículo, Certificados de Registro e Licenciamento de Veículo e de pré-postagem. Define “formulários padronizados”.

(PGE-RS, Informação nº [152/09](#), de 21/08/2009).

Contratação da CORAG para publicação da Lei nº 10.098/94 comentada. Definição de edição técnica oficial. Inviável a dispensa de licitação no caso, que se enquadra no inciso VIII do mesmo artigo.

(PGE-RS, Informação nº [101/11](#), de 04/10/2011).

Contratação da PROCERGS para o desenvolvimento e implantação de sistema de ingresso de servidores.

(PGE-RS, Informação nº [140/11](#), de 29/12/2011).

**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;**

Somente é dispensável a licitação quando existente um único fornecedor das peças originais, sob pena de perda da garantia do produto, o que poderia ocasionar gastos maiores à Administração. Trata-se, na verdade, de caso de inviabilidade de competição. Havendo mais de um fornecedor das peças originais, torna-se imprescindível a realização de licitação.

**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 ao limite previsto na alínea “a” do inciso II do art. 23 desta Lei;**

É discutível a aplicabilidade dessa hipótese de dispensa aos Estados. Muito embora possa haver a interpretação de que

seria aplicável às polícias militares (no caso do Rio Grande do Sul, à Brigada Militar), há ainda a necessidade de que o deslocamento ocorra fora de suas sedes. Há discussão, ainda, se poderia ser utilizado o inciso em caso de deslocamentos intermunicipais. Deve ser um deslocamento eventual, posto que, em caso contrário, seria previsível e possível a realização de licitação. Somente utilizável para compras de bens ou serviços até o valor de R\$ 80.000,00.

**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;**

O citado aplica-se somente à União.

**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.**

Dispensa de licitação destinada ao incentivo à correção das desigualdades sociais. É o desempenho de uma função social pela Administração, o que não afasta a necessidade de cumprimento de todos os requisitos de um contrato administrativo. Assim, a instituição a ser contratada deve demonstrar as condições de habilitação previstas no art. 29 dessa mesma lei, devendo ser comprovada sua idoneidade e que não possui fins lucrativos. Também deve ser demonstrada a compatibilidade do valor contratado ao mercado. Como no caso do inciso XIII, é vedada a subcontratação, sob pena de restar caracterizada a burla ao procedimento licitatório.

### **Informações da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**

Contratação da Associação de Assistência à Criança Deficiente para a aquisição de órteses, próteses e outros equipamentos ortopédicos. Dispensa de licitação não aplicável à espécie, uma vez que a referida associação dedica-se à assistência de crianças com deficiência, mas não congrega portadores de deficiência física.

(PGE-RS, Informação nº [036/06](#), de 12/04/2006).

**XXI - para a aquisição de bens e insumos destinados exclusivamente à pesquisa**

**científica e tecnológica com recursos concedidos pela Capes, pela Finep, pelo CNPq ou por outras instituições de fomento a pesquisa credenciadas pelo CNPq para esse fim específico;**

O descrito trata-se de incentivo à pesquisa científica e tecnológica. A destinação dos bens deve ser comprovada conforme determinação do art. 26, IV, dessa mesma lei, através de “documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados”. Os recursos para custeio da aquisição deverão ser originários de uma das instituições elencadas, somente destinados à aquisição de bens, não podendo ser contratado serviço ou ser realizada obra.

**XXII - na contratação de fornecimento ou suprimento de energia elétrica e gás natural com concessionário, permissionário ou autorizado, segundo as normas da legislação específica;**

A hipótese autoriza a contratação de fornecimento de energia elétrica, o que normalmente é realizado com fulcro no art. 25 da Lei de Licitações, tendo em vista, via de regra, a existência de um único fornecedor a cada Município.

**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;**

São requisitos dessa hipótese de dispensa de licitação que o contratante seja empresa pública ou sociedade de economia mista, que a contratada seja subsidiária ou controlada pela contratante e que o preço contratado seja compatível com o valor de mercado.

Não é possível a contratação de empresa da qual a contratante seja sócia minoritária, é necessário que seja controlada pela contratante. Também é necessário haver vínculo de pertinência entre o objeto contratual e as atividades prestadas pela contratada. É vedada a subcontratação, pelos mesmos motivos já expostos nos incisos XIII e XX do mesmo artigo.

### **Informações da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**

Contratação, pela CORSAN, de sua subsidiária Companhia de Indústrias Eletro-químicas (CIEL), para a aquisição de sulfato de alumínio para tratamento de água para consumo humano.

(PGE-RS, Informação nº [208/08](#), de 18/11/2008).

## **Acórdãos do Tribunal de Contas da União**

PEDIDO DE REEXAME INTERPOSTO CONTRA O ACÓRDÃO 3.356/2007 - 2ª CÂMARA. CONTRATAÇÃO DIRETA DE EMPRESA CONTROLADA PELO BANCO DO BRASIL. ART. 24, INCISO XXIII, DA LEI 8.666/1993. IMPOSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO SEPARADA DAS ATIVIDADES INTEGRANTES DO SERVIÇO. PREÇO GLOBAL COMPATÍVEL COM O DE MERCADO. CONHECIMENTO. PROVIMENTO PARCIAL.

(TCU, Acórdão 0690/2012, Segunda Câmara, j. 07/02/2012).

**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;**

A hipótese destina-se somente às avenças que tenham por objeto a prestação de serviços. A organização social deve ter sido formalmente declarada pelo ente público. Não se admite que organização social declarada por uma esfera administrativa seja contratada diretamente, com fulcro nesse citado inciso, por ente de outra esfera.

A dispensa de licitação não pode ter por objeto o contrato de gestão. Em caso de existência de mais de uma organização social hábil a contratar com o ente público, seguem-se as regras usuais da Lei de Licitações. A dispensa aqui prevista diz respeito à prestação de serviços posterior ao contrato de gestão e dele derivada.

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União não tem admitido a extensão dessa hipótese à contratação das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP).

Cabe, por fim, ressaltar que tramita no STF a ADI nº 1.923-6, contra a Lei nº 9.637/98, na qual se questiona, entre outros pontos, a constitucionalidade da possibilidade de contratação direta das organizações sociais previstas no art. 24, inciso XXIV, da Lei nº 8.666/93, tendo sido indeferida a liminar.

### **Acórdãos do Tribunal de Contas da União**

11. Os requisitos de aplicação do dispositivo são, portanto, referentes a dois aspectos, isto é, a pessoa do contratado ('Organizações Sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo') e o objeto da contratação ('prestação de serviços para atividades contempladas no contrato de gestão').

12. Quanto à pessoa do contratado, observa-se que o requisito deve ser analisado à luz do que determina a Lei nº 9.637/98. O conceito

de Organização Social deriva do art. 1º do diploma legal, que preceitua: 'o Poder Executivo poderá qualificar como Organizações Sociais Pessoas Jurídicas de Direito Privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos na Lei.' Organizações sociais são, pois, entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, voltadas para atividades de interesse social em áreas pré-definidas em lei, assim reconhecidas pelo Poder Público por meio de um título jurídico específico.

13. Decorre da norma que, para que uma entidade seja considerada uma Organização Social, não basta que ela seja pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, dedicada às atividades ali especificadas, porque a conformação de uma Organização Social não depende apenas das características intrínsecas apresentadas pela entidade. De acordo com o mandamento legal, além da natureza jurídica e das finalidades indicadas, também faz parte da condição jurídica de Organização Social que a entidade seja **formalmente qualificada** como tal pelo Poder Público segundo exigências previstas no art. 2º da referida lei.

14. Nesse contexto, também não se deve es-

quecer que o inciso XXIV do art. 24 da Lei de Licitações menciona um outro requisito concernente à pessoa do contratado: a dispensa de licitação somente se aplica à organização social **qualificada pela mesma esfera de governo** do órgão ou entidade contratante. Resume bem esse ponto de vista a observação feita por Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, na obra ‘Contratação Direta sem Licitação’, **in verbis**:

‘É imprescindível que a Organização Social integre a mesma esfera de governo que a entidade contratante, em face da literalidade inafastável do inciso, em comento.’ [in: **Contratação Direta sem Licitação**. 5ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 521]

(...)

19. Todos esses requisitos relativos à pessoa do contratado estabelecidos pelo art. 24, inciso XXIV, da Lei de Licitações caracterizam o que a doutrina denomina “dispensa em razão da pessoa”, classificação essa aplicável a outros incisos do mesmo artigo como, por exemplo, o inciso XX (contratação de associação de portadores de deficiência física para fornecimento de mão-de-obra) e o inciso XXII (contratação de fornecimento ou suprimento de energia elétrica de concessionário, permissionário ou autorizado). Assim, tem-se que o fundamento da dispensa de licitação reside

em características próprias da entidade a ser contratada, o que determina a estrita observância dos pressupostos legais relativos à pessoa do contratado. Trata-se, pois, de contratação de natureza personalíssima, situação em que se exige a execução direta do objeto. Logo, acrescente-se que não há respaldo na lei para que, agindo sob o manto da dispensa de licitação em comento, a entidade selecionada pela Administração efetue a subcontratação do objeto.

20. Com base nas considerações supra, conclui-se que o inciso XXIV do art. 24 da Lei n° 8.666/93 deve ser interpretado restritivamente, significando que, se a lei estabelece como requisito para contratação que a pessoa jurídica seja Organização Social, o contratado deve atender essa condição de maneira estrita. Resulta que, sob o mencionado fundamento legal, não é admissível a contratação de pessoa jurídica não detentora do título, ainda que seu regime jurídico ou seus objetivos sejam assemelhados aos das Organizações Sociais. Por conseguinte, o dispositivo somente poderá ser aplicado nos casos em que a pessoa jurídica a ser contratada tenha sido qualificada como Organização Social, nos termos da Lei n° 9.637/98, pela esfera de governo contratante, não se admitindo a ulterior subcontratação do objeto em face do caráter personalíssimo da avença.

21. No que tange ao objeto da contratação, a legislação também traz restrições. A primeira delas se refere à natureza desse objeto, que é limitada pela lei à prestação de serviços. Conseqüentemente, não há amparo legal para que a Administração se valha da contratação direta de Organizações Sociais para a execução de obra ou a realização de compras, tomadas na acepção do art. 6º, incisos I e III, da Lei nº 8.666/93. A segunda restrição trata da espécie de serviços a serem objeto da contratação. Neste caso, não é todo e qualquer serviço que pode ser contratado, visto que a norma autoriza expressamente apenas a contratação daqueles serviços inseridos no âmbito das atividades constantes do contrato de gestão firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada na forma dos arts. 5º a 7º da Lei nº 9.637/98.

(TCU, Acórdão 0421/2004, Pleno, j. 14/04/2004).

**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;**

O contratante, no caso, deve ser uma instituição científica e tecnológica ou uma agência de fomento, estas definidas

na Lei nº 10.973/04, que introduziu incentivos à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo. Visando a fomentar a atividade de pesquisa aplicada, o legislador autorizou a dispensa de licitação na comercialização do produto gerado por essas instituições.

**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;**

Esse inciso foi incluído pela Lei nº 11.107/05, que introduziu, no sistema legislativo pátrio, a figura do consórcio público, formado pela associação de dois ou mais entes da Federação. Não há a participação de empresas privadas, somente de entes públicos. Esse inciso possui a mesma motivação que o inciso VIII, pois se trata de avença a ser firmada entre pessoas jurídicas de direito público.

**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 reconheci-**

**das pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública;**

O citado trata-se de fomento à atividade dos catadores de material reciclável, tanto pelo seu aspecto de relevância social quanto pelos benefícios ao meio ambiente.

**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;**

O transcrito aplica-se somente à União.

**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.**

O citado aplica-se somente à União.

**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;**

O Programa Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural na Agricultura Familiar e na Reforma Agrária (Pronater) foi instituído pela Lei federal nº 12.188/10, para a realização de serviços de “Assistência Técnica e Extensão Rural – ATER: serviço de educação não formal, de caráter continuado, no meio rural, que promove processos de gestão, produção, beneficiamento e comercialização das atividades e dos serviços agropecuários e não agropecuários, inclusive das atividades agroextrativistas, florestais e artesanais”, conforme descrito no art. 2º da referida lei.

**XXXI - nas contratações visando ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 4º e 5º e 20 da Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, observados os princípios gerais de contratação dela constantes;**

O referido trata-se de estímulo às contratações, visando à pesquisa científica e tecnológica, dentro dos ditames previstos na Lei nº 10.973/04.

**Parágrafo único. Os percentuais referidos nos incisos I e II do caput deste artigo serão 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.**

## **4.2 Outras hipóteses de dispensa de licitação**

Além das hipóteses previstas na Lei de Licitações, o legislador criou outras exceções à regra de licitar, no âmbito dos programas federais de incentivo ao desenvolvimento da agricultura familiar. São as que seguem.

A Lei nº 11.947/09 criou o Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE), que assim dispõe:

**Art. 14 – Do total dos recursos financeiros repassados pelo FNDE, no âmbito do PNAE, no mínimo 30% deverão ser utilizados na aquisição de gêneros alimentícios diretamente da agricultura familiar e do empreendedor familiar rural.**

**Parágrafo 1º – a aquisição de que trata este artigo poderá ser realizada dispensando-se o procedimento licitatório, desde que os preços sejam compatíveis com os vigentes no mercado local, observando-se**

**os princípios inscritos no art. 37 da Constituição Federal, e os alimentos atendam às exigências do controle de qualidade estabelecidas pelas normas que regulamentam a matéria.**

Veja-se que a dispensa de licitação, neste caso, restará caracterizada somente se atendidos os requisitos: no âmbito do PNAE, dentro do percentual de 30% do total dos recursos financeiros repassados pelo FNDE, para a aquisição de gêneros alimentícios, cujo fornecedor seja agricultor familiar ou empreendedor familiar rural.

A Lei nº 12.512/11, por sua vez, instituiu o Programa de Apoio à Conservação Ambiental. Nessa lei, foi criada outra hipótese de dispensa de licitação, nos seguintes termos:

**Art. 16 – Podem fornecer produtos ao Programa de Aquisição de Alimentos – PAA, de que trata o art. 19 da Lei nº 10.696, de 2 de julho de 2003, os agricultores familiares e os demais beneficiários que se enquadrem nas disposições da Lei nº 11.326, de 24 de julho de 2006.**

**Art. 17 – Fica o Poder Executivo federal, estadual, municipal e do Distrito Federal autorizado a adquirir alimentos produzidos pelos beneficiários descritos no art. 16, dispensando-se o procedimento lici-**

**tatório, obedecidas, cumulativamente, as seguintes exigências:**

**I – os preços sejam compatíveis com os vigentes no mercado, em âmbito local ou regional, aferidos e definidos segundo metodologia instituída pelo Grupo Gestor do PAA; e**

**II – seja respeitado o valor máximo anual ou semestral para aquisições de alimentos, por unidade familiar, cooperativa ou por demais organizações formais da agricultura familiar, conforme definido em regulamento.**

**Parágrafo único. Produtos agroecológicos ou orgânicos poderão ter um acréscimo de até 30% (trinta por cento) em relação aos preços estabelecidos para produtos convencionais, observadas as condições definidas pelo Grupo Gestor da PAA.**

As legislações referidas são:

**Lei n. 10.696/03**

**Art. 19. Fica instituído o Programa de Aquisição de Alimentos, compreendendo as seguintes finalidades:**

**I - incentivar a agricultura familiar, promovendo a sua inclusão econômica e social, com fomento à produção com sustentabilidade, ao processamento de alimentos e**

- industrialização e à geração de renda;**
- II - incentivar o consumo e a valorização dos alimentos produzidos pela agricultura familiar;**
- III - promover o acesso à alimentação, em quantidade, qualidade e regularidade necessárias, das pessoas em situação de insegurança alimentar e nutricional, sob a perspectiva do direito humano à alimentação adequada e saudável;**
- IV - promover o abastecimento alimentar, que compreende as compras governamentais de alimentos, incluída a alimentação escolar;**
- V - constituir estoques públicos de alimentos produzidos por agricultores familiares;**
- VI - apoiar a formação de estoques pelas cooperativas e demais organizações formais da agricultura familiar; e**
- VII - fortalecer circuitos locais e regionais e redes de comercialização.**

**§ 1º Os recursos arrecadados com a venda de estoques estratégicos formados nos termos deste artigo serão destinados integralmente às ações de combate à fome e à promoção da segurança alimentar e nutricional.**

**§ 2º (Revogado).**

**§ 3º O Poder Executivo constituirá Grupo Gestor do PAA, com composição e atribuições definidas em regulamento.**

**§ 4º (Revogado).**

**Lei n. 11.326/06**

**Art. 3º – Para os efeitos desta Lei, considera-se agricultor familiar e empreendedor familiar rural aquele que pratica atividades no meio rural, atendendo, simultaneamente, aos seguintes requisitos:**

**I – não detenha, a qualquer título, área maior do que 4 (quatro) módulos fiscais;**

**II – utilize predominantemente mão-de-obra da própria família nas atividades econômicas do seu estabelecimento ou empreendimento;**

**III – tenha percentual mínimo da renda familiar originada de atividades econômicas do seu estabelecimento ou empreendimento, na forma definida pelo Poder Executivo;**

**IV – dirija seu estabelecimento ou empreendimento com sua família.**

**§ 1º O disposto no inciso I do caput deste artigo não se aplica quando se tratar de condomínio rural ou outras formas coletivas de propriedade, desde que a fração ideal por proprietário não ultrapasse 4 (quatro) módulos fiscais.**

**§ 2º São também beneficiários desta Lei:**

**I - silvicultores que atendam simultaneamente a todos os requisitos de que trata o caput deste artigo, cultivem florestas nativas ou exóticas e que promovam o manejo sustentável daqueles ambientes;**

**II - aquicultores que atendam simultaneamente a todos os requisitos de que trata**

**o caput deste artigo e explorem reservatórios hídricos com superfície total de até 2ha (dois hectares) ou ocupem até 500m<sup>3</sup> (quinhentos metros cúbicos) de água, quando a exploração se efetivar em tanques-rede;**

**III - extrativistas que atendam simultaneamente aos requisitos previstos nos incisos II, III e IV do caput deste artigo e exerçam essa atividade artesanalmente no meio rural, excluídos os garimpeiros e faiscaidores;**

**IV - pescadores que atendam simultaneamente aos requisitos previstos nos incisos I, II, III e IV do caput deste artigo e exerçam a atividade pesqueira artesanalmente.**

**V - povos indígenas que atendam simultaneamente aos requisitos previstos nos incisos II, III e IV do caput do art. 3º;**

**VI - integrantes de comunidades remanescentes de quilombos rurais e demais povos e comunidades tradicionais que atendam simultaneamente aos incisos II, III e IV do caput do art. 3º.**

Os requisitos para a dispensa de licitação em liça são: a aquisição de alimentos, que ocorra no âmbito do Programa de Aquisição de Alimentos (PAA), o fornecedor esteja enquadrado nos requisitos do art. 3º da Lei nº 11.326/06. Há também a preocupação com a compatibilidade de preços ao mercado, como disposto no art. 26 da Lei nº 8.666/93.

## Capítulo 5

### INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

**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;**

**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.**

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

**§ 2º** Na hipótese deste artigo e em qual- quer dos casos de dispensa, se compro- vado superfaturamento, respondem soli- dariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais ca- bíveis.

### **5.1 Da inexigibilidade de licitação**

A Constituição Federal, em seu Capítulo VII, que versa sobre a Administração Pública, estatui:

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

**(...) XXI** - ressalvados os casos especificados na legislação, **as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências**

**de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (grifou-se)**

A regra estabelece a exigência de licitação pública para contratações, consignando, de modo expresso, os casos em que ela se dá. Excepciona a instauração desse procedimento seletivo, no entanto, ao referir-se a “ressalvados os casos especificados na legislação”.

A Lei de Licitações e Contratos Administrativos é o diploma normativo no qual reside uma especialíssima exceção derivada daquele preceito constitucional: a **inexigibilidade de licitação**. É o que estampa o art. 25 da Lei nº 8.666/93, anteriormente transcrito.

Há algumas particularidades de grande importância (e de simples compreensão) para o correto emprego de tal norma.

Por primeiro, veja-se que **os casos de inexigibilidade de licitação não se resumem somente àqueles três incisos que compõem o art. 25**. Esse é um dos traços essenciais que distingue a inexigibilidade da dispensa da licitação. Nesta última, só e exclusivamente só as hipóteses referidas nos incisos do art. 24 da Lei de Licitações originam contratação direta. Na inexigibilidade, não: tem-se norma *numerus apertus*, isto é, além daqueles três casos, sempre que ocorrer “inviabilidade de competição” (como está expresso no *caput* do art. 25), ela poderá ser admitida.

Ocorre que os casos em que existe inviabilidade de competição, ou seja, em que não se possa estabelecer disputa

para eleger um vencedor, são absolutamente ilimitados. Tal se dá porque seria imprevisível, mesmo no mundo fenomênico, no mundo dos fatos, prever todas as hipóteses em que essa competição entre diversos interessados não teria cabimento.

Por essa razão, o legislador elencou três casos emblemáticos de inviabilidade de competição e os dispôs nos três incisos do art. 25, a saber: (a) quando só há um fornecedor ou produtor de determinado bem, e então não haveria por que estabelecer uma disputa para escolher um licitante (inciso I); (b) quando o objeto visado pela Administração apresentar peculiaridade, especificidade, singularidade tal que exija profissionais ou empresas de notória especialização para prestá-lo (inciso II); e (c) quando se tratar de profissional do setor artístico consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública, devendo ser contratado de modo direto ou por meio de empresário exclusivo (inciso III).

Para bem compreender o art. 25, **fixe-se um dado da maior relevância**: quando não se enquadrar em nenhum desses três incisos um caso de efetiva inviabilidade de disputa (porque são infinitos os casos de competição no mundo fático, lembre-se), a solução é enquadrá-lo no **caput do art. 25**. Na dicção da regra do *caput* (“É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial”), enquadram-se todos os demais casos não abarcáveis naqueles três incisos do referido art. 25.

Em suma, o *caput* dessa regra compreende todas as hipóteses de inviabilidade de competição que não se enquadrem

nos incisos I a III do art. 25. É também no *caput* que se inserem algumas formas de contratação direta de reiterado trato doutrinário, como o é a denominada “inexigibilidade de licitação por contratação de todos”.

A inexigibilidade de licitação por contratação de todos dá-se quando inexistente seleção de um licitante, mas a contratação de todos aqueles que tenham interesse de entregar a prestação buscada pela Administração. É o caso de credenciamento de médicos, por exemplo, em que não se realiza competição, e sim contratação da totalidade daqueles que se apresentarem e preencherem os requisitos de habilitação definidos pelo ente contratante.

Registre-se, de forma especial, ser necessário desencadear licitação em todos os casos do art. 25 da Lei de Licitações (hipoteticamente enquadráveis no art. 25) se houver viabilidade de se estabelecer competição entre diferentes interessados. Como os incisos I a III se seguem e se submetem ao *caput*, que libera a licitação quando existir tal inviabilidade de competição, somente quando restar comprovada esta circunstância é que terão incidência as regras excepcionais dos citados incisos. Se admissível a competição, forçoso será o procedimento licitatório.

O **inciso I do art. 25** retrata a inexistência de alternativas, vale dizer, a circunstância de haver única e exclusivamente um “produtor, empresa ou representante comercial” hábil a entregar o objeto visado pelo contratante. A qualidade de exclusivo é de singular entendimento, pois não há, por óbvio, como estabelecer competição se apenas uma empresa puder

fornecer determinado produto. É o que se verifica, por vezes, com medicamentos de princípio ativo desenvolvido apenas por uma indústria ou com sofisticados equipamentos concebidos no campo da tecnologia.

A inexigibilidade de licitação para contratação de pessoas jurídicas detentoras de monopólio, de modo similar, tem seu fundamento na impossibilidade absoluta de se tomar, junto a outros interessados, o objeto almejado pela Administração Pública. A licitação se faz despicienda pelo fato de inexistir competição de qualquer natureza.

A lei alude também a “representante comercial exclusivo”, o que designa sujeito a quem se atribui, de modo privativo, a representação de certo bem em área geográfica definida. Sendo ele o único autorizado ao fornecimento em dada área, não há fundamento em instaurar competição para obter dito objeto.

O inciso I da lei veda a “preferência de marca”, vale dizer, não pode a escolha do administrador pautar-se tão somente pela marca de determinado produto em detrimento dos demais de mesmo gênero. A preferência de marca não constitui critério de “exclusividade”, mas se identifica com privilégio em razão da especial posição no mercado de certo produto, muitas vezes devido a elaboradas campanhas de *marketing*. Essa vedação, esclareça-se, não elide a adoção da padronização em virtude de um sistema já existente ou que se pretenda implantar. A padronização, é sabido, tem assento legal (art. 15, inciso I, da Lei nº 8.666/93). Em síntese, a lei repudia a escolha influenciada por fatores externos à efetiva necessidade da Administração.

Há de se referir, ainda, ser imprescindível a comprovação inequívoca da qualidade de produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, quando da instrução do procedimento de inexigibilidade de licitação. A lei prevê que essa comprovação se dê por meio 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”.

A doutrina tece acerbas críticas a que entidades dessa natureza emitam atestados de comprovação de exclusividade, haja vista não se encontrar, dentre seus fins institucionais (nem mesmo no rol de dados que detêm acerca de seus integrantes), a prova de exclusividade exigida. É o caso dos sindicatos, por exemplo, ou das juntas comerciais. A solução é recorrer às denominadas “entidades equivalentes”, as quais congregam informações detalhadas não apenas sobre a exclusividade da pessoa a ser contratada como do objeto a ser adquirido.

Esta Procuradoria-Geral do Estado tem orientado, ademais, que o administrador público se acautele, certificando-se da veracidade do contido na certidão apresentada. Não apenas o emissor do atestado pode não reunir condições de fornecê-lo, como o contido em tal documento pode não retratar a efetiva exclusividade necessária para inexigir a licitação.

O **inciso II do art. 25**, a seu turno, disciplina as hipóteses em que não é possível estabelecer critérios objetivos de julgamento para escolher uma só proposta, dada a marcada subjetividade do objeto a ser contratado.

A pedra de toque dessa regra é a dificuldade de avaliar

tal objeto de natureza subjetiva, como é a prestação de serviço intelectual (nesse caso predominante).

Exige-se a reunião de três pressupostos para a incidência da norma: sejam serviços do art. 13, o objeto mostre-se singular, e o contrato envergue notória especialização.

A regra do inciso II difere da do inciso I do art. 25 porque há pluralidade de sujeitos que podem executar o mesmo objeto (quando, no inciso I, um só é o prestador possível).

Singular é o próprio serviço. Para exibir essa condição, deve apresentar elevado grau de extraordinariedade, especialidade, distinção entre os serviços de mesma natureza. Enfim, o objeto singular é dotado de complexidade (e, por isso, não se poderá inexigir licitação, com base no inciso II, quando os serviços não forem de todo excepcionais).

Para executar serviços desse quilate, é necessário que os profissionais ou empresas ostentem atributos peculiaríssimos ou, como quer a lei, que sejam detentores de notória especialização.

O **§ 1º do art. 25** define como detentor de notória especialização o “profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato”.

Além do conceito de que goza o profissional ou a em-

presa, a ser comprovado pelos meios que a lei arrola, é imperativo que o seu trabalho seja o mais apropriado ao pleno atendimento do objeto do contrato. É imprescindível, também, que esse mesmo profissional ou empresa tenha reconhecimento no campo em que atua (seja no meio científico ou no meio acadêmico, ou, ainda, no segmento do objeto em questão). Essas correlações são determinantes e integram a efetiva razão pela qual será contratada uma específica pessoa física ou jurídica.

Somente após definido o objeto pela Administração Pública há de ser desencadeada a busca pelo profissional. Jamais o contrário. O que pauta a regra é a singularidade do objeto, sendo-lhe sucedâneo a necessidade de profissional notório especializado. Esse é o espírito da regra.

Pela ordem, (a) se o objeto não for singular, não há inexigibilidade de licitação; (b) se for singular e não se tratar de profissional técnico especializado, não há inexigibilidade de licitação; (c) se for singular, se se tratar de profissional técnico especializado, mas este não titular notória especialização, não há inexigibilidade de licitação; (d) se o objeto for singular, o profissional for técnico especializado e também titular de notória especialização, poderá haver inexigibilidade de licitação, desde que evidenciado que o trabalho desse profissional é o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

Cumprir trazer a lume, ainda, o importante verbete da jurisprudência consolidada do Tribunal de Contas da União, com redação alterada na Sessão Ordinária de 1º/06/2011 (DOU de 03/06/2011), que determina:

TCU, Súmula nº 039/2011: A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos com pessoas físicas ou jurídicas de notória especialização somente é cabível quando se tratar de serviço de natureza singular, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação, nos termos do art. 25, inciso II, da Lei nº 8.666/1993 (A redação original data de 28/12/1973 – DOU).

Esse verbete, editado ainda ao tempo do Decreto-lei nº 200/67, teve modificações de índole especialmente formal (atualizando-se a legislação nele citada à época). Pretendeu, no entanto, reiterar orientação exitosa já de longa data, e bem o fez.

Ao lado do já referido “serviço de natureza singular”, assim como da “subjetividade” que impregna o serviço, a inviabilizar seu julgamento mediante “critérios objetivos” típicos da licitação, a súmula reporta-se à “seleção do executor de confiança”. O vocábulo “confiança” possui uma carga semântica, um conteúdo todo peculiar: a confiança não é algo sentido pelo agente da administração que decide (de natureza subjetiva), mas um juízo que decorre da notória especialização (de natureza objetiva) do sujeito a ser contratado. Assim, a confiança exigida na súmula não diz respeito ao sentimento despertado no

administrador. Ao contrário, ela deriva do especialíssimo conceito que a pessoa a ser contratada irradia, fundado em razões de ordem técnica (a natureza objetiva sobrepõe-se à subjetiva). Nesse diapasão, a confiança resulta do conceito gerado pela notória especialização do executor do objeto, e não da avaliação subjetiva de quem decide contratá-lo.

De tudo se depreende, em resumo, que o inciso II do art. 25 distingue-se por tratar de objetos anômalos, não estandardizados, que possuem natureza predominantemente intelectual, situam-se em um mercado não concorrencial e não são passíveis de julgamento objetivo por ocasião de uma licitação. É o que condiciona a contratação direta.

Segue-se exame da regra do **inciso III do art. 25**.

A doutrina destaca que o contrato de profissional do setor artístico deve se efetivar prioritariamente por meio de concurso. Trata-se de modalidade de licitação que viabiliza ampla participação de interessados, opera-se mediante julgamento objetivo e resulta na escolha de vencedor que melhor atenda aos objetivos adrede fixados pela Administração Pública.

A contratação de profissional do setor artístico, porém, à semelhança do que se dá no inciso II do art. 25, caracteriza-se pela subjetividade da prestação. Daí a problemática de estabelecer critérios para efetuar o julgamento das propostas, bem assim cotejar e eleger objetos que não possam ser rigorosamente comparados entre si.

A isso se agrega o fato de que profissionais de renome não se submeteriam a um procedimento licitatório, pois não é

da praxe desse segmento ingressar em disputas para celebrar contratos com a Administração. É o que se verifica, por exemplo, com a contratação de um grande regente para uma orquestra. Não há no mercado de trabalho, ordinariamente, esse tipo de competição. O maestro da Filarmônica de Viena não vai se submeter a uma licitação para disputar com o da Filarmônica de Moscou. Se possível fosse, não haveria como contar com os méritos de Picasso que não em uma contratação direta.

Assim, ante a inviabilidade de competição, é possível não realizar licitação, com fulcro no inciso III do art. 25, uma vez implementados os seguintes requisitos: (a) que a contratação pública objetive prestação de artista profissional; (b) que essa contratação se dê diretamente ou por intermédio de empresário exclusivo; e (c) que o artista seja consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Tem-se, ademais, o disposto no **§ 2º do art. 25**.

Essa norma prevê que, se comprovado superfaturamento nas inexigibilidades e dispensas de licitação, o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável responderão solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis. Superfaturamento, como já assentou o Tribunal de Contas da União, consiste em elevação desarrazoada do preço que represente prática abusiva no tocante à Administração Pública. Não atine exclusivamente a lucro elevado do particular, mas à oneração excessiva ao Poder Público. Nesse caso, contratante e contratado, administrador e pessoa privada respondem solidariamen-

te pelo dano infligido à Fazenda Pública, sem embargo, ainda, de sanções na órbita cível e criminal.

De todo o exposto, por fim, uma observação de máxima importância: **em qualquer dos três incisos do art. 25 da Lei nº 8.666/93**, mesmo que existentes todos os pressupostos autorizativos da inexigibilidade de licitação, é **imprescindível a integral e rigorosa observância do disposto no art. 26 da lei. Em suma, a inexigibilidade de licitação do art. 25, ainda que satisfeitas todas as exigências reclamadas no *caput* e em cada um daqueles incisos, será válida se obedecidas todas as formalidades ditadas pelo citado art. 26. É o que mais adiante se verá.**

### **Pareceres da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**

IRGA. Contrato de Cooperação. Dação em pagamento de bem fungível. Inexigibilidade de Licitação. Possibilidade de contratação direta.

(PGE-RS, Parecer nº [13.870](#), de 20/01/04).

Estado do Rio Grande do Sul. Procuradoria-Geral do Estado. Propriedade Intelectual. “Sistema de Controle de Processos Judiciais - CPJ”. Contrato de Licença Parcial de Comercialização de Programa de Computador,

secundado por Contrato de Licença de Uso. Aquisição de software. Viabilidade de contratação direta.

(PGE-RS, Parecer nº [13.841](#), de 08/12/03).

Superintendência do Porto de Rio Grande – SUPRG. Petrobrás Transportes S/A – TRANSPETRO. Arrendamento Portuário. Inviabilidade de prorrogação do contrato. Admissibilidade de contratação direta.

(PGE-RS, Parecer nº [13.421](#), de 29/10/02).

Estado do Rio Grande do Sul. Secretaria da Educação. Contratação direta de serviço técnico profissional especializado. Prestação de serviços para a formação continuada dos professores indígenas do Estado, através de assessoramento aos professores Kaingang e Guarani. Notória especialização.

(PGE-RS, Parecer nº [13.312](#), de 05/07/02).

Estado do Rio Grande do Sul. Secretaria de Obras Públicas e Saneamento. Contratação direta de serviços de consultoria e assessoria para o desenvolvimento ou aprimoramento de plano de cargos e salários. Possibilidade de contratação direta.

(PGE-RS, Parecer nº [12.998](#), de 06/03/01).

Estado do Rio Grande do Sul. Secretaria do Desenvolvimento e dos Assuntos Internacio-

nais. Implantação de Pólo de Desenvolvimento Urbano e Industrial. Contrato de projetos básico e executivo, gerenciamento e fiscalização das obras e serviços, consultoria e apoio técnico para comercialização dos lotes. Inexigibilidade. Notória especialização. (PGE-RS, Parecer nº [12.744](#), de 30/05/00).

### **Informações da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**

Companhia Estadual de Distribuição de Energia Elétrica - CEEE-D. Contrato de Prestação de Serviços de Prognósticos sobre Tecnologia da Informação e Aconselhamento Tático e Estratégico. Inexigibilidade de licitação. Singularidade dos serviços e notória especialização não evidenciadas. Necessidade de comprovação. (PGE-RS, Informação nº [039/12/PDPE](#), de 02/04/2012).

Estado do Rio Grande do Sul. Secretaria da Segurança Pública. Construção de estabelecimentos prisionais. Inviabilidade de competição não demonstrada. Inexigibilidade de licitação. Inadmissibilidade. (PGE-RS, Informação nº [035/12/PDPE](#), de 23/03/2012).

Companhia Rio-grandense de Artes Gráficas – CORAG. Contratação de escritório de advocacia para atuar na área trabalhista. Inexigibilidade de licitação. Singularidade de serviços inexistente. Necessidade de desencadeamento de certame licitatório.

(PGE-RS, Informação nº [016/12/PDPE](#), de 07/02/2012).

Companhia Riograndense de Mineração - CRM. Contrato de prestação de serviços de aluguel, suporte, atualização, implementação, customização e coordenação do *software* de gestão empresarial. Inexigibilidade de licitação. Exigência de comprovação de exclusividade.

(PGE-RS, Informação nº [004/12/PDPE](#), de 16/01/2012).

Companhia de Processamento de Dados do Estado do Rio Grande do Sul - PROCERGS. Credenciamento. Parcerias no tocante a sistemas de informática (*softwares*) a serem ofertados aos clientes da PROCERGS. Gestão integrada e atividades de convencimento, demonstração, treinamento, consultoria, parametrização, instalação, manutenção e customização.

(PGE-RS, Informação nº [059/11/PDPE](#), de 22/06/2011).

Companhia Estadual de Distribuição de Energia Elétrica – CEEE-D. Contratação direta de empresa de advocacia para atuação em ação judicial em curso. Singularidade sustentada. Cabimento.

(PGE-RS, Informação nº [026/11/PDPE](#), de 13/04/2011).

Companhia Estadual de Silos e Armazéns – CESA. Contratação direta de prestação de serviços de advocacia para a condução dos processos cíveis e trabalhistas em que a Companhia figura como demandada. Possibilidade da competição para a prestação de serviços que não se configuram como singulares. Necessidade de licitação.

(PGE-RS, Informação nº [024/11/PDPE](#), de 07/04/2011).

Companhia Riograndense de Mineração – CRM. Exame de inexigibilidade de Licitação. Contrato de prestação de serviços de assistência técnica de manutenção mecânica de equipamentos BUCYRUS na Mina de Candidota.

(PGE-RS, Informação nº [063/10/PDPE](#), de 05/05/2010).

Estado do Rio Grande do Sul. Secretaria da Fazenda. Inexigibilidade de licitação. Solução

de Datacenter, Sala Cofre e Obras de Infraestrutura.

(PGE-RS, Informação nº [059/10/PDPE](#), de 27/04/2010).

Companhia Estadual de Distribuição de Energia Elétrica – CEEE-D. Contrato de Prestação de Serviços de Auditoria Independente para a Emissão de Relatórios de Auditoria e de Carta Conforto sobre Dados Contábeis da referida Companhia. Inexigibilidade. Operação de Captação de Recursos no Mercado Financeiro Internacional (EUROBÔNUS).

(PGE-RS, Informação nº [043/10/PDPE](#), de 07/04/2010).

Estado do Rio Grande do Sul. Secretaria da Segurança Pública. Brigada Militar. Aquisição de armamento. Inexigibilidade de licitação. Exclusividade do fornecedor.

(PGE-RS, Informação nº [027/10/PDPE](#), de 04/03/2010).

Estado do Rio Grande do Sul. Secretaria da Saúde. Aquisição do equipamento Espectrômetro de Infravermelho Próximo a ser utilizado na análise de alimentos. Inviabilidade de competição.

(PGE-RS, Informação nº [199/09/PDPE](#), de 18/12/2009).

Subchefia Jurídica e Legislativa da Casa Civil. Análise da possibilidade de inexigibilidade de licitação para a aquisição de Sistema Integrado de Segurança para o Palácio Piratini, englobando o controle de acesso de pessoas, monitoramento interno e externo da área do Complexo Palácio Piratini e monitoramento e controle da frota de veículos.

(PGE-RS, Informação nº [186/09/PDPE](#), de 30/11/09).

Companhia de Processamento de Dados do Estado do Rio Grande do Sul – PROCERGS e Companhia Riograndense de Saneamento – CORSAN. Inexigibilidade de licitação. Contrato de Licença de Uso e de Prestação de Serviços de Suporte Técnico e Manutenção de Programas de Computador. Substituição de *softwares* e aquisição de novas licenças. (PGE-RS, Informação nº [182/09/PDPE](#), de 10/11/2009).

Estado do Rio Grande do Sul. Secretaria de Estado da Infra-Estrutura e Logística – SEINFRA. Inexigibilidade de licitação. Serviços de consultoria para a elaboração de projeto visando ao desenvolvimento sustentável dos sistemas hidroviário e hidroportuário do Estado do Rio Grande do Sul, a serem prestados pela *Amsterdam Ports Association* –

AMPORTS. Serviços técnicos profissionais especializados. Notória e inquestionável reputação da contratada.

(PGE-RS, Informação nº [191/09/PDPE](#), de 02/10/2009).

Estado do Rio Grande do Sul. Secretaria da Segurança Pública. Aquisição de licenças, *hardware* e *software* para Interceptação de alvos Nextel. Inexigibilidade de Licitação. Fornecedor exclusivo. Preexistência de plataforma de dados a exigir compatibilidade de sistemas.

(PGE-RS, Informação nº [147/09/PDPE](#), de 14/08/2009).

Companhia Estadual de Energia Elétrica - CEEE. Contratação direta de serviço técnico profissional especializado. Ação judicial movida contra a União. Acompanhamento das fases de liquidação e execução de sentença.

(PGE-RS, Informação nº [139/09/PDPE](#), de 07/08/2009).

Estado do Rio Grande do Sul. Secretaria da Agricultura, Pecuária, Pesca e Agronegócio. Programa de Gestão Rural para Mulheres. Viabilidade de competição. Inadmissibilidade de inexigir licitação.

(PGE-RS, Informação nº [132/09/PDPE](#), de 31/07/09).

Fundação Estadual de Produção e Pesquisa em Saúde – FEPPS. Insumos para investigação de paternidade/maternidade. Impossibilidade de inexigir licitação.

(PGE-RS, Informação nº [097/09/PDPE](#), de 15/07/09).

Fundação Orquestra Sinfônica de Porto Alegre - FOSPA. Inexigibilidade de licitação. Contratação de prestação de serviços artísticos. Concertos, Consultoria e Programação Artística. Maestro Isaac Karabtchevsky.

(PGE-RS, Informação nº [095/09/PDPE](#), de 12/06/2009).

Companhia Rio-grandense de Saneamento – CORSAN. Contratação da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT. Coleta, Transporte e Entrega de Correspondência Agrupada (Malote). Inexigibilidade de licitação. Atividades de monopólio estatal.

(PGE-RS, Informação nº [027/09](#), de 05/03/2009).

Secretaria de Estado de Infra-Estrutura e Logística. Companhia Estadual de Distribuição de Energia Elétrica – CEEE-D. Inexigibilidade de licitação. Utilização dos Serviços de Informática Pública do Estado do Rio Grande do Sul.

(PGE-RS, Informação nº [026/09](#), de 04/03/2009).

Estado do Rio Grande do Sul. Secretaria da Fazenda. Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento – BIRD. Inexigibilidade de licitação. Contrato de Prestação de Serviços de Consultoria Técnica nas Áreas de Gestão Fiscal e de Modernização do Setor Público do Estado.

(PGE-RS, Informação nº [021/09](#), de 18/02/2009).

Estado do Rio Grande do Sul. Secretaria da Administração e dos Recursos Humanos. Aquisição de medicamento importado - Tobramicina. Necessidade de juntada de atestado de fornecedor exclusivo expedido por entidade nacional.

(PGE-RS, Informação nº [007/09](#), de 16/01/2009).

### **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS) - CONTRATAÇÃO DIRETA DE SERVIÇOS HOSPITALARES - INOBSERVÂNCIA DA EXIGÊNCIA DE

PROCEDIMENTO LICITATÓRIO - LESÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - Lesão ao patrimônio público resultante de contratação direta de serviço hospitalar privado celebrada sem a necessária observância de procedimento licitatório. Exigência de caráter ético-jurídico destinada a conferir efetividade, dentre outros, aos postulados constitucionais da impessoalidade, da publicidade, da moralidade administrativa e da igualdade entre os licitantes, ressalvadas as hipóteses legais de dispensa e/ou de inexigibilidade de licitação. Precedentes. Recurso de agravo improvido. (STF, RE 262134 AgR, Segunda Turma, j. 12/12/2006).

HABEAS CORPUS. CONTRATAÇÃO DE PUBLICIDADE INSTITUCIONAL SEM LICITAÇÃO. POSSIBILIDADE DA INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO ANTES DAS DECISÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS E DO PODER LEGISLATIVO. Sendo expressa a lei ao vedar a contratação de propaganda institucional sem licitação, o agente público que atua em desacordo com essa proibição legal fica sujeito à persecução penal, independentemente das decisões que venham a ser tomadas pelo Tribunal de Contas e pelo Poder Legislativo.

Ordem denegada”.

(STF, HC 87372, Segunda Turma, j. 28/03/2006).

### **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO DE IMPROBIDADE – CONTRATAÇÃO DE CONTADOR – DISPENSA DE LICITAÇÃO – PROCEDIMENTO DA LEI 8.666/93: INOBSERVÂNCIA. Não demonstrada a inviabilidade de competição, a singularidade do serviço e que o trabalho do profissional escolhido é o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato, nem a justificativa do preço, requisito do art. 26, III da Lei 8.666/93.

(STJ, REsp 842.461/MG, Segunda Turma, j. 20/03/2007)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATO PARA REALIZAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS, MAS NÃO SINGULARES. ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. LICITAÇÃO. DISPENSA. Os serviços descritos no art. 13 da Lei n. 8.666/93, para que sejam contratados sem licitação, devem ter natureza singular e ser prestados por profissional notoriamente especializado, cuja escolha está adstrita à discricionariedade administra-

tiva. Estando comprovado que os serviços jurídicos de que necessita o ente público são importantes, mas não apresentam singularidade, porque afetos a ramo do direito bastante disseminado entre os profissionais da área, e não demonstrada a notoriedade dos advogados – em relação aos diversos outros, também notórios, e com a mesma especialidade – que compõem o escritório de advocacia contratado, decorre ilegal contratação que tenha prescindido da respectiva licitação.

(STJ, REsp 436.869/SP, Segunda Turma, j. em 06/12/2005)

### **Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**

Ação Civil Pública. Contratação de Serviços Advocatícios sem Procedimento Licitatório. Art. 25, II, § 1º, da Lei Nº 8.666/93. Inexigibilidade de Licitação. Inviabilidade de Competição não demonstrada. Agravo Improvido.

(TJ-RS, Agravo de Instrumento Nº 70023496011, Vigésima Primeira Câmara Cível, j. 21/05/2008)

Ação Popular. Contratação de Serviços para a Área da Saúde. Ausência de Competição. Possibilidade de Realização de Credenciamento. Interesse da Administração em con-

tratar o maior número possível de habilitados. (TJ-RS, Apelação e Reexame Necessário Nº 70027416726, Segunda Câmara Cível, j. 11/11/2009)

Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa. Agente Político. STF. Julgamento da Reclamação Nº 2.138. Licitação. Dispensa ilegal. Contratação de serviços de publicidade para promoção pessoal. Art. 37, § 1º, da CF. Caracterização de Ato de Improbidade Administrativa. Sanções. Apelação parcialmente provida à unanimidade. (TJ-RS, Apelação Cível Nº 70031974868, Vigésima Segunda Câmara Cível, j. 12/11/2009)

Ação Civil Pública. Contratação pelo ente público sem observância da competição, através de licitação pública. Liminar. Concessão. Processo licitatório. Regra geral que disciplina os atos do agente na administração pública. Suspensão de contrato, em cognição sumária, máxime quando não se trata de tarefa que exija especialização técnica, de natureza singular, a teor do disposto no art. 25, II, da Lei de Licitações (nº 8666/93). Agravo improvido.

(TJ-RS, Agravo de Instrumento Nº 70003049947, Segunda Câmara Cível, j. 05/12/2001)

## **Acórdãos do Tribunal de Contas da União**

Fundação de Amparo e Desenvolvimento de Pesquisa - FADESP. A ausência de observação das formalidades inerentes à inexigibilidade de licitação, em desacordo com o art. 26 da Lei nº 8.666/93, caracteriza grave infração à norma legal, ensejando a irregularidade das contas dos responsáveis.

(TCU, Acórdão 2560/2009, Pleno, j. 04/11/2009).

Fundação Joaquim Nabuco (FUNDAJ). Nos processos de inexigibilidade de licitação, para contratação de serviços enumerados no art. 13 da mesma Lei, cumpre seja evidenciado o perfil técnico exigido da empresa ou do profissional, informando se as técnicas utilizadas pelo contratado se baseiam em métodos não padronizados, que não sejam passíveis de ser enfrentados por outro profissional ou empresa, de modo a demonstrar o cumprimento do disposto no inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/1993.

(TCU, Acórdão 3051/2008, Pleno, j. 10/12/2008).

Companhia Energética do Piauí – CEPISA. A seleção do advogado especialista em de-

terminada área jurídica depende das particularidades do objeto - e não do alto valor das causas e da complexidade dos processos que não são determinantes da singularidade -, entendendo-se ser esse profissional o único capaz de produzir ao cliente os resultados esperados. Dessa forma, a afirmação acerca de serem os processos de grande vulto, considerados de altíssima relevância e indagação, devido aos valores envolvidos e natureza complexa dos mesmos não caracteriza sua natureza singular. Proceda ao devido processo licitatório para contratação de serviços advocatícios, conforme disposto no art. 2º da Lei nº 8.666/93, e na hipótese de inviabilidade de licitação, realize nos termos do art. 114 desta Lei, a pré-qualificação dos profissionais aptos a prestarem os serviços, adotando sistemática objetiva e imparcial de distribuição de causas entre os pré-qualificados, de forma a resguardar o respeito aos princípios da publicidade e da igualdade, admitindo-se, em caráter excepcional, a manutenção dos contratos celebrados com advogados atualmente vigentes, enquanto perdurarem as causas patrocinadas pelos referidos profissionais/escritórios. (TCU, Acórdão 1299/2008, Pleno, j. 02/07/2008).

Associação Matogrossense dos Municípios –

AMM. Quando da contratação de artistas consagrados, enquadrados na hipótese de inexigibilidade prevista no inciso III do art. 25 da Lei nº 8.666/1992, por meio de intermediários ou representantes, deve ser apresentada cópia do contrato de exclusividade dos artistas com o empresário contratado, registrado em cartório. Deve ser ressaltado que o contrato de exclusividade difere da autorização que confere exclusividade apenas para os dias correspondentes à apresentação dos artistas e que é restrita à localidade do evento. O contrato deve ser publicado no Diário Oficial da União, no prazo de cinco dias, previsto no art. 26 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, sob pena de glosa dos valores envolvidos. Os valores arrecadados com a cobrança de ingressos em shows e eventos ou com a venda de bens e serviços produzidos ou fornecidos em função dos projetos beneficiados com recursos dos convênios devem ser revertidos para a consecução do objeto conveniado ou recolhidos à conta do Tesouro Nacional. Adicionalmente, referidos valores devem integrar a prestação de contas. (TCU, Acórdão 96/2008, Pleno, j. 30/01/2008).

PETROBRÁS. Aquisição de bens e serviços de informática. Contratação de serviços, com inexigibilidade de licitação, sem demonstrar

a singularidade do objeto, a inviabilidade de competição e a exclusividade da prestação dos serviços. Contratação direta, com especificação do produto pela sua marca, sem comprovar a compatibilidade e a padronização. Alegação de exclusividade de fornecedor, baseada em documento de empresa privada. Inobservância de preceitos básicos da Administração Pública aplicáveis às compras de bens e serviços. Descumprimento dos princípios da isonomia, da competitividade e da imparcialidade, nos casos de inexigibilidade. (TCU, Acórdão 723/2005, Pleno, DOU de 08/06/2005)

Comissão de Fiscalização e Controle do Senado Federal. Contratação de empresa para execução de levantamentos de ativos fiscais. Serviços que não apresentam natureza singular. Exigência de procedimento licitatório. (TCU, Decisão 695/2001, Pleno, j. 05/09/2001. DOU de 24/09/2001)

Câmara dos Deputados. Contratação de Prestação de Serviços de Acompanhamento, Fiscalização, Supervisão e Assistência Técnica à Execução de Obras. Arquitetura Urbanismo Oscar Niemeyer S/C e outro. Inocorrência de singularidade do objeto. Irregularidade.

(TCU, Decisão nº 161/1997, Pleno, j. 09/04/1997. DOU de 22/04/1997).

## **5.2 Serviços técnicos profissionais especializados**

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

**I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;**

**II - pareceres, perícias e avaliações em geral;**

**III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;**

**IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;**

**V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;**

**VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;**

**VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico.**

**VIII - (Vetado).**

**§ 1º Ressalvados os casos de inexigibilidade de licitação, os contratos para a prestação de serviços técnicos profissionais especializados deverão, preferencialmente, ser celebrados mediante a realização de concurso, com estipulação prévia de prêmio ou remuneração.**

**§ 2º Aos serviços técnicos previstos neste artigo aplica-se, no que couber, o disposto no art. 111 desta Lei.**

**§ 3º A empresa de prestação de serviços técnicos especializados que apresente relação de integrantes de seu corpo técnico em procedimento licitatório ou como elemento de justificação de dispensa ou inexigibilidade de licitação, ficará obrigada a garantir que os referidos integrantes realizem pessoal e diretamente os serviços objeto do contrato.**

A norma do art. 13 da Lei nº 8.666/93 merece considerações pontuais acerca do que se compreende por “serviços técnicos profissionais especializados”. Por primeiro, assente-se que essa regra deve ser combinada necessariamente com o art. 25, inciso II, da Lei de Licitações. Este refere, de forma expressa, os serviços “enumerados no art. 13 desta Lei”. Daí se depreende que os serviços técnicos profissionais especializados do art. 13 conectam-se umbilicalmente com os casos de inexigibilidade de licitação daquele inciso II do art. 25. Não há complexidade nessa interpretação conjugada, restando ainda mais clara com o exame de ambos os dispositivos.

Para o administrador público, é de todo relevante ter em mente que esses serviços devem apresentar **todas as características arroladas naquela expressão**. Em outras palavras, um modo singelo de verificar se os serviços em questão se

amoldam a essa norma passa pela seguinte constatação: (a) os serviços devem ser **técnicos**, o que, embora seja mais uma definição científica, permite concluir que requerem capacitação específica de seu prestador; (b) devem ser **profissionais**, isto é, exercíveis por quem titule profissão determinada; e (c) devem ser também **especializados**, o que exige um aprofundamento incomum e extraordinário em determinada área do conhecimento. Em síntese, para se invocar a regra do art. 13, é necessário que todos esses pressupostos estejam reunidos na pessoa que será contratada.

É preciso asseverar que o rol dos serviços técnicos profissionais do art. 13 não é exaustivo, ou seja, não se esgota naqueles casos que o legislador entendeu de elencar na regra. Com isso, quer-se dizer que outros serviços não listados no art. 13 podem também ser considerados técnicos profissionais especializados, desde que reúnam todas as características que essa espécie deve abrigar. Embora esse não seja o entendimento unânime da doutrina, é de se registrar que o Tribunal de Contas da União tem admitido interpretação extensiva quanto a essa norma.

O art. 13 também é inequívoco ao determinar que, tirante os casos de inexigibilidade de licitação, a prestação de serviços técnicos profissionais especializados deverá ser contratada, preferencialmente, mediante **concurso**. Isso significa que, não sendo hipótese de inexigibilidade, e sim de licitação, esta se dará especialmente na modalidade do concurso, dada a sua peculiaridade de melhor aferir as qualidades do prestador. Se,

entretanto, em lugar da técnica, predominar o critério do preço para a seleção do profissional técnico especializado, mais adequadas se afiguram as modalidades de concorrência, tomada de preços ou convite, de acordo com os valores respectivos de cada uma destas.

Outra questão de relevo diz respeito à cessão de **direitos autorais** de que trata o art. 111. A lei prevê que o autor deve ceder à Administração os direitos patrimoniais referentes ao serviço técnico especializado, a fim de que o produto deste possa ser utilizado conforme o disposto no regulamento do concurso ou no contrato.

É sabido que somente os direitos patrimoniais do autor são objeto de cessão. Os demais, ditos direitos morais ou imateriais (como são o reconhecimento da autoria ou paternidade da obra e a não alterabilidade da obra sem o consentimento do autor, por exemplo), encontram-se na esfera personalíssima de quem concebeu determinada criação e, por isso mesmo, são insuscetíveis de cessão a outrem. No que aqui interessa, a transferência dos direitos patrimoniais à Administração colima atribuir, a esta, a disponibilidade dos serviços contratados. Assim, uma vez contratada uma prestação de natureza intelectual, v.g., a lei determina que a Administração reserve a si os direitos patrimoniais incidentes sobre a obra, não podendo o autor transmiti-los a terceiros.

Ainda, se a contratação de uma empresa de prestação de serviços técnicos profissionais especializados se der em virtude da excelência de um grupo de profissionais indicados para tal prestação, é obrigatório que esses mesmos profissionais **executem pessoal e diretamente** o objeto avençado. A admi-

tir-se diferente procedimento, frustrar-se-ia o sentido em haver escolhido dita empresa em virtude de seu seleto rol de profissionais, além de ficar a Administração privada daquele que seria o melhor objeto para atendimento de suas necessidades.

### **Pareceres da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**

Instituto Rio-Grandense do Arroz – IRGA. Contratação direta de serviço técnico profissional especializado. Consultoria técnica para o Programa de Melhoramento Genético de Soja para as Várzeas do Rio Grande do Sul. Inexigibilidade de licitação.

(PGE-RS, Parecer nº [13.866](#), de 09/01/04).

### **Informações da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**

Estado do Rio Grande do Sul. Secretaria de Infra-Estrutura e Logística. Parecer técnico-jurídico sobre a Possibilidade de Contabilização de Créditos decorrentes de Ação Judicial. (PGE-RS, Informação nº [005/10/PDPE](#), de 18/01/2010).

Estado do Rio Grande do Sul. Secretaria da Fazenda. Consultoria Técnica nas áreas de Gestão Fiscal e de Modernização do Setor Público do Estado, por inexigibilidade de li-

citação.

(PGE-RS, Informação nº [021/09/PDPE](#), de 18/02/2009).

Estado do Rio Grande do Sul. Secretaria da Educação. Contratação da Fundação CES-GRANRIO para prestação de serviços de avaliação e monitoramento do desempenho de alunos do ensino fundamental, vinculado ao Projeto Piloto para Alfabetização de Crianças. (PGE-RS, Informação nº [217/08/PDPE](#), de 04/10/2008).

Estado do Rio Grande do Sul. Secretaria da Educação. Projeto de Construção do Referencial Curricular para Rede Estadual de Ensino, relacionado ao Programa Boa Escola para Todos.

(PGE-RS, Informação nº [140/08/PDPE](#), de 08/09/2008).

Estado do Rio Grande do Sul. Secretaria da Agricultura. Contratação de Serviços de Consultoria Técnica para o Projeto de Pesquisa e Manejo de insetos-praga em agroecossistemas orizícolas.

(PGE-RS, Informação nº [103/08/PDPE](#), de 19/06/2008).

Estado do Rio Grande do Sul. Secretaria do

Meio Ambiente. Contratação de serviços de engenharia relativos à consultoria para definição das atividades necessárias à concepção do Sistema de Apoio à Decisão, instrumento de auxílio indispensável na emissão dos licenciamentos ambientais e de outorgas. (PGE-RS, Informação nº [092/08/PDPE](#), de 03/06/2008).

### **Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATAÇÃO DE PROFISSIONAIS DE PSICOLOGIA MEDIANTE CONVITE. FUNDADA SUSPEITA DE CONTRARIEDADE AO § 1º, DO ART. 13, DA LEI Nº 8.666/93. NECESSIDADE DE CONCURSO PÚBLICO. SUSPENSÃO DOS EFEITOS DO CONTRATO EM ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU MANTIDA. VERIFICAÇÃO DE PROVA INEQUÍVOCA OU CERTEZA DO DIREITO ALEGADO PELO *PARQUET* E RISCO DE DANO AO ERÁRIO. DECISÃO POR ATO DA RELATORA. ART. 557 DO CPC. MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO.

(TJ-RS, Agravo de Instrumento Nº

70033427360, Segunda Câmara Cível, j. 23/11/2009)

AÇÃO POPULAR. LEI 4.717/65. LEGALIDADE E LESIVIDADE AO PATRIMÔNIO PÚBLICO *LATO SENSU*. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. EFICÁCIA CONSTITUTIVA NEGATIVA E CONDENATÓRIA. PERDAS E DANOS. COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. AGRAVO RETIDO. CERCEAMENTO DE DEFESA. Existindo, no feito, elementos de prova suficientes para formar o seu convencimento ou sendo as questões de direito, não há razão para produção de outras provas, sem que o indeferimento caracterize violação do princípio basilar da ampla defesa (inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal). INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. SERVIÇOS TÉCNICOS. A realização de serviços visando à remodelagem do Sistema Financeiro Estadual, diante da nova realidade macroeconômica advinda com o Plano Real, constitui um dos serviços técnicos referidos no artigo 13 da aludida legislação. Aplicabilidade do artigo 25, inciso II, da Lei nº 8.666/95. CARGA EFICACIAL DA AÇÃO POPULAR. As ações recebem classificação em razão de sua carga eficaz preponderante, pois não há ação pura, variando de 1 a 5, atribuídas a cada uma das espécies (declarativa, constitutiva, condenatória, man-

damental e executiva), em constante 15, definida a natureza da ação pela predominância daqueles elementos (também chamados de parcelas). As cargas eficaciais da ação de direito material e da sentença não têm correspondência necessária, já que a classificação pressupõe a sentença de integral satisfação. Já em relação à carga de eficácia da ação de direito processual há identidade com aquela da sentença em razão da adoção, no nosso direito processual, do princípio dispositivo. Preponderância da carga eficaz constitutiva negativa e condenatória na ação popular, relacionada aos seus requisitos de admissibilidade, ilegalidade e lesividade. Agravo retido e apelo desprovidos.

(TJ-RS, Apelação Cível Nº 70002645620, Segunda Câmara Cível, j. 15/09/2004)

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EX-PREFEITO. 1.** A contratação de assessor de finanças e tributos, nos termos dos art. 13, III e 25, II da Lei nº 8.666/93, não dispensa a prestação dos serviços pelo mesmo. Dano ao erário configurado. **2.** Mostra-se ilícita e com prejuízo aos cofres públicos a contratação de participante de licitação com preço superior ao anexo à carta-convite. **3.** Aplicação das sanções de multa e proibição de contratação ou recebimento de

benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário. Imposição de condenação à reparação dos danos. AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE JULGADA PROCEDENTE EM PARTE EM RELAÇÃO A UM RÉU, PROCEDENTE EM RELAÇÃO A OUTROS RÉUS E IMPROCEDENTE EM RELAÇÃO AOS DEMAIS.

(TJ-RS, Ação Civil Pública Nº 70006070403, Vigésima Segunda Câmara Cível, j. 03/06/2003)

### **Acórdãos do Tribunal de Contas da União**

Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT. Licitação para contratação de serviços técnicos especializados de projetos, gerência, administração e manutenção de sistemas de informação. Não-aderência ao novo modelo de licitação e contratação de serviços de informática. Anulação do certame. Determinações pedagógicas.

(TCU, Acórdão 2272/2009, Pleno, j.30/09/2009).

Conselhos Regionais de Corretores de Imóveis - Creci/PR, Economia - CORECON/

PR, Enfermagem - COREN/PR, Odontologia - CRO/PR, Ordem dos Músicos do Brasil - OMB/PR, Psicologia - CRP/PR, Serviço Social - CRESS/PR e Técnicos em Radiologia (CRTR/PR), todos do Estado do Paraná. Contratação direta de serviços técnicos enumerados no art. 13 da Lei nº 8.666/1993. Inviabilidade de competição não caracterizada. É indevida a aplicação do art. 25, II, da Lei n. 8.666/1993 quando o contratante não demonstra a singularidade do serviço e a notória especialização do contratado com relação ao objeto do serviço a ser prestado.

(TCU, Acórdão 1886/2007, Segunda Câmara, j. 10/07/2007).

Instituto Serzedello Corrêa. Representação. Contratação de professores para ministrar cursos de formação e treinamento do Corpo Técnico do Tribunal de Contas da União. Treinamento/aperfeiçoamento na área-fim do Tribunal.

(TCU, Decisão 535/1996, Pleno, 21/08/1996).

## **Capítulo 6**

### **JUSTIFICATIVAS NECESSÁRIAS ÀS DISPENSAS E INEXIGIBILIDADES DE LICITAÇÕES (E AO RETARDAMENTO)**

**Art. 26.** As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

**Parágrafo único.** O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

**I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa 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.**

O art. 26 da Lei nº 8.666/93, descrito aqui, é um dos dispositivos de maior importância a ser cumprido pelo administrador nos casos de dispensa e inexigibilidade de licitação (e também no retardamento previsto no *caput* da norma, esse bem menos ocorrente). Essa regra é permeada por grande parte dos princípios que regem as licitações e contratações públicas, em especial o da economicidade, da isonomia, da impessoalidade e da indisponibilidade do interesse público.

Para se entender a dimensão desse comando normativo, impõe-se alertar que, à falta de seu atendimento (ou mesmo diante de sua parcial observância), toda a licitação e/ou contrato poderão/poderá restar viciados/o, acarretando a responsabilização pessoal dos agentes da Administração (veja-se, nesse passo, art. 89, *caput* da Lei de Licitações). Toda a atenção se faz necessária, portanto, aos três incisos que compõem o parágrafo único do art. 26.

A regra do **inciso I** exige a caracterização da situação emergencial ou calamitosa justificadora da dispensa de licitação, *vinculando-se direta e exclusivamente ao art. 24, IV*. Neste inciso IV, encontra-se a norma que trata da dispensa de licitação para as contratações emergenciais e calamitosas, e é ela que descreve quando essas situações ocorrem.

Assim, quando o administrador justificar a existência de uma situação de fato que enseje uma contratação pelo art. 24,

esta própria justificativa já conterà as razões que ele adotará para a referida “caracterização da situação emergencial ou calamitosa” do inciso I.

Dito de outra forma, tem-se que o art. 24, inciso IV, e o art. 26, parágrafo único, inciso I, ambos da Lei de Licitações, são regras materialmente imbricadas, misturadas, por assim dizer, porquanto, ao justificar o cabimento da situação excepcional do art. 24, inciso IV, já estará o administrador evidenciando a caracterização da situação excepcional que deverá comprovar por força daquele inciso I. É naquela, pois, que se vai abastecer para justificar esta.

Já o **inciso II**, juntamente com o **inciso III**, constituem o âmago, o cerne do art. 26. A justificativa do fornecedor ou executante **alicerça a dispensa e a inexigibilidade de licitação**. Sem ela, subtrai-se o fundamento lógico da contratação direta, frustrando-se a regra constitucional cogente que ordena a realização de procedimento licitatório. À falta de justificativa do fornecedor ou executante, ruem os pilares sobre os quais assenta a legalidade tanto da dispensa quanto da inexigibilidade de licitação. Não arrazoado o porquê da escolha deste ou daquele, falece argumento para trilhar caminho diverso da mandatária licitação.

O **inciso III** é o dispositivo mais crítico, em relação ao qual se verificam mais problemas. A Administração Pública tem dificuldades severas em justificar o preço dos contratos nos casos de dispensa e de inexigibilidade de licitação - e isso precisa mudar.

Essa questão adquire marcada relevância em face da impossibilidade de se cotejarem propostas, como se daria na

licitação. Ante a ausência de competição, é ao administrador que incumbe justificar se o preço é compatível com o praticado no mercado. É a ele que compete demonstrar a vantajosidade da proposta, fundada em elementos que devem integrar os autos administrativos em que instrumentada a contratação direta. A responsabilidade e a responsabilização do administrador são aqui sobremaneira agravadas.

A exigência do inciso III, destaque-se, tem provocado incontáveis apontamentos dos órgãos de controle de contas. Daí ser imperioso o agente da administração acautelar-se com formalização de **robusta justificativa do preço do contrato**, a bem de elidir sanções que poderão ser ao ente/órgão e a ele próprio impostas.

Ainda, por fim, atente-se para as exigências formais do *caput*. Ratificação pela autoridade superior e publicação em periódico oficial são formalidades geradoras de eficácia dos atos praticados, sem as quais não terá exequibilidade o objeto visado pela Administração.

### **Pareceres da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**

Companhia de Processamento de Dados do Estado do Rio Grande do Sul - PROCERGS. Contratação de serviços de suporte técnico e manutenção de programas de computador licenciados àquela companhia. Exclusividade. Inexigibilidade de licitação.

(PGE-RS, Parecer nº [13.997](#), de 12/07/04).

### **Informações da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**

Companhia Estadual de Distribuição de Energia Elétrica – CEEE-D. Inexigibilidade de Licitação. Contrato de prestação de serviços de suporte e manutenção de solução de *software* geo-referenciado para gestão de redes de distribuição. Ausência de exclusividade para prestação dos serviços. Justificativas.

(PGE-RS, Informação nº [075/11/PDPE](#), de 08/08/2011).

Estado do Rio Grande do Sul. Secretaria da Fazenda. Contratação de Serviços de Consultoria Técnica - Planejamento Estratégico de interesse do Tesouro do Estado. Superposição de objetos. Inexigibilidade. Justificativas.

(PGE-RS, Informação nº [072/11/PDPE](#), de 03/08/2011).

Estado do Rio Grande do Sul. Secretaria da Saúde. Contrato de Prestação de Serviços de Gestão de Hospital. Contratação direta. Justificativas.

(PGE-RS, Informação nº [081/11/PDPE](#), de 22/07/2011).

Estado do Rio Grande do Sul. Subchefia Jurídica e Legislativa da Casa Civil. Contrato de Locação visando à Instalação de Base Avançada para Segurança do Governador do Estado. Justificativas.

(PGE-RS, Informação nº [064/11/PDPE](#), de 29/06/2011).

Companhia Estadual de Geração e Transmissão de Energia Elétrica - CEEE - GT. Contrato de prestação de serviços de consultoria para o diagnóstico de implantação de universidade corporativa. Fundação Comitê de Gestão Empresarial. Justificativas insuficientes a respaldar a contratação.

(PGE-RS, Informação nº [025/11/PDPE](#), de 11/04/2011).

Estado do Rio Grande do Sul. Secretaria de Infra-Estrutura e Logística. Contrato para a execução de serviços de recuperação do pavimento e construção de bueiro triplo em concreto pré-moldado na ERS-464. Justificativa do preço.

(PGE-RS, Informação nº [019/11/PDPE](#), de 23/03/2011).

Fundação Estadual de Proteção Ambiental - FEPAM. Contrato para prestação de serviços de consultoria em informática. Justificativas. (PGE-RS, Informação nº [016/11/PDPE](#), de 22/03/2011).

### **Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**

AGRAVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATO ADMINISTRATIVO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. SAÚDE. LICITAÇÃO. NULIDADE. RESCISÃO ADMINISTRATIVA. 1. A prestação de serviço de saúde pelo Poder Público não é bastante em si para autorizar a contratação direta. Afigura-se indispensável a prova de situação emergencial para a contratação sem licitação. 2. O ato administrativo de dispensa de licitação deve conter a motivação da escolha do contratado. Art. 26 da Lei nº 8.666/92. 3. A veiculação à população da cessação da prestação de serviços em razão de ordem judicial não configura litigância de má-fé. Recurso desprovido.

(TJ-RS, Agravo Nº 70030042840, Vigésima Segunda Câmara Cível, j. 28/05/2009).

APELAÇÃO-CRIME. EX-PREFEITO MUNICIPAL DE SARANDI. LICITAÇÃO. DISPEN-

SA FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS. Injustificável a ausência do procedimento licitatório na contratação das empresas. Inobservância das formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade previstas no art. 26, caput, da Lei nº 8.666/93. Condenação mantida. Apelo improvido. Unânime.

(TJ-RS, Apelação Crime Nº 70027898642, Quarta Câmara Criminal, j. 23/04/2009).

REEXAME NECESSÁRIO. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO VERBAL. NULIDADE. Os valores cobrados não são módicos e não estariam na situação de dispensa de licitação (art. 24 da Lei 8.666/93). Ademais, para dispensa da licitação deveria ser necessariamente justificada conforme dispõe o art. 26 da Lei 8.666/93. Para contratação direta essa se submete a um processo administrativo, isso significa que, mesmo que não havendo licitação, não quer dizer que há uma contratação informal, sem cautelas ou documentos. Na espécie, não houve quaisquer justificativas, nem para haver contratação direta, nem para dispensa do processo licitatório. O contrato é totalmente nulo e sem efeito algum, uma vez que contraria o disposto no parágrafo único do art. 60 da Lei 8.666/93. POR MAIORIA, VENCIDO O RELATOR, MO-

DIFICARAM A SENTENÇA EM REEXAME NECESSÁRIO.

(TJ-RS, Reexame Necessário Nº 70023797616, Primeira Câmara Cível, j. 13/08/2008).

APELAÇÃO CÍVEL. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. ANULATÓRIA. SERVIÇOS DE TELEFONIA. NÃO CONFIGURAÇÃO DE HIPÓTESE DE DISPENSA DE LICITAÇÃO. ARTIGOS 23 E 24 DA LEI Nº 8.666/93. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 26 DA LEI Nº 8.666/93. CONTRATO VERBAL. ILEGALIDADE E NULIDADE DO CONTRATO EM COMENTO, UMA VEZ QUE FIRMADO VERBALMENTE. AFRONTA AO DISPOSTO NO ART. 60 DA LEI DE LICITAÇÕES. SERVIÇOS PRESTADOS. EXIGIBILIDADE DO PAGAMENTO. RECÁLCULO DAS FATURAS, TENDO POR BASE O DENOMINADO PLANO BÁSICO. VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. APELO PARCIALMENTE PROVIDO.

(TJ-RS, Apelação Cível Nº 70023528615, Primeira Câmara Cível, j. 13/08/2008).

**Acórdãos do Tribunal de Contas da União**

Centro de Extensão - Setor de apoio Administrativo em Ilhéus/BA, da Comissão Executiva do Plano da Lavoura Cacaueira - CEPLAC. Os processos de dispensa de licitação devem conter documentos que indiquem a prévia pesquisa de preços de mercado, em relação ao objeto a ser contratado/adquirido, e a habilitação do respectivo fornecedor/prestador de serviços.

(TCU, Acórdão 2986/2006, Primeira Câmara, j. 24/10/2006).

Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq. Prestação de serviços na área de informática. Ausência de projeto básico, orçamento detalhado e justificativa de preço. Atente, nas dispensas e inexigibilidades de licitação, para as disposições do art. 7º, § 2º, incisos I e II, c/c o § 9º da Lei nº 8.666/93, inclusive nas hipóteses de contratação de serviços que não os relativos a obras e serviços de engenharia, bem assim do art. 26, parágrafo único, inciso III, da mesma lei, fazendo inserir nos autos os documentos que comprovem a compatibilidade do preço ajustado com os vigentes no mercado. (TCU, Acórdão 427/2002, Pleno, j. 20/11/2002).

Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Contratação de serviços de consultoria sem

licitação e por preços elevados. Em qualquer contratação efetuada com dispensa de licitação, observe, com rigor, o disposto no art. 26 da Lei nº 8.666/93, de modo que sejam devidamente justificados os motivos da escolha do fornecedor ou executante e os preços pactuados.

(TCU, Decisão 30/2000,Pleno, j.26/01/2000).

## **Capítulo 7**

# **REVOGAÇÃO E ANULAÇÃO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO**

### **7.1 Revogação e anulação - Poder de autotutela**

Trata-se de institutos distintos, como se extrai do próprio texto do art. 49 da Lei nº 8.666/93, que dispõe:

**Art. 49.** A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente 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.

**§ 1º** A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

**§ 2º** A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

**§ 3º** No caso de desfazimento do processo

**licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa.**

**§ 4º O disposto neste artigo e seus parágrafos aplica-se aos atos do procedimento de dispensa e de inexigibilidade de licitação.**

Não obstante, em ambos os casos, a autoridade administrativa pode agir de ofício. É o poder de autotutela da Administração, consagrado na Súmula nº 473 do STF, *verbis*:

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

## **7.2 Revogação**

O desfazimento da licitação, nesta modalidade, advém do poder discricionário do administrador. Não é poder ilimitado, tampouco se confunde com arbitrariedade. Nesse passo, somente o fato ocorrido após a divulgação do edital pode justificar a revogação. Além disso, a causa do desfazimento deve estar demonstrada em manifestação escrita e fundamentada. A aplicação do princípio da proporcionalidade em suas três fases cumpre os requisitos da norma. Em parecer escrito, cabe per-

quirir, no caso concreto, se a revogação é o meio “adequado”, “necessário” e “razoável”.

Uma vez revogada a licitação, a Administração não poderá iniciar novo certame com idêntico objeto.

### 7.2.1 Hipóteses de revogação

Grande parte das hipóteses plausíveis de revogação tem relação com a causa (motivo) e a finalidade da licitação. No primeiro caso, em não subsistindo o motivo que levou o administrador a realizar o certame, o desfazimento se justifica. É a situação, por exemplo, da licitação para reforma de prédio que, durante o certame, acaba por ruir, não sendo mais útil e necessário o serviço. Também se pode colocar neste grupo a licitação paralisada por longo período, restando o seu objeto manifestamente defasado ou inservível à Administração. Foi o caso tratado no Parecer nº [13.912](#), da PGE-RS, em que medida judicial impôs a suspensão da licitação por aproximadamente três anos, não sendo mais conveniente e oportuna a sua conclusão nos parâmetros inicialmente delineados.

No que toca à finalidade, vislumbra-se a possibilidade de revogação naquelas situações em que a competição não alcançou um dos seus objetivos precípuos, qual seja selecionar uma proposta vantajosa para a Administração. Assim, quando concreta e objetivamente (à vista de dados e elementos reais de comparação), a oferta vencedora mostra-se manifestamente desvantajosa. Versou sobre esta hipótese o Parecer nº [14.057](#), da PGE-RS. Embora a oferta estivesse dentro dos parâmetros

de aceitabilidade do edital, verificou-se (fato superveniente) significativa redução dos preços de mercado relativamente ao bem pretendido, franqueando-se ao administrador a revogação da licitação. Viria de encontro ao interesse público e aos princípios que regem a Administração Pública a obrigatoriedade de celebração de contrato cuja proposta vencedora revela-se indubitavelmente excessiva.

Diferentemente, na Apelação Cível nº 597164052, o erro no critério de aceitabilidade do preço constante do edital gerou a nulidade do certame. Portanto, visualizou-se hipótese de anulação (TJ-RS, Primeira Câmara Cível, j. 24/03/1999).

### **7.3 Anulação e convalidação**

Anulação é o desfazimento do ato maculado com vício de ilegalidade. Partimos da decomposição do ato administrativo em cinco elementos, baseados no art. 2º da Lei nº 4.717/65. São eles: forma, competência, finalidade, motivo e objeto. O defeito que atinge os dois primeiros é passível de convalidação. Nesse rumo, a Informação nº [185/10/PDPE](#), da PGE-RS, revela a possibilidade de aproveitamento de concorrência para arrendamento de área portuária, por meio da anuência do ente federal que reclamara a falta de prévia autorização.

Já o vício contido nos outros elementos (finalidade, motivo e objeto) deve acarretar a invalidação do ato. Foi o que se propôs no Parecer nº 11.999 e na Informação nº [021/06/PDPE](#), da PGE-RS, em que se observou vício no objeto licitado. Os

dois casos tratavam de licitação para contratação de serviços identificados como a atividade-fim do ente público.

A eliminação do ato nulo nem sempre acarreta a necessidade de elaboração de novo certame. Se o ato viciado não afetou toda a licitação, devem ser excluídos e renovados somente os atos atingidos. O Parecer nº [14.703](#), da PGE-RS, recomenda, contudo, o reinício do certame, uma vez que a nulidade advinha do edital.

#### **7.4 Ampla defesa e contraditório - Procedimento**

A Administração está vinculada às normas que consagram direitos fundamentais. Portanto, a invalidação e a revogação da licitação submetem-se à ampla defesa e ao contraditório (veja a recomendação constante do Parecer nº [14.703](#), da PGE-RS).

Assim, proposta a invalidação ou revogação da licitação, há que se intimarem os licitantes para manifestação, franqueando o acesso ao expediente administrativo. Analisados os seus argumentos, a autoridade administrativa decidirá motivadamente sobre o desfazimento da licitação. Da decisão cabe o recurso previsto no art. 109, I, “c”, da Lei nº 8.666/93. Recorrendo um dos participantes, os demais serão intimados para, se assim desejarem, impugnar o recurso (§ 3º do art. 109 da Lei nº 8.666/93). A autoridade administrativa que praticou o ato pode reconsiderar a decisão ao receber o recurso. Mantido o ato, subirá o recurso à autoridade superior.

## 7.5 Desconstituição do certame e indenização

A matéria tem estreita relação com o estágio que atingiu a licitação no momento da sua desconstituição. Ilustram essa assertiva os seguintes julgados:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MATERIAL. DANO EMERGEN-TE E LUCROS CESSANTES. LICITAÇÃO. TOMADA DE PREÇOS. ANULAÇÃO JUDI-CIAL. PREJUÍZOS NÃO DEMONSTRADOS. Tendo sido anulada a licitação feita sob a forma de tomada de preços e não sendo declara- da vencedora a requerente, não há falar em dano emergente ou lucros cessantes. O pa- rágrafo único do art. 59 da Lei de Licitações prevê a indenização pela execução do con- trato até a anulação da licitação. Caso dos autos que os danos eventualmente sofridos com os alegados investimentos feitos pela licitante não restaram comprovados. APELO PROVIDO. AÇÃO JULGADA IMPROCEDEN- TE. (TJ-RS, Apelação Cível Nº 70005446547, Nona Câmara Cível, j. 17/12/2003).

ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO - VENCE- DOR - CONTRATAÇÃO - MERA EXPEC- TATIVA DE DIREITO - PRECEDENTES DO STJ - ANULAÇÃO DA TOMADA DE PREÇOS

- LEGALIDADE DO ATO - PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS - DESACOLHIMENTO.

I - Pretende a Apelante a condenação do INPI ao pagamento de indenização por perdas e danos, em valor correspondente ao lucro que teria obtido caso a licitação não tivesse sido anulada.

II - A pretensão não merece acolhida pela simples razão de que nem mesmo o vencedor da licitação tem direito adquirido à contratação, mas apenas expectativa de direito. Nesse sentido, dentre outros, MS nº 4513/DF (STJ - Corte Especial - Rel. Min. Vicente Leal - DJ de 04/09/2000, p. 114) e RMS nº 1717/PR (STJ - 2ª Turma - Rel. Min. Helió Mosimann - DJ de 14/12/1992, p. 23910).

III - Ainda que assim não fosse, a pretensão da Apelante não poderia ser acolhida, pois os elementos dos autos evidenciam, inclusive, que a licitação foi anulada de forma justificada, com amparo no edital e na lei.

(TRF da 2ª. Região, Apelação Cível nº89.02.00633-6, Sétima Turma, j. 30/03/2005).

O certame poderá ser revogado antes da celebração do contrato, facultando-se ao licitante postular indenização por perdas e danos. Todavia, uma vez que a revogação só pode ocorrer previamente à assinatura do contrato, as perdas do li-

citante geralmente limitam-se às despesas na participação do certame, de regra, insignificantes. Após celebrado o contrato, tratar-se-á de rescisão, e não mais revogação, com incidência das prescrições do art. 79 da Lei nº 8.666/93.

Já a anulação pode ocorrer a qualquer tempo (Parecer nº [11.999](#), da PGE-RS). A invalidação do certame acarreta a extinção do contrato, restando à Administração a obrigação de indenizar o contratado na forma do parágrafo único do art. 59 da Lei nº 8.666/93.

### **7.6 Revogação e anulação do procedimento de dispensa e de inexigibilidade de licitação**

A desconstituição do procedimento de dispensa e de inexigibilidade de licitação segue o regime jurídico do art. 49. Logo, aplica-se o que foi anteriormente consignado a respeito das causas de anulação e de revogação, da forma (procedimento) e da indenização.

#### **Pareceres da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**

Revogação de licitação paralisada por longo período, restando o seu objeto manifestamente defasado ou inservível à Administração. Medida judicial impôs a suspensão da licitação por aproximadamente três anos, não sendo mais conveniente e oportuna a sua

conclusão nos parâmetros inicialmente delimitados.

(PGE-RS, Parecer n° [13.912](#), de 25/03/2004).

Revogação de licitação fundamentada na significativa alteração dos preços de mercado do bem pretendido, revelando-se objetiva e manifestamente desvantajosa a proposta vencedora.

(PGE-RS, Parecer n° [14.057](#), de 21/09/2004).

Recomenda o reinício do certame, uma vez que a nulidade observada constava do edital.

(PGE-RS, Parecer n° [14.703](#), de 05/06/2007).

Possibilidade de anulação do certame a qualquer tempo, em face da verificação de vício de ilegalidade.

(PGE-RS, Parecer n° [11.999](#), de 13/01/1998).

Submissão da invalidação e da revogação da licitação à ampla defesa e ao contraditório.

(PGE-RS, Parecer n° [14.703](#), de 05/06/2007).

## **Informações da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**

Distinção entre revogação e anulação da licitação.

(PGE-RS, Informação n° [01/06/GAB](#), de 07/04/2006).

Versa sobre a convalidação de licitação. Possibilidade de aproveitamento de concorrência para arrendamento de área portuária, por meio da anuência do ente federal que reclamara a falta de prévia autorização.

(PGE-RS, Informação nº [185/10/PDPE](#), 16/12/2010).

Nulidade do certame em razão de vício no objeto licitado. Tratava-se de licitação para contratação de serviços identificados como a atividade-fim do ente público.

(PGE-RS, Informação nº [021/06/PDPE](#), de 23/02/2006).

### **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**

PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. ADMINISTRATIVO. FRAUDE NA LICITAÇÃO. CONTRATO DE OBRA PÚBLICA. PRETENSÃO NULIDADE DO CONTRATO NÃO IMPLICA DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS APÓS A EXECUÇÃO DA OBRA. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DO ESTADO. AFASTAMENTO. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA.

1. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o Tribunal de origem, embora sucintamen-

te, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

2. Demanda envolvendo contratos administrativos, firmados entre o INSS e Arrimo Engenharia Ltda, para a edificação de imóveis destinados à instalação de Postos de Benefícios nas cidades de Cáceres, Pontes, Lacerda, Mirassol D'Oeste e Rosário Oeste, localizadas no Estado do Mato Grosso.

3. Pretensão reconvenicional da autarquia de nulidade do contrato administrativo, em face de fraude apurada na licitação, e da consequente devolução das quantias pagas, não obstante a execução da obra contratada.

4. Revela-se inequívoco o direito de a empresa contratada auferir contraprestação pelo serviço prestado (recebimento do preço avençado), mesmo em se tratando de contrato supostamente eivado de nulidade, uma vez que a devolução das quantias pagas por obra já executada implicaria no locupletamento indevido da Administração Pública, em frontal inobservância ao princípio da moralidade administrativa.

5. Precedente desta Corte no sentido de que “do exame dos artigos 39 e 49 do Decreto-lei

n. 2.800/86, vigente à época, conclui-se que a anulação da licitação, com a conseqüente nulidade do contrato, opera efeitos *ex tunc*. No entanto, a Administração deve indenizar a empresa contratada pela execução de etapas das obras ajustadas até a data da declaração de nulidade, ainda que a anulação do contrato tenha ocorrido por utilização de documento fraudado pela empresa, como na hipótese em exame. Com efeito, recebida a prestação executada pelo particular, não pode a Administração se locupletar indevidamente e, com fundamento na nulidade do contrato, requerer a devolução de valores pagos por obras já realizadas, o que configuraria violação ao próprio princípio da moralidade administrativa”. (REsp 408785/RN, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ de 30.06.2003).

6. Deveras, é assente na doutrina que “ao Poder Público pertencem todas as prerrogativas necessárias ao bom asseguramento do interesse público, de sorte que pode adotar providências requeridas para tanto, ainda que impliquem alterações no ajuste inicial. Também não há evadir-se à conclusão de que nunca por nunca poderá a Administração esquivar-se à contrapartida delas, isto é, ao cabal ressarcimento dos gravames resultantes para o contratante privado.” (Celso Antônio Bandeira de Mello in Curso de Direito Administrativo,

Malheiros, 14<sup>a</sup> Ed., 2002, pág. 561) e que “mesmo no caso de contrato nulo pode tornar-se devido o pagamento dos trabalhos realizados ou dos fornecimentos feitos à Administração, uma vez que tal pagamento não se funda em obrigação contratual, e sim no dever moral de indenizar toda obra, serviço ou material recebido e auferido pelo Poder Público, ainda que sem contrato ou com contrato nulo, porque o Estado não pode tirar proveito da atividade do particular sem a correspondente indenização.” (Hely Lopes Meirelles, in *Licitação e Contrato Administrativo*, Malheiros, 13<sup>a</sup> ed., 2002, pág. 231).

7. Recurso especial improvido.

(STJ, Recurso Especial nº662924/MT, Primeira Turma, j. 16/06/2005).

ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. DESOBEDIÊNCIA AOS DITAMES LEGAIS. CONTRATO DE QUANTIA VULTOSA. DESIGNAÇÃO DA MODALIDADE “TOMADA DE PREÇOS” NO LUGAR DE “CONCORRÊNCIA PÚBLICA”. INSERÇÃO NO EDITAL DE CLÁUSULAS RESTRITIVAS DO CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME E ESTABELECIMENTO DE CLÁUSULAS QUE PERMITIRAM PREFERÊNCIAS E DISTINÇÕES INJUSTIFICADAS. DESVIRTUAMENTO DO PRINCÍPIO

DA IGUALDADE ENTRE OS LICITANTES. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E MORALIDADE ADMINISTRATIVAS. LESÃO AO ERÁRIO PÚBLICO CONFIGURADA. NULIDADE. PRESERVAÇÃO DO POSICIONAMENTO DO JULGADO DE SEGUNDO GRAU.

1. O que deve inspirar o administrador público é a vontade de fazer justiça para os cidadãos sendo eficiente para com a própria administração, e não o de beneficiar-se. O cumprimento do princípio da moralidade, além de se constituir um dever do administrador, apresenta-se como um direito subjetivo de cada administrado. Não satisfaz às aspirações da Nação a atuação do Estado de modo compatível apenas com a mera ordem legal, exige-se muito mais: necessário se torna que a administração da coisa pública obedeça a determinados princípios que conduzam à valorização da dignidade humana, ao respeito à cidadania e à construção de uma sociedade justa e solidária.

2. A elevação da dignidade do princípio da moralidade administrativa a nível constitucional, embora desnecessária, porque no fundo o Estado possui uma só personalidade, que é a moral, consubstancia uma conquista da Nação que, incessantemente, por todos os seus segmentos, estava a exigir uma providência

mais eficaz contra a prática de atos administrativos violadores desse princípio.

3. A ação popular protege interesses não só de ordem patrimonial como, também, de ordem moral e cívica. O móvel, pois, da ação popular não é apenas restabelecer a legalidade, mas também punir ou reprimir a imoralidade administrativa. Nesse duplo fim vemos a virtude desse singular meio jurisdicional, de evidente valor educativo (Rafael Bielsa, “A Ação Popular e o Poder Discricionário da Administração”, RDA 38/40).

4. As alegativas de afronta ao teor do parágrafo único do art. 49 do DL 2.300/86 e do parágrafo único do art. 59 da Lei 8.666/93 não merecem vingar. A nulidade da licitação ou do contrato só não poderia ser oposta aos recorrentes se agissem impulsionados pela boa-fé. No caso, vislumbra-se que houve concorrência dos mesmos, pelas condutas descritas, para a concretização do ato de forma viciada, ou seja, com o seu conhecimento. Há de ser prontamente rechaçada a invocação de que a Administração se beneficiou dos serviços prestados, porquanto tornou públicos os atos oficiais do Município no período da contratação, de modo a não se permitir a perpetração do enriquecimento ilícito. A indenização pelos serviços realizados pressupõe tenha o contratante agido de boa-fé, o que não ocorreu

na hipótese. Os recorrentes não são terceiros de boa-fé, pois participaram do ato, beneficiando-se de sua irregularidade. O que deve ser preservado é o interesse de terceiros que de qualquer modo se vincularam ou contrataram com a Administração em razão do serviço prestado.

5. O dever da Administração Pública em indenizar o contratado só se verifica na hipótese em que este não tenha concorrido para os prejuízos provocados. O princípio da proibição do enriquecimento ilícito tem suas raízes na equidade e na moralidade, não podendo ser invocado por quem celebrou contrato com a Administração violando o princípio da moralidade, agindo com comprovada má-fé.

6. Recursos especiais improvidos.

(STJ, Recurso Especial nº579.541/SP, Primeira Turma, j 17/02/2004).

### **Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**

Licitação. Anulação administrativa porque constatado erro na composição do preço, deixando-o acima do normal de mercado. Demanda judicial para ver declarada a ilegalidade do ato anulatório. Juízo de improcedência. Apelo desprovido.

(TJ-RS, Apelação cível nº 597164052, Primeira Câmara Cível, j. 24/03/1999).

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MATERIAL. DANO EMERGENTE E LUCROS CESSANTES. LICITAÇÃO. TOMADA DE PREÇOS. ANULAÇÃO JUDICIAL. PREJUÍZOS NÃO DEMONSTRADOS. Tendo sido anulada a licitação feita sob a forma de tomada de preços e não sendo declarada vencedora a requerente, não há falar em dano emergente ou lucros cessantes. O parágrafo único do art. 59 da Lei de Licitações prevê a indenização pela execução do contrato até a anulação da licitação. Caso dos autos que os danos eventualmente sofridos com os alegados investimentos feitos pela licitante não restaram comprovados. APELO PROVIDO. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. (TJ-RS Apelação Cível Nº 70005446547, Nona Câmara Cível, j. 17/12/2003).

### **Jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 2ª Região**

ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO - VENCEDOR - CONTRATAÇÃO - MERA EXPECTATIVA DE DIREITO - PRECEDENTES DO STJ - ANULAÇÃO DA TOMADA DE PREÇOS - LEGALIDADE DO ATO - PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS - DESACOLHIMENTO.

I - Pretende a Apelante a condenação do INPI ao pagamento de indenização por perdas e

danos, em valor correspondente ao lucro que teria obtido caso a licitação não tivesse sido anulada.

II - A pretensão não merece acolhida pela simples razão de que nem mesmo o vencedor da licitação tem direito adquirido à contratação, mas apenas expectativa de direito. Nesse sentido, dentre outros, MS nº 4513/DF (STJ - Corte Especial - Rel. Min. Vicente Leal - DJ de 04/09/2000, p. 114) e RMS nº 1717/PR (STJ - 2ª Turma - Rel. Min. Helio Mosimann - DJ de 14/12/1992, p. 23910).  
III - Ainda que assim não fosse, a pretensão da Apelante não poderia ser acolhida, pois os elementos dos autos evidenciam, inclusive, que a licitação foi anulada de forma justificada, com amparo no edital e na lei.

(TRF da 2ª. Região Apelação Cível nº89.02.00633-6, Sétima Turma, j. 30/03/2005).

### **Acórdãos do Tribunal de Contas da União**

Em virtude de fraude comprovada à licitação praticada pela licitante vencedora e já contratada, o Tribunal determina a anulação do contrato e declara a inidoneidade da empresa para participar de licitação na Administração Pública por um período de até cinco anos.

(TCU, Acórdão nº 2859/2008, Pleno, j. 03/12/2008)

Verificado não houve prejuízo ao interesse público, dado o amplo caráter competitivo do certame, não se justifica a anulação da licitação se a autora da representação eximiu-se de demonstrar a exequibilidade de sua proposta. (TCU, Acórdão nº 363/2007, Pleno, j. 14/03/2007).

No entanto, conforme posição adotada por este Relator em casos similares, a exemplo do Acórdão 776/2009-Plenário (unânime), compreendo que a determinação para anular licitação de serviços de natureza continuada e respectivo contrato pode gerar transtornos à administração contratante, às vezes maiores do que o benefício esperado com a nova licitação. No caso em comento, apesar de não haver certeza de que o contrato firmado com a (...) tenha sido o mais vantajoso, também não se comprovou a existência de sobrepreço. Assim, entendo mais adequado determinar que a duração do contrato seja limitada a 12 meses - período de vigência inicial usualmente adotado pela Administração, a teor do art. 57, caput, da Lei 8.666/93. Esse prazo, no caso concreto, mostra-se bem razoável, haja vista que o contrato começou a

viger em 2/1/2009 (fl. 62), restando tempo suficiente para a realização de nova licitação, caso a Agência entenda conveniente e oportuno manter a contratação desses serviços. (TCU, Acórdão nº 1055/2009, Segunda Câmara, j. 17/03/2009).

Faça constar dos despachos de anulação ou revogação de licitações futuras a respectiva motivação, anexando-os no respectivo processo licitatório, juntamente com os documentos embasadores da decisão, procedendo-se, ainda, à alimentação tempestiva do sistema Comprasnet. (TCU, Acórdão nº 776, Pleno, j. 20/05/2009).

Assegure, antes de proceder à anulação de processos licitatórios, o estabelecimento do contraditório e da ampla defesa aos licitantes, conforme previsto no art. 49, § 3º, da Lei nº 8.666/1993. (TCU, Acórdão nº 1230, Pleno, j. 25/06/2008).

## Capítulo 8

### FORMALIZAÇÃO DOS CONTRATOS

**Art. 60. Os contratos e seus aditamentos serão lavrados nas repartições interessadas, as quais manterão arquivo cronológico dos seus autógrafos e registro sistemático do seu extrato, salvo os relativos a direitos reais sobre imóveis, que se formalizam por instrumento lavrado em cartório de notas, de tudo juntando-se cópia no processo que lhe deu origem.**

**Parágrafo único. É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea “a” desta Lei, feitas em regime de adiantamento.**

Referido dispositivo alude à formalização do contrato e seus aditamentos, preconizando como regra geral do contrato administrativo a forma escrita, sob pena de nulidade. A lei exce-tua a possibilidade de contrato verbal nas aquisições de pequenas compras, assim entendidos aqueles que não ultrapassem R\$ 4.000,00 (5% do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 8.666/93), com pagamento à vista.

As formalidades expostas no art. 60 têm a intenção de evitar o sigilo ou a ocultação concernente ao contrato, possibilitando a sua fiscalização e, em especial, a verificação de sua adequação aos preceitos legais.

### **Pareceres da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**

[...] Vale dizer, aos Contratos de Licença em tela haverão de ser introduzidas cláusulas ditas 'necessárias', elencadas no art. 55 da Lei de Licitações; referentes a prerrogativas da Administração no que tange à rescisão, modificação e fiscalização do contrato e respectiva aplicação de sanções, nos termos do art. 58; atinentes à declaração de nulidade do contrato, a teor do art. 59, e à sua formalização, com fulcro nos arts. 60 e 61.

(PGE-RS, Parecer nº [13.841](#), de 08/12/2003).

[...] A prorrogação automática da locação, pretendida nos termos da cláusula segunda, parágrafo único do contrato celebrado entre o Estado do Rio Grande do Sul e a Associação Comercial de Porto Alegre, não é juridicamente admissível, tendo em vista o fato de que é nulo de pleno direito qualquer contrato ou aditamento contratual que não obedeça à forma escrita, exceto os contratos que tenham por objeto a realização de pequenas

compras de pronto pagamento, o que não é o caso, devido à expressa determinação do preceito contido no artigo 60, parágrafo único, da Lei 8.666/93.

(PGE-RS, Parecer nº [13.547](#), de 10/02/2003).

### **Informações da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**

[...] Para tal desiderato, cumprirá àquela Pasta formalizar um aditamento ao contrato, nos termos dispostos no art. 60 da Lei de Licitações. Tal aditamento deverá ser precedido de acordo relativo aos valores a serem doravante praticados, haja vista a nova proposta de preços já apresentada pela contratada.

(PGE-RS, Informação nº [110/09/PDPE](#), de 14/07/2009).

[...] Os contratos de prestação de serviços a serem executados de forma continuada extinguem-se ao final do prazo estipulado. Com o advento do termo final do prazo, a extinção do contrato opera-se automaticamente, mesmo que os trâmites administrativos para a alteração quantitativa do objeto contratado e elevação do valor inicial do contrato tenham iniciado antes da extinção do negócio jurídico. Ademais, é nulo e de nenhum efeito o contrato ou aditamento verbal com a Administração Pública, exceto aqueles que tenham

por objeto a realização de pequenas compras de pronto pagamento, o que não é o caso, devido à expressa determinação do preceito contido no artigo 60, parágrafo único, da Lei 8.666/93.

(PGE-RS, Informação nº [036/10/PDPE](#), de 19/03/2010).

### **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**

ADMINISTRATIVO. ENERGIA ELÉTRICA. FORNECIMENTO A MUNICÍPIO POR CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. CONTRATO VERBAL. NÃO-PAGAMENTO. COBRANÇA JUDICIAL. DISCUSSÃO ACERCA DOS ÍNDICES DE JUROS DE MORA APLICÁVEIS. LEIS N. 9.427/96 E 10.438/02.

1. Discute-se no recurso especial qual seria o índice de juros de mora aplicável nas hipóteses e não-pagamento de faturas de consumo de energia elétrica.

2. A recorrente sustenta ser aplicável o índice de 0,5% a.m. até 24.5.2002, inclusive (Lei n. 9.427/96), e o índice de 1% a.m. a partir de então (em razão da entrada em vigor da Lei n. 10.438/02, que alterou a Lei n. 9.427/96). A seu turno, o recorrido alega que os juros de mora devem incidir sempre na razão de 0,5% a.m., pois a Lei n. 10.438/02 expressamen-

te salvaguardou tal índice - previsto, frise-se, pela Lei n. 9.427/96 - para os contratos celebrados antes de sua vigência.

3. De acordo com o art. 60, p. ún., da Lei n. 8.666/93, a Administração Pública direta e indireta, via de regra, está proibida de efetuar contratos verbais. Nada obstante, o Tribunal a quo constatou que, no caso, o próprio recorrido asseverou não existir contrato de fornecimento de energia elétrica entre as partes (fl. 542).

4. Se o Poder Público, embora obrigado a contratar formalmente a prestação do serviço de energia elétrica, opta por não fazê-lo, não pode, agora, valer-se de disposição legal que prestigia a manutenção do índice de juros de mora na razão de 0,5% a.m., porque isso configuraria uma tentativa de se valer da própria torpeza, comportamento vedado pelo ordenamento jurídico por conta do prestígio da boa-fé objetiva (orientadora também da Administração Pública).

5. Por isso, na ausência de contrato formal entre as partes - e, portanto, de ato jurídico perfeito que preservaria a aplicação da lei vigente à época da celebração do instrumento -, deve ser aplicado o índice de juros de mora previsto no art. 17, § 2º, da Lei n. 9.427/96, com a redação dada pela Lei n. 10.438/02, a partir da entrada em vigor deste último diploma normativo.

6. Recurso especial provido.

(STJ, REsp 859722/RS, Segunda Turma, j. 05/11/2009).

ADMINISTRATIVO. CONTRATO VERBAL. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO. AÇÃO E COBRANÇA JULGADA IMPROCEDENTE. BOA-FÉ AFASTADA PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. APLICAÇÃO DO ART. 60, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI DE LICITAÇÕES.

I - Consta do acórdão recorrido inexistir boa-fé na atitude da empresa agravante, de contratar com o serviço público sem licitação e por meio de contrato verbal. Eis o recho nele transcrito: "(...) não há elementos que autorizem o conhecimento da boa-fé da autora, uma vez que estava ciente de que as contratações deveriam ser precedidas de licitação, pelo que se deduz da prova testemunhal, ou pelo menos de justificativa prévia e escrita de dispensa ou possibilidade de licitação, em face do disposto no art. 26 da Lei de Licitações". (fls. 506).

II - Assim sendo, na esteira da jurisprudência desta colenda Corte, ante a única interpretação possível do disposto no artigo 60, parágrafo único, da Lei de Licitações, "é nulo o contrato administrativo verbal" e, ainda que assim não fosse, é nulo "pois vai de encontro às regras e princípios constitucionais, notada-

mente a legalidade, a moralidade, impessoalidade, a publicidade, além de macular a finalidade da licitação, deixando de concretizar, em última análise, o interesse público”. A propósito, confira-se, dentre outros: REsp 545471/PR, Primeira Turma, DJ de 19.09.2005.

III - Outrossim, é de se relevar não ser cognoscível o recurso especial, relativamente à matéria contida no art. 59, parágrafo único, da Lei n. 8666/93, haja vista não ter sido objeto de julgamento pelo acórdão a quo, inexistindo, portanto, o prequestionamento.

IV - Agravo regimental improvido.

(STJ, AgRg no REsp 915697/PR, Primeira Turma, j. 03/05/2007).

### **Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**

APELAÇÃO CÍVEL. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE COBRANÇA. CONCESSÃO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. OBRA ABANDONADA E RETOMADA POR EMPRESA SUCESSORA. GASTOS EXTRAORDINÁRIOS. ALEGAÇÃO DE MODIFICAÇÃO CONTRATUAL. ÔNUS DA PROVA NÃO CUMPRIDO. Trata-se de ação de cobrança, relativamente à prestação de serviços, no qual a demandante teria executado obras de ampliação e reforma da Unida-

de Sanitária de Saúde, acrescido de serviços não previstos no contrato de empreitada por preço global, sem receber contraprestação, julgada improcedente na origem. O panorama probatório carreado aos autos demonstrou que a empresa contratada, hoje sucedida pela demandante, foi vencedora do processo licitatório na modalidade carta-convite, pelo valor global de R\$ 61.800,00 (...), pelo que as partes firmaram o contrato para prestação de serviços para a ampliação e reforma do Posto de Saúde do Município de Machadinho/RS, em 11/10/2002. Evidenciado que a empresa contratada, a partir do ano de 2004, abandonou a obra, sem conclusão. Todavia, o ente público adimpliu integralmente com o contrato, nos termos em que foi firmado. Alegação de aditamento verbal do contrato. No entanto, o autor não se desincumbiu do ônus probatório que lhe recaia, ex vi legis art. 333, inciso I, do CPC. Demonstração de falhas na execução da obra. Laudos técnicos assinados pelo engenheiro civil da municipalidade. A cláusula sexta do contrato entabulado entre as partes obriga a demandante a executar a obra conforme o previsto no Projeto Técnico e Memorial descritivo. Ademais, o memorial descritivo elaborado pelo ente público, prevê no item de execução da obra, que cabe a empreiteira arcar com o ônus dos prejuízos quando fosse verificado serviço mal executado, ou no caso

de uso de materiais inadequados. Outrossim, mesmo que o abandono da obra e as falhas na execução na mesma tenham gerado, supostamente, gastos supervenientes e extraordinários à construtora, estariam às partes diante da hipótese de aditamento contratual, e, para tanto, deveriam, as alterações, serem formalmente registradas, em obediência ao figurino estabelecido no artigo 60 da Lei de Licitações. Sendo este o caso, o de alteração contratual, mister era que a empresa contratada providenciasse junto à Administração o aditamento, tudo a restabelecer o equilíbrio financeiro gerado a partir da dúvida quanto à extensão da obra (art. 65) e, conseqüentemente, o valor dos materiais, ou até mesmo paralisar a obra, com a comunicação prévia de que trata o inciso V, do artigo 78 da Lei 8666/93. Impossibilidade de revisão de contrato administrativo já cumprido, pena de ferimento ao princípio constitucional de proteção do ato jurídico perfeito e acabado, como determina o artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal, desde que não prorrogado enquanto em vigor. Sentença mantida. APELAÇÃO DESPROVIDA.

(TJ-RS, Apelação Cível nº 70032175440, Vigésima Segunda Câmara Cível, j. 09/11/2011).

REEXAME NECESSÁRIO. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE

COBRANÇA. CONTRATO VERBAL. NULIDADE. Os valores cobrados não são módicos e não estariam na situação de dispensa de licitação (art. 24 da Lei 8.666/93). Ademais, para dispensa da licitação deveria ser necessariamente justificada conforme dispõe o art. 26 da Lei 8.666/93. Para contratação direta essa se submete a um processo administrativo, isso significa que, mesmo que não havendo licitação, não quer dizer que há uma contratação informal, sem cautelas ou documentos. Na espécie, não houve quaisquer justificativas, nem para haver contratação direta, nem para dispensa do processo licitatório. O contrato é totalmente nulo e sem efeito algum, uma vez que contraria o disposto no parágrafo único do art. 60 da Lei 8.666/93. POR MAIORIA, VENCIDO O RELATOR, MODIFICARAM A SENTENÇA EM REEXAME NECESSÁRIO.

(TJ-RS, Reexame Necessário nº 70023797616, Primeira Câmara Cível, j. 13/08/2008).

**Art. 61. Todo contrato 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, a sujeição dos contratantes às normas**

**desta Lei e às cláusulas contratuais.**

**Parágrafo único. A publicação resumida do instrumento de contrato ou de seus aditamentos na imprensa oficial, que é condição indispensável para sua eficácia, será 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, ressalvado o disposto no art. 26 desta Lei.**

O contrato deverá identificar precisamente as partes contratantes, o seu conteúdo e os documentos que demonstrem o acatamento das exigências legais.

A publicação do extrato do contrato na imprensa oficial é condição de eficácia da avença, devendo ser providenciada pela Administração no prazo de vinte dias contados do quinto dia útil do mês seguinte ao da assinatura. A publicação é condição para o contrato produzir efeitos, decorrendo daí, implicitamente, a proibição de o contrato prever efeitos financeiros retroativos a período anterior à sua lavratura.

Por derradeiro, o citado parágrafo único do art. 61 da Lei de Licitações excepciona a obrigatoriedade de publicação resumida dos contratos decorrentes do art. 26 (situações de dispensa e inexigibilidade de licitação). De fato, as contratações diretas por dispensa ou inexigibilidade de licitação dependem de prévia ratificação e publicação na imprensa oficial. Destarte,

não se justifica a exigência de duas publicações (uma do ato autorizativo da contratação direta e outra do extrato do contrato).

### **Pareceres da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**

[...] Apenas com o fito de esclarecer, adoto o entendimento de que a publicação do art. 61, parágrafo único, é despicienda nos casos de contratação direta, com dispensa ou inexigibilidade de licitação. Creio que essa publicação é necessária em face daquela exigida pelo art. 26, “caput”, da lei nº 8.666/93, e cujo comprovante encontra-se na fl. 98.

(PGE-RS, Parecer nº [12.867](#), de 16/11/2000).

### **Informações da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**

[...] A cláusula décima desobedece ao determinado no parágrafo único do art. 61 da Lei de Licitações: a eficácia do contrato só pode se dar após a publicação de seu extrato no Diário Oficial do Estado.

(PGE-RS, Informação nº [090/05/PDPE](#)).

### **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**

Contrato. Execução reconhecida. Ausência de publicação.

1. Reconhecido nas instâncias ordinárias que o contrato estava em execução, o que não foi combatido no especial, não se pode dar guarida ao fundamento da falta de publicação resumida do instrumento para afastar o cumprimento das obrigações da parte que se beneficiou.

2. Recurso especial não conhecido.

(STJ, REsp. 692528/RJ, Terceira Turma, j. 17/04/2007).

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

**§ 1º A minuta do futuro contrato integrará sempre o edital ou ato convocatório da licitação.**

**§ 2º Em “carta contrato”, “nota de empenho de despesa”, “autorização de compra”, “ordem de execução de serviço” ou**

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

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

**II - aos contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público. § 4º É dispensável o “termo de contrato” e facultada a substituição prevista neste artigo, a critério da Administração e independentemente de seu valor, nos casos de compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica.**

O termo de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e tomada de preços, assim como nos de dispensa e inexigibilidade, cujos valores estejam compreendidos nos limites dessas duas modalidades. Nas outras hipóteses, o termo de contrato é facultativo, podendo ser substituído por outros instrumentos hábeis (§ 2º do citado art. 62), tais como:

- a) carta-contrato;
- b) nota de empenho de despesa;

- c) autorização de compra;
- d) ordem de execução de serviço;
- e) outros instrumentos hábeis.

O termo de contrato é facultativo, independentemente do valor, para compra com entrega imediata (assim entendida aquela efetuada até 30 dias da data prevista para apresentação da proposta, na dicção do art. 40, § 4º) e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica.

O mencionado artigo tem correlação com o art. 32, § 1º, o qual faculta a dispensa da documentação de habilitação para compra de bens de pronta entrega. Tais dispositivos primam pela agilidade e eficácia na aquisição de referidos bens.

### **Pareceres da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**

[...] A Lei 8.666/93 trata dos contratos cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado, entre os quais encontra-se a locação em que o Poder Público figure como locatário, no artigo 62, parágrafo 3º, inciso I, que tem a seguinte redação. (PGE-RS, Parecer nº [13.547](#), de 10/02/2003).

[...] Ademais, convém salientar que a Administração deve atuar sempre vinculada ao atendimento de uma finalidade pública, e,

como corolário lógico desta vinculação, surge a necessidade de publicização dos atos praticados, de modo a possibilitar a incidência de um controle finalístico da atividade pública conferida, ocorrendo a necessidade do aditamento contratual para a 'renovação' do contrato de locação do imóvel.

Em relação à prorrogação do contrato, haverá a obrigatoriedade de que seu prazo seja determinado, haja vista que para a Administração é vedado o contrato com prazo de vigência indeterminado.

(PGE-RS, Parecer nº [14.239](#), de 03/05/2005).

### **Informações da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**

[...] Entende-se, desta forma, ter sido o contrato de locação do imóvel em estudo extinto em 12 de fevereiro de 2009, não tendo sido prorrogado por prazo indeterminado.

(PGE-RS, Informação nº [055/10/PDPE](#), de 22/04/2010).

[...] Diante do exposto, conclui-se não ser viável juridicamente a assinatura do 1º Termo Aditivo ao Contrato de Locação de Imóvel nº 002/2008, uma vez que este já se encontra extinto pelo decurso do prazo estabelecido para sua vigência. Assim, caso haja interes-

se na permanência no mesmo imóvel antes locado, é necessário proceduralizar-se um novo contrato, com nova dispensa de licitação. Ademais, o novo contrato não poderá retroagir para abranger período anterior à sua vigência.

(PGE-RS, Informação nº [128/11/PDPE](#), de 25/02/2008).

**Art. 63. É permitido a qualquer licitante o conhecimento dos termos do contrato e do respectivo processo licitatório e, a qualquer interessado, a obtenção de cópia autenticada, mediante o pagamento dos emolumentos devidos.**

A regra decorre do princípio da publicidade da licitação e do contrato administrativo, franqueando acesso a terceiros e licitantes aos documentos do certame. Para o cidadão exercer seu direito ao controle democrático da Administração, o Estado deve assegurar-lhe o direito fundamental de acesso à informação (art. 5º, incisos XXXIII e XXXIV, “b”, art. 37, § 3º, inciso II, todos da Constituição Federal).

Recentemente, foi publicada a Lei federal nº 12.527/11, que regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal, destacando-se alguns artigos pertinentes que reforçam o acesso aos documentos públicos:

**Art. 3º** Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes:

*I - observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção; (...).*

**Art. 5º** É dever do Estado garantir o direito de acesso à informação, que será franqueada, mediante procedimentos objetivos e ágeis, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão.

**Art. 7º** O acesso à informação de que trata esta Lei compreende, entre outros, os direitos de obter:

(...)

*VI - informação pertinente à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação, contratos administrativos; e*

**Art. 8º** É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas.

**§ 1º Na divulgação das informações a que se refere o caput, deverão constar, no mínimo:**

(...)

***IV - informações concernentes a procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos editais e resultados, bem como a todos os contratos celebrados;***

(...)

**§ 2º Para cumprimento do disposto no caput, os órgãos e entidades públicas deverão utilizar todos os meios e instrumentos legítimos de que dispuserem, sendo obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores (internet). (Grifou-se).**

## **Pareceres da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**

[...] Pode-se dizer que a publicidade, além de estar assegurada a todos os licitantes, como condição de acessibilidade ao certame, configura-se como direito público subjetivo de todo cidadão (art. 4º, 'caput', e 63, da Lei nº 8.666/93). Não é demasiado afirmar-se que a publicidade é indispensável ao controle dos atos administrativos. Acredita-se, também, que sua fiel observância seja garantia à correção e regularidade dos atos administrati-

vos, crença essa que parte do pressuposto que ‘as pessoas tanto mais se preocuparão em seguir a lei e a moral quanto maior for a possibilidade de fiscalização de sua conduta’. (PGE-RS, Parecer nº [12.713](#), de 29/03/2000).

### **Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**

PROCESSO CIVIL. ACAO CAUTELAR DE EXIBICAO DE DOCUMENTOS. LICITACAO. HONORARIOS. 1. NAO TENDO O ENTE PUBLICO FRANQUEADO A PARTICIPANTE DE LICITACAO O ACESSO AO PROCESSO PARA QUE PUDESSE EXTRAIR COPIAS, CONFORME PREVE O ART. 63 DA LEI 8666/93, PROCEDE A ACAO CAUTELAR DE EXIBICAO. 2. OS HONORARIOS NAS ACOES EM QUE RESTA VENCIDA A FAZENDA PUBLICA DEVEM SER FIXADOS CONSOANTE APRECIACAO EQUITATIVA DO JUIZ. HIPOTESE EM QUE O ARBITRAMENTO EM 06 URHS AFIGURA-SE EXCESSIVO. RECURSO PROVIDO EM PARTE. SENTENCA CONFIRMADA, QUANTO AO MAIS, EM REEXAME.

(TJ-RS, Apelação e Reexame Necessário Nº 70002979342, Segunda Câmara Cível, j. 12/09/2001).

**Art. 64. A Administração convocará regularmente o interessado para assinar o termo de contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo e condições estabelecidos, sob pena de decair o direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no art. 81 desta Lei.**

**§ 1º O prazo de convocação poderá ser prorrogado uma vez, por igual período, quando solicitado pela parte durante o seu transcurso e desde que ocorra motivo justificado aceito pela Administração.**

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

**§ 3º Decorridos 60 (sessenta) dias da data da entrega das propostas, sem convocação para a contratação, ficam os licitantes liberados dos compromissos assumidos.**

Encerrado o procedimento licitatório, a Administração tem a faculdade de convocar o vencedor para firmar o contrato.

Caso decida pela contratação, a convocação do vencedor deverá atentar para a forma e para as condições estabelecidas no instrumento convocatório (art. 40, inciso II), bem como deverá advertir o vencedor sobre as consequências geradas por eventual recusa de sua parte (decaimento do direito à contratação, cominação das sanções previstas no art. 81 da Lei de Licitações, indenização à Administração dos prejuízos derivados de sua ilicitude).

O particular poderá requerer a prorrogação do prazo uma vez, por igual período, conforme autoriza o § 1º do transcrito art. 64, desde que haja motivo justificado para tanto, submetido à análise da Administração.

Na hipótese de o adjudicatário não assinar o contrato (§ 2º do mesmo artigo), a Administração pode convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para encetar o contrato, nas mesmas condições da proposta formulada pelo primeiro classificado. Os terceiros não têm obrigação de aceitar a contratação, razão pela qual sua recusa não ocasiona qualquer espécie de punição (art. 81, parágrafo único).

O § 3º do referido art. 64 estatui o prazo de sessenta dias para a validade das propostas, ou seja, se a Administração não convocar os interessados para a contratação até o decurso desse prazo, estes ficarão liberados. A doutrina e jurisprudência convergem no sentido de que a matéria regulada no § 3º do art. 64 atine a interesse privado, motivo pelo qual o edital pode explicitar prazo diferenciado.

**Jurisprudência do Superior Tribunal  
de Justiça**

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PRAZO DE VALIDADE DAS PROPOSTAS. LEI 8.666/93, ART. 64, § 3º. NORMA SUPLETIVA.

1. Mandado de segurança impetrado com a finalidade de anular multa imposta em procedimento licitatório realizado pelo TJSP, em virtude da recusa da licitante vencedora em assinar o contrato, sob a alegação de que expirou-se o prazo da proposta em razão de recurso interposto.

2. No que pertine ao prazo de validade das propostas, a Lei 8.666/93 dispõe em seu art. 64 que: “§ 3º Decorridos 60 (sessenta) dias da data da entrega das propostas, sem convocação para a contratação, ficam os licitantes liberados dos compromissos assumidos.”

3. A regra do § 3º do art. 64 tem caráter supletivo, devendo ser aplicada apenas na hipótese de o instrumento convocatório não dispor de modo diverso.

4. Hipótese em que o edital previu a suspensão do prazo de validade da proposta pela interposição de recurso administrativo, o que acarretou o recebimento pela licitante da convocação para assinar o termo de contato de forma tempestiva. Assim, vinculada a empresa licitante à proposta ofertada, na forma do disposto no instrumento convocatório, afigura-se legítima a imposição da multa prevista no edital pela recusa da adjudicatária em assinar o contrato.

5. Deveras, o princípio da vinculação ao edital, que norteia todo o procedimento licitatório, incide tanto para a Administração quanto para os licitantes.

6. In casu, o edital previa no seu item 6.8: “O prazo de validade da proposta não poderá ser inferior a 60 (sessenta) dias, contados da data de abertura do envelope nº 2, suspendendo-se este prazo na hipótese de interposição de recurso administrativo ou judicial.”

7. Em conseqüência, o Grupo Técnico de Licitações e Contratos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo concluiu: “A data aprazada para a abertura do envelope nº 2 estava prevista para 31/08/00, iniciando-se a contagem do prazo de validade no primeiro dia útil subsequente, ou seja, 1º/09/00. No dia 28/09/00 publicou-se a interposição de recurso e, via de conseqüência, suspendendo-se o prazo de validade nesta data. Decidido o recurso e adjudicado os itens às respectivas licitantes em 14/11/00, retoma-se a contagem no dia útil subsequente, começando novamente no dia 16/11/00. Então, do dia 1º/09/00 até o dia 27/09/00, decorreram-se 27 dias e, reiniciando-se a contagem em 16/11/00 até o 60º (sexagésimo) dia de validade da proposta, chegar-se-á no dia 18/12/00”

8. Nada obstante, em razão do recurso interposto, a impetrante insistiu na expiração do

prazo de validade da proposta e admitiu expressamente a hipótese de dar cumprimento à obrigação, desde que houvesse o reajuste do preço, decorrente da variação no período, provocando o desequilíbrio financeiro entre os contratantes e requerendo pesquisa de mercado para apuração dessa alteração, no que foi atendida.

9. Deveras, esse reajuste foi concedido e aceito pelo Tribunal, mas a impetrante, voltando atrás, optou por retomar, pura e simplesmente, a alegação de que o prazo estava superado e, por isso, desobrigada de satisfazer a obrigação.

10. Desta sorte, bem concluiu o aresto recorrido ao assentar que: “Descumprida a obrigação, apesar de atendida a pretensão ao reajuste, assegurado o mínimo de doze por cento proposto pela interessada, outra não poderia ser a decisão administrativa, impondo a multa prevista em lei, no mínimo de vinte por cento, da qual a impetrante recorreu, sem sucesso, de tal sorte que inexistente qualquer vício ou ilegalidade nos atos praticados, impossível afastar a decisão administrativa, respaldada em lei, o que aconselha a denegação da ordem.”

11. Recurso ordinário a que se nega provimento.

(STJ, RMS 15378/SP, Primeira Turma, j. 22/02/2005).

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. CONTRATO NÃO ASSINADO. CADUCIDADE. 1. O contrato administrativo decorrente de licitação deve obedecer às regras fixadas durante o procedimento instaurado para ser apurado se o particular tem as condições exigidas pela Administração para assumir a obrigação pretendida.

2. Se a licitante vencedora alterou sua denominação e composição social, sem que tal estivesse previsto no procedimento licitatório, bem como substituiu o responsável técnico depois de homologado o certame, não tem direito líquido e certo a firmar o contrato respectivo.

3. Preclusão do prazo para demonstrar a regularização da habilitação jurídica. Fato, também, a influir na caracterização da inexistência de direito líquido e certo.

4. Recurso ordinário improvido.

(STJ, RMS 13723/RS, Primeira Turma, j. 05/02/2002).

### **Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. ARGUIÇÃO DE NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. SANÇÃO ADMINISTRATIVA

POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO. PROCESSUAL CÍVEL. PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA QUE VISA À SUSPENSÃO DOS EFEITOS DA PENALIDADE. AUSÊNCIA DE PROVA DA URGÊNCIA DO PROVIMENTO PRETENDIDO E DE CERTEZA DO DIREITO ALEGADO. ART. 64, § 3º, DA LEI Nº 8.666/93 - VALIDADE DA PROPOSTA - QUE NÃO ENCONTRA APLICAÇÃO DEPOIS DE FIRMADO O CONTRATO PÚBLICO DECORRENTE DO PROCESSO LICITATÓRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO.

(TJ-RS, Agravo de Instrumento nº 70034408583, Segunda Câmara Cível, j. 14/04/2010).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. AÇÃO ANULATÓRIA. MEDIDA ANTECIPATÓRIA DOS EFEITOS DA TUTELA REVOGADA. PRORROGAÇÃO DE PRAZO PARA EMPRESA VENCEDORA DE CERTAME FIRMAR CONTRATO COM A LICITANTE. FUNDAÇÃO ZOOBOTANICA DO RIO GRANDE DO SUL. NÃO VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 64, §1º, DA LEI DE LICITAÇÕES. RECURSO PROVIDO.

(TJ-RS, Agravo de Instrumento Nº 70027580265, Primeira Câmara Cível, j. 27/05/2009).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICITAÇÃO. LICITANTE VENCEDOR. RECUSA EM ASSINAR O CONTRATO. IMPOSIÇÃO DE SANÇÕES. PRAZO PARA A LIBERAÇÃO DOS COMPROMISSOS ASSUMIDOS. INCIDÊNCIA DO ART. 64 DA LEI 8.666/93. NEGATIVA DE SEGUIMENTO POR MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA.

(TJ-RS, Agravo de Instrumento nº 70019666668, Primeira Câmara Cível, j. 11/05/2007).

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL. LICITANTE VENCEDOR. RECUSA INJUSTIFICADA A ASSINATURA DO CONTRATO. LIBERAÇÃO. PRAZO. TERMO INICIAL. DATA DA ENTREGA DA PROPOSTA A responsabilidade pré-contratual do licitante vencedor que, de forma injustificada se recusa a assinar o contrato administrativo, dentro do prazo estabelecido pela Administração Pública, extingue-se depois de decorrido o prazo de sessenta dias a contar da entrega da proposta. Art. 63, § 3º, da Lei nº 8.666/93. Recurso provido.

(TJ-RS, Apelação Cível Nº 70008545659, Vigésima Segunda Câmara Cível, j. 18/05/2004).

## **Capítulo 9**

### **ALTERAÇÃO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

**Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:**

**I - unilateralmente pela Administração:**

**a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;**

**b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;**

**II - por acordo das partes:**

**a) quando conveniente a substituição da garantia de execução;**

**b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;**

**c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao crono-**

grama financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

§ 2º Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo:

I - (VETADO)

**II - as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes.**

**§ 3º** Se no contrato não houverem sido contemplados preços unitários para obras ou serviços, esses serão fixados mediante acordo entre as partes, respeitados os limites estabelecidos no § 1º deste artigo.

**§ 4º** No caso de supressão de obras, bens ou serviços, se o contratado já houver adquirido os materiais e 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.

**§ 5º** Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.

**§ 6º** Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.

§ 7º (VETADO)

§ 8º A variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato, as atualizações, com- pensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido, não ca- racterizam alteração do mesmo, podendo ser registrados por simples apostila, dis- pensando a celebração de aditamento.

Alteração de contratos administrativos é tema sobremo- do palpitante na Administração Pública, tendo em conta o ex- pressivo contingente de avenças que se protraem no tempo. Tanto os casos de **alteração unilateral** como os de **alteração consensual** refletem uma necessidade de atendimento ao in- teresse público. Em qualquer deles, a lei é clara no sentido de que a alteração terá de ser motivada pelo administrador (veja *caput* do art. 65 da Lei nº 8.666/93: “Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas **justificati- vas...**” - grifou-se).

A alteração autorizada pela norma diz respeito aos con- tratos *em execução*, vale dizer, não se cogita de sua incidência nem antes (durante o certame licitatório), por óbvio, nem após a expiração do contrato (não se altera contrato extinto). É comum ver, na Administração, a invocação dessa regra em momento

temporal totalmente distinto daquele em que tem cabimento. Isso não significa, entretanto, que não se reconheça repercussão econômico-financeira já ocorrida, só depois de findo o pacto.

Especial grandeza tem a **intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro do contrato**. Independentemente do fundamento pelo qual se concretize a alteração, não é admissível, a qualquer título, que se desrespeite a equação econômico-financeira do ajuste. A lei é categórica nesse sentido, como atesta a alínea “d” do inciso II do referido art. 65.

Assaz relevante, por igual, é que o objeto do contrato não pode ser radicalmente transmutado pela alteração que se lhe introduzir (por isso que o art. 65 fixa limites percentuais para esse fim). O que se quer é modificar o ajuste para adequá-lo em face de circunstâncias então imprevisíveis. A lei não autoriza que se transfigure, que se mutile o contrato: se este for o objetivo, necessários serão outra licitação e outro contrato, com extinção daquele que não mais atende aos fins a que visara.

O primeiro caso prefigurado na lei, no plano da **alteração unilateral**, é a “modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos”. O que se quer é atingir o mesmo objetivo ao início almejado, porém lançando mão de técnica que melhor atenda ao escopo do contrato (sem a modificação, o resultado seria distinto ou aquém daquele buscado pelos contraentes).

Em um contrato de longa execução, é compreensível que sobrevenham inovações (no campo da tecnologia da informação, por exemplo) de sorte a recomendar uma mutação

do objeto originalmente idealizado pelo contratante. De igual modo, existindo situação superveniente que impacte a execução do contrato, até então desconhecida, também há todo cabimento à alteração da avença. Essas são as denominadas “**modificações qualitativas**” do objeto do contrato.

O outro caso de alteração unilateral é a “modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei”. Diversamente, tem-se, aqui, o que se conhece por **modificações quantitativas** do objeto do contrato.

Nessa hipótese, a lei fornece balizas rígidas para que se opere a alteração contratual, sendo fixados em até 25% do valor atualizado do contrato os acréscimos ou as supressões, em obras, serviços ou compras, e em até 50% os acréscimos em reforma de edifício ou equipamento, nos termos do que preceitua o **§ 1º do mencionado art. 65**.

A **alteração consensual**, de outra banda, não determinada pela Administração, como antes, mas objeto de composição, dar-se-á em quatro casos:

“a) quando conveniente a substituição da garantia de execução” - É situação que não oferece maior dificuldade, podendo o contratado ordinariamente promovê-la (dentre as opções inscritas no § 1º do art. 56 da Lei de Licitações), desde que assegurada a integridade da garantia.

“b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos

contratuais originários” - Tal importa em modificação mais profunda, pois diz respeito à necessidade de alterar o regime de execução ou fornecimento em face da constatação técnica de que não se aplica o que preconizara o contrato. Lembre-se que os regimes de execução indireta são os dispostos no art. 10, inciso II, da Lei de Licitações: empreitada por preço global, empreitada por preço unitário, tarefa e empreitada integral.

“c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem acorrespondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço” - As formas de pagamento podem ser, por exemplo, por fases do projeto, por etapas de medição do objeto, ao final da totalidade do adimplemento da prestação. O essencial é que a alteração da forma de pagamento ocorra por força de causa superveniente, como ordena a lei. Tal alteração deve dimanar de um fato consistente o bastante para motivá-la à vista dos moldes antes acordados. Condição, ademais, é que se preserve o valor originário atualizado do contrato.

“d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do

ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual” - O equilíbrio econômico-financeiro do contrato se estabelece, se cristaliza no momento da apresentação da proposta. A lei elenca situações em que a equação econômico-financeira do contrato pode se romper. Assim, a superveniência de fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém, de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, a força maior, o caso fortuito e o fato do príncipe devem ser de tal monta que transtornem a própria estrutura do contrato. Em síntese, não se trata de álea ordinária, mas de evento extracontratual e extraordinário que abale o convencionado pelos contraentes.

Os meios de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato dependerão do tipo de alteração verificada:

- A revisão ou recomposição de preços se dá quando ocorre modificação excepcional dos preços do ajuste, sem que nada tenha com a inflação. É o caso, por exemplo, das denominadas “interferências imprevistas” (descoberta de um maciço rochoso na base de uma edificação pública), acarretando variação significativa no valor final da prestação. Requer termo aditivo.

- O reajuste de preços, por sua vez, deflui diretamente da inflação verificada em dado período, sendo apurada por índices setoriais. Não reclama termo aditivo, mas tão somente apostilamento.

- Já a atualização financeira, diversamente, tem lugar

quando as alterações do contrato resultarem de índices gerais de inflação. Também não exige termo aditivo.

A dicção do **§ 1º do citado art. 65** (“O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras...” ) já mostra que essa regra tem incidência apenas para alterações que se deem de forma unilateral.

Questionamento que sempre provoca debate concerne à possibilidade ou não de alterar contrato se o percentual de acréscimo aplicado resulte por extravasar o limite da modalidade pela qual se deu a licitação. Em outras palavras, sendo a licitação na modalidade de tomada de preços, poderia haver acréscimo de valor que exigisse a modalidade de concorrência para licitar o contrato que se está a alterar? Definitivamente não. A passagem para faixa de valor que reclamaria outra modalidade de licitação, em virtude do acréscimo de percentual previsto no § 1º do art. 65, seria ilegal. Trata-se de burla ao sistema, máxime se verificada a intenção do administrador em realizar tomada de preços com reduzido universo de competidores, para, depois, aditá-lo em 25% e lhe dar a feição que inicialmente deveria ter. Isso é vedado e acarreta responsabilização da autoridade administrativa que lhe deu causa.

Os acréscimos ou supressões não devem exceder os limites do § 1º, como ordena o **§ 2º do art. 65**. É preciso, contudo, discriminar as alterações das alíneas “a” e “b” do **inciso I do art. 65**. Enquanto, na alínea “b”, aqueles limites são obrigatórios (porque se trata de alteração quantitativa do contrato),

na alínea “a”, os tribunais e a doutrina sustentam a possibilidade de ultrapassar esses mesmos limites (inexistindo a melhor adequação técnica, o contrato poderia ficar inservível para a Administração). Igual raciocínio se plasma quanto à alínea “d” do **inciso II do art. 65**, no caso da recomposição de preços (veja exame anterior), hipótese em que pode ocorrer oneração imprevisível da prestação.

Além disso, as supressões acordadas entre os contratantes, nos termos do **inciso II do § 2º do art. 65**, podem ultrapassar os limites do § 1º. Recomenda-se toda cautela na aplicação da regra, a bem de manter a viabilidade da execução do que fora ajustado.

Existe margem de acordo para que os contratantes fixem preços unitários para obras ou serviços, se não o fizeram, guardados os limites do § 1º, conforme dispõe o **§ 3º do art. 65**. Nesse caso, os preços unitários devem ser estabelecidos pelos contratantes tomando-se o valor atualizado do contrato.

Segundo o contido no **§ 4º do art. 65**, de outra banda, se ocorrer redução do acordado e o contratado já houver adquirido materiais para a totalidade da prestação inicialmente ajustada, será de rigor que a Administração pague integralmente o que foi desembolsado para honrar a prestação original. Para tanto, é imprescindível que esses materiais já se encontrem no local dos trabalhos (evidenciando que são para aquele específico contrato, e não para diferente ajuste). Existentes outros danos resultantes da supressão, eles deverão ser também indenizados. Em suma, a Administração não pode locupletar-se à cus-

ta do particular. Se houver despesas realizadas por este, que àquela aproveite, o pagamento é devido.

A regra do **§ 5º do art. 65** colima, no mesmo sentido, a manutenção das contraprestações originárias do contrato. O surgimento de tributos ou encargos legais que repercuta na sua execução não pode abalá-lo de tal forma que desfigure as prestações avençadas. O denominado “fato do príncipe” impõe a reconstituição da feição primeva do contrato. Daí não ser exigível que o contratado suporte ônus que advenham de incremento de impostos, por exemplo, não existentes quando da apresentação da proposta.

Crucial, para a Administração, será o **exame minudente dos demonstrativos detalhados** da majoração acarretada pela novel oneração. Dita comprovação formal e exaustiva é **condição de existência e validade da alteração contratual**.

O **§ 6º do art. 65** prevê que o reequilíbrio econômico-financeiro será obtido por meio de aditamento contratual. Distintamente, de acordo com o **§ 8º**, mera variação do valor contratual decorrente do reajuste de preços estipulado no contrato, bem como atualizações, compensações ou penalizações financeiras resultantes das condições de pagamento previstas, além de empenho de dotações orçamentárias suplementares, até o limite do seu valor corrigido, não caracterizam a alteração de que trata o art. 65. Nesses casos, não se dá rompimento do equilíbrio econômico-financeiro. O mero reajuste, por exemplo, consubstancia variação do valor contratual que objetiva acompanhar os índices inflacionários. Nada se modifica na substân-

cia ou na quantidade da prestação, mas, exclusivamente, mantém-se a obrigação tal qual fora estipulada. Nessas hipóteses, não se faz necessário um termo aditivo para rever os termos do contrato. A lei prevê que tal se dê por simples apostila.

### **Pareceres da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**

Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem - DAER. Revisão de contrato. O equilíbrio econômico-financeiro de contrato administrativo significa a relação (de fato) existente entre o conjunto dos encargos impostos ao particular e a remuneração correspondente, constituindo uma revisão contratual, objetivando, dentre outros motivos, que o particular possa cumprir a execução do ajuste negocial até o seu término. O prejuízo tolerável, embora inesperado, não configura hipótese para a ocorrência da revisão de contrato, nem tampouco aqueles fatos que pudessem razoavelmente ser previstos.

(PGE-RS, Parecer nº [14.744](#), de 01/10/2007).

Alteração de contrato firmado entre a Companhia Estadual de Energia Elétrica - CEEE e o SENERGISUL, após regular procedimento licitatório, na modalidade de pregão. Ausência de demonstração de que a situação fática

possa ser enquadrada em uma das hipóteses do art. 65 da Lei nº 8.666/93, especialmente em razão de não haver necessidade de substituição das especificações técnicas originalmente previstas e incorporadas ao objeto contratual. As modificações contratuais, de regra, devem observar os limites previstos no § 1º do aludido art. 65, os quais somente poderão ser superados, excepcionalmente, em caso de alteração qualitativa do objeto contratual, nos termos da orientação firmada pelo Tribunal de Contas da União e seguida pela doutrina especializada (decisão nº 215/99). Não configuração de fatos que possam embasar, nos termos dos arts. 78 e 79 da Lei nº 8.666/93, a rescisão do contrato firmado, ainda que de modo amigável, em face da inexistência de razões a motivar eventual opção. Situação que aconselha a manutenção da avença e o prosseguimento da execução contratual.

(PGE-RS, Parecer nº [14.117](#), de 19/11/2004).

Contrato Administrativo. Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN. Vulnerado o equilíbrio econômico-financeiro do pacto face à superveniência de gravame que não restou computado quando da apresentação das propostas em virtude de orientação da própria Autarquia. Necessário, portanto,

o ressarcimento dos valores à empresa buscando a recomposição da equação obrigacional convencionada pelas partes.

(PGE-RS, Parecer nº [14.103](#), de 09/11/2004).

Contrato Administrativo. Ocorrência de aumentos imprevisíveis em serviços objeto do Contrato. Paralisação da obra em razão de falta de pagamento. Possibilidade de proceder-se à revisão contratual para restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro ou à rescisão do contrato.

(PGE-RS, Parecer nº [14.000](#), de 16/07/2004).

Contrato de prestação de serviços. Locação. Procuradoria-Geral do Estado. Alteração unilateral do contrato pela Administração. Limites quantitativos para supressões e acréscimos. Artigo 65 da Lei de Licitações.

(PGE-RS, Parecer nº [13.378](#), de 26/08/2002).

Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem - DAER. Contratos Administrativos. Majoração da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS. Alteração de exação de ordem genérica que não repercute de modo direto na composição de preços contratualmente ajustados. Impossibilidade de recomposição de preços sob alegação de desequilíbrio econômico-financeiro de

pactos formalizados com o DAER.  
(PGE-RS, Parecer nº [13.007](#), de 19/03/2001).

### **Informações da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**

Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem – DAER. Programa Emergencial para Recuperação de Rodovias Estaduais Pavimentadas. Prestação dos serviços de conservação, sinalização horizontal, recuperação de pistas e outros. Contrato extinto. Desaparecimento de pressuposto fático-jurídico para prorrogação. Inexistência da relação contratual. Exame de acréscimo de 24,21% do valor inicial do contrato.

(PGE-RS, Informação nº [067/11/PDPE](#), de 18/07/2011).

Estado do Rio Grande do Sul. Secretaria da Saúde. Fundação para o Desenvolvimento dos Recursos Humanos - FDRH. Contrato de prestação de serviços técnicos especializados de planejamento e execução de concursos públicos. Número de candidatos inscritos superior ao contratualmente previsto. Alteração da avença. Reequilíbrio econômico-financeiro.

(PGE-RS, Informação nº [111/07/PDPE](#), 24/08/2009).

Estado do Rio Grande do Sul. Secretaria da Segurança Pública. Contrato administrativo. Elevação de alíquota de contribuição ao seguro acidente de trabalho. Repercussão no custo da empresa. Direito ao reequilíbrio econômico-financeiro.

(PGE-RS, Informação [nº 051/09/PDPE](#), de 09/04/2009).

Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem – DAER. Instauração de procedimento licitatório para construção de ponte. Alteração de contrato anterior, com supressão do referido objeto. Exame de legalidade.

(PGE-RS, Informação nº [062/06/PDPE](#), de 26/05/2006).

### **Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**

Direito Tributário. Ação de Ressarcimento de Tributo. Contrato para execução de serviço de manutenção de rodovia. ISS retido indevidamente. Dever de ressarcimento. Restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro inicial do Contrato, *ex vi* Art. 65, Inciso II, alínea “d”, da Lei 8.666/93. Apelação Desprovida.

(TJ-RS, Apelação Cível Nº 70032882342, Vigésima Segunda Câmara Cível, j. em 15/12/2011).

Contrato administrativo. Restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro. Ausência de prova dos requisitos necessários. A manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, com o estabelecimento da justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento somente é possível, comprovados fatos imprevisíveis ou de incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução (art. 65, II, letra `d da Lei n. 8.666/93). A demora entre o oferecimento da proposta e a assinatura do contrato não é fato capaz de provocar a modificação da equação econômica do contrato, principalmente porque há no contrato previsão de reajustamento. Embargos de declaração rejeitados, por maioria. Averbação de protelatórios.

(TJ-RS, Embargos de Declaração Nº 70045883139, Vigésima Primeira Câmara Cível, j. em 30/11/2011).

Ação Civil Pública. Liminar. Serviço de transporte coletivo municipal. Gratuidade. Idosos. O serviço de transporte coletivo rodoviário se realiza através de empresas, mediante contratos de concessão firmados com o Poder Público, cujo cumprimento depende sempre da manutenção do equilíbrio econômico financeiro, de conformidade com o art. 65, inciso II, letra `b', da Lei n. 8.666/1993. Quaisquer

tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão na revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso (art. 65, § 5º, da Lei das Licitações). Nos casos das pessoas compreendidas na faixa etária entre os 60 e 65 anos, ficará a critério da legislação local dispor sobre as condições para o exercício da gratuidade nos meios de transportes (art. 39, § 3º, da Lei n. 10.741/2003). Sendo assim, a gratuidade dos serviços de transporte coletivo aos idosos no Município de Vião depende de lei local para sua execução. Ausência dos requisitos para a concessão de liminar, determinando a gratuidade do serviço. Agravo desprovido.

(TJ-RS, Agravo de Instrumento nº 70035964725, Vigésima Primeira Câmara Cível, j. 17/11/2010).

Ação de Cobrança. Restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro. Ausência de prova dos requisitos necessários. A manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, com o estabelecimento da justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento somente é possível, compro-

vados fatos imprevisíveis ou de incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução (art. 65, II, letra d da Lei n. 8.666/93). A demora entre o oferecimento da proposta e a assinatura do contrato não é fato capaz de provocar a modificação da equação econômica do contato, principalmente porque há no contrato previsão de reajustamento. Embargos rejeitados.

(TJ-RS, Embargos de Declaração Nº 70044507689, Vigésima Primeira Câmara Cível, j. 05/10/2011).

Contrato de Empreitada. Contratação posterior à vigência da Lei que majorou o tributo. A criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos, supervenientes à proposta, se comprovada a repercussão no preço contratado, implicará revisão deste para mais ou para menos, conforme o caso, regra textual do art. 65, parágrafo 5º da Lei 8.666/93. Inocorrência de alteração superveniente. Apelo desprovido.

(TJ-RS, Apelação Cível nº 70035353986, Vigésima Primeira Câmara Cível, j. 29/09/2010).

Contrato Administrativo. Realização de Concurso Público. Necessidade de Readequação do Equilíbrio Econômico-Financeiro. Aditamento Contratual. Suposta ilegalidade que não interfere no direito ao Recebimento pelo

serviço prestado. Apelo desprovido. Multa Aplicada.

(TJ-RS, Apelação Cível nº 70018860585, Segunda Câmara Cível, j. 22/08/2007).

Contrato administrativo. Transporte coletivo intermunicipal de passageiros. Resolução nº 4.326/05 do Conselho de Tráfego do DAER. Nulidade. Alterações sobremaneira relevantes no Contrato que exigem nova licitação. Desobediência ao limite previsto no § 1º do artigo 65 da Lei de Licitações. Nulidade da Resolução n. 4.326/05. Descumprimento, ainda, do *caput* do artigo 65 da Lei n. 8.666/93 e do princípio Constitucional da motivação dos atos administrativos. Recurso desprovido. Revogada a liminar anteriormente deferida.

(TJ-RS, Agravo de Instrumento nº 70013632062, Segunda Câmara Cível, j. 22/11/2006).

### **Acórdãos do Tribunal de Contas da União**

Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN. Observe o disposto no art. 65, *caput*, da Lei 8.666/1993 quando da alteração de contratos regidos pela referida lei, cuidando para que as alterações, caso necessárias, sejam devidamente justificadas no

processo, conforme alude o dispositivo.  
(TCU, Acórdão 3909/2008, Segunda Câmara, j.30/09/2008).

Ministério das Relações Exteriores. Faça constar dos processos de licitações e contratos orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os custos unitários, inclusive das propostas eventualmente formuladas com o objetivo de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro, exigindo, ainda, dos contratados para prestação de serviços, demonstrativos que detalhem seus preços e custos.

(TCU, Acórdão 1337/2008, Pleno, j. 09/07/2008).

Serviço Social do Comércio no Estado do Acre - SESC/AC. Atente, na fase de execução do contrato derivado da Concorrência 6/2007, para a possibilidade de alterações contratuais consistentes na mudança de quantitativos dos serviços que, pelos seus preços, impliquem em prejuízo para a administração pública, rompendo o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o que, na impossibilidade de ser restaurado, deverá importar na rescisão unilateral do contrato. Estabeleça, no edital das licitações vindouras para a execução de obras, critérios de acei-

tabilidade dos preços unitários, ou controles que evitem a proposição de preços unitários inexequíveis ou excessivamente distanciados do padrão de mercado, devendo tais critérios e controles incidir sobre planilha de quantitativos de serviços única constante do edital, a ser obrigatoriamente preenchida na proposta comercial com os preços propostos pelos licitantes.

(TCU, Acórdão 354/2008, Pleno, j. 05/03/2008).

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

(TCU, Acórdão 2387/2007, Pleno, j. 14/11/2007).

Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes – DNIT. No tocante a aditamentos contratuais que importem em aumento de quantitativos de serviços ou inclusão de serviços inicialmente não previstos, observe que as referidas alterações somente poderão ser executadas após a formalização do correspondente termo aditivo, tendo em vista o disposto no art. 60, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93.

(TCU, Acórdão 1489/2004, Pleno, j. 29/09/2004).

Tribunal Regional do Trabalho - 1ª Região. Elabore projeto básico previamente à realização de aditamentos contratuais, em especial, quando implicar acréscimos quantitativos do objeto, nos termos do art. 7º, § 2º, I, da Lei nº 8.666/93 c/c art. 65, I, b, do mesmo diploma legal. (TCU, Acórdão 740/2004, Pleno, j.16/06/2004).

Indústrias Nucleares do Brasil S/A - INB. Somente utilize da faculdade contida no art. 65, parágrafo 1º, da Lei nº 8.666/93, quando os acréscimos contratuais forem decorrentes de fatos supervenientes, observando que as prorrogações dos ajustes não devem implicar na extrapolação da modalidade licitatória sob a qual realizou-se a contratação. (TCU, Decisão 955/2002, Pleno, j.31/07/2002).

## **Capítulo 10**

### **RESCISÃO CONTRATUAL E SANÇÕES ADMINISTRATIVAS**

**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;**

**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 per-**

turbação 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;

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;

XVII - a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato.

**XVIII – descumprimento do disposto no inciso V do art. 27, sem prejuízo das sanções penais cabíveis.**

**Parágrafo único. Os casos de rescisão contratual serão formalmente motivados nos autos do processo, assegurado o contraditório e a ampla defesa.**

Os motivos legais de rescisão contratual estão assim considerados no transcrito art. 78:

- rescisão cometida pelo contratado (incisos I a XI e XVIII);
- rescisão de pleno direito (inciso XII);
- rescisão decorrente de fato da Administração (incisos XIII a XVI); e
- rescisão invocável por ambas partes (inciso XVII).

A interpretação do art. 78 da Lei nº 8.666/93 merece ser norteadada pelo princípio da indisponibilidade do interesse público. Não se pode igualar todas as condutas desconformes praticadas, premissa da qual decorre a conclusão de que a rescisão não pode ser consequência automática de qualquer infração contratual. Em virtude disso, a tomada de decisão por parte do administrador deverá ser balizada pelo princípio da indisponibilidade do interesse público, primando por solução menos perniciosa. De qualquer modo, a Administração dispõe do uso de sanções administrativas ao particular pela prática de conduta irregular.

Para proceder à rescisão contratual, hipótese de exercício de competência estatal de cunho sancionatório, a Administração deverá observar o devido processo administrativo, assegurando-se ao particular ampla defesa e contraditório. Ademais, impende que seja demonstrado o vínculo existente entre a conduta e a lesão ao interesse público.

### **Pareceres da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**

[...] A contratada notificada, resumiu-se a apresentar defesa, não sanando as irregularidades, nem tampouco demonstrando intenção de fazê-lo no prazo concedido. Assim, tendo dado causa à rescisão, em razão do não cumprimento dos termos postos no contrato, tanto em relação aos equipamentos alocados, como às obras civis exigidas, a hipótese subsume-se no art. 78, I e II, do Estatuto, cabendo à Administração a iniciativa da rescisão.

(PGE-RS, Parecer nº [11.521](#), de 27/02/1997).

[...] Assim, em que pese a discordância das Assessorias Jurídicas dos órgãos envolvidos, quanto ao fundamento legal para a rescisão, situo que a hipótese está contemplada no inciso I do art. 78 da Lei nº 8.666/93, que expressa: (...) A prova técnica apresentada pela

CIENTEC é irrefutável, comprovatória da inadequação da impressão do Formulário-modelo apresentado pela Empresa vencedora com as especificações exigidas na Resolução do CONTRAN e do Edital, item 15.

(PGE-RS, Parecer nº [11.662](#), de 13/06/1997).

[...] Além do prazo para a execução da obra, a contratada descumpriu também as obrigações previstas na cláusula 13ª do contrato, relativas aos encargos trabalhistas e/ou previdenciários e/ou de medicina e segurança do trabalho, já que a obra veio a ser embargada pela DRT. A paralisação daí decorrente, por sua vez, marca e reforça o descumprimento do prazo contratual por parte da empresa. Por todas essas circunstâncias, entendemos que a Administração está legitimada a rescindir unilateralmente o contrato de que trata o expediente, conforme autorizado no art. 79, I, da Lei nº 8.666/93, com as conseqüências previstas no art. 80 do mesmo diploma legal, além das estabelecidas no próprio contrato. A rescisão deverá ser formalmente motivada nos autos do processo, assegurando-se, outrossim, o contraditório e a ampla defesa ao contratado, conforme determinado no parágrafo único do art. 78.

(PGE-RS, Parecer nº [12.642](#), de 19/11/1999).

[...] Sendo assim, entende-se que a pretensão da empresa SERONO de arguir frente ao Estado a exceção de contrato não cumprido, a fim de eximir-se de cumprir sua prestação contratual enquanto o Estado não cumprir a sua, não tem procedência, eis que não albergada pelas normas legais. Portanto, legítimo à Secretaria da Saúde exigir da empresa SERONO o cumprimento de sua prestação, consistente na entrega dos medicamentos constantes do contrato.

(PGE-RS, Parecer nº [13.998](#), de 14/07/2004).

[...] A outra alternativa possível no caso concreto é a rescisão do contrato, como pleiteado pela empresa contratada. Nesta hipótese, todavia, o objeto do contrato restaria inacabado, configurando-se a execução parcial da avença. Portanto, restariam ainda obras a serem feitas pela secretaria consulente, que necessitaria lançar mão de nova licitação para realizá-las.

Nesta hipótese, ainda, mereceriam ser bem aquilatadas pela secretaria consulente as causas que determinaram a paralisação das obras. Ao que se depreende do expediente, não são executados serviços pela contratada desde janeiro de 2003, pois a verba necessária ao pagamento do contrato não foi empenhada. Em sendo assim, incidiria na espécie

a norma do inciso XV do art. 78, combinada com a regra do parágrafo 2º do art. 79, ambas da Lei 8666/93, fazendo jus a contratada ao ressarcimento dos prejuízos regularmente comprovados, bem como à devolução da garantia; pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão; pagamento do custo da desmobilização. (...) Assim, concluindo, vislumbra-se para o caso telado duas alternativas: a revisão contratual, procedendo-se ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, ou a rescisão da avença. Necessário, para fundamentar a decisão administrativa, que tais soluções sejam devidamente analisadas e quantificadas no expediente, possibilitando ao administrador adotar a solução que melhor atenda ao interesse público, considerando-se, especialmente, o princípio da economicidade.

(PGE-RS, Parecer nº [14.000](#), de 16/07/2004).

[...] Deve-se ressaltar que a rescisão amigável do contrato administrativo não dispensa a declinação das razões pelas quais o administrador está a agir, ou seja, a rescisão deve ser conveniente, inclusive sob o aspecto econômico-financeiro, aos interesses da CEEE (arts. 78 e 79 da Lei nº 8.666/93).

(PGE-RS, Parecer nº [14.117](#), de 19/11/2004).

[...] No presente caso, não há dúvida que nada pode ser imputado à contratada: quem não deu a ordem de início dos trabalhos, devido a restrições orçamentárias, foi o Estado, apesar de o contrato ter sido legalmente celebrado. A ordem de início das obras era decorrência natural e ato lógica e legalmente subsequente à assinatura. A causa para a agora impossibilidade de prosseguimento com o avençado (se sobrevier a decisão de rescisão, pelo Administrador) é integralmente de origem estatal.

(PGE-RS, Parecer nº [14.627](#), de 21/12/2006).

### **Informações da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**

[...] Comprovada a decretação de falência da empresa contratada no decorrer da execução do contrato, conforme se observa do teor dos documentos juntados às fls. 51/55, evidencia-se que já existente nos autos um grave motivo que enseja, por si só, a possibilidade de rescisão do presente contrato por ato unilateral da Administração, em face da incidência da hipótese estabelecida no art. 78, inciso IX, da Lei nº 8.666/93;

(PGE-RS, Informação nº [036/08/PDPE](#), de 25/02/2008).

[...] Assim, a rescisão, da forma como foi efetuada no presente caso, está incorreta. Deverá o procedimento ser corrigido, de acordo com o apontado na informação precitada, possibilitando-se ao contratado que se manifeste e apresente sua defesa antes da efetivação da rescisão.

(PGE-RS, Informação nº [112/09/PDPE](#), de 20/07/2009).

### **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. RESCISÃO UNILATERAL DE CONTRATO ADMINISTRATIVO. INTERESSE PÚBLICO. CONVENIÊNCIA. ART. 78, XII DA LEI N. 8.666/93. POSSIBILIDADE. PEDIDO DE ANULAÇÃO DE CERTAME. IMPOSSÍVEL. RESSARCIMENTO DE DANOS POSSÍVEL, PORÉM NÃO PEDIDO.

1. A legislação fixa a possibilidade de que o contrato administrativo seja rescindido unilateralmente pela conveniência da administração (art. 78, caput, da Lei n. 8.666/93); no entanto, a prerrogativa deve observar estritamente as hipóteses previstas no art. 78, da Lei de Licitações e Contratos.

2. Na hipótese de rescisão por interesse público (art. 78, XII, da Lei n. 8.666/93), deve ha-

ver oportunidade de manifestação ao contratado, motivação e caracterização do interesse público, bem como a apuração de perdas e danos - se for do interesse do contratado.

3. No caso concreto, o contratado foi chamado a manifestar-se sobre o valor da contrapartida, bem como houve estudo de alternativas mais rentáveis à administração; logo, foi regular e amparada legalmente a rescisão; o respeito ao contrato - sob o pleito de *pacta sunt servanda* - não pode se dar contra o interesse público.

4. Não existe direito líquido e certo contra a realização de licitação regular para a escolha de contratado, com base no pretense direito de manutenção de contrato mais oneroso, ou menos favorável à administração; inteligência do art. 78, XII, da Lei n. 8.666/93.

5. O único direito que assistiria ao contratado seria pugnar pelo ressarcimento de eventuais perdas e danos advindos da rescisão unilateral que, todavia, não foi objeto de pedido. Recurso ordinário improvido.

(STJ, RMS 27759/SP, Segunda Turma, j. 14/09/2010).

### **Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**

APELAÇÃO CÍVEL. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. RESCISÃO UNILATERAL DO CONTRATO. INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. ART. 5º, LIV E LV, DA CF/88 E ART. 78, § ÚNICO, DA LEI Nº 8.666/93. COBRANÇA DO VALOR DEVIDO PELOS SERVIÇOS EXECUTADOS ATÉ A DATA DA PARALISAÇÃO DA OBRA. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE PROVA. ÔNUS DA AUTORA. ART. 333, INCISO I, DO CPC. I - Verificada a inconveniência do prosseguimento do contrato com a empresa ora apelante, nada obstava que o Município rescindisse unilateralmente o contrato administrativo celebrado, desde que assegurado o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. No caso, houve processo administrativo visando à rescisão do contrato, tendo sido oportunizada à ora apelante a apresentação de defesa. II - O ônus da prova constitutiva do direito cabia à parte autora, nos termos do art. 333, inciso I, do CPC, ônus do qual não se desincumbiu, pois não trouxe aos autos elementos probatórios que demonstrassem, de forma clara e efetiva, ainda lhe ser devido o montante cobrado pela execução de parte da obra. APELO IMPROVIDO.

(TJ-RS, Apelação Cível Nº 70040497554, Vigésima Primeira Câmara Cível, j. 27/07/2011).

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. RESCISÃO CONTRATUAL PRECEDIDA DE REGULAR PROCESSO ADMINISTRATIVO. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. Não apresenta vício o ato administrativo que observa os princípios legais aplicáveis à sua formação, especialmente no que respeita à manifestação de vontade, ao motivo, à motivação, à finalidade e à forma. Tendo a rescisão sido precedida de regular processo administrativo, onde oportunizado o contraditório, não há falar em nulidade do procedimento, posto que respeitado o princípio constitucional da ampla defesa. Descumpridos pela impetrante os deveres atinentes à execução do contrato, dando causa à rescisão, nos termos do art. 78, I, da lei 8.666/93, impõe-se a aplicação das sanções previstas no art. 87, II e III da mesma lei. As escusas da empresa contratada prescindem de dilação probatória, o que não se compraz com o rito célere do mandado de segurança. Apelo não provido. Unânime.

(TJ-RS, Apelação Cível Nº 70039498167, Vigésima Primeira Câmara Cível, j. 08/06/2011).

APELAÇÃO CÍVEL. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. RESCISÃO DE CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS SEM OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ARTIGO 78, INCISO XII E PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI N.º 8.666/1993. ILEGALIDADE CONFIGURADA. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. RECONHECIMENTO DO DIREITO DA APELANTE NA CONCLUSÃO DO CONTRATO. IMPOSSIBILIDADE. RESCISÃO DO CONTRATO PELA ADMINISTRAÇÃO POR INTERESSE PÚBLICO. CABIMENTO. EVENTUAIS PREJUÍZOS QUE SE RESOLVEM POR MEIO DE INDENIZAÇÃO NOS TERMOS DO § 2º, DO ART. 79 DA LEI DE LICITAÇÕES. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

(TJ-RS, Apelação Cível Nº 70023523947, Segunda Câmara Cível, j. 03/06/2009).

DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE IRREGULARIDADE NO PRAZO DE VALIDADE DA PROPOSTA. ADJUDICAÇÃO DA OBRA À AUTORA NO PRAZO DE 90 DIAS (ART.78, XI, DA LEI Nº 8.666/93). Injustificada a recusa da autora em iniciar os trabalhos ajustados. Lei nº 8.666/93, art. 87, possibilidade de aplicação de multa, em caso de inexecução parcial ou total do

contrato. Aplicação da pena de multa com base no parecer nº [2919](#) da Procuradoria-Geral. Recurso adesivo interposto pela empresa de engenharia, não conhecido. CONHECIDO E PROVIDO O APELO DO ESTADO RIO GRANDE DO SUL E NÃO CONHECIDO O RECURSO DA APELADA ADESIVA.

(TJ-RS, Apelação e Reexame Necessário nº 70005620125, Segunda Câmara Cível, j. 27/09/2006).

**Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser:**  
**I - determinada por ato unilateral e escrito da Administração, nos casos enumerados nos incisos I a XII e XVII do artigo anterior;**  
**II - amigável, por acordo entre as partes, reduzida a termo no processo da licitação, desde que haja conveniência para a Administração;**  
**III - judicial, nos termos da legislação;**  
**IV - (Vetado).**

**§ 1º A rescisão administrativa ou amigável deverá ser precedida de autorização escrita e fundamentada da autoridade competente.**

**§ 2º Quando a rescisão ocorrer com base nos incisos XII a XVII do artigo anterior, sem que haja culpa do contratado, será este ressarcido dos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido, tendo ainda direito a:**

**I - devolução de garantia;**

**II - pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão;**

**III - pagamento do custo da desmobilização.**

**§ 3º (Vetado).**

**§ 4º (Vetado).**

**§ 5º Ocorrendo impedimento, paralisação ou sustação do contrato, o cronograma de execução será prorrogado automaticamente por igual tempo.**

O dispositivo em foco aborda as formas pelas quais se pode proceder à rescisão contratual, quais sejam: **unilateral** (inciso I), **amigável** (inciso II) e **judicial** (inciso III).

Em relação à rescisão unilateral (inciso I), determinada por ato escrito da Administração, nos casos enumerados no art. 78, incs. I a XII e XVII, da Lei de Licitações, entende-se que se deve agregar a esse rol a falta enunciada no inciso XVIII do mesmo art. 78 (descumprimento da legislação referente ao trabalho do menor por parte do contratante). Convém consignar que o inciso XVIII do art. 78 foi incluído pela Lei nº 9.854/99.

A rescisão unilateral concretiza-se por meio de decisão motivada, assegurada ampla defesa e contraditório. Por outro lado, quando a rescisão ocorrer com base nos incisos XII a XVII do art. 78, sem que haja culpa do contratado, impende o ressarcimento deste relativo aos prejuízos regularmente comprovados.

Na rescisão amigável, eventual transação a ser entabulada deverá observar os princípios da indisponibilidade do bem público e da legalidade, verificando se o agente público responsável pelo ato possui, por decorrência de lei, poder para transigir.

Por fim, a rescisão judicial dependerá de homologação do juiz.

Alerta-se que o ato de rescisão deve ser publicado, indicando a fundamentação legal que o amparou.

### **Pareceres da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**

[...] EM CONCLUSÃO, estando provada a inexecução do pactuado, devidamente motivado nos autos do procedimento, tendo sido assegurado o contraditório, nada mais resta que rescindir o contrato, nos termos do art. 79, I da Lei nº 8.666/93, por ato unilateral e escrito da Administração.

(PGE-RS, Parecer nº [11.521](#), de 27/02/1997).

[...] Por todas essas circunstâncias, entendemos que a Administração está legitimada a rescindir unilateralmente o contrato de que trata o expediente, conforme autorizado no art. 79, I, da Lei nº 8.666/93, com as conseqüências previstas no art. 80 do mesmo diploma legal, além das estabelecidas no próprio contrato.

(PGE-RS, Parecer nº [12.642](#), de 19/11/1999).

[...] No caso em pauta, não houve liberação das parcelas, a obra não foi iniciada, inexistindo, outrossim, interesses de terceiros em jogo (p. ex. da empresa vencedora da licitação, que executaria a obra). As circunstâncias recomendam a rescisão amigável, administrativamente acertada entre Estado e Município para que se possa adotar o instrumento adequado, o convênio.

(PGE-RS, Parecer nº [13.535](#), de 20/02/2003).

[...] Deve-se ressaltar que a rescisão amigável do contrato administrativo não dispensa a declinação das razões pelas quais o administrador está a agir, ou seja, a rescisão deve ser conveniente, inclusive sob o aspecto econômico-financeiro, aos interesses da CEEE (arts. 78 e 79 da Lei nº 8.666/93).

(PGE-RS, Parecer nº [14.117](#), de 19/11/2004).

[...] Tanto na rescisão amigável quanto na rescisão unilateral de contrato administrativo, se não há culpa da contratada, possível é o pagamento de indenização prevista no § 2º do art. 79 da Lei de Licitações, desde que devidamente comprovados os gastos. A comprovação de eventuais gastos, mediante prova material e não simples apresentação de planilha, é exigência de rigor no presente caso, uma vez que a ordem de início das obras sequer foi dada. Se for possível a utilização da

rescisão amigável, haverá a vantagem de se incluir a quitação integral de eventuais valores devidos.

(PGE-RS, Parecer nº [14.627](#), de 21/12/2006).

### **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO ADMINISTRATIVO. RESCISÃO UNILATERAL POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO. LUCROS CESSANTES. NÃO-CABIMENTO NA ESPÉCIE.

1. Discute-se o cabimento de lucros cessantes por contrato administrativo rescindido unilateralmente pela Administração Pública.

2. Nas razões recursais, a parte recorrente sustenta ter havido violação aos arts. 69, inciso I, § 2º, do Decreto-lei n. 2.300/86, 79, § 2º, da Lei n. 8.666/93, 1.059 do Código Civil de 1916 e 402 do novo Código Civil, ao argumento de que são devidos lucros cessantes.

3. A parte recorrente não tem direito aos lucros cessantes, a teor de que a ausência de qualquer início de projeto aquático impede que se tenha em consideração expectativa razoável de lucro.

4. Recurso especial não provido.

(STJ, REsp 1255413/DF, Segunda Turma, j. 08/11/2011).

ADMINISTRATIVO. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR E CONTRATAR COM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. EFEITOS EX NUNC DA DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE: SIGNIFICADO. PRECEDENTE DA 1ª SEÇÃO (MS 13.964/DF, DJe DE 25/05/2009).

1. Segundo precedentes da 1ª Seção, a declaração de inidoneidade “só produz efeito para o futuro (efeito ex nunc), sem interferir nos contratos já existentes e em andamento” (MS 13.101/DF, Min. Eliana Calmon, DJe de 09.12.2008). Afirma-se, com isso, que o efeito da sanção inibe a empresa de “licitar ou contratar com a Administração Pública” (Lei 8666/93, art. 87), sem, no entanto, acarretar, automaticamente, a rescisão de contratos administrativos já aperfeiçoados juridicamente e em curso de execução, notadamente os celebrados perante outros órgãos administrativos não vinculados à autoridade impetrada ou integrantes de outros entes da Federação (Estados, Distrito Federal e Municípios). Todavia, a ausência do efeito rescisório automático não compromete nem restringe a faculdade que têm as entidades da administração Pública de, no âmbito da sua esfera autônoma de atuação, promover medidas administrativas específicas para rescindir os contratos, nos casos autorizados e observadas as formalidades estabelecidas nos artigos 77 a 80 da Lei 8.666/93.

2. No caso, está reconhecido que o ato atacado não operou automaticamente a rescisão dos contratos em curso, firmados pelas imponentes.

3. Mandado de segurança denegado, prejudicado o agravo regimental.

(STJ, MS 14002 / DF, Primeira Seção, j. 28/10/2009).

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA SUA REALIZAÇÃO. INTERRUÇÃO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. RESCISÃO DE SUPOSTO CONTRATO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. NECESSÁRIA DILAÇÃO PROBATÓRIA.

1. O mandado de segurança reclama direito evidente *prima facie*, porquanto não comporta a fase instrutória inerente aos ritos que contemplam cognição primária. É que “No mandado de segurança, inexistente a fase de instrução, de modo que, havendo dúvidas quanto às provas produzidas na inicial, o juiz extinguirá o processo sem julgamento do mérito, por falta de um pressuposto básico, ou seja, a certeza e liquidez do direito.” (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, in *Direito Administrativo*, Editora Atlas, 13ª Edição, pág. 626)

2. Revelando seu exercício dependência de

circunstâncias fáticas ainda indeterminadas, o direito não enseja o uso da via da segurança, embora tutelado por outros meios judiciais. Precedentes do STJ:RMS 18876/MT, DJ de 12.06.2006; RMS 15901/SE, DJ de 06.03.2006 e MS 8821/DF, desta relatoria, DJ 23.06.2005.

3. Mandado de segurança impetrado contra ato do Secretário de Estado da Saúde de Rondônia e do Diretor do Hospital João Paulo II que rescindiu, unilateralmente, o contrato administrativo firmado para a prestação de serviços de análises clínicas, como a realização de exames laboratoriais, desde 19 de setembro de 2003, nos termos de Carta Convite, determinando o cancelamento do credenciamento do Laboratório e a retirada dos pertences da impetrante da repartição pública.

4. In casu, a pretensão engendrada no mandado de segurança ab origine esbarra em óbice intransponível, consubstanciado na ausência de direito líquido e certo, consoante se infere do voto- condutor do acórdão hostilizado, verbis: "(...) "Sendo ato precário não existe direito líquido a ser amparado por mandado de segurança, nem haveria de ser exigido se o impetrante tivesse sido contratado regularmente, por meio de licitação, e isso o requerente não comprovou de plano."

5. Ad argumentandum tantum, sobreleva notar, que em face de contrato administrativo seria cabível a rescisão unilateral pela Administração, calcada no princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o privado, que norteia todo o contrato administrativo, consoante se extrai do teor dos artigos 78, XII c/c art. 79, I, da Lei 8.666/93. Nesse sentido abalizada doutrina do saudoso jurista Hely Lopes Meilhes: “A rescisão administrativa por interesse público ou conveniência da Administração tem por fundamento a variação do interesse público, que autoriza a cessação do ajuste quando este se torne inútil ou prejudicial à coletividade. Ao efetivar a rescisão por interesse público, a Administração poderá fixar o valor da indenização cabível, verificado através de operações contábeis. O contratado não poderá opor-se à medida, mas, não concordando com o valor da indenização, deverá recorrer às vias judiciais adequadas, pleiteando unicamente a justa reparação dos danos sofridos com a antecipada extinção do contrato.” (in *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, Malheiros, 31ª Edição, 2005, p. 247.)

6. Deveras, a impetrante foi contratada em regime emergencial, o que se lhe retira a possibilidade de ‘prorrogação’ nos estritos termos do art. 24, IV da lei 8.666/93, verbis: “nos casos de emergência ou de calamidade pública, quan-

do 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”.

7. Assevera-se por fim, que eventual indenização não encontra sede própria de postulação no âmbito do writ.

8. Recurso ordinário desprovido.

(STJ, RMS 20264/RO, Primeira Turma, j. 06/02/2007).

### **Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**

APELAÇÃO. DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. I Tratando-se de contrato administrativo oriundo de licitação, pode a administração rescindir o contrato. II Tendo a prova evidenciado a falha no fornecimento dos serviços, cabível a rescisão unilateral, prevista no art. 79, I, da Lei de Licitações. RECURSO DESPROVIDO.

(TJ-RS, Apelação Cível Nº 70016298341, Vigésima Primeira Câmara Cível, j. 23/08/2006)

**Art. 80.** A rescisão de que trata o inciso I do artigo anterior acarreta as seguintes conseqüências, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei:

I - assunção imediata do objeto do contrato, no estado e local em que se encontrar, por ato próprio da Administração;

II - ocupação e utilização do local, instalações, equipamentos, material e pessoal empregados na execução do contrato, necessários à sua continuidade, na forma do inciso V do art. 58 desta Lei;

III - execução da garantia contratual, para ressarcimento da Administração, e dos valores das multas e indenizações a ela devidos;

IV - retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração.

§ 1º A aplicação das medidas previstas nos incisos I e II deste artigo fica a critério da Administração, que poderá dar continuidade à obra ou ao serviço por execução direta ou indireta.

§ 2º É permitido à Administração, no caso de concordata do contratado, manter o contrato, podendo assumir o controle de determinadas atividades de serviços essenciais.

**§ 3º Na hipótese do inciso II deste artigo, o ato deverá ser precedido de autorização expressa do Ministro de Estado competente, ou Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso.**

**§ 4º A rescisão de que trata o inciso IV do artigo anterior permite à Administração, a seu critério, aplicar a medida prevista no inciso I deste artigo.**

O art. 80 da Lei nº 8.666/93, conforme descrito, enuncia, nos incisos I a IV, as consequências advindas da rescisão contratual unilateral (art. 79, inciso I), ou seja, daquela decorrente de culpa do contratado (incisos I a XI e XVIII), de razões de interesse público (inciso XII) ou de caso fortuito ou força maior (inciso XVII). Convém registrar que o § 4º do referido art. 80 perdeu a sua finalidade, em virtude do veto ao inciso IV do art. 79, de modo que sua permanência no texto legal expressa erro formal.

### **Pareceres da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**

[...] Por todas essas circunstâncias, entendemos que a Administração está legitimada a rescindir unilateralmente o contrato de que trata o expediente, conforme autorizado no art. 79, I, da Lei nº 8.666/93, com as consequências previstas no art. 80 do mesmo diploma legal, além das estabelecidas no próprio contrato.

(PGE-RS, Parecer nº [12.642](#), de 19/11/1999).

## **Informações da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**

[...] Enquadrando-se a situação em hipóteses estabelecidas nos supracitados incisos do art. 78, deve-se adotar o instrumento da rescisão unilateral, abrindo-se a possibilidade de serem efetivadas as medidas estabelecidas no art. 80 da Lei nº 8.666/93 que adiante se transcreve:

(PGE-RS, Informação nº [036/08/PDPE](#), de 25/02/2008).

[...] Embora neste expediente não esteja bem aclarada a conduta da FULBRA, nem seus motivos, apenas constando que a Instituição negou-se a prestar a garantia contratual a que se obrigou e solicitou a rescisão do contrato, tendo cumprido a prestação parcialmente (também não se sabe em qual extensão), é certo que houve inadimplemento contratual. Sendo assim, há a incidência, na espécie, do art. 80 da Lei 8666/93, que prevê as consequências advindas da rescisão unilateral, sem prejuízo das sanções previstas na mesma lei. (PGE-RS, Informação nº [108/09/PDPE](#), de 14/10/1996).

[...] Possível, portanto, de ser efetuada a retenção dos valores no presente caso.

(PGE-RS, Informação nº [112/09/PDPE](#), de 20/07/2009).

## **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL EM AÇÃO MONITÓRIA. CONTRATO ADMINISTRATIVO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS E FORNECIMENTO DE MÃO-DE-OBRA ESPECIALIZADA FIRMADO ENTRE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA E EMPRESA PRIVADA. COBRANÇA DE MULTA RESCISÓRIA. INEXISTÊNCIA DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 585, II, E 1.102-A, DO CPC, E 80, III, DA LEI 8.666/93. DOUTRINA. PRECEDENTE. PROVIMENTO.

1. Somente constituem títulos executivos extrajudiciais aqueles definidos em lei, por força do princípio da tipicidade legal (*nullus titulus sine legis*).

2. A multa rescisória cobrada em razão do inadimplemento de contrato firmado entre empresa privada e entidade da administração pública indireta, dotada de personalidade jurídica de direito privado – sociedade de economia mista –, não pode ser objeto de execução direta, seja porque não constitui documento público (CPC, art. 585, II), seja porque

nem o contrato nem o ato administrativo que implicou a rescisão têm força de título executivo extrajudicial.

3. O art. 80, III, da Lei 8.666/93, estabelece que a rescisão determinada por ato unilateral e escrito da Administração Pública, em razão do descumprimento de cláusula contratual (art. 79, I, c/c o 78, I), acarreta a “execução da garantia contratual, para ressarcimento da Administração, e dos valores das multas e indenizações a ela devidos”.

4. A “exegese do art. 80, inciso III, da Lei n. 8.666/93 implica concluir que a expressão ‘execução da garantia contratual’ significa sua ‘efetivação’, via exigibilidade judicial cognitiva. Deveras, a natureza de título executivo não se infere, mas, antes, se afere dos termos inequívocos da lei, máxime porque, as referidas cártulas são fontes de atos de soberania estatal, como sói ser o processo autoritário-judicial de execução” (REsp 476.450/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJU de 19.12.2003).

5. O CPC e a Lei 8.666/93 não atribuem caráter executivo à garantia contratual e aos consectários correlatos estipulados no ajuste. Somente se a contratante for pessoa jurídica de direito público integrante da administração pública direta (União, Estados, Distrito Federal, Municípios) ou indireta (autarquias e funda-

ções públicas), poderá inscrever o crédito em dívida ativa (CDA) e proceder à execução fiscal (Lei 6.830/80, art. 1º). Ressalte-se, todavia, que o título executivo não será, propriamente, o contrato, e sim a CDA regularmente constituída (CPC, art. 585, VI).

6. Recurso especial provido, para se determinar o prosseguimento da ação monitória, com o julgamento do mérito do recurso de apelação pelo Tribunal de Justiça.

(STJ, REsp 813662/RJ, Primeira Turma, j. 24/10/2006).

ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO DE GARANTIA CONTRATUAL. PROCESSO ADEQUADO. TUTELA DE CONHECIMENTO PRÉVIA PARA AFERIR-SE O AN DEBEATUR E O QUANTUM DEBEATUR. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. O SEGURO-GARANTIA PRESTADO POR OCASIÃO DA LICITAÇÃO NÃO É TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL.

1. É assente que a “lei enuncia em numerus clausus os títulos extrajudiciais constantes da relação do artigo 585 do CPC. A enumeração exaustiva decorre do fato de que os mencionados títulos autorizam a prática de atos de soberania e de enérgica invasão na esfera jurídico-patrimonial do devedor, razão pela qual não podem os particulares produzirem, de acordo

com a vontade individual, uma fonte de atos autoritário-judiciais.” (Luiz Fux, in “Curso de Direito Processual Civil”, Forense, 2001)

2. Tratando-se de apólice de seguro-garantia a Companhia Seguradora “obriga-se a completar à sua custa a obra, o serviço ou o fornecimento, de acordo com as especificações do contrato, ou a pagar à Administração o necessário para que esta transfira a terceiros a conclusão ou a realize diretamente. O que o performance bond garante é a integral execução do contrato seguro, pelos meios e modos que as circunstâncias exigirem, quer pela realização substitutiva, in specie, pela seguradora, quer pelo pagamento do custo restante à Administração, para que esta recontrate ou conclua por seus próprios órgãos o que o contratado originário deixou inacabado.” (Hely Lopes Meirelles, in “Licitação e Contrato Administrativo” p. 210/211)

3. Isto porque “verificada a rescisão, a Administração tem o dever de definir o montante das perdas e danos sofridas. Para tanto, deverá promover procedimento administrativo, respeitando os princípios já referidos e detalhados do contraditório e da ampla defesa. Uma vez apurado o valor da dívida, seu montante deverá ser exigido do particular que poderá pagar espontaneamente ou não. (...) Quando se tratar da Administração Direta e

de autarquia, incidirá o regime jurídico da Lei n.º 6.830. O crédito será caracterizável como fazendário e sua exigência poderá fazer-se através de processo de execução. Mas será necessário o cumprimento dos requisitos legais ali previstos. O título executivo será a certidão de dívida ativa, e não a decisão administrativa que rescindiu o contrato. Quando se tratar das outras entidades da Administração Indireta, o regime jurídico será o comum. A entidade deverá, por isso, promover processo de conhecimento, através do qual obterá título executivo. Apenas após deter o título executivo é que poderá desencadear a execução. (...)” (Marçal Justein Filho, in “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, p. 557/558)

4. Consectariamente, a exegese do art. 80, inciso III, da Lei n. 8.666/93 implica concluir que a expressão “execução da garantia contratual” significa sua “efetivação”, via exigibilidade judicial cognitiva. Deveras, a natureza de título executivo não se infere, mas, antes, se afere dos termos inequívocos da lei, máxime porque, as referidas cártulas são fontes de atos de soberania estatal, como sói ser o processo autoritário-judicial de execução.

5. Excepcionalmente, constando da garantia, a quantia líquida e certa devida, admite-se a sua executividade, fato inocorrente in casu.

6. Outrossim, os limites desses atos de autoridade, consubstanciados em meios de coerção e sub-rogação dependem da extensão do crédito, sua certeza, liquidez e exigibilidade. Consequentemente, perdas e danos não são passíveis de execução sem antes serem fixados o an debeatur e o quantum debeatur, à luz dos cânones do due process of law.

7. Decisão assentada em jurisprudência e doutrina processual e administrativa dominantes.

8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido.

(STJ, REsp 476450 / RJ, Primeira Turma, j. 18/11/2003).

**Art. 81. A recusa injustificada do adjudicatário em assinar o contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo estabelecido pela Administração, caracteriza o descumprimento total da obrigação assumida, sujeitando-o às penalidades legalmente estabelecidas.**

**Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica aos licitantes convocados nos termos do art. 64, § 2º desta Lei, que não aceitarem a contratação, nas mesmas condições propostas pelo primeiro adjudicatário, inclusive quanto ao prazo e preço.**

A regra coaduna-se com a do art. 64 da mesma lei, impondo sanções ao particular que se indispõe a formalizar o contrato. A recusa do adjudicatário em assinar o contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente caracteriza inadimplência, sujeitando o infrator às penalidades administrativas (inclusive à multa administrativa), assim como à indenização por perdas e danos à Administração. Entre os lucros cessantes, computa-se o valor a maior que a Administração desembolsará para obter a prestação.

A exceção posta no parágrafo único do transcrito art. 81 da Lei nº 8.666/93 se justifica, pois os demais licitantes terão a *faculdade* de firmar o contrato nas mesmas condições ofertadas pelo primeiro classificado. De fato, os demais licitantes não podem ser obrigados por uma proposta por eles não formulada, logo, não há inadimplemento a ensejar a aplicação de sanção.

### **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. ITENS DO EDITAL. INVIABILIDADE DE EXAME. SÚMULA 05/STJ. LICITAÇÃO. RECUSA DE ASSINAR O CONTRATO ADMINISTRATIVO. MULTA. INVIABILIDADE DA APLICAÇÃO À FALTA DE PREVISÃO NO EDITAL.

1. Não viola o artigo 535 do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta.

2. A ausência de debate, na instância recorrida, sobre a matéria tratada nos dispositivos legais cuja violação se alega no recurso especial atrai, por analogia, a incidência da Súmula 282 do STF.

3. A interpretação de cláusula de edital de licitação não enseja recurso especial. Aplicação analógica da Súmula 05/STJ.

4. Inviável a aplicação de penalidade ao adjudicatário que se recusa a assinar o contrato (Lei 8.666/93, art. 81) sem que ela tenha sido prevista no edital (art. 40, III, do referido diploma legal).

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido.

(STJ, REsp 709378/PE, Primeira Turma, j. 21/10/2008).

### **Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. RECUSA NA ASSINATURA DO CONTRATO. LICITANTE REMANESCENTE. INEXISTÊNCIA DE

OBRIGATORIEDADE. NULIDADE DA PENALIZAÇÃO. Não há omissão no julgado. Finda a licitação, a Administração convocará o licitante vencedor para assinar o termo de contrato, dentro do prazo e condições estabelecidos, sob pena de decair do direito à contratação (art. 64 da Lei n. 8.666/93). Quando o licitante vencedor não assinar, é facultado à Administração convocar os licitantes remanescentes ou revogar a licitação. No caso de convocação, porém, os licitantes remanescentes não estão obrigados a aceitarem a contratação, nas mesmas condições propostas pelo primeiro adjudicatário, inclusive quanto ao preço (art. 81, § único da Lei n. 8.666/93). Não se aplicando aos licitantes remanescentes as penalidades administrativas. Na espécie, não tendo autora sido declarada vencedora do Pregão n. 81/2009, não estava obrigada a assinar o contrato. Ilegalidade das penalidades aplicadas. Embargos rejeitados. (TJ-RS, Embargos de Declaração nº 70042975102, Vigésima Primeira Câmara Cível, j. 13/07/2011).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICITAÇÃO. RECUSA INJUSTIFICADA DA LICITANTE VENCEDORA A ASSINAR O CONTRATO. PENALIDADE DE MULTA. PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, PROPORCIONALIDADE E

RAZOABILIDADE. NÃO-INFRINGÊNCIA. Segundo a doutrina e a jurisprudência, equipara-se a recusa de assinar contrato com o Poder Público, por parte da licitante vencedora, como descumprimento total (Inteligência dos arts. 81 e 87 da Lei de Licitação). Não exsurge desde logo irrazoável ou desproporcional a multa de 10%. Ausente a verossimilhança das alegações, impossível deferir a antecipação de tutela. HIPÓTESE DE NEGATIVA DE SEGUIMENTO DO AGRAVO.

(TJ-RS, Agravo de Instrumento nº 70026107144, Vigésima Segunda Câmara Cível, j. 04/09/2008).

LICITAÇÃO. RECUSA INJUSTIFICADA DO LICITANTE VENCEDOR A ASSINAR CONTRATO. PENALIDADES DE MULTA E SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DO DIREITO DE PARTICIPAR DE LICITAÇÃO E IMPEDIMENTO DE CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. NÃO INFRINGÊNCIA. Não fere o princípio da legalidade a aplicação das sanções previstas no art. 87 da Lei 8.666/93 a caso em que houve recusa de assinar contrato com o Poder Público, por parte do licitante vencedor, havendo expressa previsão legal art. 81 da mesma Lei. Tampouco a hipótese configura mácula aos princípios da razoabi-

lidade ou da proporcionalidade, sendo adequada a fixação das penalidades previstas nos incs. II e III do art. 87 da citada lei, sobretudo se considerado o caráter intencional e as consequências da recusa. Vinculada a licitante aos termos do instrumento convocatório, mostra-se lícita a imposição da multa prevista na minuta de contrato que integra aquele instrumento, pela recusa em assinar o contrato. Penalidade que não decorre do princípio da autonomia da vontade, mas do poder de império da Administração. APELO PROVIDO. PREJUDICADO O REEXAME OBRIGATÓRIO.

(TJ-RS, Apelação e Reexame Necessário nº 70014578157, Vigésima Segunda Câmara Cível, j. 13/04/2006).

**Art. 86. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.**

**§ 1º A multa a que alude este artigo não impede que a Administração rescinda unilateralmente o contrato e aplique as outras sanções previstas nesta Lei.**

**§ 2º A multa, aplicada após regular processo administrativo, será descontada da garantia do respectivo contratado.**

**§ 3º Se a multa for de valor superior ao**

**valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente.**

O presente dispositivo legal refere-se à *multa moratória* ensejada pelo atraso injustificado na execução do contrato, conforme previsto no instrumento convocatório ou contrato. A aplicação de referida multa não impede a rescisão contratual e outras sanções, notadamente as elencadas no art. 87 da Lei nº 8.666/93. O § 2º do citado art. 86 reforça a necessidade de observância ao princípio da ampla defesa para a aplicação da multa moratória.

Após o regular processo administrativo, o valor devido a título de multa de mora poderá ser descontado da garantia ofertada pelo contratado. Caso o valor exceda o da garantia, a diferença será descontada dos pagamentos devidos pela Administração ou cobrada judicialmente.

### **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**

CONTRATO ADMINISTRATIVO. MULTA. MORA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. REDUÇÃO. INOCORRÊNCIA DE INVAÇÃO DE COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA PELO JUDICIÁRIO. INTERPRETAÇÃO FINALÍSTICA DA LEI. APLICAÇÃO SUPLETI-

## VA DA LEGISLAÇÃO CIVIL. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE.

1. Na hermenêutica jurídica, o aplicador do direito deve se ater ao seu aspecto finalístico para saber o verdadeiro sentido e alcance da norma.

2. Os Atos Administrativos devem atender à sua finalidade, o que importa no dever de o Poder Judiciário estar sempre atento aos excessos da Administração, o que não implica em invasão de sua esfera de competência.

3. O art. 86, da Lei nº 8.666/93, impõe multa administrativa pela mora no adimplemento do serviço contratado por meio de certame licitatório, o que não autoriza sua fixação em percentual exorbitante que importe em locupletamento ilícito dos órgãos públicos.

4. Possibilidade de aplicação supletiva das normas de direito privado aos contratos administrativos (art. 54, da Lei de Licitações).

5. Princípio da Razoabilidade.

6. Recurso improvido.

(STJ, REsp 330677/RS, Primeira Turma, j. 02/10/2001).

## **Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**

APELAÇÃO CÍVEL. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE OBRA PÚBLICA. ATRASO INJUSTIFICA-

DO NA EXECUÇÃO. MULTA PREVISTA NO CONTRATO FIRMADO ENTRE AS PARTES. APLICAÇÃO. POSSIBILIDADE. A imposição de multa por atraso injustificado na execução de obra pública contratada é juridicamente possível em decorrência de injustificado atraso no cumprimento do contrato (art. 86 da Lei de licitações). RECURSO DESPROVIDO. (TJ-RS, Apelação Cível Nº 70015301229, Segunda Câmara Cível, j. 29/08/2007).

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

**I - advertência;**

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

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

**IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplica-**

**da com base no inciso anterior.**

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

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

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

Pela inexecução total ou parcial do objeto licitado, podem ser aplicadas ao contratado as seguintes sanções:

- advertência;
- multa, de acordo com o previsto no contrato;
- suspensão temporária de participar de licitação e impedimento de contratar com a Administração, pelo prazo de até dois anos;

- 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.

Essas penalidades não excluem as multas previstas no edital e no contrato e demais cominações legais, em especial as estabelecidas na Lei nº 8.666/93. Ademais, o contratado fica sujeito às demais sanções civis e penais previstas em lei.

A propósito, em relação à multa, urge fazer a distinção entre a **multa moratória**, estatuída no art. 86, que tem caráter coercitivo e objetiva coibir atraso no cumprimento do contrato, e a **multa por inadimplemento total ou parcial do contrato** (art. 87, II), cujo escopo denota *compensação*.

A imposição de sanções administrativas depende da previsão tanto da hipótese de incidência quanto da consequência. Por isso, recomenda-se especificar-se, no contrato, quanto à cobrança de multas:

- as hipóteses de incidência, condições e valores;
- os percentuais e a base de cálculo;
- o prazo máximo para recolhimento, após ciência oficial.

A aplicação das penalidades deve estar motivada em processo administrativo, sendo indispensável assegurar-se ao contratado o direito da ampla defesa e do contraditório, no prazo de cinco dias úteis.

A Lei estadual nº 11.389/99, que institui o “Cadastro de Fornecedores Impedidos de Licitar e Contratar com a Administração Pública Estadual”, estabelece procedimentos para

aplicação da pena de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração e declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública.

**Art. 2º - Serão incluídas no Cadastro instituído por esta Lei as pessoas físicas e jurídicas que:**

**I – não cumprirem ou cumprirem parcialmente obrigações decorrentes de contratos firmados com os órgãos e entidades da Administração Pública Estadual;**

**II – tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos de licitação no âmbito da Administração Pública Estadual;**

**III – tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos.**

**Parágrafo único – Serão imediatamente incluídos no Cadastro os fornecedores que na data da entrada em vigor desta Lei estejam cumprindo penalidade prevista nos incisos III ou IV do artigo 87 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.**

**Art. 3º - São consideradas situações caracterizadoras de descumprimento total ou parcial de obrigação contratual, dentre outras:**

**I – o não-cumprimento de especificações técnicas relativas a bens, serviços e obras previstas em contrato;**

**II – o retardamento imotivado da execução de obra, de serviço, de fornecimento de bens ou de suas parcelas;**

**III – a paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento do bem, sem justa causa e prévia comunicação à Administração;**

**IV – a entrega, como verdadeira ou perfeita, de mercadoria falsificada, furtada, deteriorada, danificada ou inadequada para o uso;**

**V – a alteração de substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida;**

**VI – a prestação de serviços de baixa qualidade.**

**Art. 6º - Não sendo considerada satisfatória a justificativa apresentada pelo fornecedor, deverá ser aplicada ao mesmo, sem prejuízo das demais sanções previstas no artigo 87 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração pelo prazo de:**

**I - três (3) meses para os casos dos incisos V e VI do artigo 3º;**

**II – quatro (4) meses para os casos do inciso I do artigo 3º;**

**III – seis (6) meses para os casos dos incisos II, III e IV do artigo 3º.**

**Parágrafo único – A não-regularização da inadimplência contratual nos prazos estipulados nos incisos deste artigo implicará a declaração de inidoneidade do fornecedor para licitar ou contratar com a Administração Pública Estadual, pela autoridade competente.**

**Art. 10 – Na hipótese dos incisos II e III do artigo 2º, caberá ao ordenador de despesa do órgão ou entidade da Administração Pública Estadual a aplicação da penalidade de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração pelo prazo de 2 (dois) anos e, também, adotar a providência prevista no parágrafo único do artigo 7º.**

**Art. 13 – Todos os editais de licitação, termos de contratos de prestação de serviços, de obras e serviços de engenharia e de fornecimento de bens deverão fazer constar expressamente, em seu preâmbulo, a sujeição às disposições da presente Lei.”**

A Lei estadual nº 11.389/99 foi regulamentada pelo Decreto nº 42.250/03, posteriormente alterado pelo Decreto nº 45.680/08, que assim prescreve:

**Art. 1º - No Cadastro de Fornecedores Impedidos de Licitar e Contratar com a Administração Pública Estadual - CFIL/RS -, instituído pela LEI Nº 11.389, de 25 de novembro de 1999, deverá conter informações de todos os fornecedores que:**

**I - não cumprirem ou cumprirem parcialmente obrigações decorrentes de contratos firmados com órgãos e com entidades da Administração Pública Estadual;**

**II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos de licitação no âmbito da Administração Pública Estadual;**

**III - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal na arrecadação de quaisquer tributos. (...).**

**Art. 2º - As situações que caracterizam o descumprimento total ou parcial de obrigações contratuais, dentre outras, são as seguintes:**

**I - o não-cumprimento das especificações técnicas relativas a bens, serviços e obras previstas em contrato;**

**II - o retardamento imotivado da execução de obra, de serviço, de fornecimento de bens ou de suas parcelas;**

**III - a paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento do bem, sem justa causa e prévia comunicação à Administração;**

**IV - a entrega, como verdadeira ou perfeita, de mercadoria falsificada, furtada, deteriorada, danificada ou inadequada para o uso;**

**V - a alteração da substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida;**

**VI - a prestação de serviços de baixa qualidade.**

**Art. 8º - Não sendo considerada satisfatória a justificativa apresentada pelo fornecedor, ser-lhe-á aplicada a suspensão temporária da participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração Pública Estadual pelos prazos abaixo indicados, sem prejuízo das demais sanções estabelecidas no artigo 87 da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, bem como na Lei Federal nº 10.520, de 17 de julho de 2002:**

**I - até cinco anos, para as situações do artigo 7º da Lei Federal nº 10.520/2002, relativamente à modalidade de licitação denominada pregão;**

**II - dois anos, para as situações dos incisos II e III do artigo 1º deste Decreto;**

**III - seis meses, para as situações dos incisos II, III e IV do artigo 2º deste Decreto;**

**IV - quatro meses, para as situações do inciso I do artigo 2º;**

**V - três meses, para as situações dos incisos V e VI do artigo 2º.**

**§ 1º - A suspensão temporária ensejará a rescisão imediata do contrato pelo Ordenador de Despesa.**

**§ 2º - Implicará declaração de inidoneidade do fornecedor para licitar ou contratar com a Administração Pública Estadual, pela autoridade competente, nas seguintes circunstâncias:**

**I - a não-regularização da inadimplência contratual para as situações previstas nos incisos II, III e IV, do artigo, nos prazos estipulados;**

**II - a não-reabilitação do fornecedor nos termos do § 2º do artigo 11 do presente Decreto, após o transcurso do prazo estipulado no inciso I deste artigo.**

**Art. 10 - É competência do Secretário de Estado a aplicação da sanção da declaração de inidoneidade, e do ordenador de despesa a da suspensão temporária, providenciando-se a publicação dos respectivos atos na imprensa oficial do Estado, como condição de eficácia.**

Por derradeiro, impende referir que o prazo máximo para a sanção consistente no impedimento do direito de licitar e contratar com a Administração não pode ultrapassar dois anos, de acor-

do com o estatuído no art. 87, inciso III, da Lei nº 8.666/93. No entanto, quando a contratação é precedida de pregão, tal prazo é alargado para até cinco anos, em decorrência de previsão legal específica nesse sentido (art. 7º da Lei federal nº 10.250/02).

### **Pareceres da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**

[...] INIDONEIDADE PARA LICITAR E CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DECLARAÇÃO EXARADA NO ÂMBITO DA UNIÃO FEDERAL. EXTENSÃO DE EFEITOS A ENTE FEDERATIVO ESTADUAL. IMPERATIVIDADE.

(PGE-RS, Parecer nº [14.957](#), de 10/03/2009).

### **Informações da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**

[...] Adequar o texto à redação dos incs. III e IV do art. 87 do Estatuto das Licitações, especificando as hipóteses que acarretam as respectivas penalidades.

(PGE-RS, Informação nº [028/10/PDPE](#), de 05/03/2010).

[...] **No campo administrativo**, as notícias apresentadas têm relevo no que concerne a **outros Contratos em curso** (em razão do

disposto nos incs. III e IV do art. 87 da Lei de Licitações), a **novas contratações emergenciais**, e a **futuros procedimentos licitatórios**.

(PGE-RS, Informação nº [013/11/PDPE](#), de 15/03/2011).

[...] A exigência de ‘culpa’ não é requisito legal para a cominação das penalidades inscritas no art. 87 da Lei de Licitações. Suprimir essa exigência da presente cláusula.

(PGE-RS, Informação nº [052/11/PDPE](#), de 27/05/2011).

[...] o prazo máximo para a sanção consistente no impedimento do direito de licitar e contratar com a Administração não pode ultrapassar 2 (dois) anos, de acordo com o estatuído no artigo 87, inciso III, da Lei nº 8.666/93. Destaca-se que a aplicação de prazo de até 5 (cinco) anos tem pertinência apenas quando a contratação é precedida de pregão, diante de previsão específica nesse sentido (artigo 7º da Lei Federal nº 10.250/02).

(PGE-RS, Informação nº [121/11/PDPE](#), de 30/11/2011).

[...] Se a cumulação das penas de multa e de inidoneidade para licitar ou contratar é admissível, como faculta este § 2o, cumpre agora

saber se a mesma autoridade administrativa pode aplicá-las.

A Lei de Licitações, nesse particular, não é clara. Atente-se ao que dispõe o capítulo que cuida dos Recursos Administrativos, verbis: (...)

Conforme se vê, da pena de multa cabe recurso, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, enquanto da de declaração de inidoneidade cabe pedido de reconsideração, no prazo de 10 (dez) dias úteis.

Há referência a que o recurso será endereçado à autoridade superior, por meio da que praticou o ato recorrido, ao passo que, quanto ao pedido de reconsideração, a lei nomina a autoridade administrativa responsável pela aplicação da penalidade (in casu, o Secretário de Estado).

Os prazos e os ritos de cada uma das penalidades, destarte, são distintos. Dar-se-á o mesmo quanto ao(s) administrador(es) legitimado(s) para a imputação de cada uma dessas penas? Parece que sim.

Considerando que os efeitos da declaração de inidoneidade se estendem para toda a Administração Pública – vale dizer, para a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive às entidades privadas sob controle do poder público e das fundações por ele ins-

tituídas ou mantidas, nos termos do inciso XI do art. 6º da Lei de Licitações –, o legislador enfeixou nas mãos daquelas autoridades, e só daquelas, o poder-dever de impor dita penalidade.

Não se afigura razoável, no entanto, que essa autoridade máxima reúna, traga a si a cominação da multa, juntamente à aplicação da declaração de inidoneidade. E assim é porque o Secretário de Estado estaria exercendo ato próprio de outrem (do DAER, que participou do Contrato e que detém inequívocos poderes para tanto), máxime sendo ele estranho à relação contratual.

(PGE-RS, Informação nº [002/12/PDPE](#), de 09/01/2012).

[...] Em conclusão, tem-se que esta Procuradoria-Geral do Estado (a) não responde a consultas em tese e, (b) tendo tomado conhecimento, nos presentes autos, de contratação a ser celebrada entre o Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem – DAER e Sinarodo Sinalização Rodoviária Ltda., não pode declinar de forçosamente esclarecer à autarquia rodoviária acerca dos efeitos do Acórdão nº 1340/2011, do Tribunal de Contas da União, bem como alertar a respeito das circunstâncias de fato que ensejaram a aplicação de penalidade àquela empresa por

esse Tribunal. Em virtude disso, (c) ao DAER compete decidir acerca da pertinência ou não da referida contratação, em qualquer caso exarando justificativa formal de seu proceder. (PGE-RS, Informação nº [17/12/PDPE](#), de 09/01/2012).

### **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO. DECISÃO ADMINISTRATIVA QUE APLICOU MULTA E DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE. AUDITORIA EXTRAORDINÁRIA. VALOR DO PREJUÍZO CAUSADO AOS COFRES PÚBLICOS. EXECUÇÃO DEFEITUOSA DO CONTRATO. COMINAÇÕES QUE ATENDEM AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DE TUTELA PRETENDIDA.

Conforme resulta da prova dos autos, a agravante foi penalizada porque apurado, em sede de inspeção extraordinária, pelo Tribunal de Contas, o descumprimento do contrato de controle de velocidade nas rodovias estaduais.

A multa tem acento legal no art. 87, inciso IV, da Lei n. 8.666/93.

O valor da multa não se revela desproporcional, nem desarrazoado, considerando o valor do contrato e suas sucessivas prorrogações, atendendo ao percentual previsto na avença. A declaração de inidoneidade encontra fundamento no valor do prejuízo apurado pela Corte de Contas, e na conivência e leniência dos administradores quanto às irregularidades perpetradas pela contratada ao longo da avença.

Inexiste risco de dano irreparável, pois a declaração de inidoneidade tem efeito ex nunc, não impedindo a agravante de cumprir os contratos já mantidos com as administrações públicas.

Desta forma, ausentes os requisitos para a concessão do provimento antecipatório, tendente à suspensão das penalidades.

Agravo desprovido.

(TJ-RS, Agravo de Instrumento 70047482443, 21ª Câmara Cível, j. 30/05/2012).

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. HABILITAÇÃO SOMENTE DA MATRIZ. REALIZAÇÃO DO CONTRATO POR FILIAL. IMPOSSIBILIDADE. DESCUMPRIMENTO DO CONTRATO. SANÇÕES. PROPORCIONALIDADE. ADMINISTRAÇÃO X ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DISTINÇÃO. AUSÊNCIA.

1. Cuida-se, na origem, de mandado de segu-

rança impetrado pela Petrobrás Distribuidora S/A contra ato do Presidente do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, o qual, após rescindir o contrato celebrado entre as partes, para a aquisição de 140.000 litros de gasolina comum, com fornecimento parcelado em doze meses, aplicou sanções de pagamento de multa, no valor de R\$ 72.600,00 e de impedimento de licitar e contratar com o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, pelo prazo de um ano.

2. Inicialmente, cabe destacar que é incontroverso nos autos que a Petrobrás Distribuidora S/A, que participara da licitação com documentação da matriz, ao arrepio do que exigia o contrato, forneceu combustível por meio de sua filial sediada no Estado de São Paulo, a quem era devedora do ICMS.

3. Por sua vez, o artigo 87 da Lei n. 8.666/93 prevê expressamente entre as sanções para o descumpridor do acordo a multa, a suspensão temporária de participação em licitação e o impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos.

4. Na mesma linha, fixa o art. 7º da Lei n. 10.520/2002.

5. Ademais, o §2º do artigo 87 da Lei de Licitação permite a aplicação conjunta das citadas sanções, desde que facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo no prazo de cinco dias úteis.

6. Da mesma forma, o Item 12.2 do edital referente ao contrato em questão estabelece a aplicação das sanções estipuladas nas Leis n. 10.520/02 e n. 8.666/93, bem como na resolução n. 5/93 do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo ao inadimplente.

7. Já o mencionado contrato dispunha na Cláusula Oitava sobre a possibilidade de aplicação ao contratado, diante da inexecução total ou parcial do ajuste, de qualquer das sanções previstas na Lei de Licitações, a juízo fundamentado da prefeitura, de acordo com a gravidade da infração.

8. Nesse contexto, não obstante as diversas advertências efetuadas pelo Tribunal de Contas no sentido de que não poderia a recorrente cometer as irregularidades que motivaram as sanções, esta não cuidou para que a unidade responsável pela execução do contrato apresentasse previamente a documentação que atestasse a observância das normas da licitação e das cláusulas contratadas, de modo que não há que se falar em desproporcionalidade da pena aplicada, sobretudo diante da comprovação das condutas imputadas à recorrente, o que autoriza a aplicação da multa e da sanção de impedimento de contratar com a administração pelo prazo de um ano, tudo para bem melhor atender ao interesse público.

9. Note-se, ainda, que esta Corte já apontou pela insuficiência da comprovação da regularidade fiscal da matriz e pela necessidade de a filial comprovar tal regularidade se a esta incumbir o cumprimento do objeto da licitação. Precedente.

10. Por fim, não é demais destacar que neste Tribunal já se pontuou a ausência de distinção entre os termos Administração e Administração Pública, razão pela qual a sanção de impedimento de contratar estende-se a qualquer órgão ou entidade daquela. Precedentes.

11. Recurso ordinário não provido.

(STJ, RMS 32628/SP, Segunda Turma, j. 06/09/2011).

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. PREGÃO. DIGITALIZAÇÃO DE PROCESSOS. CERTIFICADO DE CAPACIDADE TÉCNICA. CONSTATAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE INFORMAÇÕES DISCREPANTES QUANTO A REQUISITO CONSTANTE DO EDITAL, DE EXPERIÊNCIA EM PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NAS DEPENDÊNCIAS DO ÓRGÃO CONTRATANTE. QUESTIONAMENTO SOBRE A VALIDADE DO REQUISITO E AO MODO DE REALIZAÇÃO DAS DILIGÊNCIAS DE APURAÇÃO. LICITAÇÃO POSTE-

RIORMENTE REVOGADA. APLICAÇÃO DE PENALIDADE À LICITANTE. IMPUGNAÇÃO.

1. A competência exclusiva do Ministro de Estado ou Secretário Estadual ou Municipal, disciplinada no art. 87, §3º, da Lei 8666/93, diz respeito exclusivamente à declaração de inidoneidade de empresa para contratar com a administração pública, não à mera suspensão temporária tratada pelo art. 87, inciso III.

2. Não se pode falar de perda de objeto quanto à imposição de penalidade ao licitante na hipótese em que a revogação da licitação se deu, em parte, em função sua conduta.

3. É razoável e, portanto, não é nula, a exigência, no edital, de prévia experiência, por parte da licitante, em digitalização de processos fora do seu estabelecimento, notadamente considerando a inconveniência do transporte de processos para a realização desse serviço fora do Tribunal. Vencida a relatora.

4. A apuração de irregularidade em atestado de capacidade técnica pode conduzir à imposição de penalidade.

5. Na hipótese em que, não obstante o atraso decorrente da conduta da impetrante, o serviço para o qual fora instaurado o pregão acabou por ser realizado de maneira independente, a aplicação da penalidade de suspensão de dois anos, com fundamento no art. 7º da Lei 10.250/2002, é exagerada, devendo ser reduzida.

6. Segurança concedida em parte, para fixar em um ano o período da suspensão temporária de participação da impetrante em licitação e impedimento de contratar com a Administração.

(STJ, MS 14991/DF, Corte Especial, j. 12/05/2011).

ADMINISTRATIVO. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR E CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. EFEITOS EX NUNC.

1. O entendimento da Primeira Seção do STJ é no sentido de que a declaração de inidoneidade só produz efeito ex nunc.

2. Agravo Regimental não provido.

(STJ, AgRg no REsp 1148351/MG, Segunda Turma, j. 18/03/2010).

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE EXARADA PELO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. IMPOSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. APLICAÇÃO A TODOS OS ENTES FEDERADOS.

1. A questão jurídica posta a julgamento cinge-se à repercussão, nas diferentes esferas de governo, da emissão da declaração de inidoneidade para contratar com a Adminis-

tração Pública, prevista na Lei de Licitações como sanção pelo descumprimento de contrato administrativo.

2. Insta observar que não se trata de sanção por ato de improbidade de agente público prevista no art. 12 da Lei 8.429/1992, tema em que o Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência limitando a proibição de contratar com a Administração na esfera municipal, de acordo com a extensão do dano provocado. Nesse sentido: EDcl no Resp 1021851/SP, 2ª Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, julgado em 23.6.2009, DJe 6.8.2009.

3. “Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: (...) IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública” (art. 87 da Lei 8.666/1993).

4. A definição do termo Administração Pública pode ser encontrada no próprio texto da citada Lei, que dispõe, em seu art. 6º, X, que ela corresponde à “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”.

5. Infere-se da leitura dos dispositivos que o legislador conferiu maior abrangência à de-

claração de inidoneidade ao utilizar a expressão Administração Pública, definida no art. 6º da Lei 8.666/1993. Dessa maneira, consequência lógica da amplitude do termo utilizado é que o contratado é inidôneo perante qualquer órgão público do País. Com efeito, uma empresa que forneça remédios adulterados a um município carecerá de idoneidade para fornecer medicamentos à União.

6. A norma geral da Lei 8.666/1993, ao se referir à inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, aponta para o caráter genérico da referida sanção, cujos efeitos irradiam por todas as esferas de governo.

7. A sanção de declaração de inidoneidade é aplicada em razão de fatos graves demonstradores da falta de idoneidade da empresa para licitar ou contratar com o Poder Público em geral, em razão dos princípios da moralidade e da razoabilidade.

8. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento de que o termo utilizado pelo legislador - Administração Pública -, no dispositivo concernente à aplicação de sanções pelo ente contratante, deve se estender a todas as esferas da Administração, e não ficar restrito àquela que efetuou a punição.

9. Recurso Especial provido.

(STJ, REsp. 520.553/RJ, Segunda Turma, j. 03/11/2009).

ADMINISTRATIVO. CONTRATO. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. RETENÇÃO DO PAGAMENTO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA A TÍTULO DE SANÇÃO. INVIABILIDADE.

1. O Tribunal de origem adotou, de forma correta, inclusive com base na jurisprudência desta Corte, a teoria da encampação, no que tange à alegação de nulidade processual.

2. Entendeu o seguinte: se o Subsecretário de Apoio Operacional da Secretaria de Estado de Segurança Pública e Defesa Social do Distrito Federal, como autoridade superior hierárquica à autoridade coatora apontada pela parte recorrida, gerindo inclusive os recursos do FUNDEF (fl. 88), assume papel do diretor deste, inclusive na hipótese de oferecer defesa ao ato impugnado (fls. 99/103), torna-se autoridade impetrada, uma vez encampar tal ato impugnado (fl. 220).

3. Para verificar se se trata de Secretário de Governo do Distrito Federal, que teria foro privilegiado por prerrogativa de função, como requer o ora agravante, e não o Sub-Secretário de Apoio Operacional da Secretaria de Estado de Segurança Pública e Defesa Social do Distrito Federal, como afirma o acórdão recorrido, a autoridade que assumiu a defesa do ato, seria necessário reexaminar o acer-

vo fático-probatório dos autos, procedimento defeso em sede de recurso especial, ante o óbice da Súmula 07/STJ.

4. A instância de origem não solucionou a lide sob a óptica dos dispositivos legais tidos por contrariados – os arts. 29 e 55, III, da Lei 8666/93 –, o que configura falta de prequestionamento e impede o acesso da matéria à instância especial, conforme preconiza a Súmula 211/STJ.

5. Se não consta do rol do art. 87 da Lei 8.666/93 a retenção do pagamento pelos serviços prestados, não cabe aplicar tal sanção, sob pena de violar o Princípio Constitucional da Legalidade.

6. Agravo regimental não provido.

(STJ, AgRg no REsp 1048984/DF, Segunda Turma, j. 18/08/2009).

### **Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**

APELAÇÃO CÍVEL. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. INEXECUÇÃO CONTRATUAL. APLICAÇÃO DA PENALIDADE DE SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DE PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÃO E IMPEDIMENTO DE CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PELO PRAZO DE DOIS ANOS. ART. 87, INCISO III, DA LEI Nº 8.666/93. CABIMENTO.

REDUÇÃO DO PRAZO DA PENALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NOS CRITÉRIOS DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DO ADMINISTRADOR. APELO IMPROVIDO.

(TJ-RS, Apelação Cível nº 70044741361, Vigésima Primeira Câmara Cível, j. 05/10/2011)

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

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

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

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

Os três incisos do artigo em comento delimitam situações desvinculadas da inexecução propriamente dita dos contratos administrativos. Considera-se que o citado art. 88 da Lei de Licitações contempla outras hipóteses de sancionamento, distintas daquelas atreladas à execução do contrato.

**Pareceres da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**

[...] Esta parece afigurar-se, a toda vista, a mais acertada interpretação jurídica, principalmente se levados em conta os princípios vetores que regem a Administração Pública – em especial, os da Moralidade e da Razoabilidade. Não fora a previsão legal que determina a aplicação de tal pena administrativa – art. 6º, inciso XI, combinado com art. 87, inciso IV, e art. 88, incs. II e III, todos da Lei de Licitações – sobrevêm ditos princípios como efetivo sustentáculo da declaração de inidoneidade.

(PGE-RS, Parecer nº [14.957](#), de 10/03/2009).

### **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. SANÇÃO IMPOSTA A PARTICULAR. INIDONEIDADE. SUSPENSÃO A TODOS OS CERTAMES DE LICITAÇÃO PROMOVIDOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA QUE É UNA. LEGALIDADE. ART. 87, INCISO II, DA LEI 8.666/93. RECURSO IMPROVIDO.

I - A Administração Pública é una, sendo, apenas, descentralizada o exercício de suas funções.

II - A Recorrente não pode participar de lici-

tação promovida pela Administração Pública, enquanto persistir a sanção executiva, em virtude de atos ilícitos por ela praticados (art. 88, inciso III, da Lei n.º 8.666/93). Exige-se, para a habilitação, a idoneidade, ou seja, a capacidade plena da concorrente de se responsabilizar pelos seus atos.

III - Não há direito líquido e certo da Recorrente, porquanto o ato impetrado é perfeitamente legal.

IV - Recurso improvido.

(STJ, RMS 9707/PR, Segunda Turma, j. 04/09/2001).

## Capítulo 11

# ALIENAÇÃO DE BENS PÚBLICOS

### 11.1 Introdução ao tema

O art. 17 da Lei nº 8.666/93 trata da alienação de direitos e de bens móveis e imóveis no âmbito da Administração Pública. Aqui, o termo “alienação” não pode ser compreendido em uma forma estrita, ou seja, como representando apenas uma compra e venda. Em verdade, a norma em pauta intenta tutelar, de forma ampla, as principais hipóteses em que um particular pode fruir ou ter acesso à posse ou à propriedade de bens públicos.

Perceba que o artigo de lei disciplina figuras típicas de direito privado, como a doação, a locação, a compra e a venda etc. Em resumo, o termo “alienação” de bens deve ser interpretado de forma extensiva, ou seja, contemplando negócios jurídicos nominados e inominados. Logo, “alienação” significa *todo o tipo transferência de um bem*.

O texto do referido artigo é bastante extenso e cheio de desdobramentos. Pelo menos três temas são disciplinados somente pelo art. 17: (a) a alienação de bens públicos; (b) os casos de dispensa de licitação nas alienações; (c) as hipóteses de investidura.

**Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:**

**I - quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos:**

**a) dação em pagamento;**

**b) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo, ressalvado o disposto nas alíneas *f*, *h* e *i*; (Redação dada pela Lei nº 11.952, de 2009)**

**c) permuta, por outro imóvel que atenda aos requisitos constantes do inciso X do art. 24 desta Lei;**

**d) investidura;**

**e) venda a outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo; (Incluída pela Lei nº 8.883, de 1994)**

**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 pro-**

**gramas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública; (Redação dada pela Lei nº 11.481, de 2007)**

**g) procedimentos de legitimação de posse de que trata o art. 29 da Lei no 6.383, de 7 de dezembro de 1976, mediante iniciativa e deliberação dos órgãos da Administração Pública em cuja competência legal incluía-se tal atribuição; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)**

**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 m<sup>2</sup> (duzentos e cinquenta metros quadrados) e inseridos no âmbito de programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública; (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007)**

**i) alienação e concessão de direito real de uso, gratuita ou onerosa, de terras públicas rurais da União na Amazônia Legal onde incidam ocupações até o limite de 15 (quinze) módulos fiscais ou 1.500ha (mil e quinhentos hectares), para fins de regularização fundiária, atendidos os requisitos legais; (Incluído pela Lei nº 11.952, de 2009)**

**II - quando móveis, dependerá de avalia-**

**ção prévia e de licitação, dispensada esta nos seguintes casos:**

**a) doação, permitida exclusivamente para fins e uso de interesse social, após avaliação de sua oportunidade e conveniência sócio-econômica, 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.**

**§ 1º Os imóveis doados com base na alínea “b” do inciso I deste artigo, cessadas as razões que justificaram a sua doação, reverterão ao patrimônio da pessoa jurídica doadora, vedada a sua alienação pelo beneficiário.**

**§ 2º A Administração também poderá con-**

**ceder título de propriedade ou de direito real de uso de imóveis, dispensada licitação, quando o uso destinar-se: (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)**

**I - a outro órgão ou entidade da Administração Pública, qualquer que seja a localização do imóvel; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)**

**II - a pessoa natural que, nos termos da 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 situada na Amazônia Legal, superior a 1 (um) módulo fiscal e limitada a 15 (quinze) módulos fiscais, desde que não exceda 1.500ha (mil e quinhentos hectares); (Redação dada pela Lei nº 11.952, de 2009)**

**§ 2º-A. As hipóteses do inciso II do § 2º ficam dispensadas de autorização legislativa, porém submetem-se aos seguintes condicionamentos: (Redação dada pela Lei nº 11.952, de 2009)**

**I - aplicação exclusivamente às áreas em que a detenção por particular seja comprovadamente anterior a 1º de dezembro de 2004; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)**

**II - submissão aos demais requisitos e impedimentos do regime legal e administra-**

**tivo da destinação e da regularização fundiária de terras públicas; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)**

**III - vedação de concessões para hipóteses de exploração não-contempladas na lei agrária, nas leis de destinação de terras públicas, ou nas normas legais ou administrativas de zoneamento ecológico-econômico; e (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)**

**IV - previsão de rescisão automática da concessão, dispensada notificação, em caso de declaração de utilidade, ou necessidade pública ou interesse social. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)**

**§ 2º-B. A hipótese do inciso II do § 2º deste artigo: (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)**

**I - só se aplica a imóvel situado em zona rural, não sujeito a vedação, impedimento ou inconveniente a sua exploração mediante atividades agropecuárias; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)**

**II – fica limitada a áreas de até quinze módulos fiscais, desde que não exceda mil e quinhentos hectares, vedada a dispensa de licitação para áreas superiores a esse limite; (Redação dada pela Lei nº 11.763, de 2008)**

**III - pode ser cumulada com o quantitativo de área decorrente da figura prevista na alínea g do inciso I do caput deste artigo,**

**até o limite previsto no inciso II deste parágrafo. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)  
IV – (VETADO) (Incluído pela Lei nº 11.763, de 2008)**

**§ 3º Entende-se por investidura, para os**

**fins desta lei: (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)**

**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 a 50% (cinquenta por cento) do valor constante da alínea “a” do inciso II do art. 23 desta lei; (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)**

**II - a alienação, aos legítimos possuidores diretos ou, na falta destes, ao Poder Público, de imóveis para fins residenciais construídos em núcleos urbanos anexos a usinas hidrelétricas, desde que considerados dispensáveis na fase de operação dessas unidades e não integrem a categoria de bens reversíveis ao final da concessão. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)**

**§ 4º A doação com encargo será licitada e de seu instrumento constarão, obrigatoriamente os encargos, o prazo de seu cumprimento e cláusula de reversão, sob pena de nulidade do ato, sendo dispensa-**

**da a licitação no caso de interesse público devidamente justificado; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)**

**§ 5º Na hipótese do parágrafo anterior, caso o donatário necessite oferecer o imóvel em garantia de financiamento, a cláusula de reversão e demais obrigações serão garantidas por hipoteca em segundo grau em favor do doador. (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)**

**§ 6º Para a venda de bens móveis avaliados, isolada ou globalmente, em quantia não superior ao limite previsto no art. 23, inciso II, alínea “b” desta Lei, a Administração poderá permitir o leilão. (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)**

**§ 7º (VETADO). (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007)**

A regra em questão não exaure as hipóteses em que seja possível a alienação de bens de outra maneira, uma vez que a própria Lei nº 8.666/93, em outras passagens, contempla outras situações que tratam da alienação mencionada (veja art. 24, inciso VI, da referida lei). Logo, outras formas de transferência podem ser previstas, a par da lista do art. 17.

Como bem referido quando se comentou acerca do procedimento de leilão, a alienação de bens públicos não reclama que a Administração Pública investigue com maior intensidade a capacidade econômica, financeira, técnica etc. do licitante. O

que importa é selecionar a proposta que mais valor oferte a determinado bem ou direito. Assim, o procedimento torna-se bem menos complexo, podendo-se exigir do interessado, no mais das vezes, garantia econômica (por exemplo, caução) de que tem condições de cumprir com a entrega do numerário prometido.

É bom que se perceba que a alienação de bens públicos cumpre funções muito distintas. Não serve somente para que o Estado arrecade ativos, complementando o orçamento. Serve, em outra medida, também para a promoção de políticas públicas variadas, como a intervenção no domínio econômico, a promoção da reforma agrária etc.

Essa diferença de finalidades tem efeitos no que se refere ao regime jurídico do próprio procedimento licitatório. Por exemplo, no caso de a alienação servir para a promoção da assistência pública, podem ser estabelecidos requisitos razoáveis e pertinentes para a participação de determinados interessados, desde que guardados os princípios que regem a Administração Pública e, principalmente, aqueles incidentes especificamente nas licitações. Uma preocupação que deve estar presente no que se refere às alienações administrativas consiste na perspectiva de se evitar, com a alienação, a possibilidade de se gerarem monopólios ou concentrações econômicas, tão combatidas pela Lei nº 8.884/94, bem como impedir que a licitação seja direcionada a determinado sujeito.

## **11.2 Licitação dispensada**

A Lei de Licitações e Contratos Administrativos prevê hipóteses em que se faculta à Administração Pública não subme-

ter a contratação de um serviço ou produto ao procedimento de licitação. Seriam os típicos casos da *dispensa* (art. 24) e da *inexigibilidade* (art. 25). Contudo, há casos em que a própria lei dispensa, de plano, a licitação, ou seja, ela própria menciona certos casos em que o certame não irá ocorrer, muito embora as circunstâncias do caso concreto bem poderiam autorizar a realização do procedimento.

Então, para os limites deste trabalho adotar-se-á a nomenclatura utilizada pela lei:

<b>Artigo</b>	<b>Tipo</b>	<b>Peculiaridades</b>
Art. 25	INEXIGIBILIDADE	Quando as circunstâncias fáticas e lógicas, de qualquer sorte, não permitem que se faça a licitação, ainda que se quisesse assim o
Art. 24	DISPENSÁVEL	As circunstâncias fáticas e lógicas permitem que se faça, em tese, a licitação, mas a lei faculta ao administrador público sua dispensa.
Art. 17	DISPENSADA	As circunstâncias fáticas e lógicas permitem que se faça, em tese, a licitação, mas a lei proíbe que assim se proceda.

Deve ser destacado que essa divisão não é estanque, porque o próprio art. 17 acolhe casos de inexigibilidade de licitação, ou seja, nos quais a competição, ainda que fosse solicitada, não seria possível faticamente (como nos casos de legitimação da posse). De outro lado, apesar de quase todas as hipóteses do art. 24, por exemplo, tratarem de casos em que se faculta ao Poder Público não licitar – é uma decisão discricionária –, o que se convencionou chamar de “licitação dispensável”, há casos em que se visualiza a inexigibilidade de licitação.

O art. 17, da Lei nº 8.666/93, ao seu turno, determina que não se faça licitação para alienação de certos bens, o que

dispensa qualquer ato do administrador público para liberar-se do certame e formalizar sua inexistência. Para isso, basta que se justifique que o caso se enquadra em uma das hipóteses desse artigo e se prove a “existência de interesse público devidamente justificado”.

### **Acórdãos do Tribunal de Contas da União**

Na licitação dispensada, diferentemente do que ocorre com a licitação dispensável, não cabe ao administrador a decisão de licitar ou não, pois é a própria lei que determinou a contratação direta.

(TCU, Acórdão 2937/2008, Pleno, j.10/12/2008).

### **11.3 Requisitos para se ter licitação na alienação de bens públicos**

A licitação para a alienação de bens públicos reclama certos requisitos fixados na Lei nº 8.666/93. De início, é importante apresentar um breve quadro sinótico para que se visualizem de forma sistemática esses pressupostos:

#### **GERAIS**

##### **INTERESSE PÚBLICO JUSTIFICADO**

**Observação:** deve-se ponderar que a alienação de bens públicos não é uma prática corriqueira, ou seja, deve ser

concebida como algo anormal, esporádico. Além disso, não se pode pensar em uma alienação de bens públicos que induza a apequenar o aparelho estatal, fazendo com que seja insuficiente a dar conta das demandas sociais. Nesse sentido, importa perceber que as alienações não podem tender à demolição da estrutura pública. É importante destacar que a alienação de bens públicos jamais pode comprometer a soberania do Estado brasileiro como um todo.

De qualquer sorte, a alienação de bens públicos sempre deve estar acompanhada da pertinente justificativa, a qual deve abordar as questões de fato e de direito.

## ESPECÍFICOS

### Imóveis

a) AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA PARA PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO (da administração direta e indireta). Muito embora a lei não mencione, os *consórcios públicos*, quando possuam natureza de pessoa jurídica de direito público, devem solicitar autorização legislativa.

A permissão via ato legislativo é necessária por conta de que os bens públicos reclamam *desafetação* para serem vendidos;

**Observação:** no caso de se ter a alienação de área superior a *dois mil e quinhentos hectares*, é necessária autorização legislativa oriunda do Congresso Nacional (arts. 49, XVII, e 188, § 1º, da Constituição Federal/88).

Então, o Estado do Rio Grande do Sul, nesse caso, necessitaria de duas leis, uma federal e outra estadual. Ademais, deve ser percebido que as pessoas jurídicas de direito privado sob o controle da Administração Pública não precisam da autorização legislativa pertinente. Tese essa reforçada pela dicção do art. 99, parágrafo único, do Código Civil: “Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado”.

b) AVALIAÇÃO PRÉVIA;

c) LICITAÇÃO na modalidade de CONCORRÊNCIA;

**Observação:** Exceção - permite-se o LEILÃO nos casos:

a) do art. 19 da Lei nº 8.666/93; e

b) de bens móveis avaliados, isolada ou globalmente, em quantia não superior ao limite previsto no art. 23 da Lei nº 8.666/93, inciso II, alínea “b” - até R\$ 650.000,00 (art. 17, § 6º);

### **Móveis**

a) AVALIAÇÃO PRÉVIA

b) LICITAÇÃO na modalidade de CONCORRÊNCIA - com as mesmas exceções;

c) INTERESSE PÚBLICO DEVIDAMENTE JUSTIFICADO.

## **Resumindo**

Para alienação de qualquer bem, os requisitos são:

- a) LICITAÇÃO NA MODALIDADE DE CONCORRÊNCIA;
- b) AVALIAÇÃO PRÉVIA.

Aos bens imóveis de pessoas jurídicas de direito público da administração direta e indireta, ainda se reclama AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA.

## **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**

Os bens públicos dominicais podem ser alienados “nos casos e na forma que a lei prescrever” (CC de 1916, art. 66, III e 67; CC de 2002, art. 101). Mesmo sendo pessoa jurídica de direito público a proprietária de fração ideal do bem imóvel indivisível, é legítima a sua alienação pela forma da extinção de condomínio, por provocação de outro condômino. Nesse caso, a autorização legislativa para a alienação da fração ideal pertencente ao domínio público é dispensável, porque inerente ao regime da propriedade condominial.

3. Recurso especial a que se nega provimento.

(STJ, REsp. nº 655.787-MG, 1ª Turma, j. 09/08/2005).

## 11.4 Dispensas de licitação constantes na Lei nº 8.666/93

Em cada caso, *apenas se dispensa a licitação*. Deve se ter clareza que *os demais requisitos constantes na lei devem ser cumpridos* (como autorização legislativa, avaliação prévia etc.). Os casos de dispensa catalogados pelo art. 17, em combinação com o art. 18, ambos da Lei nº 8.666/93, são os a seguir descritos.

### 11.4.1 Imóveis

Destaca-se, em primeiro plano, que a maioria das hipóteses expostas pelo art. 17 da Lei nº 8.666/93 trata de situações em que se *dispensa a licitação*. Nessa situação, abordar-se-ão, a seguir, os casos em que a alienação de bens imóveis pertencentes à Administração Pública não precisa passar por certame licitatório:

a) a hipótese de *dação em pagamento*, que, em termos sintéticos, ocorre quando o credor consente em receber prestação diversa da acordada (conferir arts. 356 a 359, do Código Civil). Por exemplo, o devedor quita uma dívida monetária entregando um imóvel. Contudo, caso o Poder Público possa obter uma proposta mais vantajosa por meio da licitação, deve assim proceder. Ou ainda, caso existam vários credores, a autoridade licitante deve escolher aquele que ofertar a proposta que estabeleça maior vantagem;

Então, a regra é: dação em pagamento somente pode ser feita quando não se obtenha uma proposta mais vantajosa por outras vias.

b) a *doação*, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo, ressalvado o disposto nas alíneas *f*, *h* e *i*. Destaca-se que esta alínea está *suspensa aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios* pelo STF, na ADI nº 927-3/RS, a qual aguarda julgamento final;

O fundamento-base para o deferimento da liminar que permitiu a referida suspensão da eficácia da regra assenta-se no fato de que o a alínea “b” do inciso I do art. 17 não trata de norma geral sobre licitação, como determina o art. 22, XXVII, da Constituição Federal/88. Então, o Estado do Rio Grande do Sul não está a esta regra vinculado.

Destaca-se, por oportuno, que o § 1º do art. 17 diz que estes bens, “[...] cessadas as razões que justificaram a sua doação, reverterão ao patrimônio da pessoa jurídica doadora, vedada a sua alienação pelo beneficiário”. Esse dispositivo também remanesce suspenso a todas as entidades da Federação.

Por fim, merece a ressalva que a *doação de bem imóvel a particular* reclama licitação (STJ, REsp nº 685.551/AP, Segunda Turma, j. 1º/03/2005).

b.1) a *doação com encargo* é tratada no § 4º do mesmo art. 17. Em síntese, é um negócio jurídico em que uma parte transfere um bem em troca de uma incumbência, do cumprimento de uma obrigação. A regra é a de que se faça licitação,

salvo nos casos de interesse público devidamente justificado (parte final do § 4º);

Destaca-se que devem ser fixados, no instrumento contratual, os encargos, o prazo de seu cumprimento e a cláusula de reversão, sob pena de nulidade do ato. Nos casos de garantia de financiamento por parte do donatário (quem recebe o bem), a cláusula de reversão e as demais obrigações serão garantidas por hipoteca em segundo grau em favor do doador (§ 5º do art. 17). A *hipoteca de segundo grau*, também chamada de *sub-hipoteca*, é disciplinada pelo art. 1.476 do Código Civil: “Art. 1.476. O dono do imóvel hipotecado pode constituir outra hipoteca sobre ele, mediante novo título, em favor do mesmo ou de outro credor.”. O imóvel deve ser suficiente para garantir toda a dívida.

### **Pareceres da Procuradoria-Geral do Rio Grande do Sul**

DOAÇÃO DE BEM IMÓVEL, ONDE IMPLANTADA ESCOLA MUNICIPAL, AO MUNICÍPIO DE CAPIVARI. VIABILIDADE, DESDE QUE PRESENTE INTERESSE PÚBLICO DEVIDAMENTE JUSTIFICADO, FEITA PRÉVIA AVALIAÇÃO DO BEM E EDITADA LEI AUTORIZATIVA DA ALIENAÇÃO, NOS TERMOS DO ARTIGO 17, INCISO I, ALÍNEA ‘B’, DA LEI Nº 8.666/93.

(PGE-RS, Parecer nº [13.746](#), de 28/8/2003).

Lei Estadual n.º 8.142/86. Lei Estadual n.º 10.950/97. Permanecem válidas as conclusões do Parecer [10859](#) desta douta Procuradoria-Geral do Estado. O imóvel doado, pelo Estado ao Município, com cláusula de reversão inserida na autorização legislativa e correspondente escritura pública, retorna ao patrimônio do Estado quando o donatário lhe der destinação diversa.

(PGE-RS, Parecer nº [12.641](#), de 16/11/1999).

Bem Público. Imóvel. Doação para Município. Art. 17 da L. 8.666/93. Necessidade de autorização legislativa.

(PGE-RS, Parecer nº [12.437](#), de 30/12/1998).

### **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**

ADMINISTRATIVO - DOAÇÃO DE VEÍCULO PÚBLICO SEM PRÉVIA LICITAÇÃO - ART. 53 DA LEI 9.784/99 - ATO NULO DE PLENO DIREITO – DESNECESSIDADE DE INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO - CANCELAMENTO DO REGISTRO DE PROPRIEDADE DO VEÍCULO EM NOME DO DONATÁRIO.

1. A Lei 8.666/93 exige, nos casos doação de bens públicos a particular, prévia licitação.

2. Ato de ex-governador do Estado que, mediante decreto autônomo, doa a amigo particular veículo público é nulo de pleno direito.

3. A Administração, com amparo no art. 53 da Lei 9.784/99, deve anular seus próprios atos, quando eivados de nulidade, sendo desnecessária a instauração de processo administrativo, oportunizando a defesa ao donatário na hipótese dos autos, porque o ato não poderia ser convalidado, à míngua de licitação.

4. Registro de propriedade do veículo em nome do donatário que deve ser cancelado.

5. Recurso especial provido.

(STJ, REsp. 685.551-AP, Segunda Turma, j. 01/03/2005).

c) a *permuta*, por outro imóvel que atenda aos requisitos constantes do inciso X do art. 24 da Lei nº 8.666/93. Esse dispositivo também está suspenso pela ADI nº 927-3/RS, do STF. Na prática, significa que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não se sujeitam ao inciso X do art. 24, mas somente aos requisitos gerais do art. 17, o que implica na desnecessidade de se perfazer licitação;

### **Pareceres da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**

Pode a CEASA - Centrais de Abastecimento do Rio Grande do Sul S.A. - permutar bem de sua propriedade com imóvel pertencente

à CONAB - Companhia Nacional de Abastecimento -, obedecidos que sejam os mandamentos insculpidos na Lei de Licitações e em seus Estatutos Sociais.

(PGE-RS, Parecer nº [11.876](#), de 20/10/1997).

De salientar que a hipótese de permuta ora em exame restou atingida pela referida liminar, uma vez que se refere à proposição elencada no artigo 17, I, “c”. Referida decisão, quanto a este aspecto, deferiu a suspensão, relativamente aos entes da Administração Pública Estadual e Municipal, apenas parcialmente da eficácia da alínea “c” do inciso I do artigo 17 da Lei 8.666/93, isto é, no que exigia a observância, na permuta, aos requisitos do artigo 24, inciso X, do mesmo diploma legal. Significa dizer que a permuta não se sujeita aos requisitos constantes do inciso X do art. 24 da Lei 8.666/93, mas apenas aos requisitos gerais elencados na norma, podendo os entes públicos de Estados e Municípios realizar permutas, independentemente da necessidade de licitação.

(PGE-RS, Parecer nº [14801](#), de 14/3/2008.

No mesmo sentido: PGE-RS, Informação nº [31/00/PDPE](#), de 20/6/2000).

### **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**

Permuta de bens imóveis por serviços. Exigência de procedimento licitatório. Art. 17, I, “c”, da Lei nº 8.666/93. Precedente (STF, ADI nº 927-3-MC, DJ 11.11.1994).  
(STF, RE 523220 AgR- SP Re. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, j. 02/03/2010).

d) a *investidura* é detalhada no § 3º do art. 17 da Lei nº 8.666/93. Considera-se *investidura*:

d.1) 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 a 50% do valor constante da alínea “a” do inciso II do art. 23 da Lei nº 8.666/93 (inciso I do § 3º do art. 17);

**Requisitos:**

- imóvel remanescente ou resultante de obra pública;
- não pode ser aproveitada (conforme critérios na regra definidos);
- alienação aos lindeiros.

d.2) a alienação, aos legítimos possuidores diretos ou, na falta destes, ao Poder Público, de imóveis para fins residenciais construídos em núcleos urbanos anexos a usinas hidrelétricas, desde que considerados dispensáveis na fase de operação dessas unidades e não integrem a categoria de bens reversíveis ao final da concessão (inciso II, do § 3º, do art. 17);

**Requisitos:**

- alienação aos possuidores ou ao Poder Público;
- imóveis residenciais anexos a usinas hidrelétricas;
- não são bens reversíveis ao final da concessão. Os bens reversíveis são aqueles que, ao final do contrato de concessão, passam ao domínio público. Consideram-se bens não reversíveis aqueles que, ao final, passam ao domínio privado, ou seja, do concessionário;
- considerados dispensáveis à implantação da obra.

e) *venda a outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo (PGE-RS, Parecer nº [12.641](#), aprovado em 16/11/99);*

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;*

**Pareceres da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**

CESSÃO DE USO DE BEM IMÓVEL. DIVERGÊNCIA ENTRE OS PARECERES [11.101/98](#) E [13.516/2003](#). AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA. DESNECESSIDADE. LEI Nº 12.144/2004. REVISÃO DO PARECER Nº [13.516/2003](#).

(PGE-RS, Parecer nº [15.744](#), de 28/05/2012).

Permissão de uso de bem público não se confunde com permissão de serviços públicos – art. 175, CF/88 e Lei nº 8.987/95.

(PGE-RS, Parecer nº [12.542](#), de 22/06/1999).

CESSÃO DE USO DE BEM PÚBLICO ESTADUAL - ESCOLA - PARA O MUNICÍPIO. TROCA DE MANTENEDORA. UTILIZAÇÃO SEGUNDO SUA DESTINAÇÃO ESPECÍFICA. A LEI NÃO COGITA SOBRE A NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA.

(PGE-RS, Parecer nº [11.101](#), de 30/04/1996).

Devem ser consultadas, ainda, as Informações nºs [034/05/PDPE](#) e [002/11/PDPE](#), ambas oriundas da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, que dão cabo de abordar o tema sobre a cessão de uso de bem público.

g) os *procedimentos de legitimação de posse* de que trata o art. 29 da Lei nº 6.383/76, mediante iniciativa e deliberação dos órgãos da Administração Pública em cuja competência legal incluía-se tal atribuição;

h) a *alienação gratuita ou onerosa, o aforamento, a concessão de direito real de uso, a locação ou permissão de uso de bens imóveis de uso comercial de âmbito local com área de duzentos e cinquenta metros quadrados* 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 na Amazônia Legal* onde incidam ocupações até o limite de quinze módulos fiscais ou mil e quinhentos hectares, para fins de regularização fundiária, atendidos os requisitos legais;

j) os §§ 2º, 2º-A e 2º-B, todos do art. 17, trazem outras hipóteses de *direito real de uso de imóveis*, a par das duas previsões feitas nos itens anteriores. Assim, ainda dispensa-se a licitação:

j.1) a outro órgão ou entidade da Administração Pública, qualquer que seja a localização do imóvel (incluído pela Lei nº 11.196/05);

j.2) a pessoa natural que, nos termos da 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 situada na Amazônia Legal, superior a um módulo fiscal e limitada a quinze módulos fiscais, desde que não exceda mil e quinhentos hectares.

Neste último caso, ainda são necessários os seguintes requisitos (§ 2º-B do art. 17):

**I - só se aplica a imóvel situado em zona rural, não sujeito a vedação, impedimento ou inconveniente a sua exploração mediante atividades agropecuárias; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)**

**II – fica limitada a áreas de até quinze módulos fiscais, desde que não exceda mil e**

**quinhentos hectares, vedada a dispensa de licitação para áreas superiores a esse limite; (Redação dada pela Lei nº 11.763, de 2008)**

**III - pode ser cumulada com o quantitativo de área decorrente da figura prevista na alínea g do inciso I do caput deste artigo, até o limite previsto no inciso II deste parágrafo. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)**

No caso da letra “j.2”, não se precisa de lei caso se trate de (§ 2º-A do art. 17):

**I - aplicação exclusivamente às áreas em que a detenção por particular seja comprovadamente anterior a 1º de dezembro de 2004; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)**

**II - submissão aos demais requisitos e impedimentos do regime legal e administrativo da destinação e da regularização fundiária de terras públicas; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)**

**III - vedação de concessões para hipóteses de exploração não-contempladas na lei agrária, nas leis de destinação de terras públicas, ou nas normas legais ou administrativas de zoneamento ecológico-econômico; e (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)**

**IV - previsão de rescisão automática da**

**concessão, dispensada notificação, em caso de declaração de utilidade, ou necessidade pública ou interesse social. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)**

### **11.4.2 Móveis**

O tratamento das formas de alienação de *bens móveis* foi feito a partir do art. 17, inciso II, da Lei nº 8.666/93. Deve-se destacar que a disposição dessa espécie de bens não reclama autorização legislativa. Contudo, uma exceção nesse sentido poderia ser pontuada: a alienação do controle das sociedades de economia mista ou das empresas públicas reclama permissão via lei, porque sua concepção reclamou a edição de lei (art. 37, XIX, Constituição Federal/88). Aplicando-se à espécie o *princípio da similaridade*, a alienação das ações da referida companhia também reclamará lei nesse sentido.

a) *doação*, permitida exclusivamente para fins e uso de interesse social, após avaliação de sua oportunidade e conveniência sócio-econômica, relativamente à escolha de outra forma de alienação. Deve-se ter em mente, neste caso, as mesmas considerações feitas quando se tratou da *doação com encargo*, no tópico relativo à dispensa de licitação dos bens imóveis;

b) *permuta*, permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública (PGE, Parecer nº [11.876](#), aprovado em 20/10/97). Este dispositivo também teve sua vigência suspensa pela ADI nº 927-3/RS, STF, mas somente em relação aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal;

c) *venda de ações*, que poderão ser negociadas em bolsa, observada a legislação específica. A negociação em bolsa de valores, em verdade, configura-se como um certame público, obtendo-se a seleção da melhor proposta por regras de mercado, muito embora quem intermedeie esta operação seja uma entidade privada, qual seja, a própria bolsa de valores. Adverte-se, por oportuno, que a alienação de bens por este meio deve ser precedida de ampla divulgação, para que o máximo de interessados compareçam para fornecer propostas, o que aumentam as chances de selecionar o melhor lance;

d) *venda de títulos*, na forma da legislação pertinente. Trata-se de medida que visa a dar operacionalização à política monetária nacional, fato que torna impraticável qualquer espécie de licitação;

e) *venda de bens produzidos ou comercializados por órgãos ou entidades da Administração Pública*, em virtude de suas finalidades. Este dispositivo vem ao encontro do art. 173 da Constituição Federal/88, na medida em que, quando o Estado atua na economia, deve assim o fazer como se particular fosse, enfim, sem qualquer privilégio ou ônus que lhe é próprio;

f) *venda de materiais e equipamentos para outros órgãos ou entidades da Administração Pública*, sem utilização previsível por quem deles dispõe.

## 11.5 Procedimento

De acordo com as regras incidentes à espécie, em geral, deve-se optar pela modalidade de *concorrência* no que se re-

ferre à alienação de que trata o art. 17 da Lei nº 8.666/93. Com a ressalva no sentido de que a fase de habilitação se resume à comprovação do recolhimento de quantia correspondente a 5% da avaliação (art. 18 da Lei nº 8.666/93).

**Art. 18. Na concorrência para a venda de bens imóveis, a fase de habilitação limitar-se-á à comprovação do recolhimento de quantia correspondente a 5% (cinco por cento) da avaliação.**

Deve-se ficar atento aos casos de alienação do art. 19, que admitem a modalidade licitatória de leilão ou de concorrência, sendo esta uma escolha discricionária da Administração Pública.

**Art. 19. Os bens imóveis da Administração Pública, cuja aquisição haja derivado de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento, poderão ser alienados por ato da autoridade competente, observadas as seguintes regras:**

**I - avaliação dos bens alienáveis;**

**II - comprovação da necessidade ou utilidade da alienação;**

**III - adoção do procedimento licitatório, sob a modalidade de concorrência ou leilão.**

Destaca-se que o dispositivo trata de hipóteses de aquisição de bens por conta de: (a) atuação em procedimentos judiciais; ou (b) derivados de dação em pagamento.

### **Legislação federal correlata**

DECRETO Nº 1.110, DE 13 DE ABRIL DE 1994.

Dispõe sobre a conversão para a Unidade Real de Valor dos contratos para aquisição de bens e serviços, em que forem contratantes órgãos e entidades da Administração Federal direta e indireta, e dá outras providências.

DECRETO Nº 5.732, DE 23 DE MARÇO DE 2006.

Regulamenta o inciso II do § 2º do art. 17 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

DECRETO Nº 6.232, DE 11 DE OUTUBRO DE 2007.

Fixa os limites de área rural a que se refere o inciso II do § 2º do art. 17 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993.

DECRETO Nº 6.553, DE 1º DE SETEMBRO DE 2008.

Fixa os limites de área rural a que se refere o inciso II do § 2º do art. 17 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993.

**RESOLUÇÃO Nº 53, DE 1997, SENADO FEDERAL**

Regulamenta, no âmbito do Senado Federal, os art. 17 e 18 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, concernentes à alienação de bens móveis e imóveis.

**DECRETO Nº 99.658, DE 30 DE OUTUBRO DE 1990.**

Regulamenta, no âmbito da Administração Pública Federal, o reaproveitamento, a movimentação, a alienação e outras formas de desfazimento de material.

**Legislação estadual correlata**

**LEI Nº 12.144/04, DE 1º DE SETEMBRO DE 2004**

Cria o Fundo Estadual de Gestão Patrimonial - FEGEP - e dá outras providências.

**DECRETO Nº 38.878, DE 18 DE SETEMBRO DE 1998.**

Dispõe sobre os bens móveis inservíveis da Administração Pública Estadual e dá outras providências.

**DECRETO Nº 43.954, DE 28 DE JULHO DE 2005.**

Dá nova redação ao artigo 5º do Decreto nº 38.878, de 18 de setembro de 1998, que dispõe sobre bens móveis inservíveis.

## **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**

1. A dispensa de licitação em geral é definida no artigo 24, da Lei n. 8.666/93; especificadamente --- nos casos de alienação, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis construídos e destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social, por órgãos ou entidades da administração pública --- no seu artigo 17, inciso I, alínea “f”. Há, no caso dos autos, inviabilidade de competição, do que decorre a inexigibilidade de licitação (art. 25 da lei). O loteamento há de ser regularizado mediante a venda do lote àquele que o estiver ocupando. Consubstancia hipótese de inexigibilidade, artigo 25. 2. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente. (STF, ADI 2.990-DF, Pleno, j. 18/04/2007).

## **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**

[...] Ao tempo da licitação, já existia a previsão legal sobre ser necessária a alienação do domínio útil da área em discussão, não se verificando a apontada afronta ao artigo 17, da Lei de Licitações.

III - A modalidade de licitação convite abrange somente as obras até o montante de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), não podendo ter sido escolhida pela Administração no caso em comento, uma vez que a obra que envolve o estacionamento em questão teve um montante estimado em R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais).

IV - Não há que se afastar o disposto no artigo 2º, III, da Lei nº 8.987/95, considerando-se estarmos diante de uma concessão de serviço público.

V- Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido.

(STJ, REsp. 919.727-AL, j. 24/4/2007).

[...] 3. A alienação de bem público, quando o interesse público o justificar, deve ser precedida de licitação pública, procedimento formal obrigatório de matriz constitucional (CF/88, art. 37, XXI) e infraconstitucional (Lei 8.666/93, arts. 1º, 2º, 3º e 17), que vincula a Administração direta e indireta.

4. O licitante vencedor, tal qual o Poder Público, deve cumprir as normas e condições previstas no edital – no caso, ratificadas na escritura de compra e venda –, em razão do princípio da vinculação ao instrumento convocatório (Lei 8.666/93, arts. 3º e 41), sob pena de responderem pelas consequências de sua

inexecução total ou parcial (Lei 8.666/93, arts. 66 e 77).

5. A cláusula penal que prevê, em caso de rescisão provocada pelo adquirente, a perda, em favor do alienante, do sinal de vinte por cento do preço do imóvel objeto do contrato, não é abusiva, pois, além de guardar proporcionalidade com o valor da obrigação principal (CC/1916, art. 920; CC/2002, art. 412), tem amparo legal (CC/1916, art. 1.097; CC/2002, art. 418).

6. A redução da cláusula penal e, desse modo, a restituição à recorrente de parte do sinal pago, implicaria manifesta violação dos princípios constitucionais da legalidade, da isonomia e da impessoalidade, na medida em que estar-se-ia conferindo favorecimento indevido ao licitante contratado em desfavor dos concorrentes desclassificados.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e desprovido.

(STJ, REsp. 540.811-DF, j. 14/02/2006).

[...] 2. A alienação de bem imóvel pertencente a empresa pública deve se submeter a procedimento licitatório, conforme se verifica no art. 17, I, da Lei n. 8.666/93.

3. O prazo para propositura de ação popular é de cinco anos e tem início após a publicidade do ato lesivo ao patrimônio público.

4. O art. 6º, § 3º, da Lei da Ação Popular confere às Pessoas Jurídicas de Direito Público a opção de se abster de contestar o pedido, a juízo do seu representante legal.

5. Recurso especial de Pedro Calmon Mendes conhecido em parte e, nessa parte, não-provido. Recurso especial do Distrito Federal conhecido em parte e, nessa parte, provido. (STJ, REsp. 693.959-DF, Segunda Turma, j. 17/11/2005).

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. BEM PÚBLICO. AÇÃO DE EXTINÇÃO DE CONDOMÍNIO. FRAÇÃO PERTENCENTE A MUNICÍPIO. POSSIBILIDADE. PRÉVIA AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA. PRESCINDIBILIDADE.

1. É direito potestativo do condômino de bem imóvel indivisível promover a extinção do condomínio mediante alienação judicial da coisa (CC/16, art. 632; CC/2002, art. 1322; CPC, art. 1.117, II). Tal direito não fica comprometido com a aquisição, por arrecadação de herança jacente, de parte ideal do imóvel por pessoa jurídica de direito público.

2. Os bens públicos dominicais podem ser alienados “nos casos e na forma que a lei prescrever” (CC de 1916, art. 66, III e 67; CC de 2002, art. 101). Mesmo sendo pessoa jurídica de direito público a proprietária de fra-

ção ideal do bem imóvel indivisível, é legítima a sua alienação pela forma da extinção de condomínio, por provocação de outro condômino. Nesse caso, a autorização legislativa para a alienação da fração ideal pertencente ao domínio público é dispensável, porque inerente ao regime da propriedade condominial.

3. Recurso especial a que se nega provimento.

(STJ, REsp. 655.787-MG, Primeira Turma, j. 09/08/2005).

### **Acórdãos Tribunal de Contas da União**

TCU, Acórdão 2937/2008, Pleno, j.10/12/2008

## Capítulo 12

### PREGÃO

O pregão é modalidade oficialmente instituída por meio da Medida Provisória nº 2.026/00, posteriormente renumerada como Medida Provisória nº 2.108/00, em 27 de dezembro do mesmo ano, que foi mais uma vez alterada para 2.182/01, em sua reedição nº 16, em junho de 2001, e, finalmente, estendida a todos os entes da Federação com sua conversão na Lei federal nº 10.520/02.

A Lei federal nº 10.520/02 é considerada norma geral acerca da modalidade de licitação denominada “pregão”, com aplicação no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Cumpre destacar, por outro lado, que os Decretos nºs 3.555/00 (e suas alterações) e 5.450/05, os quais regulamentam a Lei federal nº 10.520/02, têm aplicabilidade restrita ao âmbito federal.

Diferentemente das outras modalidades de licitação (concorrência, tomada de preços e convite), que têm como condicionante o valor da licitação, a utilização do pregão restringe-se para aquisição de bens e serviços **comuns**, não se vinculando, portanto, a valor.

O pregão permite aos licitantes, em sessão pública presencial ou virtual, reduzir o valor da proposta por meio de lances sucessivos. Além disso, consistem em características do pregão:

a) possibilidade de o licitante reduzir o valor da proposta durante a sessão, aumentando a competitividade;

b) inversão das fases de julgamento da habilitação e da proposta;

c) recurso será apresentado no final do certame, de modo que se diminuam as paralisações do procedimento.

Destaca-se a vedação à **contratação de obras**, por meio de pregão, ainda que não exista lei estadual disciplinando nesse sentido, pois tal proibição está subsumida na dicção do *caput* do art. 1º da Lei federal nº 10.520/02, lei geral de observância obrigatória pelos demais entes políticos.

Com efeito, a Lei nº 10.520/02, ao estabelecer a finalidade do pregão, deixa claro o seu uso para **aquisição de bens e prestação de serviços comuns**. Para melhor compreensão, é importante cotejar a Lei do Pregão com o art. 6º, II e III, da Lei nº 8.666/93.

Ao prever os conceitos de **bens, serviços e obras**, a Lei nº 8.666/93 os fez separadamente, o conceito de obra é encontrado no inciso I. Desse modo, bens, serviços e obras sendo considerados coisas distintas, o fato de as obras não estarem citadas no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 10.520/02 demonstra que as mesmas estão excluídas da possibilidade de serem contratadas por pregão.

É importante aqui destacar que a Lei nº 10.520/02 conferiu certa indeterminação à definição de *serviço comum*, condicionando a opção do pregão ao exercício de ponderações a ser feito pela Administração Pública. Em decorrência dessa

expressão vaga, são suscitadas muitas dúvidas quanto à possibilidade de uso do pregão para alguns casos. Logo, a utilização do pregão atrela-se à aquisição de bens e serviços *comuns*, exigindo sempre equilíbrio entre competição e segurança na contratação.

### **12.1 Normas editadas sobre pregão pelo Estado do Rio Grande do Sul**

O Estado do Rio Grande do Sul, observando as competências que lhe foram definidas constitucionalmente, primeiramente editou o Decreto nº 42.020/02, referente ao dito pregão presencial:

**Art. 1º - Fica adotada a modalidade de Licitação denominada 'Pregão' para aquisição de bens e serviços comuns, indicados no Anexo Único deste Decreto, no âmbito da Administração Pública Estadual, devendo ser observadas, na sua execução, as normas constantes na Lei Federal nº 10.520, de 17 de julho de 2002, nos Decretos Federais nº 3.555, de 8 de agosto de 2000, e nº 3.697, de 21 de dezembro de 2000, seus anexos, suas alterações e a legislação pertinente.**

**Art. 2º - Subordinam-se ao disposto neste Decreto, além dos Órgãos da Administração Pública Estadual Direta e Indireta,**

**os Fundos Especiais, as Autarquias, as Fundações, as Empresas Públicas, as Sociedades de Economia Mista e as demais Entidades Controladas Direta e Indiretamente pelo Estado.**

**Art. 3º - Consideram-se bens e serviços comuns, aqueles cujos os padrões de desempenho e qualidade possam ser concisamente definidos no objeto do edital, por meio de especificações usuais no mercado, elencados no Anexo Único deste Decreto.**

**Parágrafo único - *Caberá à Secretaria de Administração e Recursos Humanos, por intermédio da Central de Licitações do Estado, no âmbito da Administração Pública Direta, e aos órgãos e entidades da e (sic) no âmbito de Administração Indireta, a inclusão de outros bens e serviços na relação constante no Anexo Único deste Decreto.***

**Art. 4º - Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação. (grifou-se).**

Posteriormente, o Decreto estadual nº 42.434/03, e alterações posteriores, regulamentou, no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, a modalidade de licitação denominada “pregão”, por meio eletrônico, para a aquisição de bens e serviços comuns, instituída pela Lei federal nº 10.520/02.

Em 2009, a matéria foi tutelada por meio da Lei estadual nº 13.191/09, que dispõe sobre o pregão eletrônico no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, cabendo transcrever os seus arts. 1º e 2º:

**Art. 1º - A adoção do pregão eletrônico, para as compras e contratações governamentais, no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, obedecerá ao disposto nesta Lei.**

**Parágrafo único - Subordinam-se ao regime desta Lei os órgãos da Administração Direta dos Poderes do Estado, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as entidades controladas direta ou indiretamente pelo Estado.**

**Art. 2º - *Será adotado o pregão eletrônico nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns.***

**§ 1º - Consideram-se bens e serviços comuns, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais do mercado.**

**§ 2º - *A licitação na modalidade de pregão eletrônico não se aplica às locações imobiliárias e alienações em geral.***

**§ 3º - *Na hipótese de o pregão eletrônico***

***não se revelar viável, situação que deverá ser comprovada e justificada pela autoridade competente, o pregão presencial, previsto na Lei Federal nº 10.520, de 17 de julho de 2002, terá preferência às demais modalidades de licitação. (grifou-se)***

A Lei estadual nº 13.706/11, que dispõe sobre a concessão de tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações públicas, no âmbito da Administração Pública Estadual, por sua vez, estabeleceu vedação para a utilização do pregão **relativamente a obras e serviços de engenharia.**

O art. 5º, § 7º, da Lei estadual nº 13.706/11, estabelece:

***Art. 5º Nas licitações do tipo menor preço, as microempresas e as empresas de pequeno porte têm, em caso de empate, preferência de contratação.***

**§ 1º Para efeito do disposto no “caput”, o empate caracteriza-se quando as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta melhor classificada, desde que esta não tenha sido apresentada por outra microempresa ou empresa de pequeno porte.**

**§ 2º** Na modalidade pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1.º será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.

**§ 3º** A preferência de que trata este artigo será concedida da seguinte forma:

**I** - ocorrendo o empate, a microempresa ou a empresa de pequeno porte melhor classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado o objeto em seu favor;

**II** - na hipótese da não contratação da microempresa ou empresa de pequeno porte, com base no inciso I, serão convocadas as remanescentes que porventura se enquadrem em situação de empate, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito; e

**III** - no caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrem em situação de empate, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.

**§ 4º** Não se aplica o sorteio disposto no inciso III do § 3.º quando, por sua natureza, o procedimento não admitir o empate real, como acontece na fase de lances do pre-

**gão, em que os lances equivalentes não são considerados iguais, sendo classificados conforme a ordem de apresentação pelos licitantes.**

**§ 5º No caso do pregão, após o encerramento dos lances, a microempresa ou a empresa de pequeno porte melhor classificada será convocada para apresentar nova proposta no prazo máximo de cinco minutos por item em situação de empate, sob pena de preclusão.**

**§ 6º Nas demais modalidades de licitação, o prazo para os licitantes apresentarem nova proposta deverá ser estabelecido pelo órgão ou entidade contratante e deverá estar previsto no instrumento convocatório.**

**§ 7º *Fica vedada a modalidade pregão nas licitações para a contratação de obras e serviços de engenharia. (grifou-se)***

## **Pareceres da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**

[...] PREGÃO. Lei Estadual nº 13.706/2011 que estabelece vedação para utilização do pregão para contratação de obras e serviços de engenharia. Exame de constitucionalidade. Considerações.

(PGE-RS, Parecer nº [15.543](#), de 06/02/2012).

## **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PREGÃO. RECURSO ADMINISTRATIVO. TEMPESTIVIDADE.

1. O recurso administrativo no procedimento licitatório na modalidade “pregão” deve ser interposto na própria sessão. O prazo de três dias é assegurado apenas para oferecimento das razões. Dessarte, se manejado a posteriori, ainda que dentro do prazo de contra-razões, revela-se intempestivo. Inteligência do artigo 4º, XVIII, da Lei nº 10.520/2002.

2. Recurso especial provido.

(STJ, REsp 817422/RJ, Segunda Turma, j. 28/03/2006).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PREGÃO. LEI 10.520/2002. AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS E BENS COMUNS. REVISÃO DA PREMISA FÁTICA DO ACÓRDÃO RECORRIDO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. ANÁLISE DE LEI LOCAL. SÚMULA 280/STF.

1. Nos termos do art. 1º da Lei 10.520/2000, aplicável em âmbito nacional, o pregão somente é cabível para aquisição de “bens e serviços comuns”, conceituados por lei como “aqueles cujos padrões de desempenho e

qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado”.

2. Na hipótese, o Tribunal a quo entendeu que o objeto do pregão questionado na Ação Mandamental – recapeamento asfáltico de vias públicas – é incompatível com a referida modalidade licitatória, máxime por envolver serviço de engenharia.

3. Nesse contexto, a análise da legalidade sustentada pelo recorrente demanda o reexame do edital de licitação e demais elementos fático-probatórios dos autos, o que esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.

4. Inviável a apreciação, em Recurso Especial, de matéria cuja análise dependa de interpretação de Direito local. Súmula 280/STF.

5. Recurso Especial não conhecido.

(STJ, REsp 1190272/SP, Segunda Turma, j. 14/09/2010).

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. MODALIDADE. PREGÃO ELETRÔNICO. REVOGAÇÃO. AUSÊNCIA DE COMPETITIVIDADE. POSSIBILIDADE. DEVIDO PROCESSO LEGAL. OBSERVÂNCIA. RECURSO DESPROVIDO.

1. Na hipótese dos autos, a Secretaria de Estado da Cultura instaurou pregão eletrôni-

co para a aquisição de utilitários e eletrodomésticos. Após a habilitação das empresas licitantes, foi realizada a sessão pública de licitação, tendo sido classificadas as seguintes empresas: (a) Cibrel Comercial Brasileira de Refrigeração Ltda no Lote 1 – para a aquisição de móveis e equipamentos; (b) Kastelo Comércio de Manufaturados Ltda no Lote 2 – para a aquisição de persianas. No entanto, o Governador do Estado do Paraná homologou apenas o Lote 1 e não aprovou o Lote 2, por entender que não houve competitividade neste último, tendo em vista a presença apenas de um único licitante. Determinou, a seguir, fosse aberta vista, pelo prazo de cinco dias, à empresa interessada, em respeito ao contraditório e à ampla defesa. Nesse contexto, a recorrente manifestou-se, requerendo a homologação do procedimento licitatório de que foi vencedora e, por conseguinte, sua contratação com o Estado. Todavia, seu pedido de reconsideração foi indeferido. Em seguida, foi revogado o Lote 2 do pregão eletrônico, com fundamento no art. 49 da Lei 8.666/93 e nas informações apresentadas pela Assessoria Jurídica da Casa Civil.

2. Não se configurou a alegada violação do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Isso, porque a revogação do pregão eletrônico ocorreu apenas após a ma-

nifestação da empresa que não obteve aprovação no certame.

3. Ainda que não tivesse sido respeitado o contraditório, o ato revogatório não estaria eivado de ilegalidade, porquanto a jurisprudência desta Corte de Justiça, nas hipóteses de revogação de licitação antes de sua homologação, faz ressalvas à aplicação do disposto no art. 49, § 3º, da Lei 8.666/93 (“no caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa”). Entende, nesse aspecto, que o contraditório e a ampla defesa somente são exigíveis quando o procedimento licitatório houver sido concluído. Assim, “a revogação da licitação, quando antecedente da homologação e adjudicação, é perfeitamente pertinente e não enseja contraditório. Só há contraditório antecedendo a revogação quando há direito adquirido das empresas concorrentes, o que só ocorre após a homologação e adjudicação do serviço licitado” (RMS 23.402/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 2.4.2008).

4. À Administração Pública, no âmbito de seu poder discricionário, é dado revogar o procedimento licitatório, por razões de interesse público. Todavia, ao Poder Judiciário compete apenas avaliar a legalidade do ato, de maneira que lhe é vedado adentrar o âmbito de sua discricionariedade, fazendo juízo a res-

peito da conveniência e oportunidade, bem como acerca da efetiva existência de interesse público.

5. A revogação do certame é ato administrativo, exigindo, portanto, a devida fundamentação e motivação (justo motivo para seu desfazimento), assim como o cumprimento das disposições legais.

6. O art. 49 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos prevê a possibilidade de revogação do procedimento licitatório, em caso de interesse público, “decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta”. Por sua vez, o art. 18, caput, do Decreto 3.555/2000, o qual regulamenta a modalidade de licitação denominada pregão, dispõe que “a autoridade competente para determinar a contratação poderá revogar a licitação em face de razões de interesse público, derivadas de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de qualquer pessoa, mediante ato escrito e fundamentado”.

7. No caso em exame, o Governador do Estado do Paraná revogou o pregão eletrônico, de forma fundamentada e com supedâneo nos referidos dispositivos legais e em parecer da Assessoria Jurídica da Casa Civil, enten-

dendo pela ausência de competitividade no certame, na medida em que houve a participação efetiva de apenas uma empresa, o que impossibilitou a Administração Pública de analisar a melhor oferta e dar cumprimento ao princípio da proposta mais vantajosa.

8. A participação de um único licitante no procedimento licitatório configura falta de competitividade, o que autoriza a revogação do certame. Isso, porque uma das finalidades da licitação é a obtenção da melhor proposta, com mais vantagens e prestações menos onerosas para a Administração, em uma relação de custo-benefício, de modo que deve ser garantida, para tanto, a participação do maior número de competidores possíveis.

9. “Falta de competitividade que se vislumbra pela só participação de duas empresas, com ofertas em valor bem aproximado ao limite máximo estabelecido” (RMS 23.402/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 2.4.2008).

10. Marçal Justen Filho, ao comentar o art. 4º da Lei do Pregão (Lei 10.520/2002), afirma que “poderia reconhecer-se, no entanto, que o legislador não vislumbrou possível a hipótese de um número reduzido de sujeitos acorrerem para participar do pregão. Tal presunção decorreu da presunção de que o mercado disputaria acesamente a contrata-

ção, em vista de versar sobre bem ou serviço nele disponível. Portanto, imagina-se que haverá um grande número de interessados em participar da disputa. Se tal não ocorrer, a Administração deverá revisar a situação para reafirmar se existe efetivamente bem ou serviço comum. Dito de outro modo, o problema do número reduzido de participantes não é a ofensa a alguma vedação expressa à Lei, mas o surgimento de indício de que a modalidade de pregão é inaplicável e redundará em contratação pouco vantajosa para o interesse público. Deve investigar-se a divulgação adotada e questionar-se o motivo pelo qual fornecedores atuantes no mercado não demonstraram interesse em disputar o contrato” (in Pregão - Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico, São Paulo: Dialética, 2003, p. 120).

Recurso ordinário desprovido.

(STJ, RMS 23360/PR, Primeira Turma, j. 18/11/2008).

#### ADMINISTRATIVO – LICITAÇÃO – MODALIDADE PREGÃO ELETRÔNICO – REVOGAÇÃO – CONTRADITÓRIO.

1. Licitação obstada pela revogação por razões de interesse público.
2. Avaliação, pelo Judiciário, dos motivos de conveniência e oportunidade do administra-

dor, dentro de um procedimento essencialmente vinculado.

3. Falta de competitividade que se vislumbra pela só participação de duas empresas, com ofertas em valor bem aproximado ao limite máximo estabelecido.

4. A revogação da licitação, quando antecedente da homologação e adjudicação, é perfeitamente pertinente e não enseja contraditório.

5. Só há contraditório antecedendo a revogação quando há direito adquirido das empresas concorrentes, o que só ocorre após a homologação e adjudicação do serviço licitado.

6. O mero titular de uma expectativa de direito não goza da garantia do contraditório.

7. Recurso ordinário não provido.

(STJ, RMS 23402/PR, Segunda Turma, j. 18/03/2008).

MANDADO DE SEGURANÇA. PREGÃO. SUSPENSÃO TEMPORÁRIA. PENALIDADE. NÃO APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS PARA A HABILITAÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO.

I - Conforme expressa disposição editalícia, o não envio da documentação no prazo exigido de 24 horas, não gera como penalidade a suspensão temporária do direito de licitar e contratar com a Administração Pública, mas

apenas a desclassificação do interessado da referida modalidade de licitação.

II - Não houve recusa por parte da Recorrente em fornecer as informações suficientes, tampouco foram estas inadequadamente fornecidas, pelo que resta injustificável a aplicação da penalidade de suspensão temporária.

III - A declaração falsa relativa ao cumprimento dos requisitos de habilitação, sujeitará o licitante às sanções previstas na legislação pertinente e, in casu, na exclusão do certame.

IV - Recurso Ordinário provido.

(STJ, RMS 23088/PR, Primeira Turma, j. 19/04/2007.

## **Capítulo 13**

### **REGISTRO DE PREÇOS**

O sistema de registro de preços está previsto no art. 15 da Lei nº 8.666/93, que dispõe:

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

**I - 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;**

**II - ser processadas através de sistema de registro de preços;**

**III - submeter-se às condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado;**

**IV - ser subdivididas em tantas parcelas quantas necessárias para aproveitar as peculiaridades do mercado, visando economicidade;**

**V - balizar-se pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública.**

**§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.**

**§7º Nas compras deverão ser observadas, ainda:**

- I - a especificação completa do bem a ser adquirido sem indicação de marca;**
- II - a 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;**
- III - as condições de guarda e armazenamento que não permitam a deterioração do material.**

**§8º O recebimento de material de valor superior ao limite estabelecido no art. 23 desta Lei, para a modalidade de convite, deverá ser confiado a uma comissão de, no mínimo, 3 (três) membros.**

No âmbito federal, o registro de preços foi regulamentado pelo Decreto federal nº 3.931/01. No Rio Grande do Sul, foi editado o Decreto estadual nº 37.288/97. A adesão ao sistema de registro de preços foi regulada, no Estado, pelos Decretos nºs 45.375/07 e 48.965/12.

Como já salientado na Informação nº [062/11/PDPE](#), [...] visa o Sistema de Registro de Preços a otimizar o procedimento da contratação, através do cadastramento prévio de uma proposta vencedora. Ou seja, realiza-se a concorrência para a obtenção do menor preço de um determinado produto ou serviço, que restará vigente por, no máximo, um ano. As eventuais contratações, com base no valor registrado, poderão ocorrer ao longo do prazo de vigência da ata de registro de preços.

Salientam-se algumas características desse sistema:

– não há obrigatoriedade na aquisição. A Administração, ao realizar a licitação, estima o quantitativo a ser adquirido. Dependendo da necessidade que vier a se concretizar, o montante total poderá ou não ser contratado;

– há necessidade de estipulação do quantitativo máximo a ser contratado;

– a licitação pode ser por concorrência ou pregão;

– aplica-se para aquisição de bens e serviços;

– permite a participação de empresas menores, uma vez que o fornecimento é parcelado ao longo do prazo de validade da ata de registro de preços;

– deve ser precedido de ampla pesquisa de preços e há necessidade de manter-se a tabela de preços atualizada;

– havendo redução dos valores praticados no mercado, deverá ser entabulada negociação com os fornecedores cadastrados, visando à redução também dos preços registrados. Caso não haja sucesso em obter-se a avença, o registro de preços poderá ser cancelado;

– pode outro ente integrante da administração, mesmo que de esfera diversa, aderir a uma ata de registro de preços, mediante anuência do ente gerenciador da ata;

– existem dois documentos que regem a relação entre as partes: a ata de registro de preços e o termo contratual, quando do fornecimento do bem ou serviço.

### **Informações da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**

Registro de preços para contratação de serviços de telefonia. Contrato pelo Estado do Rio Grande do Sul, com possibilidade de adesão por outros entes da Administração Pública. (PGE-RS, Informação nº [065/03/PDPE](#), de 05/09/2003).

Possibilidade de revogação de registro de preços quando o valor registrado for superior ao praticado no mercado, e o fornecedor selecionado não concordar em reduzir o preço constante do registro. (PGE-RS, Informação nº [179/06/PDPE](#), de 24/10/2006).

Adesão a registro de preços realizado pela Procuradoria-Geral da República para a aquisição de microcomputadores. (PGE-RS, Informação nº [160/08/PDPE](#), de 06/10/2008).

Possibilidade de revogação de registro de preços quando houver aumento nos valores praticados no mercado, sendo que os fornecedores selecionados, justificadamente, não mantêm o preço registrado. Aplicação da Teoria da Imprevisão.

(PGE-RS, Informação nº [163/08/PDPE](#), de 07/10/2008).

Impossibilidade de contratação pelo valor total estimado na ata de registro de preços, para posterior definição dos serviços a serem prestados. Necessidade de definição do objeto contratual.

(PGE-RS, Informação nº [062/11/PDPE](#), de 29/06/11).

### **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**

ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO - SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇO: ARTIGO 15, LEI 8.666/93 - LIMITAÇÕES.

1. O regime de licitações por registro de preços foi ampliado pelos Decretos Regulamentadores 3.931/2001 e 4.342/2002, sendo extensivo não só a compras mas a serviços e obras.

2. Embora auto-aplicável, o art. 15 da Lei

8.666/93 pode sofrer limitações por regulamento estadual ou municipal, como previsto no §3º.

3. Sociedade de economia mista que, na ausência de norma própria, submete-se aos limites municipais, se não contrariarem eles a Lei de Licitações.

4. Legalidade do Decreto 17.914/93, do Município de São Paulo, que afastou a incidência do registro de preço para a execução de obras.

5. Recurso ordinário improvido.

(STJ, Recurso Especial nº 15647/SP, Segunda Turma, j. 25/03/2003).

### **Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE MATERIAIS PARA INFORMÁTICA. REGISTRO DE PREÇOS. ORDEM DE FORNECIMENTO COM NOTAS DE EMPENHO. DESCUMPRIMENTO DO CONTRATO. SANÇÕES.

Segundo a documentação constante nos autos, há expressa ordem de fornecimento por parte da Administração para entrega dos bens descritos em Edital, colocando à disposição da contratada Notas de Empenho.

Ausência de prova do descumprimento contratual por parte da contratada em razão de justa causa (excesso de pedidos num mesmo período, ultrapassando a previsão).

Ausência da liquidez do direito invocado de não sofrer possíveis sanções pela mora no cumprimento do contrato.

Apelo desprovido.

(TJ-RS, Apelação Cível nº 70017276585, Vigésima Primeira Câmara Cível, j. 13/12/2006).

DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO LICITATÓRIO. REGISTRO DE PREÇOS. Ilegalidade que enseja ato anulatório em processo licitatório, configurada na ausência de pesquisa de preços (Decreto nº 40.163/00) e nos valores propostos superiores aos valores registrados, assim, afasta a verossimilhança do direito alegado.

RECURSO DESPROVIDO. UNÂNIME.

(TJ-RS, Agravo de Instrumento nº 70007212848, Segunda Câmara Cível, j. 03/03/2004).

### **Acórdãos do Tribunal de Contas da União**

CONSULTA. INTERPRETAÇÃO DE DISPOSITIVOS DO DECRETO QUE REGULAMEN-

TA O SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS. CONHECIMENTO. RESPOSTA. ARQUIVAMENTO. 1. O prazo de vigência da ata de registro de preços não poderá ser superior a um ano, admitindo-se prorrogações, desde que ocorram dentro desse prazo. 2. No caso de eventual prorrogação da ata de registro de preços, dentro do prazo de vigência não superior a um ano, não se restabelecem os quantitativos inicialmente fixados na licitação, sob pena de se infringirem os princípios que regem o procedimento licitatório, indicados no art. 3º da Lei nº 8.666/93.

(TCU, Acórdão nº 0991/2009, Pleno j. 13/05/2009).

REPRESENTAÇÃO. FNDE. PREGÃO ELETRÔNICO N. 28/2010. REGISTRO DE PREÇOS DE UNIFORME ESCOLAR PARA ALUNOS DAS REDES PÚBLICAS ESTADUAIS E MUNICIPAIS. CONHECIMENTO. PARCIALMENTE PROCEDENTE. VIGÊNCIA DO REGISTRO DE PREÇOS NÃO SUPERIOR A UM ANO, INCLUINDO EVENTUAIS PRORROGAÇÕES (ART. 15, § 3º, III, DA LEI N. 8.666/93). FACULDADE DE FIXAÇÃO DE PREÇOS MÁXIMOS NO EDITAL (ART. 40, X, DA LEI N. 8.666/93). DETERMINAÇÃO E RECOMENDAÇÃO.

(TCU, Acórdão nº 3028/2010, Segunda Câmara, j. 15/06/2010).

CONSULTA. TRATAMENTO DIFERENCIADO E FAVORECIDO DISPENSADO ÀS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS, NOS TERMOS DO ART. 48, INCISO I, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006 E DO ART. 6º DO DECRETO Nº 6.204/2007. CONHECIMENTO. RESPOSTA. ARQUIVAMENTO. 1. Nos editais de licitação em que for conferido o tratamento diferenciado previsto no inciso I do artigo 48 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, e no art. 6º do Decreto nº 6.204, de 5 de setembro de 2007, não se deve restringir o universo de participantes às empresas sediadas no estado em que estiver localizado o órgão ou a entidade licitante. 2. As licitações processadas por meio do Sistema de Registro de Preços, cujo valor estimado seja igual ou inferior a R\$ 80.000,00, podem ser destinadas à contratação exclusiva de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte. 3. O órgão que gerencia a Ata de Registro de Preços pode autorizar a adesão à referida ata, desde que cumpridas as condições estabelecidas no art. 8º do Decreto nº 3.931, de 2001, e respeitado, no somatório de todas as contratações, aí incluídas as realizadas pelos patrocinadores da ata e pelos aderentes (caronas), o limite máximo de R\$ 80.000,00 em cada item da licitação.

(TCU, Acórdão nº 2957/2011, Pleno, j. 09/11/2011).

CONSULTA. ATA DE REGISTRO DE PREÇOS DO SISTEMA “S”. EDIÇÃO DE REGULAMENTOS PRÓPRIOS. ENTES NÃO SUJEITOS AOS PROCEDIMENTOS ESTRITOS DA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS. ADESÃO POR ÓRGÃOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INVIABILIDADE JURÍDICA. NÃO HÁ VIABILIDADE JURÍDICA PARA A ADESÃO POR ÓRGÃOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA A ATAS DE REGISTRO DE PREÇOS RELATIVAS A CERTAMES LICITATÓRIOS REALIZADOS POR ENTIDADES INTEGRANTES DO SISTEMA “S”, UMA VEZ QUE NÃO SE SUJEITAM AOS PROCEDIMENTOS ESTRITOS DA LEI Nº 8.666/1993, PODENDO SEGUIR REGULAMENTOS PRÓPRIOS DEVIDAMENTE PUBLICADOS, ASSIM COMO NÃO SE SUBMETEM ÀS DISPOSIÇÕES DO DECRETO Nº 3.931/2001, QUE DISCIPLINA O SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS.

(TCU, Acórdão nº 1192/2010, Pleno, j. 26/05/2010).

REPRESENTAÇÃO. CONHECIMENTO. SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇO. VIABILIDADE DE SUA ADOÇÃO. OITIVAS. ACOLHI-

MENTO DAS DEFESAS APRESENTADAS. PROCEDÊNCIA PARCIAL. REVOGAÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR. DETERMINAÇÕES. A fixação de quantitativos estimados nos editais no sistema de registro de preços decorre do regime jurídico aplicável, consoante art. 9º, inciso II, do Decreto 3.931/2001, e não é incompatível com a hipótese de utilização desse sistema contida no art. 2º, inciso IV, do referido Decreto que o admite quando pela natureza do objeto não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração.

(TCU, Acórdão nº 0492/2012, Pleno, j. 07/03/2012).

## Capítulo 14

### ORGANISMO FINANCEIRO INTERNACIONAL - EMPRÉSTIMO - *GUIDELINES*

Destaque-se que a contratação de empréstimo com organismo financeiro internacional tem um regime jurídico próprio, inclusive a partir de normas de direito internacional. Sobre o tema, esta Procuradoria-Geral do Estado apresenta apropriadas observações na Informação nº [007/00-PDPE](#), de 14/02/00:

O Fundo Monetário Internacional – FMI e Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento, conhecido como World Bank, Banco Mundial, BIRD, foram criados pelo Tratado de Bretton Woods (New Hampshire, EEUU). O Brasil fez-se presente em Bretton Woods, na Conferência Monetária e Financeira das Nações Unidas, assinando a Convenção de Bretton Woods. A Convenção foi aprovada pelo Decreto-Lei nº 8.479, de 27 de dezembro de 1945, e promulgada pelo Decreto federal nº 21.177, de 27 de maio de 1946. Desde então o Brasil tem obtido financiamentos do Banco Mundial, para a realização de diversos projetos, firmando contratos de mútuo com prazos e condições mais favoráveis (prazo de amortização entre 15 a 20

anos, com carência de até 4 anos e juros do mercado internacional).

Os recursos decorrentes de financiamentos do BIRD advêm da celebração dos chamados 'contratos de empréstimo', que só terão validade no nosso ordenamento jurídico se forem previamente autorizados pelo Senado (art. 52, V e VII, da CF/88). A aprovação dos contratos de empréstimo implica a aplicabilidade das 'Guidelines' do Banco Mundial nas licitações que serão realizadas para a implementação dos projetos neles referidos (fazendo incidir o disposto no art. 42, par. 5º, da Lei nº 8.666/93). As Guidelines (diretrizes) são aprovadas, conforme estabelecido no ato constitutivo do Banco Mundial, pelo seu Comitê Diretor (Board of Directors), órgão que tem a representação de todos os Países-membros, inclusive à do Brasil.

A doutrina e jurisprudência têm aceitado a validade e a aplicabilidade das 'Guidelines' do Banco Mundial, desde que forem indispensáveis para o financiamento e estejam estabelecidas nos contratos de empréstimo (que foram aprovados pelo Senado e, conforme o caso, pelas Assembléias Legislativas), bem como não afrontem os princípios constitucionais (art. 37, 'caput' e inciso XXI, da CF/88)

(Decisão plenária do TCU, publicada em RDA188/343). Os princípios e normas constitucionais são, obviamente, de observância obrigatória, até mesmo porque os tratados e convenções internacionais, desde que ratificados pelo Congresso Nacional, integram a legislação interna, em pé de igualdade com as leis federais, isto é, situam-se nos mesmos planos de validade e eficácia da legislação ordinária federal (STF, RE 80.004 (RTJ 83/809), considerado o 'leading case', e RE 71.154). (PGE-RS, Informação nº [007/00-PDPE](#), de 14/02/00).

Examine-se o teor do art. 42, § 5º, da Lei de Licitações:

**Art. 42. Nas concorrências de âmbito internacional, o edital deverá ajustar-se às diretrizes da política monetária e do comércio exterior e atender às exigências dos órgãos competentes.**

(...)

**§ 5º 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 acor-**

**dos, 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, o qual poderá 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 e sejam objeto de despacho motivado do órgão executor do contrato, despacho esse ratificado pela autoridade imediatamente superior. (...).**

Seria possível, assim, não aplicar a legislação brasileira em face do que dispõe o art. 42, § 5º, do Estatuto das Licitações? Ou seja, 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 incidem as normas nacionais ou as *guidelines*?

Para responder à questão, transcreva-se excerto do Parecer nº [15.489](#), de 08/08/11:

Anderson Sant'Ana Pedra (Licitações Internacionais: Normas Nacionais x Normas Estrangeiras (uma visão constitucional). Revis-

ta Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 7, julho/agosto/setembro, 2006. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>) examina a incidência do artigo 42, § 5º, da Lei de Licitações:

“Não se pode perder de vista que o que se persegue nesse estudo é saber qual norma é aplicável: as normas nacionais ou as *guidelines*? Seria possível olvidar todas as normas nacionais em face do que dispõe o art. 42, § 5º, do Estatuto das Licitações? [...]”

A fim de que somando com as breves considerações dos tópicos antecedentes seja inumado de uma vez por todas o entendimento de que as *guidelines* e suas interpretações podem se sobrepor às normas do ordenamento jurídico nacional, sem quaisquer limites, serão acostadas algumas balizadas manifestações doutrinárias e jurisprudenciais que corroboram com a tese aqui sustentada.

JUSTEN FILHO, autor da obra sobre licitação que hodiernamente é a mais festejada salienta:

*“Poderá surgir necessidade de compatibilizar a licitação com princípios ou regras de*

*organismos internacionais que fornecerem recursos para pagamento do contrato. [...]*

*Em qualquer caso, o princípio norteador será a prevalência da soberania nacional e a indisponibilidade do interesse público. [...]” (os destaques não constam no original)*

Comparando as alterações promovidas pelo legislador federal no art. 42, § 5º, do Estatuto Licitatório o mesmo autor leciona:

*“Suprimiu-se a exigência de observância dos princípios basilares da Lei nº 8.666. Isso não significa, obviamente, autorização para superarem-se os princípios norteadores da atividade da Administração Pública. Quanto a isso, nem a própria Constituição Federal poderia promover uma renúncia incompatível com o princípio da República. O art. 42, § 5º, significa que as regras acerca de procedimento licitatório, prazos, formas de publicação, tipos de licitação, critérios de julgamento etc. podem ser alteradas. Não é possível suprimir os princípios inerentes à atividade administrativa (inclusive aqueles relacionados a direitos dos licitantes), mas podem ser adotadas outras opções procedimentais e praxísticas.” (os destaques não constam no original)*

O professor Mukai leciona:

*“Fica, então, a questão: de acordo com o § 5º do art. 42 da Lei n. 8.666/93, nas licitações internacionais há que se observar tão-só as normas dos mencionados organismos financeiros internacionais e o princípio do julgamento objetivo?”*

*Pensamos que não. [...]*

*Quanto ao princípio - embora a lei obrigue agora apenas a observância do princípio do julgamento objetivo -, é óbvio que os demais princípios inscritos no art. 3º da Lei n. 8.666/93 são indiretamente de observância obrigatória, uma vez que, para que seja atendido o princípio do julgamento objetivo, haverá que se observar as regras do edital (vinculação ao instrumento convocatório), a competitividade e o princípio da igualdade (porque este é de ordem constitucional- art. 37, XXI, da CF).*

*Portanto, conclui-se que, nas licitações internacionais, não se pode simplesmente dar prevalência total às normas dos organismos internacionais, em função apenas da redação literal do § 5º do art. 42 da Lei nº 8.666/93. Há que se observar todas as demais nor-*

*mas atinentes às licitações internacionais, contempladas pela mesma lei, bem como os demais princípios da licitação, que decorrem do princípio do julgamento objetivo ou decorrem do próprio Texto Constitucional, como é o caso do princípio da igualdade dos concorrentes (art. 37, XXI, da CF).” (os destaques não constam no original)*

Os professores LUIS ROBERTO BARROSO e MARCOS JURUENA, em dueto unísono, também trataram com maestria as licitações financiadas por organismos estrangeiros, asseverando que os *princípios da vinculação ao instrumento convocatório, da publicidade, da competitividade, da economicidade e da impessoalidade*, dentre outros, *também aplicam-se às licitações internacionais*, financiadas ou não por organismos internacionais de fomento, *já que envolvem o atendimento de matéria constitucional* e não apenas da legislação ordinária que disciplina as licitações.

Como já foi dito aqui, no Brasil vigora a orientação de que o tratado internacional celebrado pelo Presidente da República e ratificado pelo Congresso Nacional tem hierarquia de lei ordinária, *não podendo, pois, ser aplicado em desacordo com a Constituição. [...]*

(...)

O professor OLAVO BAPTISTA também acentua nesse mesmo diapasão:

*“O art. 42, § 5º, refere-se a ‘obras, prestação de serviços ou aquisição de bens com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de que o Brasil seja parte’, em que as condições decorrentes de acordos internacionais prevalecerão. É verdade que, dentro de certos limites - em especial os princípios de maior vantagem para o Estado, da igualdade entre os licitantes e do julgamento objetivo [...]”*  
*(os destaques não constam no original)*  
(...)

Assim, conclui o autor:

*“Deve-se dar primazia às normas trazidas na Constituição Federal, notadamente, aos princípios da competitividade, da economicidade, da impessoalidade e etc.; afinal uma licitação internacional somente será perfeitamente lícita quando houver a possibilidade de compatibilização entre as normas alienígenas com os princípios diretores da Administração Pública consagrados, explicitamente ou implicitamente, no Texto Fundamental. [...]”*

**A redação do art. 42, § 5º, da Lei nº 8.666/93, significa apenas que as *normas***

**-regra acerca do procedimento licitatório (prazos, formas de publicação, critérios de julgamento, etc.) podem ser afastadas, não implicando na supressão ou afastamento das *normas-princípio* inerentes à Administração Pública, ou seja, o que se tolera são outras opções procedimentais e praxísticas.**

Em qualquer caso, deverá haver uma precisa definição, no ato convocatório, dos critérios de julgamento e das exigências a serem atendidas pelos interessados. Enfim, a aplicação de regras distintas das consagradas na Lei nº 8.666/93 não significa substituir um procedimento objetivo pela discricionariedade administrativa, sendo inadmissível, a pretexto de se tratar de licitação com recursos internacionais, a Administração deliberadamente imprimir ao procedimento um curso errático que o conduza para fora do ordenamento jurídico nacional. (grifamos)

(PGE-RS, Parecer nº [15.489](#), de 08/08/11).

No mesmo sentido, cite-se trecho do Parecer nº [12.746](#), de 05/06/00:

Existe a necessidade de serem cumpridas na licitação as normas previstas pelas entidades internacionais, quando os recursos forem

provenientes de financiamentos ou doações de agências oficiais de cooperação estrangeira ou organismo multilateral de que o Brasil faça parte. As disposições dos artigos 3º, II, 32, § 6º, e 42, § 5º, da Lei nº 8.666/93, atendem simplesmente a uma “realidade”, qual seja a de “quem dita as regras é aquele que empresta o dinheiro” (se assim não fosse, é evidente que o empréstimo não se concretizaria). Por essa razão é que a redação original do art. 42, § 5º, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos foi alterada pela Lei nº 8.884/94, passando a exigir tão-somente a observância do princípio do julgamento objetivo e dos princípios insculpidos no art. 37, “caput” e inciso XXI, da Constituição Federal. A nova redação desse dispositivo foi bastante elogiada pela doutrina especializada, tendo o professor TOSHIO MUKAI entendido “Que a solução atende melhor aos interesses do país, uma vez que, se não se adotar as normas daqueles organismos, não se terão financiamentos, como é óbvio”. Ainda à época do Decreto-Lei nº 2300/86, houve inúmeras manifestações e decisões reconhecendo a aplicabilidade das normas instituídas por organismos internacionais, em casos de projetos financiados com recursos externos. ROQUE CITADINI aponta duas justificativas para essa correta diretiva da Lei de Licita-

ções e Contratos administrativos: “A primeira é que o Brasil, sendo participante do órgão internacional (ainda que minoritário), referenda as normas da Instituição; e a segunda, de natureza prática, é que caso o administrador brasileiro não as aceite, o órgão não liberará os recursos, logo não havendo, assim, contratação”.

O Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) foi fundado em 1959 pelos países membros da Organização dos Estados Americanos (OEA), através do Convênio Constitutivo do Banco Interamericano de Desenvolvimento, “com o objetivo de contribuir para acelerar o processo de desenvolvimento econômico, individual e coletivo dos países membros”, tratando-se, portanto, de organismo internacional de cooperação econômica. A observância de normas de licitação ditadas por esse organismo internacional não constitui ilegalidade ou quebra da soberania nacional, se nos contratos de empréstimo celebrados pelo Estado do Rio Grande do Sul, devidamente autorizados pelo Senado Federal, consta expressamente a obrigação de serem observadas essas normas, que deverão prevalecer em caso de conflito com as normas da Lei nº 8.666/93.

MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, ao discorrer sobre o tema, assevera que, celebrado o contrato de empréstimo e registrado no BACEN, as aquisições de bens e serviços deverão ser processadas de acordo com observância da forma e métodos nele prescritos. Em outras palavras, as aquisições ou contratações em desacordo com o procedimento previsto acarreta o que se denomina “misprocurement” ou “inelegibilidade da despesa”, que, dessa forma, não é financiada pelo Banco. A instituição financeira internacional só efetua o pagamento (reembolso) se o procedimento for satisfatório, revendo a adequação dos atos aos objetivos.

(PGE-RS, Parecer nº [12.746](#), de 05/06/00).

